



**HAL**  
open science

## La circoncision rituelle. Enjeux de droit, enjeux de vérité

Vincente Fortier

► **To cite this version:**

Vincente Fortier (Dir.). La circoncision rituelle. Enjeux de droit, enjeux de vérité. Presse universitaires de Strasbourg, 2016, Société, droit et religion en Europe. hal-02160720

**HAL Id: hal-02160720**

**<https://hal.science/hal-02160720>**

Submitted on 15 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.

SOCIÉTÉ, DROIT ET RELIGION

SOUS LA DIRECTION DE  
**VINCENTE FORTIER**

# LA CIRCONCISION RITUELLE

ENJEUX DE DROIT  
ENJEUX DE VÉRITÉ

PRESSES UNIVERSITAIRES DE STRASBOURG

---

# La circoncision rituelle

*Enjeux de droit, enjeux de vérité*

**Vincente Fortier (dir.)**

---

DOI : 10.4000/books.pus.14358  
Éditeur : Presses universitaires de Strasbourg  
Lieu d'édition : Strasbourg  
Année d'édition : 2016  
Date de mise en ligne : 28 mai 2019  
Collection : Société, droit et religion  
EAN électronique : 9791034404179



<http://books.openedition.org>

## Édition imprimée

Date de publication : 7 juin 2016  
EAN (Édition imprimée) : 9782868209559  
Nombre de pages : 402

Ce document vous est offert par Université de Strasbourg



## Référence électronique

FORTIER, Vincente (dir.). *La circoncision rituelle : Enjeux de droit, enjeux de vérité*. Nouvelle édition [en ligne]. Strasbourg : Presses universitaires de Strasbourg, 2016 (généré le 10 octobre 2021). Disponible sur Internet : <<http://books.openedition.org/pus/14358>>. ISBN : 9791034404179. DOI : <https://doi.org/10.4000/books.pus.14358>.

---

© Presses universitaires de Strasbourg, 2016  
Conditions d'utilisation :  
<http://www.openedition.org/6540>

# LA CIRCONCISION RITUELLE

*Enjeux de droit, enjeux de vérité*

## Dans la même collection

*Actualité des protestantismes évangéliques*  
sous la direction de Christopher Sinclair, 2002

*Lectures contemporaines du droit islamique. Europe et monde arabe*  
sous la direction de Franck Frégosi, 2004

*Le droit interne hébraïque*  
sous la direction de Frank Alvarez-Pereyre et Lionel Panafit, 2004

*Secret, religion, normes étatiques*  
sous la direction de Jacqueline Flauss-Diem, 2005

*Le bouddhisme et ses normes. Traditions – modernités*  
sous la direction de Raphaël Liogier, 2006

*État et institutions religieuses.*  
*Contribution à l'étude des relations entre ordres juridiques*  
Elsa Forey, 2007

*Formation du droit canonique et gouvernement de l'Église*  
*de l'Antiquité à l'Âge classique*  
recueil d'articles de Jean Gaudemet, 2008

*Laïcité en débat. Principes et représentations en France et en Turquie*  
sous la direction de Samim Akgönül, 2009

*Conciles provinciaux et synodes diocésains*  
*du concile de Trente à la Révolution française*  
sous la direction de Marc Aoun et Jeanne-Marie Tuffery-Andrieu, 2010

*Assistance spirituelle dans les services publics*  
sous la direction d'Anne Fornerod, 2012

*Minorités religieuses et religions minoritaires dans l'espace public*  
sous la direction d'Anne-Laure Zwillling, 2014

*Droit et Religion en Europe. Études en l'honneur de Francis Messner, 2014*

SOUS LA DIRECTION DE VINCENTE FORTIER

# LA CIRCONCISION RITUELLE

*Enjeux de droit, enjeux de vérité*



PRESSES UNIVERSITAIRES DE STRASBOURG

*Ouvrage publié avec le soutien de l'Université de Strasbourg  
et de l'UMR 7354 « Droit, religion, entreprise et société »*

© 2016 Presses universitaires de Strasbourg  
5 allée du Général Rouvillois – 67083 STRASBOURG CEDEX

ISBN : 978-2-86820-955-9

# Avant-propos

VINCENTE FORTIER

Cet ouvrage collectif est le fruit d'une réflexion pluridisciplinaire née de la rencontre de multiples regards posés sur la circoncision rituelle et de la conviction partagée par ses auteurs de la puissance heuristique de cette rencontre.

Parce qu'elle touche à l'enfant, à son corps mais aussi à sa liberté, parce qu'elle implique d'ouvrir la discussion à propos d'une prescription plongeant ses racines dans un passé immémorial et considérée comme fondamentale dans les religions concernées, parce qu'elle remet en cause, peu ou prou, les droits et les devoirs des parents à l'égard de leurs fils, la question de la circoncision rituelle est sensible et complexe.

Conscients des enjeux, de droit, de vérité, qui traversent la thématique, soucieux de les prendre en compte quelle que soit leur discipline, les auteurs de cet ouvrage déploient leurs analyses dans une perspective ouverte à l'Autre différent.

Qu'ils soient vivement remerciés pour avoir accepté de m'accompagner avec tant de brio et d'humilité dans ce projet !

Cet ouvrage, comme les séminaires qui l'ont précédé, n'aurait pu voir le jour sans le soutien remarquable de l'Université de Strasbourg. Lauréate d'une Initiative d'Excellence (IdEx), je suis infiniment reconnaissante à l'Université de Strasbourg de m'avoir donné les moyens de réunir sur le projet les meilleurs spécialistes dans leurs domaines respectifs.



Enfin, je voudrais remercier à titre particulier :

Michel Deneken et Francis Messner qui m'ont accueillie si chaleureusement au sein de l'UMR DRES,

Lucie Veyretout, postdoctorante de ce projet IdEx, cheville ouvrière de toutes les manifestations organisées pour le projet et rédactrice du *Carnet de recherche CIRIT* dédié au projet,

et Catherine Zimmerlin pour sa relecture attentive et sa correction rigoureuse de tous les textes qui composent cet ouvrage.

Que toutes celles et tous ceux grâce auxquels j'ai pu mener à bien cette aventure scientifique depuis juillet 2014, trouvent ici l'expression de ma gratitude.

# Introduction

VINCENTE FORTIER

En indiquant dans son Rapport précédant la Résolution du 1<sup>er</sup> octobre 2013<sup>1</sup> que « les enfants ne sont pas des mini-êtres humains dotés de mini-droits », l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (APCE) nous rappelle combien notre vision de l'enfant a changé en un siècle. De l'enfant, on connaît désormais et dans toutes ses étapes, le développement psychomoteur, l'évolution de l'affectivité, la structuration progressive de l'équipement logique et intellectuel, les avatars de l'insertion sociale. On s'intéresse à lui non comme à une ébauche de l'homme, mais pour ce qu'il est à chaque âge ; non plus seulement à cause de sa grâce et de la fraîcheur de ses dons, mais dans les vicissitudes de sa complexe et fragile maturation<sup>2</sup>.

L'enfant est un « petit ». À ce titre, il est un être fragile qui a besoin de protection. Mais il est aussi respectable en tant qu'être humain<sup>3</sup>. Cet état de « petit », traduit juridiquement par la minorité, fait de lui une personne par nature

---

1 Résolution 1952 (2013), « Le droit des enfants à l'intégrité physique », discussion par l'Assemblée le 1<sup>er</sup> octobre 2013, 31<sup>e</sup> séance, Recomm. 2013 (2013) ; Rapp., Doc. 13297, 6 sept. 2013, rapporteuse M<sup>me</sup> RUPPRECHT Marlene.

2 *Encyclopédie Universalis*, « Enfance », introduction.

3 « L'enfant aura d'abord été, en effet, pour une large part un “mineur”, défini par sa fragilité et cette dépendance à autrui de celui qui, ne disposant pas de la conscience ou de l'expérience nécessaire, ne peut pourvoir lui-même à ses intérêts. À cette inaptitude naturelle, répond une “incapacité juridique” lui interdisant, pour son bien, d'agir seul ou de s'engager prématurément.

vulnérable, objet de l'attention vigilante du droit à travers des dispositions destinées à assurer son développement harmonieux. Les parents doivent conduire l'enfant vers l'âge adulte, assumant « cet ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant » qui constitue l'autorité parentale en droit français, « afin de le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, d'assurer son éducation et de permettre son développement, dans le respect dû à sa personne » (article 371-1 du Code civil). Des dispositions analogues sont présentes dans les autres systèmes juridiques qui font également de l'autorité parentale une fonction finalisée, les droits et devoirs des parents se déployant dans l'intérêt de l'enfant. Pierre angulaire du droit de l'enfance, l'intérêt de l'enfant et selon la Convention internationale relative aux droits de l'enfant<sup>4</sup> (CIDE) son intérêt *supérieur*, doit être la source et le fondement de toutes les décisions prises à son égard. L'intérêt de l'enfant est une notion communément partagée par l'ensemble des pays relevant du Conseil de l'Europe.

Relève des attributs de l'autorité parentale, le choix de la religion de l'enfant. L'éducation religieuse fait partie de l'éducation et dès lors, elle relève des

Alors que les sollicitations et les tentations peuvent être fortes dans une société de consommation en crise, il importe que l'enfant n'entre pas trop rapidement dans le commerce juridique.

C'est la conception de l'"enfant-pâte à modeler", offert à la sculpture des adultes, dont peut sortir le meilleur comme le pire.

Apparaît ensuite, derrière la figure de l'enfant, celle de l'"être sensible" qui s'est développée. L'on se préoccupe alors des besoins, du ressenti et des attentes d'un sujet en devenir, né pour le bien, souvent projeté malgré lui vers un destin décidé par d'autres. Une place est offerte à sa parole et l'"intérêt supérieur" de l'enfant s'invite en droit positif pour fonder des décisions qui ne soient pas vécues comme des ruptures traumatisantes.

C'est "l'enfant-bande dessinée", l'idéal de Tintin à préserver et à épanouir dans ce qu'il a de meilleur, mais selon un modèle qui reste prédéfini.

Dans un contexte d'éclatement et de recompositions multiples des cellules familiales, de fragilisation de leurs valeurs comme parfois de leurs conditions d'existence, une telle préoccupation demeure centrale. Elle sera sans doute au cœur de vos débats.

Vient enfin le dernier terme de cette progression : l'enfant "sujet de droit". Appelée à grandir, à se construire et à s'affirmer peu à peu selon ses dons, ses aptitudes et sa personnalité, pour devenir le citoyen de demain, la personne de l'enfant est alors à la fois pleinement investie comme tabernacle des droits humains et reconnue dans sa singularité. Voici poindre l'idée même de "créances" dont tous se trouvent, dès leur plus jeune âge, titulaires : droit à la vie et à l'intégrité bien sûr, mais aussi ces droits à la santé, à l'éducation et à l'intimité qui seront les lignes de force de votre journée. À ces droits, répondent alors des devoirs de la société et des parents en premier lieu, comme de tout un chacun, y compris l'enfant lui-même à l'égard de ses semblables.

C'est "l'enfant-icône", sur lequel on doit se garder d'agir trop pour éviter de le dénaturer, tout en lui suggérant les comportements nécessaires à la vie sociale. » (Bertrand LOUVEL, Premier président de la Cour de cassation, allocution d'ouverture au colloque « Les droits de l'enfant dans une société en crise »).

4 La Convention internationale des droits de l'Enfant (CIDE) ou Convention relative aux droits de l'Enfant, est un traité international adopté par l'Assemblée générale des Nations unies, le 20 novembre 1989.

prérogatives parentales. La CIDE en fait l'un des droits et devoirs des parents que les États parties à la Convention doivent s'engager à respecter. Selon l'article 14-2 de la CIDE, « Les États parties respectent le droit et le devoir des parents de guider celui-ci (l'enfant) dans l'exercice du droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités ».

Le choix religieux s'accompagne d'un rite « d'entrée » dans la religion accompli souvent très tôt après la naissance de l'enfant : le baptême pour les catholiques dès les premières semaines de sa vie ; la circoncision du garçon au huitième jour de sa vie pour les personnes de confession juive ainsi que pour les musulmans mais à un âge plus avancé de l'enfant.

Jusqu'ici confinée à l'intimité des familles, la circoncision rituelle se retrouve depuis quelque temps discutée et mise en cause, par l'effet, notamment, de la Résolution de l'APCE en date du 1<sup>er</sup> octobre 2013, suscitant polémiques, contestations, protestations et points de vue contradictoires des juristes, théologiens, médecins.

Cette Résolution concerne de manière générale « Le droit des enfants à l'intégrité physique » et s'inscrit dans la stratégie du Conseil sur les droits des enfants (2012-2015) visant à supprimer toute forme de violence à leur encontre. Parmi les atteintes visées, figure la circoncision rituelle, considérée comme faisant partie « des atteintes spécifiques (bien) intentionnées, socialement acceptées, mais souvent médicalement injustifiées ». Ce point de la Résolution, développé dans le Rapport, a soulevé un tollé, comparable à celui suscité en son temps par la décision du *Landgericht* de Cologne (26 juin 2012) et ayant abouti à la légalisation de l'acte, dans certaines conditions, en Allemagne (loi du 20 décembre 2012) : la circoncision des nourrissons est autorisée si elle ne met pas en péril le bien-être de l'enfant et si elle est pratiquée « dans les règles de l'art médical ». Au cours des six premiers mois de la vie, la circoncision peut être pratiquée par des représentants religieux non médecins.

La permission de la loi ou la tolérance envers l'acte avec, le cas échéant, un encadrement par la jurisprudence n'empêche toutefois pas de s'interroger sur sa compatibilité avec certains textes internationaux comme nationaux ou sur sa qualification. Même si l'on met de côté la légalisation de la pratique dans certains pays du Conseil de l'Europe, légalisation encore marginale, la circoncision rituelle demeure une énigme pour le juriste en quête de certitude. En effet, quelque que soit l'angle juridique adopté (droit médical, droit civil, droit pénal...), la circoncision rituelle pose question.

Depuis la décision de Cologne et surtout la Résolution de l'APCE, aucun pays membre n'échappe à la controverse. C'est que la circoncision rituelle relève d'une problématique complexe. Si la question s'inscrit certes dans le juridique (conflits de droits fondamentaux, contrariété avec des dispositions relevant des ordres juridiques internes, prise en compte de la parole de l'enfant, question de

sa majorité religieuse, liberté de religion de l'enfant, de ses parents, des communautés ...), elle ne saurait être saisie sur le seul terrain du droit. En effet, la situation de la circoncision rituelle oppose l'impératif juridique et l'impératif confessionnel illustrant par là même un conflit majeur de normativités qu'il ne faut pas sous-estimer. Dans cette concurrence entre les deux ordres normatifs, lequel doit se subordonner à l'autre ? Par ailleurs, la question ne tire pas seulement son intérêt de l'actualité dans laquelle elle s'inscrit. Plus fondamentalement et surtout, elle interroge la société sur sa capacité à accepter qu'au nom d'une religion et, en l'espèce, d'une tradition multiséculaire, prééminence soit donnée à une pratique, contrevenant au moins pour partie à ses principes et à ses valeurs.

La stratégie mise en avant notamment par le Conseil de l'Europe visant à promouvoir les droits de l'enfant et à privilégier son intérêt, est certes d'une légitimité incontestable, mais ne doit-on pas s'interroger sur le contenu même de la notion d'intérêt de l'enfant (qui ne va pas de soi) : cet intérêt réside-t-il dans une protection sans faille de son intégrité physique ou bien dans son inscription dans sa communauté dont participe le rite de la circoncision ? Par ailleurs, les États, au nom de « l'idéologie des droits de l'homme », n'en viendraient-ils pas à nier tout espace de liberté permettant d'exprimer à chacun sa singularité, « colonisant » par là même la sphère de la famille ? Mais la famille peut-elle échapper à l'ordre public ? Des solutions médianes compatibles avec le respect des droits humains et acceptables par les religions sont-elles envisageables ? Quelles formulations juridiques de ce type de compromis peut-on, le cas échéant, proposer ?

La Résolution de l'APCE projette le débat sur la circoncision au niveau de tous les États membres du Conseil de l'Europe. L'Assemblée considère que « la société doit lancer de nouveaux projets de recherche sur la nécessité de la circoncision en tant qu'intervention médicale » et elle invite les États membres à engager un dialogue avec les communautés religieuses. Elle saisit même expressément les juristes pour, notamment, combler des vides juridiques. Toutefois, elle est consciente que « toutes les situations nationales ont leurs règles propres et leur propre complexité, dont il convient de tenir compte lors de l'élaboration de stratégies nationales de protection de l'intégrité physique des enfants ».

Dans la perspective dessinée par l'APCE, cet ouvrage porte une double ambition scientifique : d'une part, il établit, pour la première fois, un état le plus précis possible de la question juridique dans tous les champs du droit rétroagissant avec la pratique de la circoncision, et cela, pour onze pays. D'autre part, il tient le plus grand compte de l'environnement religieux, théologique, sociétal, éthique dans lequel la pratique s'inscrit. La conjugaison des points de vue est ici d'une importance majeure. Elle opère contextualisation du droit. En effet, comme l'écrit Jacques Lenoble, « le moment du droit n'épuise pas lui-même les conditions de sa propre application. Il présuppose toujours, au titre des conditions de son application, un "en deçà" et un "au-delà" de la norme. Il est ainsi

renvoyé, non pas à des préférences individuelles, mais au contraire, au moment d'une perception de notre destinée commune, à la perception d'une forme de vie »<sup>5</sup>.

Si le cœur de l'ouvrage est constitué par les contributions des juristes, une large part est accordée à une mise en perspective interdisciplinaire nécessaire et incontournable pour prendre la pleine mesure de ce qui se joue dans le rituel. C'est pourquoi l'étude s'ouvre sur *Les fondamentaux*, c'est-à-dire l'ancrage religieux et théologique de la circoncision, illustrant par là-même le souci des juristes, spécialistes du droit des religions, de ne pas procéder à une lecture désincarnée de la norme juridique, à prendre en compte les « phénomènes d'internormativité » car, comme l'a excellemment écrit Jean Carbonnier, « entre le droit et les autres systèmes normatifs des rapports se nouent et se dénouent, des mouvements, des conjonctions, des conflits se produisent »<sup>6</sup>. Du reste, les propos des juristes eux-mêmes sont mesurés. Non point par complaisance, mais par sagesse, les enjeux et la complexité de la question ne leur échappant pas.

La seconde partie de l'ouvrage, consacrée à *La problématique juridique*, expose l'état du droit de dix pays membres du Conseil de l'Europe et celui d'un pays ayant le statut d'observateur au Conseil. Cette analyse par système juridique national est, bien évidemment, précédée d'un examen des sources internationales auxquelles sont, du reste, assujettis les pays concernés.

Les onze pays (Allemagne, Belgique, Espagne, Italie, France, Turquie, Suède, Norvège, Danemark, Royaume-Uni, Canada) sont représentatifs des différents positionnements à l'égard de la circoncision rituelle. Dès lors, la présentation de l'état du droit s'ordonne logiquement autour des apparentements relevés entre les pays, ceci conduisant à identifier quatre tendances juridiques.

La primauté est donnée aux pays qui ont adopté une législation spécifique à propos de la circoncision rituelle. La raison d'une telle primauté n'est pas à rechercher du côté d'un quelconque jugement de valeur ou d'une « préférence » liée à notre spécialité disciplinaire qui nous inclinerait vers l'adoption d'une loi pour permettre, interdire ou encore encadrer. En réalité, cette ventilation des États selon les quatre tendances observées doit être entendue comme une mise en ordre, une opération de classification (chère aux juristes) à vocation principalement didactique. Toutefois, et au-delà de cet objectif pédagogique, ce

5 LENOBLE Jacques et COPPENS Philippe, « Les enjeux d'une question : théorie du droit et de l'État, théorie de la norme et procéduralisation contextuelle », in LENOBLE Jacques et COPPENS Philippe, (dir.), *Démocratie et procéduralisation du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 19.

6 CARBONNIER Jean, *Sociologie juridique*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1994, p. 317, poursuivant : « Il est de ces phénomènes qui ont le caractère évolutif des mouvements historiques. Ainsi, le flux et le reflux de la religion en face du droit. Le reflux est proprement la laïcisation. Mais on pourrait parler d'une espèce de superlaïcisation, qui consiste à affranchir le droit de la morale, fût-elle laïque ».

classement permet de montrer qu'il n'y a pas une réponse juridique unique et uniforme à la question de la circoncision rituelle et que cette réponse s'inscrit dans un contexte social, culturel, historique. Parfois, et même si la circoncision rituelle ne semble pas faire l'objet de débat sociétal (le Canada par exemple) ou qu'elle est socialement acceptée (la Turquie), elle mérite néanmoins d'être interrogée par le juriste.

Cette partie traitant de la problématique juridique s'ouvre avec l'Allemagne ; cependant et d'un point de vue chronologique, l'Allemagne n'est pas le premier pays à avoir légiféré spécifiquement sur la pratique. La Suède, en 2001, l'a précédée. Mais, c'est à l'Allemagne que l'on doit la décision de Cologne puis la prise de position du Conseil de l'Europe. Suit l'étude des pays scandinaves : la Suède bien évidemment puis le Danemark qui encadre la pratique et la Norvège dont le Parlement s'est bien décidé en 2014 à prendre une loi à propos de la circoncision mais celle-ci n'est pas encore entrée en application du fait des impératifs liés à la Constitution norvégienne.

À l'Allemagne et aux pays scandinaves, il paraît opportun d'ajouter la Belgique. En effet, bien que, dans cet État, la circoncision masculine ne fasse pas l'objet d'une législation spécifique, les conditions tenant aux aptitudes de celui la pratiquant sont posées depuis un arrêté royal du 20 juin 1820, qui est toujours en vigueur.

Le deuxième « groupe » de pays est constitué de ceux qui, sans avoir adopté de législation particulière, connaissent de la pratique à travers principalement le contentieux judiciaire qu'elle soulève et particulièrement en droit de la famille. En effet, en France comme au Royaume-Uni, la question de la circoncision rituelle est particulièrement aiguë dans le domaine des affaires familiales. Le rôle du juge dans la régulation de la pratique revêt alors une importance déterminante dans la mise en balance des intérêts. L'encadrement jurisprudentiel des conditions de réalisation de la pratique, la mise en œuvre de la coparentalité, le jeu des règles de la responsabilité civile, sont, ici, riches d'enseignements.

L'Espagne et l'Italie forment le troisième ensemble de pays, reliés entre eux par la nature particulière des liens entretenus par ces États avec les religions juive et musulmane. La circoncision rituelle s'inscrit alors dans une historicité singulière tenant aux relations de ces États avec les religions concernées.

La Turquie et le Canada constituent le dernier ensemble. Leur réunion est justifiée par l'importance donnée dans ces deux pays, au contexte sociétal qui ne remet pas en cause la pratique. Celle-ci, plus justement qualifiée de culturelle pour la Turquie, est acceptée dans ce pays à majorité musulmane, du fait de son « adéquation sociale ». Mais on relèvera, tout de même, la médicalisation (au moins dans les textes) des conditions de son accomplissement. Quant au Canada, et à défaut de contentieux suffisamment pertinent sur la question, la circoncision rituelle est examinée sous l'angle de ses possibles analogies avec notamment les solutions données dans des affaires liées aux témoins de Jéhovah.

On retiendra surtout que la circoncision rituelle est, sans aucun doute, un domaine privilégié pour l'application du principe de proportionnalité.

*Pour aller plus loin* dans notre réflexion et l'enrichir d'un croisement des regards sur la circoncision rituelle, chacune des deux parties fait une large part à l'analyse historique, anthropologique, sociologique et éthique.

L'histoire ou en tout cas l'étude d'un moment singulier d'histoire nous enseigne que lors de certaines périodes troublées et malgré les risques encourus, les populations juive et musulmane respectaient le rite, l'adaptant, s'adaptant, à un contexte fracturant leur âme.

L'anthropologie inscrit la pratique dans le temps long des sociétés humaines. Cette mise en perspective synchronique et diachronique éclaire utilement notre perception de la circoncision rituelle. Tout comme, du reste, l'analyse sociologique du rituel dont la fonction est centrale dans le processus de transmission de l'identité religieuse.

Dans l'introduction de l'ouvrage *Les grands avis du Comité consultatif national d'éthique*<sup>7</sup>, François Violla et Éric Martinez soulignent que « les interrogations éthiques nourrissent indéniablement la réflexion juridique. Inversement, le cadre normatif contraignant conduit à de nouveaux questionnements éthiques. La porosité est plus importante qu'il n'y paraît, elle est même essentielle et signe de vitalité d'une communauté qui existe davantage par ses doutes que par ses certitudes ». L'éthique en ce qu'« elle a d'abord vocation à fournir des repères destinés à guider la réflexion sans aspirer à la déterminer »<sup>8</sup>, est le trait d'union entre les diverses paroles sur la circoncision rituelle recueillies dans ce livre éponyme.

---

7 VIALLA François, MARTINEZ Éric (dir.), *Les grands avis du Comité consultatif national d'éthique*, Paris, LGDJ Lextenso, coll. « Les grandes décisions », 2013, p. 9.

8 *Ibid.*





*PREMIÈRE PARTIE*

**LES FONDAMENTAUX**



Chapitre 1  
La circoncision, une prescription religieuse



# La circoncision dans le judaïsme

YESHAYA DALSACE

## I. PRÉSENTATION INTRODUCTIVE

Expliquer l'importance du rite de la circoncision pour le judaïsme à un public occidental me semble une gageure. En effet, ce rite central et même fondamental pour le judaïsme n'obéit pas vraiment à nos critères de rationalité. Il devient dès lors très difficile de le justifier, notamment aux oreilles de juristes.

On connaît l'ancienneté de ce rite. Il n'est guère exclusivement juif et on le retrouve sous différentes modalités dans diverses contrées. Pour le judaïsme, d'après le récit de la *Genèse* (17,11), la circoncision initiée par Abraham, ancêtre fondateur du peuple juif, représente la marque de l'Alliance du clan abrahamique avec Dieu. Tout mâle doit être circoncis, si possible à l'âge de huit jours. Ce commandement est répété dans *Lévitique* 12,3.

Il est à mettre en parallèle avec la « circoncision du cœur » (*Ezéchiel* 44,7 ; *Jérémie* 4,4...) qui représente la dimension morale et symbolique, comme si le cœur humain lui-même avait un prépuce, une fermeture à enlever.

La non pratique de ce rite est considérée comme très grave par la tradition juive et sa sanction est le « retranchement » (*karet*), punition symbolique puisque céleste, mais considérée comme une remise en cause de l'être même. Il ne s'agit donc pas seulement d'un rite de passage ou initiatique, mais d'une marque d'appartenance indispensable pour faire pleinement partie du peuple et participer à certains rites comme la consommation du sacrifice pascal tel

que cela se faisait à l'époque du Temple. Le *Talmud* (*TB Nedarim* 31b) affirme même que ce commandement vaut tous les autres.

Il ne s'agit donc nullement d'une vague coutume ou d'une pratique accessoire, encore moins d'une mesure hygiénique, mais bien d'un rite fondateur que les Juifs se sont efforcés de conserver y compris dans des circonstances dramatiques.

À toute époque, la circoncision a été incomprise et critiquée. Certains Gréco-romains y voyaient une forme de mutilation. Ils voulurent même l'interdire un temps et des Juifs sacrifièrent leur vie pour la maintenir. Le christianisme, à part certains chrétiens orientaux, l'abandonna et très vite, moqua les Juifs qui continuaient à la pratiquer. Au Moyen Âge la circoncision de Jésus est représentée comme le début de sa passion et donc la première atteinte à son corps par les Juifs déicides. Le même monde chrétien médiéval faisait un lien entre la circoncision vue comme cruelle et mystérieuse et le crime rituel supposé... Le protestantisme l'a parfois remise en pratique, sans rituel, et curieusement, la circoncision chirurgicale est devenue très courante aux États-Unis parmi la population chrétienne pour des raisons essentiellement hygiéniques.

Le judaïsme ne donne pas de justification à cet acte, il obéit à un commandement divin et considère l'homme incirconcis comme incomplet. Des chercheurs ont donné toutes sortes d'explications parfois contradictoires : castration symbolique, marque d'appartenance clanique, renforcement symbolique de la puissance sexuelle... Le fait est qu'elle inscrit l'individu dans la mémoire d'un peuple.

## II. LA PRATIQUE

La circoncision se pratique en principe le 8<sup>e</sup> jour après la naissance, sauf problème de santé de l'enfant, ce qui repousserait la cérémonie. Elle est effectuée par un *mohel*, circonciseur rituel qui n'est pas forcément rabbin, ni forcément médecin, mais doit au minimum être un Juif pieux formé pour cela. Il existe une brève formation de *mohel*, notamment en Israël, mais en France il n'existe pas d'ordre des *mohalim* précis, ni d'organisation professionnelle. C'est en général un rite domestique mais qui peut parfois être pratiqué à la synagogue. L'enfant est amené avec des chants de joie et maintenu par un adulte sur un haut fauteuil dédié au prophète Élie. Le circonciseur opère à l'aide d'instruments traditionnels stérilisés. On étire délicatement la peau du prépuce à travers la fente d'un instrument de métal spécial afin de protéger le gland, on coupe cette peau (*mila*), puis on rompt la muqueuse qui entoure encore le gland qui est ainsi mis à nu (*priya*), on pratique encore parfois une succion du sang à l'aide d'un tube

et chez certains directement avec la bouche (*metsitsa*) mais de moins en moins car cette dernière étape a été abandonnée par beaucoup. On saupoudre la plaie de poudre cicatrisante et désinfectante, puis on fait un pansement. C'est à ce moment que dans une bénédiction, l'enfant reçoit son prénom hébraïque en lui souhaitant de grandir en juif et de transmettre un jour à son tour, sa foi. L'enfant est rendu à sa mère. Le tout va vite et c'est une cérémonie assez simple, mais très forte et émouvante. Le circonciseur surveille que tout va bien pour le bébé et en quelques jours, la plaie a cicatrisé.

### III. CRITIQUES POSSIBLES

- La douleur de l'enfant. Lors de l'opération l'enfant ressent une certaine douleur, c'est incontestable. Mais elle est variable et relative. J'ai plusieurs fois vu des bébés ne pas se réveiller lors de l'opération et juste manifester un petit geignement, j'en ai vu d'autres hurler soudainement... Cette douleur peut facilement être atténuée par l'usage d'une crème anesthésiante. Hélas, bien des circonciseurs ne l'utilisent pas, par manque d'information. La douleur peut aussi survenir au moment de la cicatrisation si la plaie n'est pas badigeonnée avec un corps gras dans les règles de l'art ou encore un accès de fièvre peut survenir à la suite de l'opération. On peut comparer la douleur subie à celle due aux diverses vaccinations que subit tout nourrisson, mais les détracteurs de la circoncision affirmeront la non nécessité de celle-ci contrairement aux divers vaccins... D'un point de vue juif, la cérémonie est indispensable, en revanche, la douleur ne l'est pas et on peut l'atténuer au maximum.
- Les risques médicaux. Comme toute opération médicale, la circoncision comporte une part de risque. Elle n'est pas grande, mais elle existe. Outre des risques d'infections faciles à résoudre, il existe des risques plus importants comme l'hémorragie, la nécrose, l'arrêt cardiaque ou encore la mutilation si l'opération est mal effectuée. Ces risques sont rares et mal comptabilisés (aucun enregistrement de complications n'est effectué et aucune organisation ne s'occupe de cela) mais suffisants pour qu'on s'en inquiète et qu'on fasse le maximum pour les juguler. Les sources juives classiques sont conscientes de certains risques et précisent qu'en cas de mort d'un enfant aîné, le petit frère ne doit pas être circoncis. On sait aujourd'hui qu'il s'agissait là du risque génétique de l'hémophilie qui était donc pris en compte. Aujourd'hui des tests de coagulation de sang sont pratiqués systématiquement les jours précédents la circoncision.



- La pratique contestable de la succion, la *metsitsa*. Cette pratique est décrite dans la *Mishna* (*Shabbat* 19,2). Elle n'est pas obligatoire d'après le *Talmud* (*TB Shabbat* 137b) contrairement aux deux autres étapes : ablation du prépuce (*mila*) et dégagement de la muqueuse (*priya*). Le circonciseur devait sucer le gland ensanglanté (en crachant le sang ensuite) afin, d'après les connaissances de l'époque, de favoriser la coagulation et désinfecter la plaie. Le *Talmud* (*TB Shabbat* 133b) affirme que celui qui ne la pratique pas ne doit pas être pris comme circonciseur à cause du danger à ne pas le faire. À nos yeux modernes, c'est évidemment absurde et cela est au contraire une source d'infection. On connaît aujourd'hui le nombre important de bactéries contenues dans la salive. Au XIX<sup>e</sup> siècle, avec les progrès médicaux, nombre de rabbins firent remarquer que comme la succion n'était pratiquée que pour raison « médicale », on pouvait la remplacer par autre chose selon le savoir médical moderne. Soit on l'annulait totalement, soit on se servait d'un petit tube stérile qui évitait la succion directe. Mais certains rabbins ultraconservateurs prônent jusqu'à aujourd'hui la pratique ancestrale utilisant la bouche. C'est ainsi que récemment un bébé est mort à New-York en contractant l'herpès du circonciseur et que d'autres bébés ont été gravement contaminés. Concrètement, ce problème ne se pose que dans certains cercles fondamentalistes.
- L'imposition d'un rite irréversible à un enfant incapable d'exprimer sa volonté. Dans l'idée occidentale de l'autonomie de l'individu, on ne saurait imposer quoi que ce soit à un enfant et surtout pas un rite physique douloureux et irrationnel.

Toutes ces considérations expliquent qu'il existe un tout petit groupe de Juifs militant contre cette pratique qu'ils refusent de faire subir à leur enfant. On lira avec bonheur l'essai iconoclaste de Shalom Auslander<sup>1</sup>, *La lamentation du prépuce*, qui décrit de façon comique les tergiversations d'un futur père face à l'inéluctable naissance d'un fils et de la cérémonie qui devrait s'ensuivre, circoncision qui sera faite d'ailleurs...

#### IV. AMÉLIORATION ET LÉGISLATION

Il est très clair que toute restriction juridique sur la pratique de la circoncision serait inacceptable d'un point de vue juif. Ce serait une très grave atteinte à la possibilité de l'existence d'une communauté juive dans les pays concernés. En ce sens, le jugement du tribunal de Cologne de 2012 a été particulièrement

---

1 AUSLANDER SIMON, *La lamentation du prépuce*, Paris, Belfond, 2008, 312 p.

mal reçu et contré aussitôt. L'Europe est en effet particulièrement mal placée pour restreindre en quoi que ce soit ce qui reste de l'existence juive... On peut cependant comprendre la nécessité de mieux encadrer juridiquement une pratique aux conséquences non négligeables. On pourrait exiger l'accord des deux parents, la création d'un diplôme de circonciseur médicalement sérieux et surveillé, l'emploi systématique d'une pommade anesthésiante... On pourrait interdire strictement la pratique de la succion (*metsitsa*), dangereuse et nullement nécessaire d'après la grande majorité des rabbins et non des moindres.

On pourrait exiger une prise de contact préalable par le circonciseur avec le centre médical le plus proche en cas de besoin urgent. Mais il serait toutefois exagéré d'exiger un cadre hospitalier pour une opération facile à sécuriser dans le cadre classique familial. Il est clair que sur le plan strictement médical on se trouve face à une pratique hors norme qu'il est difficile de faire entrer dans le strict cadre des exigences médicales actuelles qui exige un bloc opératoire pour toute opération et surtout une justification thérapeutique claire.

De mon point de vue rabbinique, il me semble que de sérieuses améliorations à la situation actuelle sont envisageables. On pourrait améliorer la qualité de la pratique le plus souvent faite sans surveillance d'aucune organisation sérieuse, sans retour sur les éventuelles complications, sans registre et sans même de diplôme reconnu. La loi juive met le prix de la vie au-dessus de tout et la santé autorise bien des aménagements et des concessions, or dans le cas de la circoncision, une pratique rigoureuse suffirait à améliorer sérieusement la situation. Le législateur pourrait exiger un minimum de conditions sans pour autant contrer une pratique aussi fondamentale qu'ancienne.

Enfin sur les arguments d'ordre moral, il faut à mon avis les relativiser.

Voir dans la circoncision une mutilation est très exagéré et même si le gland perd en effet de sa sensibilité, on ne peut affirmer que les circoncis et leurs partenaires soient lésés sur le plan sexuel.

La question du consentement de l'enfant est délicate et j'entends bien l'argument. Cependant, exiger le consentement de l'enfant est impossible car la loi juive interdit de surseoir à cette pratique sauf force majeure et même le shabbat doit être transgressé pour respecter la date du 8<sup>e</sup> jour. Un enfant se voit imposer quantité de choix parentaux et non des moindres. On pourrait, en caricaturant, arguer que le fait même d'imposer l'identité juive à un enfant est cause de traumatismes futurs et de névrose assurée... On peut répondre qu'à l'inverse, ne pas circoncire un enfant juif sera bien plus problématique pour lui et le mettra face à un choix douloureux et une difficulté de construction psychique et identitaire qu'il pourrait ne pas surmonter sa vie entière. Au contraire, inscrire clairement l'enfant dans son identité et sa lignée ancestrale représente l'idée même d'engagement et de responsabilité parentaux.

La douleur imposée à l'enfant peut et doit être réduite au minimum. Mais elle doit être relativisée face aux nombreuses peines que subissent les enfants à la naissance : vaccins, soins divers, maux de ventre et chagrins divers... L'avantage de la circoncision à huit jours est qu'on en porte la trace sans en garder le souvenir...

Comme nous l'avons dit en introduction, un regard extérieur aura forcément de grandes difficultés à saisir le pourquoi d'une telle pratique. D'un point de vue juif, l'enjeu est si essentiel, au-delà même de toute croyance religieuse car répondant autant à une question identitaire que religieuse, que la remise en cause d'une telle pratique n'est même pas discutable. Le rôle du législateur est ici comme ailleurs de prendre en compte l'ensemble des paramètres et des enjeux de la question, d'entendre la spécificité juive et de savoir, avec finesse, entendre et comprendre pour mieux protéger.

Enfin, on peut, face aux détracteurs de la circoncision, affirmer que d'un point de vue juif, la circoncision est absolument nécessaire pour la future construction psychique et identitaire de l'enfant juif. De ce point de vue, omettre la circoncision d'un tel enfant serait lui causer un préjudice moral et psychologique sans doute plus grave que tous les inconvénients avancés.

## Les débats sur la circoncision en droit musulman classique et contemporain

MOUSSA ABOU RAMADAN

La circoncision, qui est considérée comme acquise dans la religion musulmane, faisait et fait encore l'objet de débats et de controverses dans l'histoire juridique musulmane. Sa raison d'être est moins domination de l'homme sur la femme, son entrée dans l'âge adulte et la socialisation des sexes<sup>1</sup>, l'alliance entre Dieu et les musulmans (comme cela est le cas dans la religion juive, la circoncision constituant la traduction même de l'identité juive<sup>2</sup>), que la manifestation de l'exécution d'un ordre divin tel qu'il est compris. Cet ordre divin varie entre la recommandation et l'obligation. Certains voient la circoncision comme un marqueur de l'identité musulmane.

La question de la circoncision est traitée dans les commentaires du Coran, surtout au sujet de la circoncision d'Abraham, et non pas dans le Coran lui-même. Il existe également quelques *hadiths* qui abordent cette question<sup>3</sup>.

---

1 FAINZANG Sylvie, « Circoncision, excision et rapports de domination », *Anthropologie et Société*, 1985, p. 117-127.

2 MATHIEU Séverine, « Couples mixtes et circoncision », *Archives de sciences sociales des religions*, 2007, p. 43-64. Voir également sur les changements de représentations et d'arguments sur la circoncision au cours du temps : GLICK Leonard B., *Marked in Your Flesh, Circumcision from Ancient Judea to Modern America*, Oxford, Oxford university Press, 2005.

3 Voir BUKHARI Sahih Bukhari, dar tuq al-naja, 1422 hégire, vol. 7, p. 160, *hadith* n° 5889 ; Muslim (m. 261), Sahih Muslim, Beirut, dar ihya' al-turath al 'arabi, vol. 1, p. 221, *hadith* n° 257.

Concernant les traités de doctrine juridique proprement dits (*fiqh*), les *fuqaha'* ne l'ont abordée que d'une manière accidentelle en traitant d'autres questions. La circoncision est mentionnée dans différents chapitres dans le traité de droit musulman classique : elle se trouve aussi bien dans le chapitre sur les ablutions - *tahara* - que dans le chapitre concernant le louage de service (car on loue le service d'un circonciseur), et dans celui relatif à la responsabilité pénale et civile du circonciseur (sa responsabilité étant analogue à celle du médecin). Cette question se trouve également dans le chapitre sur le témoignage et enfin dans celui traitant de l'hermaphrodisme.

Certains auteurs ont consacré des épîtres à la circoncision mais on n'en trouve pas traces<sup>4</sup>. Ibn Qayyim al Jawjiyah (m. 751/1350)<sup>5</sup> a rédigé un livre sur le nouveau-né comportant une large partie sur les règles du *khitan*, terme arabe pour la circoncision. Il recense 392 règles la concernant. Elle consiste en l'ablation totale du prépuce ; le gland du pénis étant laissé à découvert<sup>6</sup>. Les débats sur la circoncision dans le droit musulman classique seront, tout d'abord, retracés (I) puis les interrogations contemporaines seront, ensuite, exposées (II).

## I. LES DÉBATS SUR LA CIRCONCISION EN DROIT MUSULMAN CLASSIQUE

### A. LE STATUT DE LA CIRCONCISION : OBLIGATION OU RECOMMANDATION ?

Quand les juristes musulmans débattent d'une question juridique, ils essaient de la classer parmi cinq catégories : obligation (*wajib*), interdiction (*haram*), réprimande (*makruh*), recommandation (*mandub*) et neutralité, c'est-à-dire on peut le faire ou non (*mubah*). Les hanéfites ajoutent deux autres catégories. Pour celle correspondant à une obligation, ils en recherchent l'origine. Si celle-ci trouve sa source dans le Coran et la Sunna, ils l'appellent *farḍ*.

Concernant la circoncision, les juristes l'ont classée selon seulement deux catégories, à savoir une obligation et une recommandation.

---

4 Qui sont mentionnées dans l'introduction de l'éditeur au livre d'Ibn Qayyim Al-Jawjiyah, *Tuhfat al-mawlud bi ahkam al-mawlud* (Jadda:Dar 'alam al-fawa'id, sans date).

5 *Ibid.*

6 Pour les filles, on parle de *khafd*.

Les *Shafi'i*<sup>7</sup> et les *Hanbali*<sup>8</sup> considèrent la circoncision comme une obligation, tandis que pour les hanéfites<sup>9</sup>, il s'agit d'une recommandation. Les malékites tendent plutôt vers la recommandation mais les mots qu'ils emploient ne sont pas toujours univoques<sup>10</sup>. En général, ces juristes n'explicitent pas leurs justifications à l'origine du classement adopté.

- 
- 7 Al-Mawardi (m. 450), *Al-Hawi al-kabir fi fiqh madhhab al-imam al-Shafi'i* 9, Beirut, al-kutub al-'ilmiyya, 1999, vol. 13, p. 430 ; Al-Shirazi (m. 476), *Al-tanbih fi fiqh al-Sjafi'i* ('alim al-kutub, ni date ni lieu), p. 14 ; Al-Juwayni (m. 478), *Nihayat al-matlab fi dirayat al-madhhab* (dar al-minhaj, 2007, sans lieu de publication), vol. 17, p. 353 ; Al-Ghazali, *Al-Wasit fi al-madhhab* (Le Caire : dar al-islam, 1417 hégire) vol. 6, p. 523 ; Al-Shashi al-Kafal (m. 507), *Hilya al-'ulama' fi ma'rifat madhhab al-fuqaha'* (vol 1, p. 107) ; Al-'amrani al-Yamani (m. 558), *Al-Bayan fi madhhab al-imam al-Shafi'i* (Jadda : dar al-minhaj, 2000), vol. 1, p. 95 ; Al-Nawawi (m. 676), *Al-Majmu' sharh al-muhadhib* (dar-al-fikr, vol. 1, p. 300-301).
- 8 Ibn Qudama, *Al-Kafi fi fiqh al-imam ahmad* (dar al-kutub al-'ilmiyya, 1994), vol.1, p. 54 ; mais s'il est majeur et qu'il a peur de mourir la circoncision n'est pas obligatoire, *Ibid.*, vol. 1, p. 55. Ibn Qudama (m. 620), *Al-Mughni* (Le Caire : maktabat al-Qahira), 1968, vol. 1, p. 64 ; Ibn Taymiyah (m. 652), *Al-muharir fi al-fiqh*, vol. 1, p. 10 ; Ibn Muflih (m. 763), *Kitab al-furu'* (mu'asat al-risala, 2003), vol. 1, p. 156 mais il rapporte aussi une opinion selon laquelle c'est recommandé, vol. 1, p. 156 ; Al-Mardawi, *Al-Insaf fi ma'rifat al-rajih fi al-khilaf*, vol. 1, p. 123 où l'auteur cite plusieurs autorités hanbalites soutenant que la circoncision est obligatoire.
- 9 Al-Kasani (m. 587), *Bada'i' al-sana'I' fi tartib al-sharai'* (dar al-kutub al-'ilmiyya 1986, sans lieu d'édition), vol. 7, p. 328 parle de « sunna al-islam », la *sunna* de l'islam ; normalement on parle de la *sunna* du Prophète. Bin Maza al-Bukhari, *Al-muhit al-Burhani fi al-fiqh al-nu'mani* (Beirut: Dar al-kutub al-'ilmiyya, 2004), vol. 5, p. 336 parle de sunna et si une communauté des musulmans quitte cette pratique il faut déclarer la guerre (vol. 5, p. 375) et celui qui ne pratique pas le *khitan* est considéré comme *fasiq*, vol. 8, p. 321 ; Al-Zayla'i, *tabyin al-haqaiq sharh kinz al-daqa'iq* (Le Caire : Bulaq, 1896), vol. 4, p. 226-227 ; Al-Babarti (m. 786), *Al-'inaya sharh al-hidaya*, (dar al-fikr, sans date ni lieu), vol. 7, p. 421. Al-'Ayni (m. 855), *Al-binaya sharh al-hidaya* (Beirut: dar al-kutub al-'ilmiyya, 2000), vol. 4, p. 310 parle de 'sunna mu'akada'. Puis plus loin il parle de sunna, vol. 9, p. 157. La distinction entre *wajib* et *fard* qu'on a mentionnée précédemment ne l'est pas par les hanéfites lorsqu'ils ont traité cette question. Al-Mawardi appartient à l'école shaféite et distingue entre les hanéfites irakiens qui ont dit que c'est une sunna c'est-à-dire recommandé et les hanéfites de Khourasan qui ont dit que c'est *wajib* et non *fard* (Al-Mawardi, *Al-Hawi al-Kabir*, vol. 13, p. 431).
- 10 Abi Zayd al-Qayrawani (m. 386), *Al-Risala* (Dar al-fikr), p. 83 parle de *sunna 'wajibah* puis plus loin il parle de *sunna*, p. 156. Quand les auteurs emploient le mot *sunna* c'est une recommandation mais Abi Zayd a employé *sunna* « *wajiba* » c'est-à-dire obligatoire. Al-Baghdadi (m. 422), *Al-talqin fi al-fiqh al-malki* (Dar al-kutub al-'ilmiyya) parle de *wajib bi al-sunna* c'est-à-dire obligatoire par la sunna. Ibn Rushd (m. 520), *Al-Bayan wa al-tahsil* (Beirut : dar al-ghrab al-islami- 1988), vol. 2, p. 163, parle de « *sunna wajiba* ». Le même auteur dans un autre livre (*al-muqadimat al-mumahidat* (dar al-gharb al-islami), 1988, vol. 3, p. 446, parle de sunna. Ibn Hajib, *Jama'i al-ummahat*, p. 565 parle aussi de sunna. Al-Qarafi (m. 684), *Al-Zakhira* (Beirut : dar al-gharb al-islami, 1994), vol. 2, p. 452 parle de '*sunna mu'akada*' c'est-à-dire une sunna qui est confirmée, puis plus loin il parle de *sunna*, vol. 13, p. 278. Ibn al-hattab, *Mawahib al-jalil fi sharh mukhtassar khalil* (dar al-fikr,

Ibn Qayyin al-Jawziyya a résumé les débats sur cette question jusqu'à son époque. Il énonce les différents arguments sur la légalité et sur le statut de la circoncision. Sa présentation est ici reprise en y ajoutant les arguments d'autres juristes s'étant prononcés pour ou contre l'obligation de la circoncision, ainsi que d'autres questions non abordées par lui.

## 1. Les arguments à l'appui du caractère obligatoire de la circoncision

Il n'y a pas de mention du *khitan* dans le Coran mais la légalité de la circoncision est traitée dans les commentaires de versets basés sur des *hadiths*, notamment le verset 124 dit de la Vache : « (Rappelez-vous) quand le Seigneur éprouva Abraham par certaines prescriptions » (*kalimat*).

Les commentaires<sup>11</sup> mentionnent que Dieu a éprouvé Abraham par le *tabara*, cinq purifications qui concernent la tête : coupe de moustache, *madmada* qui a trait à la bouche, *istinshaq* qui concerne le nez, *siwak* concernant les dents, le front ; et cinq pour le corps : taille des ongles, épilation du pubis, circoncision, épilation des aisselles et lavage des effets après avoir fait sa toilette (pour éliminer excréments et urine) avec de l'eau (Commentaires d'Abdil Razak).

Il faut également citer le verset 123 de la sourate 16 dite des Abeilles : « [...] Ensuite nous t'avons révélé : suis la religion (*milla*) d'Abraham en *hanif* car il ne fut point parmi les Associateurs ». En liant les deux versets, on établit l'obligation de la circoncision. En effet, d'une part, un ordre divin est donné à Abraham et, d'autre part, l'autre verset indique qu'il faut suivre Abraham<sup>12</sup>.

En outre, certains *hadiths* décrivent le moment de la circoncision d'Abraham soit à l'âge de 80 ans, soit à celui de 120 ans. Un autre débat porte sur l'utilisation d'une hache et sur le lieu, une ville du nom de Qudum<sup>13</sup>.

Abraham a effectué la circoncision d'où découle cette obligation<sup>14</sup>. Pour Al-Nawawwi, le fait de suivre Abraham dans l'acte de circoncision ne veut pas dire que cela est obligatoire : le fait de faire quelque chose ne signifie pas qu'il l'a fait parce qu'il y est obligé. Al-Nawawwi répond à cela que le verset est explicite,

---

1992), vol. 3, p. 258 rapporte l'opinion d'Ibn 'Arafa qui dit que c'est *wajib bi al sunna ghayr fard* c'est-à-dire une obligation qui découle de la sunna mais qui n'est pas obligatoire.

11 Commentaires de ce verset, par exemple : 'Abdil Razaq. Tafsir 'abdil Razaq (Beirut : dar al-kutub al-'ilmiyya, 1419 hégire), vol. 1, p. 289 ; Tabari (m. 310), Jami 'al-bayan fi ta'wil al-qur'an (mu'asat al-risala, 2000), vol. 2, p. 9-17.

12 Al-Mawardi mentionne le verset 123 de la sourate des Abeilles, puis mentionne qu'Abraham s'est circoncis « bilqadum ». Est-ce qu'il s'agit du nom d'une ville ou est-ce qu'il s'agit de dire qu'il a été circoncis par une hache ? Il rapporte les deux versions sans choisir. Al-Mawardi, vol. 13, p. 431.

13 Ibn Rushd (m. 520), Al-muqamimat al-mumahidat, *op. cit.*, vol. 3, p. 447.

14 Ibn Qayyin, p. 237. Pour les Shaféites : Al-Mawardi, Al-HAWI al-Kabir, vol. 13, p. 430 ; Al-Nawawwi, Al-majmu', vol. 1, p. 297.

disant qu'il faut suivre Abraham dans ce qu'il a fait, il convient donc de faire tout ce qu'il a fait sauf s'il y a une preuve que c'est une *sunna* (recommandation)<sup>15</sup>.

Un autre argument tient à un *hadith* concernant une personne convertie à l'islam. Une version de ce *hadith* énonce que le Prophète lui a demandé de procéder à la circoncision<sup>16</sup>. Selon un autre *hadith*, celui qui s'est converti à l'islam doit se circoncire<sup>17</sup>. D'autres *hadiths* disent que ne sont pas acceptés la prière du *al-aqlaf* (le non-circoncis), ni son pèlerinage<sup>18</sup>, ni la viande de l'animal qu'il a égorgé, ni son témoignage<sup>19</sup>. La question du témoignage d'un non-circoncis est soulevée et certains juristes distinguent entre sa non-circoncision par nécessité ou non.

La circoncision est l'un des rites marquants de l'islam<sup>20</sup>. *Al-aqlaf* est la marque des chrétiens et des zoroastriens alors que le *hanfiyya* de la communauté d'Abraham pratique la circoncision<sup>21</sup>.

La circoncision est une marque de l'islam, non pas dans le sens d'une entrée dans l'islam, mais comme un signe qui caractérise et facilite l'identification et la distinction de l'islam. Cette marque est mise sur le même plan que la teinte noire des cheveux et des vêtements. Le juriste Ibn 'Abdin, mort en 1836, dit que le noir n'est plus le signe marqueur de l'islam<sup>22</sup> ; il tient donc compte du développement des coutumes et des mœurs. Selon un autre juriste du x<sup>e</sup> siècle, la circoncision n'est même pas un signe de l'islam puisque la personne circoncise peut être juive<sup>23</sup>.

Suivant un autre argument des tenants de la thèse selon laquelle la circoncision est obligatoire, il est interdit de révéler les parties intimes du corps, sauf nécessité. Quand il y a une circoncision, la personne concernée peut montrer son sexe au circonciseur et cela n'est pas considéré comme un péché ; si la circoncision n'était pas obligatoire, il n'y aurait pas cette permission<sup>24</sup>.

Pour la circoncision, le tuteur dépense de l'argent, cause de la douleur à l'enfant et met sa vie en danger. Si cela n'était pas obligatoire, il ne pourrait

15 Al-Nawawwi, *al-majmu'*, *op. cit.*, vol. 1, p. 298-299.

16 Ibn Qayyim, p. 238 ; Ibn muflih, *al-mubdi 'fi sharh al-muqni'*, vol. 1, p. 83.

17 Al-Mawardi, *Al-Hawi al-kabir*, vol. 13, p. 430.

18 Ibn Qayyim, p. 239, voir Al-Mawardi, *Al-Hawi al-Kabir*, vol. 13, p. 430.

19 Ibn Qayyim, p. 240-241.

20 *Ibid.*, p. 241.

21 Ibn Qayyim, p. 244.

22 Ibn 'Abdin, *Rad al-muhtar 'ala al-durr al-mukhtar* (Beirut : dar al-fikr, 1992), vol. 2, p. 201.

23 Al 'Ayni (m. 855), *Al-binaya sharh al-hidaya* (Beirut : dar al-kutub al 'ilmiyya, 2000), vol. 3, p. 190.

24 Ibn Qudama, *Al-Mughni*, *op. cit.*, vol. 9, p. 180 ; Ibn Qayyim, *op. cit.*, p. 242.



ni dépenser de l'argent, ni causer de la douleur, ni mettre la vie de l'enfant en danger<sup>25</sup>.

Un autre argument avance que si la circoncision n'était pas obligatoire, il ne serait pas permis de mutiler une partie du corps humain sans l'ordre de Dieu ou de son Prophète, même avec l'accord de la personne intéressée car cet accord ne fait pas disparaître le péché<sup>26</sup>. Al Mawardi (m. 1058) ajoute que le *khitan* est une mutilation d'un organe du corps qui ne repousse pas comme les ongles et les cheveux et qui cause de la douleur ; or causer de la douleur n'est pas permis sauf pour trois raisons : s'il y a un intérêt (*maslaha*), s'il s'agit de l'exécution d'une peine ou si c'est une obligation. Al-Mawardi ajoute que dans le cas du *khitan*, il y a ni peine, ni intérêt ; donc par élimination, il arrive à la conclusion qu'il s'agit d'une obligation<sup>27</sup>. Sur ce point, Al Juwayni (m. 1085) émet une argumentation semblable en disant que le *khitan* est une mutilation d'un organe vivant et que chaque organe vivant de la personne humaine a une immunité ; par conséquent, il est interdit de le couper. Cela démontre pour lui son caractère obligatoire<sup>28</sup>.

La pureté de l'*al-aqlaf* pourra être atteinte par le fait que son prépuce peut contenir de l'urine et qu'il ne peut le nettoyer par *istijmar* (par pierre). Pour cela, sa prière peut ne pas être acceptée car il n'est pas pur<sup>29</sup>.

## 2. Les arguments des juristes soutenant que la circoncision est recommandée

Ces juristes mentionnent le *hadith* spécifiant que le *khitan* est *sunna* pour les hommes et *makrama* pour les femmes<sup>30</sup>.

Il s'agit donc d'une *sunna* dans le sens de recommandation. Cela fut comparé avec les autres prescriptions recommandées comme la coupe des moustaches et l'épilation des aisselles qui elles-mêmes ne sont pas obligatoires.

Selon un autre argument pour soutenir que la circoncision est une *sunna*, on utilise le mot *fitra* dans le *hadith* à propos des éléments non obligatoires. Pour Al-Mawardi, le mot *fitra* est plutôt à entendre comme religion. Il rappelle le verset 30 de la sourate des Byzantins<sup>31</sup>. Al-Qarafi interprète *al-fitra* comme

25 Ibn Qayyim, *op. cit.*, p. 243.

26 Ibn Qudama, *Al-Mughni*, *op. cit.*, vol. 9, p. 180 ; Ibn Qayyim, *op. cit.*, p. 243.

27 Al-Mawardi, *Al Hawi al-Kabir*, vol. 13, p. 430.

28 Nihayat al-matlab, vol. 17, p. 355.

29 Ibn Qayyim, *op. cit.*, p. 243-244.

30 Ibn Qayyim, *op. cit.*, p. 243.

31 Al-Mawardi, *Al-Hawi al-kabir*, vol. 13, p. 430.

« al-sunna »<sup>32</sup>. Une autre référence est celle des *hadiths* qui parlent du *fitra* en y incluant la circoncision<sup>33</sup>.

Ibn Qayyim<sup>34</sup> explique le mot *fitra* en lui donnant deux sens. Un sens concerne le cœur : c'est la connaissance de Dieu et de son amour ; la préférence de Dieu sur toute autre chose. L'autre, *fitra 'amaliyya'*, est une pratique contenue dans le *hadith*. Il ajoute que le premier concerne l'âme et que le deuxième nettoie le corps. Le prépuce, *ghurla*, constitue l'impureté et Ibn Qayyim précise que Satan a un lien avec cette partie du corps.

Le shaféite Al-Nawwawi donne également deux sens au mot *fitra* : soit la religion, soit la *sunna* - la pratique du Prophète.

Par ailleurs, il est rapporté que Hassan Al-Basri (m. 728) a dit que beaucoup de gens se sont convertis au temps du Prophète - blancs et noirs, perses, byzantins et éthiopiens - et personne n'a vérifié s'ils étaient circoncis ou non<sup>35</sup>.

Le verset 123 qui est utilisé à propos d'Abraham et qui concerne l'unicité de Dieu appuie cette interprétation en disant qu'il est *hanafiya* et non associationniste. D'autres versets soutiennent cette interprétation : les versets 32-38 et 95<sup>36</sup>.

Un autre argument est également avancé : on sait qu'Abraham est circoncis mais on ne sait pas si c'est une recommandation ou une obligation. Or s'il y a un acte qui est fait normalement, il s'agit d'une recommandation sauf s'il y a un signe montrant qu'il s'agit d'une obligation<sup>37</sup>.

Cette partie jette des doutes sur les *hadiths* utilisés par l'autre partie<sup>38</sup>. C'est une technique assez connue par les juristes : quand ils veulent réfuter un argument provenant d'un *hadith*, ils émettent des doutes sur le sens du *hadith* puis sur son authenticité.

Le fait que cela constitue un rite de l'islam ne veut pas forcément dire que c'est obligatoire<sup>39</sup>. De plus, l'analogie qui est faite avec la punition de la mutilation de la main du voleur n'est pas à sa place car pour l'un c'est une punition et pour l'autre un honneur<sup>40</sup>.

Enfin, il n'y a pas de lien entre la révélation des parties intimes et l'obligation de faire le *khitan* car on peut révéler les parties intimes sans que cela

32 Al-Qarafi, *Al-Zakhira*, vol. 4, p. 167.

33 Al-Mawardi, vol. 13, p. 432.

34 *Op. cit.*, p. 234.

35 Ibn Qayyim, *op. cit.*, p. 243.

36 *Ibid.*, p. 246.

37 *Ibid.*, p. 247.

38 *Ibid.*, p. 248-249.

39 *Ibid.*, p. 249.

40 *Ibid.*, p. 250.

soit obligatoire comme par exemple pour se soigner<sup>41</sup>. Concernant l'argument selon lequel *l'al-aklaf* perd sa pureté si c'est par sa volonté, ce n'est pas le cas ici puisqu'il est malade<sup>42</sup>.

Quant à l'argument selon lequel la non-circoncision est la caractéristique des chrétiens et des zoroastriens, ces religions ne se basent pas uniquement sur la non-circoncision comme fondement de leur religion mais sur d'autres éléments.

## B. L'ÂGE DE LA CIRCONCISION

Comme nous l'avons vu, les *fuyaha'* ont aussi divergé sur l'âge de la circoncision d'Abraham : certains ont dit qu'il avait alors 80 ans et qu'il était mort à l'âge de 200 ans tandis que d'autres ont dit qu'il avait été circoncis à 120 ans et qu'il était mort à l'âge de 200 ans.

D'autres divergences concernent l'âge de la circoncision de l'enfant musulman : certains juristes ont dit que cet âge était de sept jours car le Prophète a circoncis ses petits-fils Al-Hassan et Al-Hussein quand ils avaient sept jours. La majorité de ceux qui soutiennent l'âge du septième jour ne comptent pas le premier jour<sup>43</sup>. D'autres disent qu'il ne faut pas imiter les Juifs et donc qu'il ne faut pas procéder à la circoncision le septième jour<sup>44</sup>. D'autres disent un an ou un peu plus. D'autres encore avancent l'âge de dix ans et relient cela à l'obligation de la prière puisque le *khitan* est pratiqué pour purifier l'homme de l'urine, cause d'annulation de l'ablution ou au fait qu'à dix ans un enfant peut être battu physiquement et par conséquent qu'il est apte à le subir. Une autre opinion avance vingt-et-un jours ou quarante jours. Certains l'ont située entre sept et dix ans ou à l'âge de distinction<sup>45</sup>.

Enfin, d'autres n'ont rien précisé et ont conditionné la circoncision à la capacité de l'enfant en âge de la subir.

Si une personne âgée et non circoncise entre dans l'islam, elle doit faire la circoncision si elle peut la supporter, mais elle n'y est pas obligée<sup>46</sup>. La circoncision

41 *Ibid.*, p. 250.

42 *Ibid.*, p. 252.

43 Al-Mawardi, vol. 13, p. 433.

44 Ibn Rushd, *Al-bayan wa al-tahsil*, *op. cit.*, vol. 17, p. 266 ; Ibn muflih, *al-furu'*, vol. 1, p. 158 ; Ibn muflih, *al-mubdi'*, vol. 1, p. 84 ; Al-Mardawi, *al-insaf*, vol. 1, p. 125 ; al-Hijawi (m. 968) ; *al-iqna'*, vol. 1, p. 22.

45 Ibn Muflih, *al-furu'*, vol. 1, p. 158 ; Ibn Muflih, *al-mudi'*, *op. cit.*, vol. 1, p. 84 ; Al-Mardawi, *al-insaf*, *op. cit.*, vol. 1, p. 124-125.

46 Pour l'école hanéfite sur cette question voir Bin Maza al-Bukhari, *op. cit.*, vol. 5, p. 375 et vol. 8, p. 321 ; Al-Zayla'i, vol. 4, p. 226 ; Al-Babarti, *op. cit.*, vol. 7, p. 421. Pour l'école shaféite : Al-Mawardi, vol. 13, p. 433 ; Al-raf'i, *Fath al 'aziz bi sharh al-wajiz*, vol. 3, p. 98 ;

n'est pas pratiquée sur une personne décédée car la circoncision est importante pour le *tabara* et le mort n'a pas besoin de faire ses ablutions<sup>47</sup>.

## C. LES CAS SPÉCIFIQUES

### 1. Celui qui a deux pénis

Pour celui qui possède deux pénis, lequel doit être circoncis ?

Cette question est traitée uniquement par certains auteurs shaféites. Le juriste shaféite Al 'Imrani al-Yamani (m. 558)<sup>48</sup> soutient que dans ce cas, si on sait quel est l'original (*al-asli*) ou le principal, il faut le circoncire. Mais la question rebondit : comment reconnaît-on le principal ? Deux opinions sont rapportées : la première par l'auteur du *Al-ibana* estimant qu'on l'identifie par où coule l'urine et la seconde émanant d'un autre juriste selon lequel on l'identifie par *al 'amal* (le fonctionnement). Si les deux pénis fonctionnent ou si les deux servent à uriner, il faut alors circoncire les deux<sup>49</sup>.

Al-Marwardi traite de la question du double sexe concernant la loi du talion.

### 2. Celui dont on ne connaît pas le sexe : l'hermaphrodite

Le droit musulman classique tient compte du sexe pour établir des droits et des devoirs différents. Ceci est important pour savoir quelles règles il convient d'appliquer à la personne en question.

*Al mukhans* (l'hermaphrodite) est la personne à propos de laquelle on doute du sexe. Pour le shaféite Al-Qadi Abou Al-Futuh, il faut dans ce cas circoncire les deux organes sexuels car l'un des deux est l'original (*asli*) qu'il faut circoncire et l'autre est un surplus dont la circoncision ôte le doute. Al 'Imrani al-Yamani ajoute qu'on ne peut couper ce qui est obligatoire à couper seulement si on coupe les deux. Il donne deux exemples pour appuyer son argumentation. Le premier est une analogie avec celui qui se marie avec une femme vierge : son mari ne peut avoir des rapports sexuels avec elle sans abîmer sa virginité qui fait partie d'elle-même et il n'est pas tenu pour responsable. Il ajoute que c'est comme si quelqu'un réduisait les fractures de ses os par un os impur, et que la chair se soudait sur cet os. Il devrait alors ouvrir sa chair pour en extraire cet os. Il donne un troisième exemple relatif à la règle de nécessité, repris au juriste

---

Al-Nawawwi, *al-majmu'*, vol. 1, p. 302-307. Pour l'école malékite voir : Ibn al-Hajib, *op. cit.*, p. 565 ; Al-Hattab, *op. cit.*, vol. 3, p. 258.

47 Zarkashi, vol. 2, p. 349.

48 *Al-Bayan fi madhhab al-imam al-Shafi'i* (Jadda : dar al-manhaj, 2000), vol. 1, p. 98.

49 Cette opinion est reprise par Al-Nawawwi dans son *majmu'*, vol. 1, p. 304.

Al-Juwayni. Si un homme est au milieu d'une foule dont il ne peut sortir à cause du grand nombre et en raison de quoi il craint de mourir de faim ou de soif ou de manque d'air, il aurait le droit de coucher avec certaines personnes de la foule si cela était le seul moyen d'en sortir.

Puisque chez les shaféites il existe une division sur l'âge de la circoncision, alors s'il y a une obligation de circoncire le mineur, il peut être circoncis soit par un homme soit par une femme ; et s'il n'y a pas obligation de circoncire le mineur, le *khunsa* (hermaphrodite) n'est pas circoncis. Pour les shaféites, quand le garçon devient majeur, il y a obligation de procéder à sa circoncision. Dans ce cas, qui doit la faire ? Al 'Imrani mentionne trois différentes situations.

La première situation, c'est qu'il fasse cela lui-même sauf s'il a peur de la faire ou s'il ne sait pas comment faire. Il doit alors acheter une esclave pour la pratiquer. S'il n'y a pas d'esclave qui sait faire la circoncision, il est possible qu'une femme ou qu'un homme le circoncise car il s'agit d'un cas de nécessité comme pour un médecin (sous-entendu que les médecins peuvent voir les parties intimes par raison de nécessité)<sup>50</sup>.

Pour les hanéfites, si l'hermaphrodite est circoncis, il ne peut l'être par un homme car il est possible qu'il soit une femme, il ne peut l'être par une femme car il est possible qu'il soit un homme et il ne peut alors être circoncis par une femme. Dans ce cas, il doit acheter une esclave car s'il est homme, l'esclave peut voir ses parties intimes, et s'il est femme, une femme peut voir ses parties intimes. S'il n'a pas d'argent, le trésor public musulman lui achète une esclave, et après la circoncision, l'esclave sera revendu et l'argent rendu au Trésor public<sup>51</sup>.

Chez les malékites, cette question a été traitée par Alfakahani, lequel dit qu'il n'y a pas de textes sur cette question chez les malékites. Ibn Naji, qui rapporte cette opinion, émet l'avis qu'on ne circoncit pas l'hermaphrodite car il faut appliquer le principe de la prépondérance de l'interdit sur le permis. Il donne l'exemple selon lequel on ne marie pas l'hermaphrodite<sup>52</sup>.

### 3. Celui qui est circoncis

Certains juristes disent que pour celui qui est déjà circoncis, il n'y a pas besoin de le circoncire ; pour d'autres, il faut seulement passer le couteau<sup>53</sup>. Ibn Qayyim dit que cela ne sert à rien puisque le but est le *tahara*, et si cela

50 Al-'imrani al-yamani (m. 558), *op. cit.*, vol. 1, p. 96-97.

51 Le traitement de cette question par les auteurs hanéfites : Al-Samarqandi (m. 540), *Tuhfat al-fuqaha'* (Beirut : dar al-kutub al-'ilmiyya, 1994), vol. 3, p. 358 ; Al-Kasani, *op. cit.*, vol. 7, p. 328 ; Zayla'i, *op. cit.*, vol. 6, p. 215 ; Ibn Nujaym, *op. cit.*, vol. 8, p. 540.

52 Al-Hatab, *Mawahib al-jalil fi sharh mukhtassar Khalil*, vol. 3, p. 259.

53 Ibn Rushd (m. 520), *al-muqadimat al-mumahidat*, vol. 3, p. 448 ; Ibn al-Hajib, *jami' al-umhat*, p. 565 ; Al Haj (m. 737), *al-madkhal*, vol. 3, p. 296 ; Al-Hatab, *op. cit.*, vol. 3, p. 258.

est atteint, on n'a donc pas besoin de le refaire. Pour lui, c'est même un acte réprimandé<sup>54</sup>.

## II. LA POSITION DES MUSULMANS À L'ÉPOQUE CONTEMPORAINE

Je mentionnerai tout d'abord la position de certaines instances qui donnent des avis sur le droit musulman (*fatwa*), puis je mentionnerai la position des coranistes.

### A. LES *FATWAS* CONTEMPORAINES

Toutes les questions qui ont été posées et présentées dans les développements qui suivent concernent plutôt l'excision que la circoncision. Il semble qu'il y ait un consensus sur la circoncision mais pas sur l'excision.

#### 1. Shaltut, Cheikh d'Al Azhar de 1958-1963 pendant l'époque nassérienne

Concernant la circoncision, il y a une évolution dans la pensée de cet auteur. Dans une première *fatwa* de 1951<sup>55</sup>, il établit que la circoncision est *sunna* et que l'excision est *makarama*. Il essaie de distinguer ces deux catégories par la nécessité de la circoncision pour l'homme.

Dans une autre *fatwa* datant de 1958, il estime, concernant le *khitan*, qu'il n'y a pas de base juridique solide, ce qui explique les divergences entre les *fuyaha'*. Une partie utilise le verset 123 de la sourate des Abeilles et dit qu'il faut suivre Abraham, et puis est rapporté un *hadith* disant qu'Abraham s'est circoncis. Pour lui, cela est « étrange ». Selon l'autre base, c'est le verset 124 de la sourate de la Vache qui parle des épreuves d'Abraham (*qalimat*). Dans les commentaires du Coran, on ajoute dix épreuves parmi lesquelles la circoncision. Pour lui, ce n'est pas la preuve qu'il existe un texte qui oblige cette pratique et il faut donc recourir à un principe de la *Shari'a* selon lequel on ne peut faire souffrir un être vivant sauf s'il y a un intérêt pour lui et si cet intérêt est au-delà de la souffrance qu'il subit. Il fait en sorte qu'il y ait un équilibre entre les intérêts et examine celui qui prévaut. Cela nous rappelle Al-Mawardi mentionné plus haut, mais qui parlait de l'intérêt en général et non pas de l'intérêt de la personne en particulier. Le grand imam neutralise les textes religieux et les

---

54 Ibn Qayyim, *op. cit.*, p. 290-291.

55 Le texte de la *fatwa* dans Abu-Sahlieh, *op. cit.*, p. 664.

présente comme non pertinents. Puis il utilise un principe qu'il découvre dans la *Shari'a* et examine la question uniquement sous l'angle de l'intérêt de la personne en question.

Il établit une distinction entre les garçons et les filles :

Pour les garçons, s'il ne dit pas que la circoncision est obligatoire, il dit toutefois qu'ils ont intérêt à être circoncis car cela évite les infections, le cancer et les autres maladies dangereuses. La circoncision constitue donc pour lui un moyen de prévention des maladies et une préservation de la vie. Pour les filles, l'excision n'est pas obligatoire. Cette *fatwa* est utilisée par ceux qui sont contre la circoncision puisque le grand imam fait appel à la science de son époque et si la science change, il faut également changer de point de vue.

## 2. Jad al-Haq, mufti et ancien cheikh d'Al-Azhar (mort en 1996)

Jad al-Haq a une position plus conservatrice et même, sur certains points, il s'est opposé à la position du gouvernement, concernant par exemple le contrôle des naissances lors de la Conférence mondiale sur la population. Dans sa *fatwa* du 29 janvier 1981 publiée en 2007 avec des ajouts, après avoir rapporté les différentes positions sur la circoncision et l'excision, il arrive à la conclusion que la circoncision et l'excision sont permises mais il demeure des discussions sur leur caractère obligatoire. Il ajoute que personne parmi les *fugaha'* n'a dit que le *khitan* était interdit. Il ajoute que si la communauté d'une ville abandonne le *khitan*, il faut que le chef de l'État les combatte.

## 3. Le cheikh Tantawi dans une *fatwa* de 1994<sup>56</sup>

Selon celui-ci, et concernant les personnes de sexe masculin les *fugaha'* sont divisés entre une recommandation et une obligation. À propos de l'excision, il faut suivre l'avis des médecins.

## B. LES CORANISTES

On appelle coranistes les penseurs musulmans qui n'admettent que le Coran comme source légale. Pour eux, la *sunna* est une source non authentique et le *fiqh* est une production humaine ; par conséquent, eux aussi peuvent avoir leurs propres avis.

---

56 Abu-Sahlieh, *op. cit.*, p. 667-668.

## 1. Jamal Al-Bana mort en 2013 en Égypte

Sur le *khitan* des femmes et des hommes, il considère<sup>57</sup> qu'il n'a pas d'origine religieuse dans l'islam contrairement à la religion juive. Il n'y a aucune mention de la circoncision dans le Coran. Elle n'a pas de relation avec les livres sacrés ni avec les messagers de Dieu. Concernant les *hadiths* qui mentionnent le *khitan*, il émet des doutes sur leur authenticité et limite leur champ normatif. Pour lui, pour que les *hadiths* soient créateurs de sources d'obligation, ils doivent émaner de Dieu et détailler le Coran. Le *khitan* n'entre pas dans ces deux cas. Il neutralise au maximum l'usage de la deuxième source quant à son importance pour le droit musulman. Il accuse les musulmans de ne plus pratiquer l'*ijtihad* depuis dix siècles, lesquels, depuis, suivent les coutumes et les traditions sans se poser de questions. Pour lui, Dieu a créé la personne humaine d'une façon parfaite (*Ahsan taqwim*) (Coran, sourate des Figues, verset 4). Le fait d'avoir besoin de couper quelque chose du corps humain montre l'imperfection. Cette circoncision porte atteinte au principe de la sainteté du corps humain. Pour lui, l'origine du *khitan* est pharaonique.

Pour sa part, Nawal al-Sa 'dawi raconte le traumatisme de son excision et de celles de ses propres sœurs et frères. Elle lutte davantage contre l'excision car elle la considère comme une forme de domination de l'homme en instituant le contrôle de la sexualité sur les femmes<sup>58</sup>. Elle dit que le *khitan* n'a pas de base coranique et que si Dieu est juste, il ne peut demander d'accomplir un acte de violence sur soi. Il s'agit de coutumes qui furent établies pour perpétuer les pouvoirs arbitraires. Comme Jamal Al-Bana, elle dit que Dieu crée une créature parfaite et on ne peut changer sa créature. Elle s'appuie sur le grand réformateur égyptien Muhammad 'Abdu qui était opposé au *khitan*. Il convient de préciser que cette *fatwa* n'est pas présente dans son œuvre complète mais peut-être en parle-t-elle dans son commentaire du verset 124 de la sourate de la Vache et sur la *fatwa* de Shaltut qui disait que dans le cadre de la circoncision il y a une sur-interprétation des textes. Elle s'appuie aussi sur les études récentes qui traitent des dangers de la circoncision sur la santé.

### CONCLUSION

Cette étude a présenté une synthèse des débats religieux classiques et contemporains en recensant les plus importantes autorités islamiques classiques

57 Il a rédigé son opinion spécialement pour le livre d'Abu-Sahlieh, *op. cit.*, p. 697.

58 Avant-propos du livre d'Abu-Sahlieh et aussi dans Nawal al-Sa'dawi et Hiba Raouf'Izat, *Al-Mara wa al-din wa al-akhlaq*, Damas, Dar al-fikr, 2000, p. 80-96.



et contemporaines mais aussi le courant coraniste. Les arguments pour et contre la circoncision, existants en raison du silence du Coran et du problème d'authenticité, amènent à conclure avec Abdelwahab Bouhdiba<sup>59</sup> que « La circoncision, tout comme d'ailleurs l'excision, est davantage une pratique des musulmans qu'une pratique de l'islam. Entendons par là que l'aspect sociologique et les significations collectives l'emportent de toute évidence sur l'aspect sacré nettement secondaire ici. Il s'agit de marquer l'appartenance au groupe. »

Il faut enfin noter que le prépuce est récupéré le jour de la résurrection ainsi que cela est mentionné dans un *hadith* et suivant l'interprétation du verset 104 du Coran, sourate du Prophète. Selon le verset 29 de la septième sourate : « De même qu'il vous a créés, vous retournerez à lui ». Ibn Al Qayyim dit : « La circoncision est légalisée dans ce monde pour la perfection de la pureté et éviter l'urine ; les gens du paradis ne font pas leurs besoins et donc il n'y a pas d'impureté et donc il n'y a pas besoin de couper le prépuce »<sup>60</sup>.

---

59 *La sexualité en Islam*, Paris, Quadrige/PUF, 4<sup>e</sup> éd., 1986, p. 222.

60 Ibn Qayyim, *op. cit.*, p. 306.

Chapitre 2  
**L'inscription théologique de la circoncision**



## La circoncision, parcours biblique

Didier Luciani

La circoncision a beau être un acte chirurgical très fréquent<sup>1</sup> et pratiqué – dans nos pays occidentaux, au moins – dans des conditions sanitaires en général satisfaisantes, le débat passionné qu'elle a récemment suscité prouve bien que cette coutume ancestrale mobilise aujourd'hui des enjeux sociétaux complexes et délicats concernant notamment la place des religions dans l'espace public, l'articulation entre différents niveaux de droit (droit à l'intégrité physique, à la liberté religieuse et au libre choix de l'éducation) et finalement, la question du rapport entre l'universel et le particulier (comment défendre une conception de l'universel qui n'abolisse pas toute possibilité d'option singulière ?).

Le retour aux sources – scripturaires, en l'occurrence – peut-il apporter quelque éclairage à ce débat ? C'est le défi que je voudrais tenter de relever dans cette brève contribution consacrée à la Bible non sans avoir, au préalable, précisé mon propos<sup>2</sup>. Premièrement, mon approche ne sera pas tant historique que synchronique et herméneutique. Autrement dit, je n'analyse pas ces textes anciens comme des documents témoignant de l'origine et de l'évolution d'un rite ancestral, mais je vais plutôt me demander ce qu'ils peuvent encore nous dire aujourd'hui, dans l'état où nous les recevons et dans l'ordre où ils nous sont

---

1 Dans le monde, une circoncision se pratique toutes les 2,4 secondes.

2 Pour une approche plus complète du dossier biblique (Ancien et Nouveau Testaments), voir BURNET Régis, LUCIANI Didier, *La circoncision. Parcours biblique*, Bruxelles, Lessius, coll. « Le livre et le rouleau », n° 40, 2013, 160 p.

présentés. Deuxièmement, comme je me limite aux Écritures juives (surtout) et chrétiennes (un peu), il est clair que je ne traiterai pas directement des fondements scripturaux et de la circoncision en Islam et encore moins dans d'autres cultures.

## I. LA BIBLE HÉBRAÏQUE (OU ANCIEN TESTAMENT)

Un relevé synthétique des occurrences vétéro-testamentaires (Bible hébraïque + 1 Maccabées)<sup>3</sup> permet déjà de se faire une première idée<sup>4</sup>.

	Racine <i>moûl</i> (circoncire)	Racine <i>'áral</i> (prépuce)
Genèse	17,10-27 [Abraham, Ismaël et toute sa maison] ; 21,4 [Isaac] ; 34,15-24 [Sichem et Dina]	17,11-25 [Abraham, etc.] ; 34,14 [Sichem et Dina]
Exode	4,26 [Moïse] ; 12,44-48 [célébrer la Pâque]	4,25 [Moïse] ; <u>6,12.30</u> [lèvres] ; 12,48 [Pâque]
Lévitique	12,3 [naissance d'un garçon]	12,3 ; <u>19,23</u> [arbre] ; <b>26,41</b> [leur cœur incirconcis s'humiliera]
Deutéronome	<b>10,16</b> [circoncisez le prépuce de votre cœur] ; <b>30,6</b> [Yhwh ton Dieu circoncira ton cœur]	10,16
Josué	5,2-8 [la génération du désert]	5,3.7
Juges		<u>14,3</u> ; <u>15,18</u>
1 Samuel		<u>14,6</u> ; <u>17,26.36</u> ; <u>18,25-27</u> [100 prépuces de Philistins que David doit apporter à Saül pour pouvoir épouser Mikal] ; <u>31,4</u>
2 Samuel		<u>1,20</u> ; <u>3,14</u>

3 *1 Maccabées* (dernière ligne du tableau), écrit en grec, n'appartient pas au canon hébraïque (et donc pas non plus au canon protestant), mais il fait partie du canon catholique (livre deutérocanonique).

4 Les références concernant la circoncision du cœur sont **en gras** ; celles sur les Philistins incirconcis sont en *italiques* ; les références soulignées renvoient à la circoncision des arbres, des oreilles ou à l'incirconcision des lèvres.

	Racine <i>moûl</i> (circoncire)	Racine <i>'âral</i> (prépuce)
Isaïe		52,1 [l'incirconcis ne viendra plus à Sion]
Jérémie	4,4 ; 9,24	4,4 ; 6,10 [oreille] ; 9,24.25
Ezéchiël		28,10 ; 31,18 ; 32,19-32 ; 44,7-9
Habaquq		2,16 [Bois et montre ton prépuce]
1 Chroniques		10,4
1 Maccabées	1,15.48.60	

Dans ce corpus, somme toute assez réduit, *Genèse* 17 est un texte triplement fondateur puisque : 1) il est le premier à parler de ce rite ; 2) il concerne Abraham, l'origine généalogique du peuple juif ; 3) il présente le premier commandement donné à Israël<sup>5</sup>. À ces divers titres, il mérite une attention toute particulière.

<sup>1</sup>Alors qu'Abram avait 99 ans, le Seigneur apparut à Abram et lui dit :

<sup>2</sup>Je mets mon alliance entre moi et toi : je te multiplierai à l'extrême.

<sup>3</sup>Abram tomba face contre terre ; Dieu lui dit :

<sup>4</sup>Pour ma part, voici mon alliance avec toi : tu deviendras le père d'une multitude de nations. <sup>5</sup>On ne t'appellera plus du nom d'Abram : ton nom sera Abraham, car j'ai fait de toi le père d'une multitude de nations. <sup>6</sup>Je te rendrai extrêmement fécond, je ferai de toi des nations, et des rois sortiront de toi. <sup>7</sup>J'établis mon alliance entre moi et toi – toi et ta descendance après toi, dans toutes ses générations – comme une alliance perpétuelle, pour être ton Dieu et celui de ta descendance après toi. <sup>8</sup>Je te donnerai, à toi et à ta descendance après toi, comme propriété perpétuelle, le pays où tu séjournes en immigré – tout Canaan – et je serai leur Dieu.

<sup>9</sup>Dieu dit à Abraham :

Toi, tu garderas mon alliance, toi et ta descendance après toi, dans toutes ses générations. <sup>10</sup>Voici mon alliance, telle que vous la garderez entre moi et vous – toi et ta descendance après toi : tout mâle parmi vous sera circoncis. <sup>11</sup>Vous vous ferez circoncire dans votre chair ; ce sera un signe d'alliance entre moi et vous. <sup>12</sup>À l'âge de huit jours, tout mâle parmi vous, dans toutes vos générations, sera circoncis, qu'il soit né dans la maison ou qu'il ait été acheté à prix d'argent à un étranger, à quelqu'un qui n'est pas de ta descendance. <sup>13</sup>On devra circoncire celui qui est né dans ta maison et celui qui a été acheté avec ton argent ; mon alliance dans votre

5 Celui de « fructifier » (*Gn* 1,28) est donné à l'humanité entière.

chair sera une alliance perpétuelle. <sup>14</sup>Le mâle incircuncis, celui qui ne sera pas circoncis, celui-là sera retranché de son peuple : il a rompu mon alliance.

<sup>15</sup>Dieu dit encore à Abraham :

Quant à Saraï, ta femme, tu ne l'appelleras plus du nom de Saraï : son nom sera Sara. <sup>16</sup>Je la bénirai : d'elle aussi je te donnerai un fils [...] tu l'appelleras du nom d'Isaac. J'établirai mon alliance avec lui comme une alliance perpétuelle, pour sa descendance après lui. <sup>20</sup>Pour ce qui est d'Ismaël, je t'ai entendu : je le bénirai, je le rendrai fécond et je le multiplierai à l'extrême [...] <sup>21</sup>Mais mon alliance, je l'établirai avec Isaac [...].

<sup>23</sup>Abraham prit Ismaël, son fils, tous ceux qui étaient nés dans sa maison et tous ceux qu'il avait achetés avec son argent, tous les mâles parmi les gens de la maison d'Abraham ; il les circoncit ce jour même, comme Dieu le lui avait dit. <sup>24</sup>Abraham avait 99 ans lorsqu'il fut circoncis. <sup>25</sup>Ismaël, son fils, avait 13 ans lorsqu'il fut circoncis. <sup>26</sup>Ce jour même, Abraham fut circoncis, ainsi qu'Ismaël, son fils.

<sup>27</sup>De même, tous les hommes de sa maison, nés dans sa maison ou achetés à prix d'argent à des étrangers, furent circoncis avec lui. »

La simple lecture de ce texte, à la formulation quelque peu redondante, met en évidence trois points d'insistance aisément repérables : 1) l'alliance (*berit*) y est mentionnée treize fois (sur 27 occurrences dans toute la Genèse)<sup>6</sup> ; 2) de même, le vocabulaire relatif à la circoncision (voir tableau) y atteint une densité unique puisque 20 % de toutes les occurrences de la Bible hébraïque (17 sur 85) s'y retrouvent ; 3) enfin, la notion de pérennité est aussi très présente avec des formules telles que « perpétuel », « dans toutes vos générations », « toi et ta descendance après toi » (voir v. 7, 8, 9, 10, 13, etc.). Mon propos subséquent s'articulera autour des deux premiers points et sera complété par quelques réflexions sur le concept d'intégrité (voir v. 1).

## A. L'ALLIANCE

Même si Dieu en a l'initiative, l'alliance correspond à un engagement réciproque : « j'établirai mon alliance [...] pour être ton Dieu et celui de ta descendance après toi » (v. 2.7, etc.) / « toi, tu garderas mon alliance » (v. 9). Aucune autre explication n'est donnée, dans la Torah, au geste de la circoncision : c'est un commandement divin et un rite qui rappelle tout d'abord cette relation unique liant Dieu à un peuple (dimension verticale) et qui, par conséquent, notifie l'intégration pleine et entière d'un individu dans cette communauté spécifique (dimension horizontale, marqueur identitaire et signe de reconnaissance

6 *Talmud de Babylone, Nedarim 31b* : « Grande est la circoncision puisque treize alliances ont été conclues à son propos », alors que pour toutes les autres *mitsvot*, seulement trois alliances ont été conclues (*Dt 28,69*).

mutuelle)<sup>7</sup>. Autrement dit, et quelles que soient les « convenances » particulières que les commentateurs établiront par la suite entre la circoncision et d'autres aspects de l'existence humaine (hygiénique, prophylactique, etc.), pour la Bible, la justification de cette pratique est essentiellement religieuse et spirituelle et elle n'a pas pour fonction première ou principale d'apporter une amélioration du bien-être physique, psychologique ou autre. Cette prise en compte de la dimension spécifiquement religieuse de la circoncision devrait avoir une incidence évidente – qu'il n'est toutefois pas inutile de rappeler – sur les débats actuels : pour se donner quelques chances de comprendre la véritable signification de ce rite dans son contexte et selon ses circonstances, et pour saisir les enjeux qui en dépendent (sur le plan légal, moral ou autre), peut-être serait-il préférable de commencer par considérer la religion qui le pratique<sup>8</sup> plutôt que de se fixer sur l'acte lui-même<sup>9</sup>, sauf à souscrire à l'idée fantasmatique que cet acte de la circoncision concernerait un individu « universel », intègre, autonome et parfaitement libre, mais d'une liberté absolument inconditionnée et sans aucun enracinement historico-culturel.

Cette alliance qui est perpétuelle, est en outre mise en relation avec la fécondité d'Abraham et la bénédiction (v. 2.4.6, 15.16). Et, de fait, le lecteur ne peut que constater que, selon la séquence narrative, c'est l'acte de la circoncision d'Abraham (*Gn* 17) qui semble enfin ouvrir la possibilité d'une rencontre fécondante avec Sarah (*Gn* 18 : visite des trois anges et annonce de la naissance d'Isaac).

Mais cette alliance ne s'inscrit pas seulement dans la chair ; elle a des conséquences sur l'insertion d'Abraham et de sa descendance dans la réalité intramondaine. Liée aussi à la possession de la terre (v. 8), elle prend une dimension « politique » qui interdit, du coup, de l'opposer purement et simplement à l'alliance mosaïque du Sinaï (privé *vs* public). On a un bon exemple, en creux, de cette dimension politique dans le chapitre 1 des Maccabées (1 *M* 1,10-15.41-51). Antiochus Épiphane IV, roi séleucide qui veut forcer l'hellénisation de son royaume (175-164) interdit la circoncision (et d'autres pratiques), ce qui ne manque pas de déclencher la révolte dite des Maccabées.

---

7 De ce point de vue, on peut d'ailleurs percevoir une tension dans le texte entre l'affirmation qu'Ismaël est circoncis, béni, rendu fécond (v. 20-25) et celle qui précise que l'alliance sera établie avec Isaac.

8 Même si la manière dont cet acte est pratiqué doit faire l'objet d'une évaluation stricte, sur le plan sanitaire notamment.

9 Les débats récents, que ce soit au tribunal de grande instance de Cologne ou au Conseil de l'Europe, ont sans doute trop négligé cette dimension religieuse avec ses considérants symbolique, identitaire, de transmission et de rapport à l'histoire.



« <sup>10</sup>Il sortit d'eux un rejeton impie : Antiochus Épiphanes [...] qui [...] devint roi en l'an cent trente-sept de la royauté des Grecs. <sup>11</sup>En ces jours-là, des vauriens surgirent d'Israël, et ils séduisirent beaucoup de gens en disant : Allons, faisons alliance avec les nations qui nous entourent car, depuis que nous sommes séparés d'elles, bien des maux nous ont atteints. <sup>12</sup>Ce discours leur plut, <sup>13</sup>et plusieurs parmi le peuple s'empressèrent de se rendre auprès du roi qui leur donna l'autorisation d'observer les pratiques des nations, <sup>14</sup>selon les usages de celles-ci. Ils bâtirent donc un gymnase à Jérusalem, <sup>15</sup>ils se refirent le prépuce, firent défection à l'alliance sainte pour s'associer aux païens [...] <sup>41</sup>Le roi ordonna que, dans tout son royaume, tous ses peuples n'en forment qu'un <sup>42</sup>et renoncèrent chacun à ses coutumes ; toutes les nations se conformèrent aux prescriptions du roi. <sup>43</sup>Beaucoup d'Israélites acquiescèrent volontiers à son culte, sacrifiant aux idoles et profanant le sabbat. <sup>44</sup>Le roi envoya aussi à Jérusalem et aux villes de Juda des lettres par messagers, leur prescrivant de suivre des coutumes étrangères au pays, <sup>45</sup>de bannir du sanctuaire holocaustes, sacrifices et libations, de profaner shabbats et fêtes, <sup>46</sup>de souiller le sanctuaire [...] <sup>48</sup>de laisser leurs fils incirconcis et de se rendre abominables par toutes sortes [...] de profanations, <sup>49</sup>oubliant ainsi la Loi et altérant toutes les pratiques. <sup>50</sup>Quiconque n'agira pas selon l'ordre du roi sera mis à mort. <sup>51</sup>C'est en ces termes que le roi écrivit à tous ses sujets. Il créa des inspecteurs pour tout le peuple et ordonna aux villes de Juda d'offrir des sacrifices dans chaque ville. »

Le projet politique d'Antiochus (et de ses nombreux épigones au cours des siècles) d'interdiction de la *milah* s'inscrit donc dans une volonté délibérée de faire disparaître le peuple – avec ses spécificités et ses coutumes – et partant, son lien à la terre et surtout de présenter ces mesures comme des conditions incontournables du « vivre ensemble ». Ce lien entre la circoncision et la terre est aussi manifesté, cette fois de manière positive, dans les textes qui parlent de la circoncision du cœur, tant il est vrai que la circoncision devient encore plus significative quand la terre est perdue et que le peuple est exilé (*Lv* 26,27-42 ; voir aussi *Dt* 30,1-10).

« <sup>27</sup>Si pour autant vous ne m'écoutez pas, si vous me résistez, <sup>28</sup>je vous résisterai aussi avec ardeur [...] <sup>32</sup>Je dévasterai moi-même le pays, et vos ennemis qui s'y installeront en seront atterrés. <sup>33</sup>Je vous disséminerai parmi les nations et je tirerai l'épée derrière vous. Votre pays sera dévasté, et vos villes seront en ruine [...]

Mais après un temps, Dieu se souviendra de son alliance.

<sup>40</sup>Alors ils confesseront leur faute et la faute de leurs pères [...] Alors leur cœur incirconcis s'humiliera, et ils s'acquitteront de leur faute. <sup>42</sup>Je me souviendrai de mon alliance avec Jacob, je me souviendrai de mon alliance avec Isaac et de mon alliance avec Abraham, je me souviendrai du pays. »

Enfin, cette alliance a à voir avec le changement de nom. Chacun sait l'importance du nom dans la Bible<sup>10</sup> et on se rappelle que la cérémonie de la *berit mila* dans le judaïsme comprend, en fait, un double aspect : l'ablation du prépuce et l'imposition du nom. Ce changement (ou cette imposition) de nom qui, dans les récits bibliques, s'accompagne souvent d'une transformation physique<sup>11</sup>, ouvre un avenir et implique un changement d'identité, une nouvelle destinée : de « Abram » (« père exalté ») qui orientait le fils vers son passé (*Térakh*) à « Abraham » qui le tourne vers l'avenir et fait du patriarche le « père d'une multitude de nations » ; de « Saraï » (« mes princes » ou « ma princesse ») qui renvoie au pouvoir que des hommes exercent sur elle à « Sarah » (« princesse », en soi) qui la rétablit dans sa dignité propre et qui, de ce fait, rétablit aussi dans le couple un équilibre des libertés, des droits et des devoirs<sup>12</sup>.

## B. LA CIRCONCISION

À relire attentivement les versets 10-11 de *Genèse* 17, un autre détail risque d'étonner qui n'est pas familier du langage biblique : la circoncision y est présentée, en effet, à la fois comme « l'alliance » et le « signe de l'alliance ».

«<sup>10</sup>Voici mon alliance (*berit*), telle que vous la garderez entre moi et vous – toi et ta descendance après toi : tout mâle parmi vous sera circoncis. <sup>11</sup>Vous vous ferez circoncire dans votre chair ; ce sera un signe d'alliance (ô<sup>t</sup> *berit*) entre moi et vous. »

La circoncision renvoie donc à la fois au rite (la lettre inscrite dans la chair) – on parle d'ailleurs de « couper » une alliance<sup>13</sup> – et à sa signification (l'esprit). L'un ne va pas sans l'autre et s'il y a bien lieu de distinguer les deux, leur articulation empêche de les séparer et encore moins de les opposer : pas de lettre sans l'esprit et pas d'esprit sans la lettre.

Par ailleurs, cette circoncision comporte un versant individuel (« tout mâle parmi vous », c'est-à-dire « chacun », v. 10.12.14), mais aussi un versant collectif (tous les mâles du clan, sous peine d'exclusion du groupe, v. 14) qui confirme la dimension politique dont j'ai déjà parlé plus haut.

10 Voir, par exemple, MONLOUBOU Louis, art. « Nom », *Dictionnaire encyclopédique de la Bible*, Turnhout, Brepols, 2002, p. 913-914.

11 Jacob devient Israël après le combat avec l'ange dont résulte une luxation de la hanche (*Gn* 32,23-33) ; Saraï est renommée Sara et elle devient féconde ; etc. (cf. les signes de la profession religieuse : le changement de nom et la tonsure).

12 Pour plus de détails sur ce point, voir WÉNIN André, « Circoncision et alliance dans la Genèse. Essai d'interprétation », in BURNET Régis, LUCIANI Régis, *op. cit.*, p. 19-44 (36-37).

13 *Gn* 15,18 ; 21,27.32 ; 26,28 ; 31,44 ; *Ex* 24,8 ; etc. (cf. *Ex* 4,25 par rapport à la circoncision du fils de Moïse).

Ensuite, elle est pérenne et assurément irréversible puisqu' « elle s'inscrit dans la chair pour toujours »<sup>14</sup>. Elle marque le corps et provoque un changement de statut (d'incircis à circoncis). Et de ce point de vue, quel que soit son rapport avec le baptême, la circoncision partage avec lui la même impossibilité d'abrogation : se dé-circoncire n'a pas plus de sens que de se dé-baptiser<sup>15</sup>.

Enfin, même si *Gn* 17 permet de justifier tous les types de circoncision – celle des adultes, pour Abraham ou celle des adolescents, pour Ismaël – avec la mention du 8<sup>e</sup> jour (17,12)<sup>16</sup>, elle est clairement présentée, et c'est là une spécificité du judaïsme, comme un rite de naissance<sup>17</sup>. Il y aurait beaucoup à dire sur cette temporalité spécifique : il y va d'abord d'une forme de prudence et de pragmatisme<sup>18</sup>. Mais la tradition juive y découvre aussi d'autres significations plus profondes que je ne peux évoquer ici que de façon rapide et partielle.

- Lien avec le shabbat (7<sup>e</sup> jour). L'enfant étant circoncis un 8<sup>e</sup> jour aura donc forcément vécu un shabbat avant sa circoncision et il retire de cette rencontre préalable avec la « fiancée » shabbat, non pas la seule force physique préalable à l'accomplissement du rite, mais une force spirituelle supplémentaire. Par ailleurs, l'importance de la circoncision est manifestée par le fait qu'elle prévaut même sur le shabbat<sup>19</sup>.
- Lien avec d'autres 8<sup>e</sup> jours « bibliques ». L'offrande du premier-né à Dieu (homme et bétail) se faisant le 8<sup>e</sup> jour selon *Ex* 22,28-29<sup>20</sup> (cf. *Lv* 22,27), la circoncision peut aussi être comprise comme le substitut symbolique de l'offrande de l'enfant à Dieu (cf. la « ligature d'Isaac » en *Gn* 22), une sorte de sacrifice *pars pro toto*<sup>21</sup>. Cette lecture métaphorique de la circoncision qui s'enracine dans l'Écriture elle-même donne lieu à des prolongements dans la

14 Voir, cependant, 1 *M* 1,15 et les techniques de « restauration de prépuce » que l'on trouve expliquées sur internet (ex. : [www.droitaucorps.com/restauration-prepuce-techniques-temoignages](http://www.droitaucorps.com/restauration-prepuce-techniques-temoignages)).

15 Sur le caractère indélébile du sacrement, voir le *Catéchisme de l'Église Catholique*, § 1121.

16 Voir aussi *Gn* 21,4 (Isaac), *Lv* 12,3 (naissance d'un garçon) et *Lc* 2,21 (Jésus).

17 Et non plus un rite prépubertaire ou prémarital comme dans l'Égypte ancienne, dans les tribus africaines ou encore dans l'Islam.

18 Les jours précédant la circoncision sont un temps d'observation pour s'assurer du bon développement et de la santé de l'enfant ce qui, en passant, montre bien qu'on est conscient du trauma provoqué par l'opération. Le moindre doute sur l'état de santé de l'enfant repousse l'obligation à plus tard.

19 Voir *Talmud de Babylone, Shabbat 132a* et *Sanhédrin 59b*.

20 *Ex* 22,28-29 : « <sup>28</sup>Tu me donneras le premier-né de tes fils. <sup>29</sup>Tu feras de même pour ton bœuf et pour tes moutons : il restera sept jours avec sa mère ; le huitième jour, tu me le donneras ».

21 Voir, par exemple, *Lévitique Rabba XXVII*, 11 (sur *Lv* 22,27).

tradition plus tardive avec, notamment, une insistance sur le rôle du sang<sup>22</sup>. Je cite, à ce propos, deux exemples tirés tous deux du chapitre 29 des *Pirkéi de Rabbi Elézer*<sup>23</sup> :

« Ce jour même Abraham fut circoncis » (*Gn* 17,23.26). C'est donc un jour de Kippour qu'Abraham fut circoncis. Et chaque année, le jour de Kippour, Dieu considère le sang de la circoncision d'Abraham et pardonne toutes nos fautes, ainsi qu'il est dit « *et ce jour-là, il vous pardonnera et vous purifiera* » (*Lv* 16,30)<sup>24</sup>.

Le jour où ils sortirent d'Égypte, ils se firent tous circoncire du plus petit au plus grand (*Ex* 12,44-48). Ils prirent le sang de la circoncision et le sang de l'agneau pascal et en marquèrent les linteaux de leurs maisons. Quand Dieu passa cette nuit-là sur l'Égypte pour frapper les premiers nés, il vit ce sang sur les portes et fut pris de pitié pour Israël ainsi qu'il est dit « je suis passé au-dessus de toi et je t'ai vu te débattant dans tes sangs et je t'ai dit, "vis par tes sangs", et je t'ai dit "vis par tes sangs" » (*Ez* 16,6). Rabbi Eléazar dit : pourquoi le texte répète-t-il deux fois « vis par tes sangs » ? Parce que Dieu a dit : « par le mérite du sang de la circoncision et par le mérite du sang du sacrifice pascal, je vous ai délivré d'Égypte ».

Notons, pour conclure sur ce point, que cette valeur apotropaïque du sang de la circoncision avait déjà été suggérée par d'autres commentateurs qui font remarquer que le même verbe « enduire » est utilisé tout à la fois en *Ex* 4,25, dans l'épisode de la circoncision du fils de Moïse (enduire les pieds avec le sang de la circoncision) et en *Ex* 12,22 dans le cérémonial de la Pâque (enduire les linteaux des maisons avec le sang)<sup>25</sup>.

## C. L'INTÉGRITÉ

Concernant *Gn* 17, un dernier point retiendra notre attention : la circoncision s'y inscrit sur l'arrière-fond d'une exigence d'intégrité morale : « Marche devant moi et sois intègre. Je mets mon alliance entre moi et toi » (v. 1-2). Rachi de Troyes (XI<sup>e</sup> siècle) commente ainsi ce passage : « Marche devant moi par le mérite de la circoncision et c'est par elle que tu seras intègre ». Selon cette conception, la *milah* introduirait donc une sorte de hiatus dans l'idée même

22 À ce sujet, voir l'ouvrage de BIALE David, *Le sang et la foi. Circulation d'un symbole entre juifs et chrétiens*, Paris, Bayard, 2009, 399 p. et l'article de REMAUD Michel, « Telle est la circoncision du Christ », in BURNET Régis, LUCIANI Didier, *op. cit.*, p. 97-115.

23 Il s'agit d'un Midrash daté du VIII<sup>e</sup> siècle.

24 Le commentaire rapproche les deux textes de *Gn* 17 et *Lv* 16 en se basant sur la présence, de part et d'autre, de l'expression : « en ce jour-là ».

25 Voir *Exode Rabba* XIX, 5.

d'intégrité puisque c'est l'ablation de quelque chose qui confère ici la véritable intégrité. Une idée comparable se retrouve ailleurs dans la tradition juive<sup>26</sup> et n'est pas étrangère à une certaine ligne d'interprétation des récits de *Gn* 1-2<sup>27</sup> : la création divine – homme y compris – n'est pas une œuvre achevée une fois pour toute, mais elle espère un accomplissement dont la charge incombe à l'homme. Autrement dit, l'homme n'est pas créé parfait, mais perfectible et sa mission n'est pas seulement de transformer le monde, mais aussi de se perfectionner lui-même. En ce sens, la circoncision de la chair (signe extérieur) qui opère, pour chaque enfant mâle, le passage du « naturel » au « culturel » en l'insérant dans une histoire, une généalogie, n'est pas ce qui transforme l'enfant, mais plutôt ce qui lui signifie et lui rappelle sans cesse qu'il doit, avec l'aide de Dieu, se transformer intérieurement (circoncision du cœur : *Dt* 10,16 et 30,6)<sup>28</sup>.

Même si d'autres textes de la tradition interprètent la circoncision autrement, et même en sens inverse, comme l'ablation d'un petit défaut<sup>29</sup>, cette lecture oblige à réfléchir au concept d'intégrité qui n'est pas aussi simple qu'on veut souvent le faire croire et qui se révèle à tout le moins ambigu : l'idée de complétude est-elle une donnée originelle de l'humain ou au contraire, cet humain est-il d'emblée marqué par une vulnérabilité<sup>30</sup>, une forme de faiblesse constitutive de son être ? Si tel est le cas, la circoncision – par la blessure même qu'elle inflige et l'inscription du manque qu'elle opère – pourrait alors être comprise, dans une perspective tout à fait contemporaine, comme l'acte qui interroge et remet en cause une certaine morale établie sur le présupposé d'un sujet souverain, autonome et autosuffisant<sup>31</sup>.

Comprise ainsi, cette exigence d'intégrité paradoxalement signifiée par le consentement à la limite et au manque qui permet la relation, s'avère être aussi le meilleur rempart contre ce qui constitue sa dangereuse caricature et sa plus vile déviance : l'intégrisme. Le récit de *Gn* 34 – le « viol » de Dina et le déferlement de violence qui en résulte – illustre cela de manière exemplaire. On y

26 Par exemple, dans le *Midrash Tanhouma (Tazria 5)* et dans *Psikta Rabbati 23*.

27 Voir, par exemple, WÉNIN André, *D'Adam à Abraham ou les errances de l'humain. Lecture de Genèse 1,1-12,4*, Paris, Cerf, coll. « Lire la Bible », 148, 2007, p. 17-86.

28 En soi, la circoncision n'est pas ce qui provoque la transformation de l'enfant, ce qui le ferait devenir juif (il l'est déjà par la mère) ou ce qui lui apporterait le salut (contrairement au baptême), mais ce qui en symbolise la nécessité.

29 *Genèse Rabba XXIV 1,4* et voir ci-dessous à propos de *Gn 34*.

30 Mot qui renvoie, *via* le verbe latin *vulnerare*, à l'idée de blessure.

31 Je pense ici, au plan théorique, à des travaux dans la ligne de ceux de Nathalie MAILLARD (*La vulnérabilité comme nouvelle catégorie morale ?*, Genève, Labor et Fides, 2011) ou de Martha NUSSBAUM (voir GOLDSTEIN Pierre, *Vulnérabilité et autonomie dans la pensée de Martha C. Nussbaum*, Paris, PUF, 2011), mais aussi, de manière beaucoup plus terre à terre, à des expériences comme celle de l'Arche de Jean VANNIER, avec les personnes handicapées.

assiste à un détournement flagrant, à une perversion manifeste de la circoncision qui, de signe d'alliance, devient frauduleusement proposition de fusion entre groupes et donc moyen de faire disparaître l'autre, le différent<sup>32</sup>.

Aussi rapide soit-il, ce survol du corpus vétérotestamentaire à partir de *Gn* 17 permet – me semble-t-il – de fonder au moins deux observations importantes. D'une part, il n'y a aucune raison d'opposer dans la Bible hébraïque, matérialité et signification du rite, sens littéral et sens métaphorique. La circoncision de la chair renvoie à celle du cœur et cette dernière, pour garder toutes ses chances de demeurer concrète, doit s'inscrire sur le corps. D'autre part, le consentement au manque et à la faiblesse dont la circoncision est le signe fait de cette dernière une marque identitaire qui ne conduit toutefois pas au repli solipsiste, mais appelle plutôt à l'accomplissement de soi et à l'ouverture vers autrui<sup>33</sup>.

## II. LE NOUVEAU TESTAMENT

Le tableau (ci-après) des occurrences néotestamentaires du vocabulaire de la circoncision laisse entrevoir l'importance (proportionnellement plus grande que dans l'Ancien Testament) et la complexité du dossier, complexité partiellement due au contexte polémique dans lequel la circoncision intervient. Je me contente ici de fournir quelques clés de lecture et d'établir quelques distinctions qui me semblent nécessaires pour éviter de mécomprendre ces textes<sup>34</sup>.

---

32 Sur cet épisode, voir LUCIANI Didier, *Dina. Sexe, mensonges et idéaux*, Bruxelles, Safran, coll. « Langues et cultures anciennes », 13, 2009, 96 p. et WÉNIN André, « Circoncision et alliance dans la Genèse. Essai d'interprétation », in BURNET Régis, LUCIANI Didier, *op. cit.*, p. 19-44 (41-44).

33 À l'inverse, l'incirconcision (ou le « prépuce ») – qu'elle soit réelle ou métaphorique – est, selon la Bible, ce qui à la fois fait obstacle à la pleine expression d'une faculté, d'une capacité et qui empêche la relation envers Dieu ou envers autrui. L'incirconcision des oreilles (*Jr* 6,10) empêche d'entendre (la Parole de Dieu, en l'occurrence) ; celle des lèvres (*Ex* 6,12.30) empêche de parler ; celle des arbres (*Lv* 19,23-25) empêche d'en consommer les fruits ; celle du cœur empêche de se repentir (un cœur en état d'insubordination, *Lv* 26,41 ; *Dt* 10,16 ; 36,6 ; *Jr* 4,4 ; etc.).

34 Pour une analyse plus complète, je renvoie une fois de plus à BURNET Régis, LUCIANI Didier, *op. cit.*, surtout les deux dernières contributions de Michel REMAUD et de Simon-Claude MIMOUNI (p. 97-153).

	<i>perite/mnw</i> circoncire	<i>peritomh/</i> circoncision	ajperi/ tmhtoß incirconcis	ajkrobusti//a incirconcision, prépuce	kata- tomh/ incision, mutila- tion
Luc	1,59 [Jean-Ba, 8 <sup>e</sup> jour] ; 2,21 [Jésus, 8 <sup>e</sup> jour]				
Jean	7,22 [circ. le jour du shabbat]	7,22-23			
Actes	7,8 [alliance de la circoncision donnée à Abraham] ; 15,1.5 [controverse à Antioche et à Jérusalem sur la circ.] ; 16,3 [Paul circ. Timothée] ; 21,21 [Paul accusé de ne plus encourager la circoncision des enfants]	7,8 ; 10,45 [chez Corneille] ; 11,2	7,51 [Etienne s'adresse à ses persécuteurs : « oreilles et cœurs incirconcis »]	11,3 [les circoncis de Jérusalem demandent à Pierre pourquoi est-il entré chez des incirconcis]	
Rm		2,25-29 ; 3,1.30 ; 4,9-12 ; 15,8		2,25-27 ; 3,30 ; 4,9-12	
1Co	7,18	7,19		7,18-19	
Ga	2,3 ; 5,2.3 ; 6,12.13	2,7-12 ; 5,6.11		2,7 ; 5,6 ; 6,15	
Ph		3,3.5 [Paul, 8 <sup>e</sup> j.]			3,2
Tit		1,10			
<b>Eph</b>		2,11		2,11.13	
Col	2,11 [circoncision du Christ]	2,11 ; 3,11 ; 4,11		3,11	

- Dans le Nouveau Testament, seul Paul fait de la circoncision un problème théologique. Dans les Évangiles et dans les Actes où elle est beaucoup moins

présente, elle est d'abord enregistrée comme un fait<sup>35</sup>. Et même là où elle semble faire l'objet de controverse, comme en *Ac* 15,1,5 ; 21,21, elle conduit davantage à des solutions pratiques qu'à des débats théoriques.

- Même lorsque Paul semble s'en prendre à la circoncision, il ne remet jamais en cause ni ne discute la manière dont le rite est accompli.
- Sans être sûr que la vision de Paul (ou de ses disciples : *Eph* et *Col*) sur la circoncision – comme sur la Loi, en général – soit parfaitement cohérente (elle a pu évoluer avec le temps), il paraît malgré tout possible de répertorier, de manière assez sommaire mais pas trop caricaturale, l'ensemble du corpus (deutéro-)paulinien sous deux registres différents<sup>36</sup> :
  - a. Les textes qui parlent de la circoncision comme signe de l'élection et de l'alliance en vue du salut de la multitude (logique de continuité) ;
  - b. Ceux qui présentent la circoncision comme le symbole de l'observance de la Loi (logique de rupture et d'opposition)<sup>37</sup>.
- La question posée par Paul n'est pas : « Faut-il que la circoncision soit pratiquée par les Juifs ? » mais « Doit-on imposer la circoncision aux disciples du Christ venus des nations ? » À la seconde question, la réponse de Paul est clairement « non ». Mais sur la valeur de la circoncision en elle-même, la mise en parallèle de trois versets formellement proches illustre la subtilité ou la souplesse de la position de Paul<sup>38</sup>. Pour lui, ni la circoncision, ni l'incirconcision ne comptent, ce qui compte, c'est à tour de rôle :
  - « l'observance des commandements de Dieu » (1 *Co* 7,19)
  - « la foi opérant par la charité » (*Ga* 5,6)
  - « d'être une créature nouvelle » (*Ga* 6,15).
- Cela dit, pour complexifier encore un peu le tableau, on doit ajouter que la position de Paul dont on voit qu'elle peut subir quelques variations, n'est pas la seule dans le christianisme primitif. Selon Simon-Claude Mimouni, il existe au moins quatre autres manières différentes de se situer parmi les chrétiens des deux premiers siècles :
  - a. La circoncision est nécessaire (position de Jacques).

35 On peut comparer, par exemple, avec le shabbat qui, dans les Évangiles est un sujet bien plus conflictuel. Les passages qui mentionnent la circoncision constituent, par ailleurs, de précieux témoignages historiques sur les pratiques juives de l'époque.

36 Sur ce point, voir la contribution de GUGGENHEIM Antoine, « Circoncision de la chair et circoncision du cœur. Une lecture de saint Paul » au colloque de Lausanne *Circoncision. Actualités d'une pratique immémoriale*, 3-4 décembre 2014 [à paraître].

37 Un texte comme 1 *Co* 7 qui joint les deux dimensions de loi et d'alliance invite toutefois à ne pas durcir cette distinction.

38 On pourrait parler à ce propos d'une position d'« indifférence » ou de « relativisation », l'accès à la foi en Jésus n'étant pas conditionné par cela.



- b. La circoncision est nécessaire pour les Judéens, mais pas pour ceux originaires des autres nations (Luc)<sup>39</sup>.
  - c. La circoncision est abolie (*Ephésiens* 2,11-22 et Évangile de Thomas).
  - d. La circoncision est positive (*Odes de Salomon*, Évangile selon Philippe).
- Enfin, la voie de la spiritualisation de la circoncision est empruntée par Paul en *Rm* 2,25-29, seul texte du Nouveau Testament à utiliser l'expression de « circoncision dans le cœur ». Mais comme nous l'avons vu précédemment, cette voie n'est pas nouvelle : elle est déjà empruntée par la Torah et les prophètes ; et pour l'Ancien Testament, spiritualisation et incarnation ne s'opposent pas.

S'opposent-elles chez Paul, ou bien est-ce une déformation de ses propos résultant d'une lecture platonisante trop facile et trop commune ? La question reste ouverte, mais quoi qu'il en soit, Paul n'aurait sans doute pas désavoué l'es-pèce d'anadiplose biblique qui, résumant l'ensemble du dessein divin, conduit du cœur de pierre à la conclusion de la nouvelle alliance :

Ôter le cœur de pierre / donner un cœur de chair (*Ez* 11,19 ; 36,26) / circoncire le cœur (ce qui suppose qu'il est de chair ; *Dt* 30,6) / écrire la loi sur le cœur (et non plus sur des tables de pierre ; *Jr* 31,33).

---

39 C'est la position qui semble l'emporter à l'origine de l'Église jusqu'à ce que les chrétiens d'origine judéenne (*Ecclesia ex circumcissione*) deviennent minoritaires puis disparaissent tout à fait dans l'*Ecclesia ex gentibus*.

## Origines chrétiennes : l'abandon des observances juदाïques et le respect de l'intégrité physique

MARCEL METZGER

En parcourant les éditions des canons des conciles œcuméniques on s'attendrait à découvrir dès la première page des règlements déterminant l'organisation des Églises. Or la première norme ainsi enregistrée concerne une mutilation, à savoir la castration. Il s'agit bien du canon 1 de l'important concile de Nicée (325). Que la collection des canons commence ainsi, cela n'a rien d'étonnant, puisqu'il s'agit des décisions disciplinaires de ce concile. En effet, ces assemblées réglaient les affaires survenues en leur temps, autant les questions relevant de la doctrine que la discipline à observer. Quant à notre sujet, en parcourant l'ensemble des canons des conciles œcuméniques du premier millénaire, on n'en trouve aucun traitant de la circoncision<sup>1</sup>.

Ce silence s'explique, car l'affaire avait été réglée dès les débuts de l'Église à propos de l'admission de convertis venus de « l'incirconcision », c'est-à-dire de non-juifs ; tel était en effet le langage de l'époque<sup>2</sup>. Selon les *Actes des Apôtres*, les

---

1 L'*Index thématique* de l'édition d'ALBERIGO Giuseppe (*Les conciles œcuméniques*, vol. 2, Paris, Éd. du Cerf, 1994, p. 2364) comporte deux renvois, mais il s'agit de conciles du second millénaire : le concile de Florence, session XI (1442) déclare la circoncision, le sabbat et les autres observances de l'ancienne Loi étrangers à la foi dans le Christ, et le concile de Trente, session VI (1547), sur la justification, qui rappelle ce propos de saint Paul (1 *Co* 7,19 ; *Ga* 5,6 ; 6,15 ; *Col* 3,11) : « dans le Christ Jésus ni la circoncision ni l'incirconcision n'ont de valeur » (*Ibid.* p. 576 et 674).

2 Voir plus loin, n. 8.

difficultés surgies dans ce contexte avaient été résolues par « l'Assemblée de Jérusalem » (vers l'an 51), que des traditions antiques considéraient comme un concile des apôtres (*Ac* 15,1-29). Alors que des convertis issus du judaïsme estimaient que ceux venus du paganisme devaient se soumettre comme eux aux observances de la Loi de Moïse, à commencer par la circoncision, l'assemblée prit cette décision, inscrite dans une lettre rédigée au nom des Apôtres et des Anciens :

L'Esprit Saint et nous-mêmes avons décidé de ne pas vous imposer d'autres charges que celles-ci, qui sont indispensables : vous abstenir des viandes immolées aux idoles, du sang des chairs étouffées et des unions illégitimes (*Ac* 15,28-29).

L'apôtre Paul revient plusieurs fois sur le sujet et réitère avec constance la même affirmation : la foi dans le Christ ne requiert pas la circoncision (*Ga* 5,6 ; etc.). De fait, les Églises chrétiennes n'ont pas inscrit la pratique de la circoncision dans leurs traditions<sup>3</sup>, hormis des exceptions locales, comme les Églises copte et éthiopienne<sup>4</sup>.

En élargissant l'enquête au-delà des conciles œcuméniques, on parvient au même constat : les mesures relatives à la circoncision tiennent peu de place dans l'ancienne littérature canonique. Il y est davantage question de la castration, et encore. Cette documentation réunit des collections conciliaires locales et une littérature d'un genre spécifique, formée avant l'époque des conciles et contemporaine des premiers d'entre eux, les recueils de traditions apostoliques<sup>5</sup>. C'est surtout dans cette documentation qu'on peut recueillir des indications sur les questions qui nous intéressent ici.

Ces écrits ont recueilli des enseignements et des règlements ecclésiastiques sur divers sujets, en les présentant sous un revêtement pseudo-apostolique. Le plus ancien est la *Didachè*, dont la rédaction finale semble avoir été effectuée au début du deuxième siècle<sup>6</sup>. Mais les questions relatives à la circoncision

3 La réception de ce principe dans les Églises : JOIN-LAMBERT Arnaud, « Circoncision et baptême, un recto verso qui s'ignore », in BURNET Régis, LUCIANI Didier (dir.), *La circoncision aujourd'hui*, Paris, Éd. Feuilles, coll. « Questions de religion », 2014, p. 45-67 ; *Id.*, « La disparition de la fête liturgique de la Circoncision du Seigneur. Une question historico-théologique complexe », *Ephemerides liturgicae*, 2013, 127, p. 307-327.

4 JOIN-LAMBERT Arnaud, art. cit., p. 53-56 ; CANNUYER Christian, *Les Coptes*, Turnhout, Brepols, coll. « Fils d'Abraham », 1996, p. 165 ; STOFFREGEN-PEDERSEN Kirsten, *Les Éthiopiens*, Turnhout, Brepols, coll. « Fils d'Abraham », 1990, p. 130. Dans ces populations la pratique de la circoncision a été adoptée sous diverses influences et de façon variable : références à l'héritage du temps des pharaons et aux usages bibliques. Des patriarches de ces Églises s'y sont opposés, selon les époques.

5 Présentation de cette littérature : METZGER Marcel, *L'Église dans l'Empire romain. Le culte*. Vol. 1 : Les institutions, Rome, Studia Anselmiana, 2015, p. 86-129.

6 Édition usuelle : RORDORF Willy et TULLIER André, *La Doctrine des douze Apôtres (Didachè)*, Sources chrétiennes 248 bis (1977, 1998). Dans la suite des notes, l'indication Sources chrétiennes (collection publiée à Paris, Éd. du Cerf, depuis 1941), sera abrégée en SC.

sont traitées dans deux autres écrits, qui sont apparentés et qui ont recueilli les mêmes traditions, mais sous une forme plus développée dans le second ; il s'agit de la *Didascalie* et des *Constitutions apostoliques*, des compilations constituées dans la région d'Antioche en Syrie, respectivement au cours de la première moitié du III<sup>e</sup> siècle et un siècle et demi plus tard, autour de 380<sup>7</sup>. On en citera des extraits, en les transcrivant selon la version la plus développée, celle des *Constitutions apostoliques*, les variantes entre les deux documents n'étant pas significatives dans les domaines étudiés ici.

Pour aider à la compréhension des normes chrétiennes relatives aux mutilations, on traitera d'abord de la circoncision, puis on étendra l'examen à la discipline concernant la castration, dans la mesure où les arguments développés à ce sujet éclairent sur les motivations chrétiennes en ces domaines. On complètera ces investigations par l'étude d'autres règlements ecclésiastiques, qui ont développé la même argumentation en des domaines voisins, l'accès à des ministères en cas d'infirmités et les conseils sur les soins de beauté.

## I. LA CIRCONCISION

Dans la littérature chrétienne, le mot περιτομή, circoncision, est appliqué non seulement à la pratique en question, mais aussi à la confession religieuse elle-même ou à l'ensemble des fidèles attachés à cette observance<sup>8</sup> : « les croyants issus de la circoncision », « Abraham père de la circoncision », comme en *Ac* 10,45 ; 11,2 ; *Rm* 4,10.12 ; *Ga* 2,7.9.12 ; *Ep* 2,11 ; *Ph* 3,3 ; *Col* 4,11 ; *Tt* 1,10. S'il est rarement question de la circoncision dans la documentation canonique, comme on l'a signalé plus haut, par contre le sujet est souvent abordé par les apologistes et les prédicateurs chrétiens, surtout dans les controverses avec les juifs<sup>9</sup>.

7 Éditions usuelles : NAU François, *La Didascalie des Douze Apôtres traduite du syriaque*, Paris, Lethielleux, 1912 ; VÖÖBUS Arthur, *The Didascalia Apostolorum in syriac*, CSCO Scriptorum syri, t. 175, 176, 179, 180 ; METZGER Marcel, *Les Constitutions apostoliques*, SC 320, 329 et 336.

8 À l'inverse, le mot ἀκροβυστία, prépuce, impliquant le refus de la circoncision, peut désigner des non-juifs : « Vous les nations selon la chair, appelés incirconcision par la soi-disant circoncision selon la chair » (*Ep* 2,11, traduction littérale) ; traduction de la *Bible liturgique* : « Vous qui autrefois étiez païens, traités de "non-circoncis" par ceux qui se disent circoncis [...] ». Autre exemple : « L'évangélisation de l'incirconcision m'avait été confiée (Paul), comme à Pierre celle de la circoncision » (*Ga* 2,7). Voir aussi *Rm* 2,27 ; 1 *Co* 7,18 ; *Ep* 2,11 ; etc.

9 La controverse la plus développée est celle de Justin de Rome († 165) avec le juif Tryphon. Édition critique et traduction française : JUSTIN, *Dialogue avec Tryphon*, éd. Philippe Bobichon, Fribourg (CH), Academic Press, « *Paradosis* 47/1-2 », 2003, 2 vol. Les argu-

L'argumentation chrétienne justifie l'abandon de la circoncision par l'Église. On en trouve un écho dans la *Didascalie* et dans les *Constitutions apostoliques*. Il y est fait référence de façon constante, et appuyée, à la décision des apôtres. En effet, les deux écrits présentent l'Assemblée de Jérusalem, dans un style pseudépigraphique qui met le récit dans la bouche des apôtres et ajoute divers détails au texte des *Actes des Apôtres* ; ces interpolations sont mises en évidence par la typographie dans l'extrait qui suit, le récit initial provenant des *Actes des Apôtres* étant transcrit en italiques<sup>10</sup> :

*Car des gens étaient descendus de Judée à Antioche et enseignaient les frères de cette cité en leur disant : « Si vous ne vous faites pas circoncire selon la loi de Moïse et ne suivez pas les autres règles qu'il a établies vous ne pouvez être sauvés (Ac 15,1) 3. Cela provoqua conflits et controverses, et non des moindres (Ac 15,2), et les frères d'Antioche, sachant que nous étions tous réunis pour examiner cette question, nous envoyèrent des hommes de confiance versés dans les Écritures, pour s'instruire sur cette question. Arrivés à Jérusalem, ils nous informèrent des débats menés dans l'Église d'Antioche, à savoir que certains disaient qu'il faut se faire circoncire et observer les autres règles de pureté<sup>11</sup> (Ac 15,4-5).*

La suite du texte, dans les deux documents, la *Didascalie* et dans les *Constitutions apostoliques*, rapporte les interventions de l'apôtre Pierre et de Jacques, et transcrit la lettre des apôtres sur les observances à respecter, la circoncision en étant exclue (Ac 15,28-29) ; un extrait en a été cité plus haut. Ce récit amplifié est placé au cœur d'une section qui traite des hérésies et des schismes et qui, par réaction, met en évidence les traditions authentiques des Églises chrétiennes, pour les distinguer des autres mouvements religieux de l'époque. Dans ce contexte, les deux documents, la *Didascalie* et les *Constitutions apostoliques*, justifient la décision des apôtres en s'appuyant sur trois argumentations : la contestation des hérésies et des schismes, l'interprétation de la Loi de Moïse et l'œuvre du Christ. En voici quelques extraits significatifs, dans la version des *Constitutions apostoliques*.

*- La dénonciation de doctrines jugées hérétiques :*

Mais d'autres parmi eux (les hérétiques) ont dit qu'il fallait s'abstenir uniquement de la viande de porc, manger les aliments purs selon la Loi et être circoncis selon la Loi, croire en Jésus en le reconnaissant comme un homme saint et un prophète ; d'autres, dans leur doctrine, disent de forniquer impudemment

---

ments du débat sur la circoncision : voir l'Index analytique, p. 1056, et l'Appendice VII, p. 959-963.

10 De même, dans les extraits transcrits, les passages en italiques sont des emprunts aux écrits bibliques.

11 *Constitutions apostoliques*, VI, 12,2-3 ; éd. SC 329, p. 326-329 ; passage correspondant dans la *Didascalie* : éd. F. NAU, p. 191-194.

et d'abuser de la chair, de passer par toutes les souillures, que ce serait aussi la seule façon de soustraire l'âme aux puissances cosmiques. Ces gens sont tous des instruments du diable et des fils de la colère<sup>12</sup> (*Ep* 2,3).

Voici, en réaction, l'énoncé de la doctrine authentique :

Nous ne nous faisons pas circoncire comme les juifs, car nous savons qu'*est venu celui pour qui les générations étaient en réserve* et à cause de qui elles étaient préservées, *l'espoir des nations* (*Gn* 49,10), Jésus le Christ, *celui qui a surgi de Juda* (*He* 7,14), le fils issu du rejeton, *la fleur sortie de Jessé, sur l'épaule de qui est placé le commandement*<sup>13</sup> (*Is* 11,1 ; 9,5).

On ne se fera pas non plus circoncire la chair, car la *circoncision du cœur, selon l'esprit* (*Rm* 2,29) suffit aux fidèles. En effet il est dit : « *Soyez circoncis pour votre Dieu et circoncisez le prépuce de votre cœur*<sup>14</sup> (*Jr* 4,4).

- *L'interprétation de la Loi de Moïse par l'enseignement et l'œuvre du Christ :*

Les deux documents traitent de façon critique des législations s'imposant aux chrétiens, pour démontrer que le Christ a libéré ses fidèles de certaines des prescriptions de la Loi ancienne. Le principe de discernement est expliqué dans la première section des deux compilations en des termes identiques. Il s'agit de conseils adressés aux fidèles sur la lecture des livres bibliques :

Toutefois, en lisant la Loi, écarte ce qui lui a été rajouté, sinon tout, du moins certains passages, ceux de la seconde loi ; ne les lis qu'au titre de l'histoire, pour connaître et glorifier Dieu de ce qu'il t'ait délivré de liens si pesants et si nombreux. 8. Ouvre l'œil pour reconnaître ce qui est loi naturelle et ce qui relève de la seconde loi, additions données dans le désert aux adorateurs du veau. 9. Car la Loi, c'est ce que le Seigneur Dieu a dit avant que le peuple ne se rendit idolâtre, c'est-à-dire le décalogue. Mais ces liens qui leur furent imposés après leur péché, toi, ne t'en surcharge pas. 10. Car notre Sauveur n'est venu pour rien d'autre sinon pour porter à leur achèvement la Loi et les Prophètes (*Mt* 5,17) et pour supprimer ou changer les liens de la seconde loi, celle des additions. Voilà pourquoi, en nous appelant, il a dit : « *Venez, vous tous qui peinez et êtes chargés et moi je vous donnerai le repos*<sup>15</sup> » (*Mt* 11,28).

La circoncision est rangée parmi les « liens », ou « additions », rajoutés par la seconde loi, ou *deuterôsis*. Ce principe de discernement entre deux genres de lois est exposé de façon plus systématique dans le chapitre 26 de la *Didascalie* et dans la section correspondante, plus développée, des *Constitutions apostoliques*,

12 *Constitutions apostoliques*, VI, 10,3 ; éd. SC 329, p. 322-323.

13 *Constitutions apostoliques*, VI, 11,10 ; éd. SC 329, p. 326-327.

14 *Constitutions apostoliques*, VI, 14,5 ; éd. SC 329, p. 340-341.

15 *Constitutions apostoliques*, I, 6,7 ; éd. SC 320, p. 116-119.

livre VI, 20-23. Les conclusions les plus explicites sont formulées dans des exposés propres à ce dernier document :

Puisque dès avant sa venue, *plutôt que des sacrifices* il souhaitait trouver *un cœur pur et un esprit brisé* (Ps 50,12.19), à plus forte raison lors de son avènement a-t-il supprimé ces sacrifices, c'est-à-dire les sacrifices sanglants. Il les a supprimés, mais en les portant d'abord à leur achèvement, car il fut circoncis et purifié (Lc 2,21-24), il offrit des sacrifices et des holocaustes et il pratiqua les autres rites ; le législateur devint lui-même la plénitude de la Loi, non pas en abrogeant la loi naturelle, mais en supprimant les compléments de la seconde loi, pas tous pourtant<sup>16</sup>.

Il (le Christ) a aboli la circoncision en la portant à son achèvement en lui-même (Lc 2,21) [...] 5. Le baptême, le sacrifice, le sacerdoce, le culte lié à un lieu, il les a transformés : à la place des ablutions quotidiennes il a institué un seul baptême *en sa mort* (Rom. 6,3) ; au lieu que ce soit dans une seule tribu, il a prescrit de choisir pour le sacerdoce les meilleurs de chaque nation et d'examiner avec soin non pas leur corps (Lév. 21,17), mais leur piété et leur comportement. [...] 6. Il ne nous a donc pas débarrassés de la Loi, mais des liens<sup>17</sup> [...]

Ces propos sur la circoncision développent une argumentation doctrinale, ou théologique, à l'appui de la décision prise par l'Assemblée de Jérusalem, pour démontrer que les observances mosaïques, dont la circoncision, ne s'imposent pas aux chrétiens, car le Christ y a mis fin, en les assumant lui-même et en les remplaçant par de nouvelles institutions. Il s'agit là d'un enseignement. Mais pour trouver des règlements sur la pratique même de la circoncision, il faut ouvrir le *Code Théodosien*, dans lequel ont été recueillies des mesures disciplinaires à ce sujet ; il s'agit d'interdictions et de sanctions à l'encontre de juifs qui auraient circoncis des chrétiens :

Que, maintenant comme à l'avenir, personne ne s'empare de leurs synagogues, que personne ne les incendie. Cependant les juifs eux-mêmes seront condamnés et à la confiscation de leurs biens et à l'exil perpétuel s'il était établi qu'ils ont circoncis ou ordonné de circoncire quelqu'un de notre foi<sup>18</sup>.

Si un juif, après avoir acheté un esclave chrétien ou de quelque autre secte, le circoncit, il ne pourra en aucun cas retenir en servitude la personne circoncise<sup>19</sup> [...]

Si un juif croit bon d'acheter un esclave d'une autre secte ou nation, cet esclave sera aussitôt revendiqué par le fisc. Et s'il circoncit la personne achetée, non seulement il sera puni par la perte de l'esclave, mais il sera en outre frappé de sentence capitale<sup>20</sup>.

16 *Constitutions apostoliques*, VI, 22,5 ; éd. SC 329, p. 368-369.

17 *Constitutions apostoliques*, VI, 23,4-6 ; éd. SC 329, p. 370-373.

18 *Code Théodosien*, 8.26 (9 avril 423) ; éd. SC 497, p. 410-411.

19 *Code Théodosien*, 9,1 (21 octobre 335) ; éd. SC 497, p. 418-419.

20 *Code Théodosien*, 9, 2 (13 août 339) ; éd. SC 497, p. 420-421.

## II. LA CASTRATION

Les Églises chrétiennes ne pratiquant pas la circoncision, elles n'ont pas pris de mesures disciplinaires à cet effet. Par contre, elles en ont pris à propos de la castration, d'abord au concile de Nicée I (325), dans son premier canon, comme on l'a expliqué plus haut. En voici le texte :

Sur ceux qui se rendent eux-mêmes eunuques et ceux qui le deviennent du fait d'autrui.

Si quelqu'un a subi de la part de médecins une opération durant une maladie, ou a été châtré par des barbares, qu'il reste dans le clergé ; mais si quelqu'un s'est châtré lui-même, alors qu'il était en bonne santé, il convient qu'il cesse d'être rangé dans le clergé, et à l'avenir on ne devra admettre aucun de ceux qui auront agi ainsi. Mais, de même que ce qui vient d'être dit ne regarde évidemment que ceux qui font la chose de propos délibéré et qui osent se châtrer eux-mêmes, de même, si certains ont été rendus eunuques par des barbares ou par leurs maîtres et que par ailleurs ils se trouvent dignes, ceux-là, la règle ecclésiastique les admet dans le clergé<sup>21</sup>.

Des mesures semblables ont été recueillies dans les *Canons apostoliques*, une collection de 85 canons placée à la fin des *Constitutions apostoliques* et qui a aussi été diffusée indépendamment de la compilation. Quatre canons traitent de la castration :

*Canon 21.* Un eunuque, qui l'est devenu par la cruauté humaine ou qui a été privé de sa virilité dans une persécution ou encore qui est né ainsi, s'il est digne de l'épiscopat, qu'on l'admette.

*Canon 22.* Si quelqu'un s'est châtré lui-même, il ne sera pas clerc ; car il est son propre meurtrier et un ennemi de la création de Dieu.

*Canon 23.* Si un clerc se châtré lui-même, on le déposera, car il est son propre meurtrier.

*Canon 24.* Si un laïc se châtré lui-même, on l'exclura pendant trois ans, car il est l'ennemi de sa propre vie<sup>22</sup>.

Ces règlements étaient justifiés. On connaît en effet plusieurs cas célèbres d'automutilations de ce genre. Le plus connu est celui d'Origène, reconnu comme Père de l'Église, exégète et prédicateur, qui a produit une œuvre considérable. Né vers 185, il était d'un tempérament ardent, volontiers radical ; aussi a-t-il pris à la lettre le propos de Jésus sur les eunuques pour le Royaume de

---

21 Éd. G. ALBERIGO, *Les conciles œcuméniques*, vol. 2, p. 37.

22 Dans l'édition des *Constitutions apostoliques*, SC 336, p. 280-281.



Dieu<sup>23</sup>. L'historien Socrate de Constantinople rapporte un cas semblable, celui de Léonce, évêque d'Antioche en 344 :

Celui-ci, lorsqu'il était presbytre, fut déposé de son rang parce qu'il cohabitait avec une femme nommée Eustolios ; voulant faire disparaître tout honneux soupçon à son égard, il se trancha les parties génitales et vivait ainsi en toute liberté avec la femme, puisqu'il n'avait plus ce qui provoquait l'accusation contre elle<sup>24</sup>.

À titre documentaire, on complètera cette collecte de documents en y intégrant un autre canon de la même collection des *Canons apostoliques* et qui traite de l'accès aux ministères de candidats infirmes, car il témoigne de l'opinion chrétienne quant à l'intégrité physique :

*Canon 77.* Si un infirme, handicapé de la vue ou estropié, est digne de l'épiscopat, qu'on l'y admette ; car les défauts du corps ne peuvent le souiller, mais les taches de l'âme<sup>25</sup>.

La fin du propos peut faire allusion aux règles imposées au sacerdoce du Temple, et qui sont explicitement rappelées dans un autre passage des *Constitutions apostoliques*, déjà cité plus haut : VI, 23,5. Cette argumentation explique sur quoi porte l'examen des candidats aux ministères dans les Églises, non pas sur l'intégrité physique, mais sur les qualités morales : « examiner avec soin non pas leur corps, mais leur piété et leur comportement ».

Cinq siècles après le concile de Nicée I (325), en 861, un synode de Constantinople commentait le canon du premier concile concernant la castration. La collection des canons dont il s'agit est intitulée « Synode appelé Prime-Second », en référence à la tenue de deux synodes à quelques mois d'intervalle, du fait de difficultés survenues dans la succession sur le siège patriarcal de Constantinople. Voici le texte concerné :

De ceux qui procèdent à la castration sans raison de maladie.

Le divin et sacré canon des saints apôtres<sup>26</sup> condamne comme des meurtriers d'eux-mêmes ceux qui se châtent eux-mêmes ; et si ce sont des prêtres (ἱερείς), il les dépose ; s'ils y aspirent, il les empêche d'avancer vers le sacerdoce ; il nous manifeste par là, que si celui qui se châtre lui-même est son propre meurtrier, celui qui châtre un autre est de toute façon un meurtrier ; et l'on pourrait à juste titre considérer un tel comme un blasphémateur de la création.

C'est pourquoi le saint synode a ordonné que si un évêque ou un presbytre ou un diacre est convaincu d'avoir rendu eunuque un homme, soit de sa propre main

23 « Il y en a qui se sont eux-mêmes rendus eunuques à cause du Royaume des cieux » (Mt 19,12) ; EUSÈBE DE CÉSARÉE, *Histoire ecclésiastique*, éd. Gustave BARDY, SC 41, p. 95-97.

24 SOCRATE DE CONSTANTINOPLE, *Histoire ecclésiastique*, II, 26,9 ; éd. Pierre PÉRICHON et Pierre MARAVAL, SC 493, p. 124-125.

25 Dans l'édition des *Constitutions apostoliques*, SC 336, p. 304-305.

26 Il s'agit des *Canons apostoliques* transcrits plus haut.

soit en ordonnant de le faire, il sera soumis à la déposition ; si c'est un laïc il sera excommunié. Excepté si une maladie survenant par hasard forçait à la castration du malade ; car de même que le premier canon du concile de Nicée ne punit point ceux qui furent mutilés pendant la maladie, à cause de la maladie, de même nous ne condamnons pas les prêtres (ἱερεῖς) qui commandent de rendre eunuques les malades, ni ne tenons pour responsables les laïcs, qui procèdent de leur propre main à la castration ; car nous estimons cela comme un remède à la maladie, non point comme un violence faite à la créature ou une injure à la création<sup>27</sup>.

Tous ces documents s'accordent pour interdire la castration, ne l'admettant que pour des motifs thérapeutiques. L'argumentation justifiant cette interdiction l'assimile à un meurtre, ce qui revient à la soumettre au décalogue, et par là-même à condamner toute atteinte à l'intégrité physique comme une forme de meurtre.

### III. LE CHRISTIANISME ANTIQUE ET LE REFUS DES ARTIFICES, PAR RESPECT POUR LA CRÉATION DE DIEU

Dans la *Didascalie* et dans les *Constitutions apostoliques* il est également question de l'intégrité physique dans les recommandations concernant les soins du corps. La teneur du propos est la même dans les deux documents. Il s'agit de conseils donnés respectivement aux hommes, puis aux femmes.

Conseils aux hommes :

Ne surajoute pas d'embellissements à la beauté que la nature t'a donnée et qui vient de Dieu, mais par souci d'humilité tempère-la devant les hommes. Ainsi, ne cultive pas ta chevelure, raccourcis-la plutôt et coupe-la, car tu risques en te peignant élégamment, en protégeant ta chevelure du désordre ou en te parfumant, d'attirer à toi les femmes qui se laissent ainsi séduire, quand elles ne séduisent pas. 9. Ne t'habille pas avec recherche<sup>28</sup>...

Conseils aux femmes :

Ne te maquille pas le visage ; il a été fait pour toi par Dieu ; aussi rien en toi n'a besoin de parure, puisque « *tout ce que Dieu a fait est très bien* » (Gn 1,31). Orner impudemment une belle chose, c'est outrager le talent de l'artisan. Quand tu circules, baisse les yeux et couvre-toi d'un voile, comme il convient aux femmes<sup>29</sup>.

27 *Canon 8*, éd. Périclès-Pierre JOANNOU, *Discipline générale antique* (IV<sup>e</sup>-IX<sup>e</sup> s.), Grottaferrata Rome, Tipografia Italo-Orientale, t. I, 2, 1962, p. 460-462 (traduction avec modifications).

28 *Constitutions apostoliques*, I, 3,8 ; éd. SC 320, p. 112-113.

29 *Constitutions apostoliques*, I, 8,24 ; éd. SC 320, p. 130-131.

L'argumentation développée dans ces deux séries de recommandations demande de respecter la nature, en tant qu'œuvre de Dieu, et donc d'éviter les artifices, c'est-à-dire toute intervention de la main de l'homme.

## CONCLUSION

L'enseignement et les normes de ces deux documents peuvent se résumer en ces deux principes : 1/ la pratique de la circoncision, imposée par la Loi de Moïse, ne s'impose pas aux chrétiens, et 2/ la création doit être respectée, comme œuvre de Dieu. La conséquence à en tirer est évidente : c'est le respect de l'intégrité physique des êtres humains.

**Pour aller plus loin**



## L'infâme coupure : l'Inquisition espagnole et la circoncision entre les xv<sup>e</sup> et xvii<sup>e</sup> siècles

ANITA GONZALEZ-RAYMOND

Les sources qui nous permettent d'évoquer la question de la circoncision entre les xv<sup>e</sup> et xvii<sup>e</sup> siècles en terres inquisitoriales, et plus particulièrement en Espagne sont variées et d'inégale qualité. Celles qui émanent directement du Saint-Office ne sont pas les seules, procès, édits de foi, correspondance, mais elles sont les plus abondantes et les plus loquaces. Enfin, des traités s'attardent longuement sur ce thème : ouvrages médicaux<sup>1</sup>, mais aussi catéchismes destinés

---

1 Un des plus intéressants n'est pas à proprement parler un traité médical mais un ouvrage de la main d'un inquisiteur du tribunal de Mexico, Juan de CORREA, qui recensa les cas dont il avait été témoin direct et l'adressa au Conseil de la Suprema : *Tratado del mas verdadero conocimiento, y modo de circuncision o retajacion y diferencias de ritos y seremonias que en esto los judios, puesto en theorica y practica de cirujia para que los cirujanos del santo officio puedan declarar con verdad ante los señores inquisidores y tribunal santo de la inquisicion*. Ce traité est conservé à l'*Archivo Histórico Nacional* (désormais dans cet article AHN), leg. 1055, fols. 331-360v. Il a été vu par ALBERRO Solange, *Inquisición y sociedad en México 1571-1700*, México, 1988 et par GARCÍA-MOLINA RIQUELME Antonio M. qui en donne une retranscription complète dans « Una monografía para cirujanos del Santo Oficio », *Revista de la Inquisición*, 1998, n° 7, p. 389-419.

Sur les traités médicaux voir, entre autres, PARDO THOMAS José, « Physicians' and Inquisitors' Stories? Circumcision and Crypto-Judaism in Sixteenth-Eighteenth-Century Spain », in EGMONT Florike, ZWIJNENBERG Robert, *Bodily Extremities: Preoccupations with the Human Body in Early Modern European Culture*, Ashgate, 2003.

aux nouveaux convertis<sup>2</sup> et écrits polémiques de toutes sortes contre les juifs, les judéo-convers et les morisques. Nous nous en tiendrons ici aux sources inquisitoriales même s'il nous faut, d'emblée, en souligner le caractère paradoxal : en dépit de leur qualité et de leur abondance, il est difficile d'y saisir pleinement la vie religieuse des minorités ethnico-confessionnelles concernées par la circoncision, alors même qu'elle se trouvait, théoriquement, au centre du procès. En effet, si ces fonds documentaires permettent de tracer précisément les contours d'une répression, ils disent bien moins des fondements réels de cette répression et dans le fond assez peu du vécu religieux et culturel profond des communautés qui en furent les victimes. L'approche s'en trouve orientée et incontestablement lacunaire.

La parole de l'accusé, prise dans les rets du secret de l'accusation, tentait, on s'en doute, de demeurer la plus imprécise possible. S'agissant des premiers édits de foi, les inquisiteurs dont la connaissance de la foi mosaïque ou islamique n'était que très approximative et souvent caricaturale, y puisèrent tout de même de leur côté, de quoi élaborer ces inventaires de gestes et de mots devant impérativement être dénoncés parce qu'hérétiques. Certains historiens ont pu, d'ailleurs, voir dans la publication de ces édits un moyen inattendu de diffusion des fondements rituels ou culturels de leur religion d'origine auprès des chrétiens mais aussi des convertis eux-mêmes, coupés des enseignements de la Synagogue ou de la Mosquée<sup>3</sup>. D'autres<sup>4</sup>, ont, au contraire, souligné la richesse des pratiques de certaines familles issus du judaïsme qui allaient bien au-delà de ces

---

2 Citons, par exemple, cet anti Coran de Bernardo PÉREZ DE CHINCHÓN qui consacre un chapitre entier à la circoncision des musulmans, la comparant à celle du Christ. *Libro llamado Antialcoran, que quiere dezir contra el Alcoran de Mahoma, repartido en veynte y seys sermones. Compuesto por el maestro Bernardo Perez de Chinchon, canonigo de Gandia, obra muy vtil y prouechosa, para instruction de los nueuamente convertidos, y para consolacion de todo fiel Christiano*, Salamanque, 1595.

3 Sur l'Édit de foi voir CARRASCO Raphaël, « Les Portugais de la Manche à l'époque de Philippe II. Des familles peu orthodoxes étroitement surveillées », *Hommage au Professeur Claude Maffre*, Montpellier, 2002, p. 563-597, « Preludio al "siglo de los portugueses". La Inquisición de Cuenca y los judaizantes lusitanos en el siglo XVI », *Hispania*, XLVII (1987), p. 503-559 ; *Id.*, « À l'aube du "siècle des Portugais". Le procès inquisitorial de Bernabé Rodríguez, brûlé à Cuenca le 13 décembre 1598 », *Mélanges offerts à Maurice Molho*, I, Paris, *Ibérica* (numéro spécial), 1988, p. 235-245 ; *Id.*, « Inquisición y judaizantes portugueses en Toledo (segunda mitad del siglo XVI) », *Manuscrits*, 10 (enero de 1992), p. 41-60. JIMÉNEZ MONTESERÍN Miguel, *Introducción a la Inquisición española*, Madrid, 1980 donne une version plus tardive de l'Édit de foi publiée à Cuenca assortie de nombreux commentaires.

4 AMIEL Charles, « Les cent voix de Quintanar. Le modèle castillan du marranisme », *Revue de l'histoire des religions*, CCXVIII, 2001, p. 195-280 et 487-577 ainsi que « La "mort juive" au regard des inquisiteurs ibériques », *Revue de l'histoire des religions*, CCVII-4, 1990, p. 389-412 ; « Crypto-judaïsme et Inquisition. La matière juive dans les édits de la foi des Inquisitions ibériques », *Revue de l'histoire des religions*, CCX-2, 1993, p. 145-168.

étiques répertoires, concluant à une véritable transmission familiale ayant pris le relais des textes et de la Synagogue.

Ainsi, s'il est relativement facile de repérer les cas de circoncision dans les procès intentés aux judéo-convers<sup>5</sup>, aux morisques<sup>6</sup> mais aussi aux renégats chrétiens de retour d'Islam<sup>7</sup>, il est bien plus délicat d'interpréter le sens que celle-ci eut pour les différentes victimes, le sens qu'eut son abandon, plus encore celui qu'eut sa conservation dans ces situations de contrainte et de persécution. Cependant, cette documentation, pour lacunaire et orientée qu'elle soit nous permet d'avancer deux niveaux d'interrogations.

À un premier niveau, ces sources permettent de mesurer l'importance donnée à cette pratique dans les stratégies d'identification, de répression et de condamnation des minorités judéo-converses et morisques. La circoncision comme preuve. Il est clair qu'en matière d'hérésie et d'apostasie, la preuve n'allait pas se chercher à partir du for interne, mais qu'elle se trouvait dans les comportements, dans ce qu'ils révélaient de l'intime. L'adhésion à une confession se mesurait au niveau de visibilité de cette adhésion. Ainsi être musulman c'était avoir un nom musulman, des parents musulmans, faire le ramadan et être circoncis. De ce point de vue, la circoncision constituait une preuve matérielle bien commode qui, une fois établie, permettait d'obtenir une confession plus générale, l'aveu complet étant indispensable<sup>8</sup>. Le cas des renégats chrétiens n'était pas fondamentalement différent de ce point de vue. Mais quelle était la qualité de cette preuve ? Indiquait-elle seulement un état de fait ou constituait-elle qualitativement une circonstance aggravante ? La constatation d'une circoncision avait-elle la même portée s'agissant de judéo-convers, de morisques ou de chrétiens renégats ? Suffisait-elle, donc, en soi ? Force est de constater la diversité des réponses : indice fort d'apostasie pour les convers comme pour les morisques, signe révélant clairement une crypto pratique, il ne revêtait cependant pas toujours la même importance qu'il engageât l'une ou l'autre de ces

---

5 Juifs convertis à partir de l'édit de conversion de 1492, désigne, également, ceux qui s'étaient convertis au cours des XIV<sup>e</sup> et XV<sup>e</sup> siècles.

6 Musulmans convertis. La conversion des musulmans en Espagne fut décrétée en 1502 pour la Couronne de Castille et en 1525 pour la Couronne d'Aragon.

7 À propos des renégats et de la guerre de course, la bibliographie s'est considérablement enrichie au cours de ces vingt dernières années, on peut se reporter à BENNASSAR Bartolomé, *Les chrétiens d'Allah. L'histoire extraordinaire des renégats. XVI-XVII<sup>e</sup> siècles*. Paris, Perrin, 2001 et GONZALEZ-RAYMOND Anita, *La croix et le Croissant. Les Inquisiteurs des îles face à l'Islam, (1550-1700)*, Paris, CNRS, 1992.

8 Sur la question de l'aveu comme sur celle de la procédure inquisitoriale, la littérature est, bien sûr, immense. Qu'il me soit permis, cependant, de citer l'ouvrage si riche d'enseignements de Bruno NEVEU, *L'erreur et son juge. Remarques sur les censures doctrinales à l'époque moderne*, coll. « Instituto italiano per gli studifilosofici, Serie studi », XII, Naples, Bibliopolis, 1993.



minorités. S'agissant des renégats, en revanche, ce signe ne pouvait être saisi par les juges inquisitoriaux que dans sa dimension ambiguë : à la fois trace des mauvais traitements subis et marque de l'apostasie.

Ce premier niveau nous oriente donc, vers une interprétation externe de cette pratique et non interne aux groupes : l'apostasie que confirmait la circoncision, prenait un caractère plus ou moins grave ou compromettant en fonction d'autres critères dont le premier était la menace que constituait la communauté d'appartenance initiale du prévenu à un instant donné. Le Saint-Office lui-même conféra donc, une valeur stratégique ou « politique » à la circoncision. Bien sûr interdite, elle tarda pourtant à être déterminante dans certains cas. Aussi, certains auteurs estiment-ils que le Saint-Office semble n'avoir donné qu'une importance relative à la circoncision des morisques tant qu'elle ne semblait pas être le signe majeur d'une résistance religieuse organisée<sup>9</sup>. Néanmoins, les documents consultés montrent la limite de toute interprétation hâtive ou généralisatrice. Les *retajadores*, ceux qui pratiquaient la circoncision auprès des morisques, comptèrent parmi les premiers d'entre ceux-ci à être poursuivis par le tribunal. Il est vrai que ce fut après le délai de quarante ans accordé aux musulmans convertis de la Couronne d'Aragon avant d'être systématiquement poursuivis par l'Inquisition. Et ce, alors même qu'au lendemain de leur conversion obligatoire, en 1526, les autorités recommandaient, déjà, une surveillance particulière des matrones, des circonciseurs et des guides religieux, les *alfaquis*, l'Inquisition les considérant clairement comme les pièces centrales du prosélytisme crypto-musulman, susceptibles de participer activement au maintien d'une cohésion communautaire, dont il n'échappait à personne qu'elle passait par le maintien de la tradition et des rites.

Le deuxième niveau est interne et se situe précisément du côté du rite, de la tradition, du sens donné à la persévérance dans une pratique qui les désignait clairement comme délinquants et/ou à son éventuel abandon. Alimenter ce point de vue requerrait que soient examinés dans le détail et dans un travail de plus grande ampleur, à la fois l'impact de la chronologie de la répression sur l'abandon ou la conservation de la circoncision, les tentatives d'adaptation à une situation de domination ou celles de résistance, au risque de se perdre, ainsi que les stratégies d'occultation, de contournement ou de défense. Nous ne ferons qu'effleurer cet aspect.

Avant de parcourir les trois cas où la circoncision fut évoquée au sein du tribunal du Saint-Office, il nous faut, ici, sans pour autant les développer, apporter quelques précisions sur l'histoire générale de ces minorités et leur répression dans l'Espagne moderne.

---

9 HALPERIN DONGHI Tulio, *Un conflicto nacional: moriscos y cristianos viejos en Valencia*, Valencia, Ed. Alfonso el Magnánim, 1980.

La première tient à l'institution inquisitoriale elle-même et au moment très singulier de sa création, 1478, date à laquelle le pape Sixte IV fulmina la bulle fondationnelle du Saint-Office *Exigit sinceræ devotionis affectus*, donnant ainsi aux Rois Catholiques, Isabelle et Ferdinand, le pouvoir de fonder une Inquisition propre aux royaumes d'Espagne. La création de l'Inquisition en Castille fut, donc, antérieure à la grande expulsion de 1492. Près d'un siècle après les grands massacres de 1391 et les vagues de conversion qui suivirent<sup>10</sup>, les tensions dans la société castillane étaient à leur comble : tensions entre juifs et convertis, tensions également entre nouveaux-chrétiens issus des conversions de 1391 – intégrés professionnellement, socialement, à la société chrétienne dominante en particulier en Andalousie – et convertis plus récents, enfin tensions entre vieux chrétiens et néophytes issus du judaïsme quels qu'ils fussent.

La deuxième observation tient à l'inscription dans un temps de ces répressions : saisir la question du crypto-judaïsme ou du crypto-mahométisme, vrais ou supposés, nous contraint à considérer une chronologie un peu grossière des divers moments répressifs. La première grande vague de répression menée contre les judéo-convers correspond aux premières années du fonctionnement du Saint-Office dans la Péninsule, c'est-à-dire entre 1480 et 1530. Une seconde poussée se produisit au cours du siècle suivant et correspond à ce que l'on appelle l'époque portugaise : 1620-1640 et 1660-1690. Enfin, le dernier coup de boutoir fut porté dans le premier tiers du XVIII<sup>e</sup> siècle. Cependant, des nuances s'imposent : en effet, l'étude des procès permet d'établir que d'autres attaques, à caractère plus local, furent conduites au cours des dernières années du XVI<sup>e</sup> en particulier dans la Couronne de Castille. Ces attaques touchèrent autant des convers castillans que des Portugais d'arrivée plus récente à Murcie, à Grenade, dans la Mancha<sup>11</sup>.

La répression du crypto-islamisme fut plus tardive : si les musulmans espagnols furent baptisés sous la contrainte dès 1502 dans la Couronne de Castille, ce ne fut qu'en 1525 qu'intervint la conversion forcée et générale des communautés de la Couronne d'Aragon qui bénéficièrent d'un délai de tolérance

---

10 Sur cet épisode tragique voir, entre autres, PÉREZ Béatrice, « Aux premiers temps de l'Inquisition : une institution dans la genèse d'un État moderne », in CARRASCO Raphaël, *Aux premiers temps de l'Inquisition espagnole (1478-1561)*, Collection « ETILAL », ESPAGNE MÉDIÉVALE ET MODERNE, Montpellier, Publications de l'Université Paul Valéry Montpellier III, 2002.

11 Les terribles conditions imposées par l'instauration du Saint-Office au Portugal, l'annexion de ce dernier en 1580 ne sont pas étrangères à la présence des Portugais en Espagne dans les dernières décennies du XVI<sup>e</sup> siècle. Sur cette question on peut consulter BÉTHENCOURT Francisco, *L'Inquisition à l'époque moderne : Espagne, Italie, Portugal, XV<sup>e</sup>-XIX<sup>e</sup> siècles*, Paris, A. Fayard, 1995.

inquisitoriale d'une quarantaine d'années<sup>12</sup>. En revanche, à partir des années 1560, alors qu'elle fut moins brutale dans la Couronne de Castille, la répression y fut intense : ceux qu'on appelait désormais les morisques représentent plus de 70 % des causes jugées par les tribunaux de Valence et de Saragosse<sup>13</sup>. Leur présence massive devant ces tribunaux cessa avec leur expulsion définitive hors de l'Espagne en 1609<sup>14</sup>. Dès lors, nous ne trouvons plus que des cas sporadiques d'enfants autorisés à rester ou de morisques le plus souvent assimilés à des renégats, pris en course en Méditerranée.

La question des minorités ethnico-confessionnelles et du lien maintenu ou non avec la circoncision s'inscrit également dans un espace : la Couronne de Castille, la Couronne d'Aragon, bien sûr mais aussi le Portugal, les îles, l'Amérique, ainsi que, de façon plus périphérique, la France, l'Italie, l'Angleterre ou les Pays Bas... Cela requiert que soit prise en compte la porosité de ces espaces. À l'intérieur même de chacun des espaces où œuvrait le Saint-Office, les comportements et les pratiques étaient également différents.

Cette question se dévoile, enfin, dans un lexique : la désignation de la circoncision fait apparaître une terminologie singulière et qui semble dédiée à chaque crypto-confession. En effet si pour les judéo-convers la plupart du temps est utilisé le vocable « circoncis » (*circuncidado*), « circoncire » (*circuncidar*) et « circoncision », en ce qui concerne les morisques et les chrétiens suspects de reniement c'est le mot *retajar* qui apparaît avec le plus de fréquence<sup>15</sup>. Par ail-

12 La bibliographie sur la question est très importante. Citons entre autres LAPEYRE Henri, *Géographie de l'Espagne morisque*, Paris, Sevpen, 1959 ; HALPERÍN DONGHI Tulio, *Un conflicto nacional: moriscos y cristianos viejos en Valencia*, op. cit. ; REGLÀ Joan, *Estudios sobre los moriscos*, Valencia, Universidad de Valencia, 1964.

13 HALICZER Stephen, *Inquisition and society in the kingdom of Valencia 1438-1834*, Berkeley, University of California Press, 1990 ; MONTER William, *Frontiers of heresy. The spanish Inquisition from Basque lands to Sicily*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990 ; GONZALEZ-RAYMOND Anita, *Inquisition et société en Espagne : les Relations de cause du tribunal de Valence (1566-1700)*, Besançon, Annales Littéraires de l'Université de Franche-Comté, 1996.

14 Voir entre autres CARRASCO Raphaël, « Les morisques au XVI<sup>e</sup> siècle : de l'échec de l'évangélisation à la répression généralisée », *Cahiers d'études du religieux. Recherches interdisciplinaires* [En ligne], 2, 2008.

15 Par-delà le caractère d'un registre *a priori* plus commun du mot *retajar*, qui en espagnol convoquerait la notion de « couper » ou « recouper » et qui pourrait conduire à une mésinterprétation de l'estime ou non dans laquelle étaient tenus les morisques, l'étymologie nous conduit vers une double racine plus « noble » dans la mesure où il semble qu'il puise son origine dans une combinaison de la racine arabe T'.h'. r, qui signifie séparer, enlever mais aussi pur, propre et constitue une façon euphémistique d'évoquer la circoncision, et du mot t'at'hir qui renvoie à la purification. À ce propos voir BERNARD Vincent, « les Morisques et la circoncision », *Actes du II Congrès du CIEM*, collection « Religion, identités et sources documentaires sur les morisques andalous », 11, Tunis, Institut Supérieur de Documentation, 1984, p. 189-200.

leurs, il conviendrait de préciser le terme de « marrane » qui est devenu un véritable mot-outil, alors même qu'il engage des modalités très précises<sup>16</sup>.

Pour clore ce rapide parcours liminaire, il faudrait dans une visée plus interprétative, considérer la circoncision au regard de l'ensemble des pratiques qui perdurèrent ou qui furent abandonnées. En l'absence de cette dimension, le risque de surinterprétation ou au contraire de sous-interprétation du maintien ou de l'abandon de la pratique reste présent.

## I. LES JUDÉO-CONVERS : HÉTÉROGÉNÉITÉ DE LA PRATIQUE

Les confessions des accusés entre les années 1520 et le début du xvii<sup>e</sup> siècle, mesurées à l'aune des édits de foi qui étaient proclamés par le Saint-Office, corroborent nombre d'éléments qui y sont inscrits. Pourtant, l'absence de mention de la circoncision dans les procès surprend<sup>17</sup>. Il semble, donc, qu'avertis que cette obligation si fondamentale de leur confession d'origine les condamnait irrémédiablement, les convers y avaient tout bonnement renoncé. Ce ne fut, néanmoins, pas le cas des Portugais qui, plus tard, vinrent alimenter les tribunaux inquisitoriaux et qui s'étaient, de leurs propres aveux, fais circoncire volontairement à l'âge adulte hors de la péninsule ibérique<sup>18</sup>, intervention dont

16 La confusion réside dans le fait que tous les judéo-convers ne furent pas des marranes. Il y eut des convertis qui pratiquaient sincèrement leur nouvelle foi. Les marranes étaient les convertis au christianisme restés secrètement fidèles aux croyances et aux pratiques juives ancestrales mais qui, contrairement aux crypto-juifs postérieurs aux premières vagues de conversion, s'étaient trouvés coupés, après l'expulsion, de toute possibilité d'accès matériel, culturel ou doctrinal au judaïsme et par voie de conséquence de références pour pouvoir alimenter leur foi. L'origine de l'appellation marranes ou *Marranos* est incertaine. L'étymologie la plus communément retenue est celle de l'espagnol *marrano*, signifiant cochon (lui-même dérivé de l'arabe *muharram* signifiant « rituellement interdit », se référant à la prohibition de la viande de porc des religions juive et musulmane). Mais une autre explication suggère que le terme dériverait de l'araméen *maranatha* signifiant *le Seigneur est venu*. Ce terme aurait été tourné en dérision par les catholiques et les juifs non convertis, et appliqué aux juifs ayant choisi la conversion. D'autres étymologies possibles sont l'hébreu *mumar* (apostat), les mots arabes *marana* (pliant, flexible) ou *barrani* (étranger). Le verbe *marrar* en castillan signifie, par ailleurs, dévier du but, manquer la cible.

17 Voir par exemple l'étude des procès des marranes de La Mancha par CARRASCO Raphaël, « Les Portugais de la Manche. Des familles peu orthodoxes sous étroite surveillance », *op. cit.*

18 SANTA MARÍA Ramón, « Ritos y costumbres de los hebreos españoles », *Boletín de la Real Academia de la Historia*, XXII (1893), p. 181-188 ; GARCÍA FUENTES José María, *Inquisición en Granada en el siglo XVI*, Grenade, 1981, p. 433-435. D'autres documents contiennent des descriptions de rituels et de coutumes comme le procès de Juan Rodríguez de ATIENZA (Cuenca, 1540) (A.D.C., Inq., leg. 147, n° 1784 A et B cité par Raphaël CARRASCO, *op. cit.*). Une part importante des convertis s'était installée au fil du temps dans les communautés judéo-portugaises, officielles ou officieuses, d'Europe occidentale. Je ne m'arrêterai

pouvait attester le chirurgien dépêché par le Saint-Office afin de procéder à l'expertise médicale. Cette expertise qui se généralisa pour les morisques, ne devint systématique pour les accusés nouveaux chrétiens de juifs qu'à partir de 1635. Dès lors, elle suivait immédiatement l'arrestation :

« Après consultation de l'illustrissime Archevêque de Damas Inquisiteur Général, il a été décidé que dorénavant l'on fera procéder par les médecins et les chirurgiens du tribunal à une inspection de tous ceux qui seront accusés de judaïsme ; s'il s'avère qu'ils sont circoncis on fera le nécessaire pour vérifier s'ils l'ont été avant ou après le baptême ; en effet, beaucoup d'hommes de la "nation" se rendent dans les îles rebelles, à Venise ou dans d'autres endroits où il y a des Synagogues, et s'y font circoncire en observance de leur loi, et donc, dans les procès de ces circoncis on avancera avec une grande prudence ; une fois la sentence fixée, avant son exécution, vous l'enverrez au Conseil... »<sup>19</sup>.

Au moment précis où le Conseil de l'Inquisition Suprême et Générale (*Suprema*) décidait de systématiser cette visite, de riches judaïsants madrilènes étaient accusés de payer très cher le *mohel* d'Amsterdam, Isaac Farque qui, sous le nom d'emprunt d'Antonio de Aguiar, faisait le voyage jusqu'à la capitale espagnole pour y circoncire leurs enfants « car il est premier Maître de circoncision et que dans cette pratique il gagne beaucoup d'argent car on le paie très bien » affirmait un témoin<sup>20</sup>.

Cette inspection médicale gagna en rigueur avec le temps, signe clair que les circoncisions avaient repris :

« [...] (l'inspection) devra être faite avec un soin particulier : on regardera l'intérieur et l'extérieur, en haut et en bas, d'un côté et de l'autre du prépuce jusqu'à la racine du membre viril ; on veillera à ce qu'il y ait assez de lumière, qu'il fasse clair

---

pas sur les retours en Espagne de nombre d'entre eux au cours du xvii<sup>e</sup> siècle, sinon pour souligner que certains, en particulier des jeunes gens nés dans le judaïsme, effectuèrent aussi le chemin inverse, se convertissant au catholicisme et rejoignant l'Espagne. Ces mouvements prirent une ampleur particulière dans la deuxième moitié du xvii<sup>e</sup> siècle. La bibliographie offre des perspectives très intéressantes sur ces questions, je me contenterai de citer Yosef KAPLAN, *From Christianity to Judaism. The Story of Isaac Orobio de Castro*, version anglaise : Oxford, Oxford university Press, 1989 et *Les nouveaux Juifs d'Amsterdam ; essai sur l'Histoire sociale et intellectuelle du judaïsme séfard au xvii<sup>e</sup> siècle*, Paris, Chandeigne, 1989, ou plus récemment Natalia MUCHNIK, en particulier sur le curieux épisode messianique de 1666 autour de Sabbatai Svi qui fut suivi de plusieurs départs vers le Levant, et dont la postérieure conversion à l'Islam, entraîna nombre de baptêmes. MUCHNIK Natalia, « Du judaïsme au catholicisme : les aléas de la foi au xvii<sup>e</sup> siècle », *Revue historique*, 2002/3, n° 623, p. 571- 609 et *De paroles et de gestes. Constructions marranes en terre d'Inquisition*, Paris, EHESS, coll. « En temps et lieux », 2014.

19 ESCAMILLA COLIN Michèle, *Crimes et châtements dans l'Espagne inquisitoriale : essai de typologie délictive et punitive sous le dernier Habsbourg et le premier Bourbon*, Berg international, 1992.

20 AHN, Inq, L°142 (6), fol. 40 r. Également cité par Michèle ESCAMILLA COLIN, *op. cit.*

et s'il y a du soleil il ne faudra pas qu'il donne sur la partie où on doit chercher la marque ; on demandera au prisonnier de nettoyer avec sa chemise l'intérieur et l'extérieur du membre viril qu'il faudra examiner de la racine à la pointe, et quand le prisonnier s'essuiera il devra le faire doucement et sans forcer, et il sera préférable que le chirurgien le fasse pour plus de sécurité car certains, mal intentionnés, se nettoient très fort. On veillera aussi à ce que le prisonnier ne regarde pas la partie examinée en l'obligeant à lever la tête ou à se bander les yeux quand il sera examiné par plusieurs personnes afin que si l'un des médecins ou des chirurgiens venaient à signaler la marque, le prisonnier ne puisse s'en apercevoir<sup>21</sup>. Cela se fera sans qu'un mot soit prononcé devant lui et sans rien manifester ; tous les médecins le verront et l'examineront l'un après l'autre puis ils sortiront et s'éloigneront pour se communiquer leurs observations et cet examen sera répété une ou deux fois avec discrétion »<sup>22</sup>.

Le diagnostic était incertain, délicat et l'objectif double. Il fallait d'une part pouvoir écarter l'argument de « circoncision naturelle » ou celui, systématiquement avancé, de circoncision pratiquée pour raison médicale<sup>23</sup> et déterminer si la circoncision était récente ou de longue date indiquant ainsi le degré d'apostasie en fonction de la date du baptême.

Les circoncis furent, cela ne nous surprend pas, nombreux dans les minutes des procès émanant de tribunaux proches des frontières, comme celui de Galice. Ce fut le cas de Baltasar Lopez Cardoso promis sept ans auparavant, lors d'un séjour à Bayonne, à Leonor de León et qui dût s'y faire circoncire pour pouvoir l'épouser. Mais des cas semblables sont recensés dans d'autres tribunaux, par exemple celui de Cuenca en 1660. Là, les relations de causes font état d'une quarantaine de cas de judaïsants dont le quart avait séjourné à Saint-Esprit de Bayonne et s'y était fait circoncire. Ce petit bourg, aujourd'hui quartier de Bayonne, abritait, comme ce fut le cas à Rouen ou La Rochelle, une communauté de nouveaux-chrétiens qui, interdite de séjour en ville par les échevins, s'y

21 Souligné dans le texte original.

22 AHN, Inq., L°1265, 1655, *Inspección de presos judaizantes*. Traduction du texte par ESCAMILLA COLIN Michèle, *op. cit.*

23 Mateo Salvador, homme parfaitement intégré dans la communauté chrétienne, commissaire aux Fêtes du Saint Sacrement, fut un de ces cas douteux. Arrêté en 1660 et en 1664, il fut torturé et en perdit la raison. L'inspection des médecins, rapporte Michèle ESCAMILLA COLIN ne fut pas probante, ainsi : « trois hommes âgés et experts en la matière dirent que le susdit présente sur la partie haute du prépuce une cicatrice circulaire de la taille d'un pignon allongé avec perte de substance, mais comme cette cicatrice était circulaire et mince les témoins ne savaient pas si elle provenait d'un instrument tranchant ou d'humeurs corrosives. » Il fut condamné à 3000 ducats d'amende (AHN, leg. 3365, L° 667). Voir aussi le cas très intéressant du médecin Diego Mateo Zapata, cité par SARRION MORA Adelina, *Médicos e inquisición en el siglo XVII*, Cuenca, Ed. Universidad de Castilla La Mancha, 2006, p. 63, « quand des médecins du Saint-Office l'examinèrent pour voir s'il avait été circoncis, ils déclarèrent qu'il y avait présence de nombreuses cicatrices et de perte de beaucoup de chair du membre, plus importante que ce que requiert la cérémonie. »

implanta sous la protection des chanoines de Saint Etienne qui en possédaient la seigneurie. Vers le milieu du XVII<sup>e</sup> siècle, cette communauté passa dans la mouvance d'Amsterdam d'où provenaient appui, livres, conseils ou directives. Là étaient accueillis des coreligionnaires fuyant l'Espagne ou le Portugal, qui, de fait, pour nombre d'entre eux, se voyaient ainsi offrir un premier contact avec le judaïsme de la Synagogue. De là, ils pouvaient, s'ils ne s'installaient pas sur place, rejoindre Amsterdam ou choisir de revenir en terres inquisitoriales pour y faire œuvre de diffusion. La correspondance du Saint-Office témoigne de l'inquiétude que suscitait ce foyer : l'aveu d'un séjour à Bayonne devenait signe patent d'apostasie et pesait lourd dans la balance de la justice inquisitoriale.

Nos sources dévoilent, également, quelques comportements exceptionnels : certains, perdus pour perdus, décidaient d'assumer pleinement leur foi et de marcher vers la mort dans le respect des préceptes de leur religion d'origine. Ce fut le cas de ce convers qui se circoncit avec un petit os trouvé dans sa nourriture qu'il parvint à aiguiser suffisamment.

D'autres affaires sont plus étranges, telle celle qui impliqua Duarte de León, né au Portugal en 1595, qui avait séjourné à Séville avant de s'embarquer vers les Amériques où il pensait sans doute pouvoir échapper à l'Inquisition<sup>24</sup>. Ce ne fut pas le cas. Il fut dénoncé auprès du tribunal de Mexico, une première fois en 1627, puis en 1634. Au cours de ces deux procès, il subit la question à plusieurs reprises et perdit tous ses biens. Sans doute la raison aussi. Toujours est-il qu'il se mit à pratiquer des rites tout personnels sur sa femme et ses cinq enfants<sup>25</sup>. Les détails en furent recensés par Juan Correa, chirurgien du Saint-Office qui avait rédigé à l'attention de l'Inquisiteur Général depuis le tribunal de Mexico où il officiait, *Un petit traité de la circoncision et façon pour un chirurgien de reconnaître les cicatrices* et qui estimait qu'il y avait là une nouvelle forme de circoncision qu'il désignait comme « circoncision féminine » : « ils usent – précise-t-il – d'une pratique nouvelle et particulièrement recherchée qui consiste à l'aide d'un couteau, à trancher au-dessus de l'épaule gauche un

24 GARCÍA-MOLINA RIQUELME Antonio M., « Duarte de León: un relapso ficto y una circuncisión desconcertante », *Anuario mexicano de Historia del Derecho*, 1999. Voir également ALBERRO Solange, *Inquisition et société au Mexique, op. cit.* ; WACHTEL Nathan, *La foi du souvenir : Labyrinthes marranes*, Paris, Seuil, 2001.

25 Voici ce que rapporte Juan CORREA : « [...] et sa mère ayant été arrêtée, son père qui avait fermé le magasin un vendredi, la saisit en présence de Francisco de León et Antonia Nuñez, son frère et sa sœur, et la déshabilla jusqu'à la taille. Il lui ordonna de se taire et de ne pas crier, car c'était parce qu'elle ne portait pas de marque que sa mère avait été emprisonnée. S'asseyant sur une caisse de poissons, portant une coiffe à la façon d'un rabbin, il la maintint entre ses jambes ; une fois immobilisée, sa sœur s'approcha d'un côté et lui couvrit la bouche et les yeux de ses mains. À l'aide d'un couteau, son père lui trancha un morceau de chair dans l'épaule, de bonne taille, qu'il sala et fit cuire sur des braises qui étaient là et ce juif inhumain le mangea : sacrifice abominable, jamais vu, entendu ou lu et nouvelle forme de circoncision. Il la fit taire et lui ordonna de ne rien dire. »

morceau de chair, de façon circulaire puis après l'avoir retiré ils le mangent frit ou au four comme il a été question dans la relation de l'auto de 1648 » (dans lequel comparut Duarte). En réalité à part les six cas recensés, tous liés à la folie de Duarte, nous n'avons connaissance d'aucun autre cas qui puisse nous conduire vers une pratique généralisée ou même connue<sup>26</sup>.

Les protocoles notariés donnent aussi leur lot d'informations : ainsi ils font état de nombreux certificats de « bonne circoncision », entendons de circoncision pour raisons médicales, que de nombreux hommes prenaient soin de faire établir après une intervention pratiquée devant des témoins incontestables. Cela dit assez clairement, si besoin était, l'état d'esprit qui régnait et l'importance accordée à une pratique qui avait pourtant été abandonnée précédemment<sup>27</sup>.

## II. LE CAS DES MORISQUES

Pour ce qui concerne les morisques, anciens musulmans ou *mudejares* convertis au christianisme ou du moins baptisés de force, la question de la circoncision a été fort peu considérée par les chercheurs<sup>28</sup> : si l'allusion est obligée, il n'y a, en revanche, pas d'étude systématique. Il faut sans doute en chercher la raison dans le fait que cette pratique fut inégalement suivie à partir des conversions forcées et tout aussi inégalement poursuivie par les juges inquisitoriaux. Diversité de pratiques dont rendent compte les différents procès et qu'atteste un expulsé natif de Belmonte : « tous les morisques de Valence étaient circoncis, la moitié de ceux d'Aragon l'étaient quant à ceux d'Andalousie et de Castille,

26 Le chapitre II du traité donné *in extenso* par GARCÍA-MOLINA RIQUELME ANTONIO M. dans « Una monografía para cirujanos del Santo Oficio », *op. cit.*, est assorti de dessins en marge représentant les différentes formes de cicatrices produites par les circoncisions recensées par le médecin.

27 Voir GARCÍA HERRERA GUSTAVO, « La más antigua noticia escrita sobre un acto quirúrgico en la ciudad de Málaga », *Actas del I Congreso de Historia de la Medicina Española*, Madrid-Toledo, *Sociedad Española de Historia de la Medicina*, 1963, p. 387-393 ; GÓMEZ-MENOR JOSÉ, « Dos casos de circuncisión terapéutica y otros datos sobre médicos toledanos de los siglos XVI y XVII », *Cuadernos de Historia de la Medicina Española*, 14, 1975, p. 191-207. Ces deux articles qui référencent plusieurs cas sont cités par PARDO THOMAS JOSÉ, « Physicians' and Inquisitors' Stories? Circumcision and Crypto-Judaism in Sixteenth-Eighteenth-Century Spain », *op. cit.*

28 L'étude la plus complète est, à ma connaissance, celle de BERNARD VINCENT « Les Morisques et la circoncision », *Actes du II Congrès du CIEM*, collection « Religion, identités et sources documentaires sur les morisques andalous », 11, Tunis, Institut Supérieur de Documentation, 1984, p. 189-200.



aucun ne l'était ». L'étude de Mercedes Garcia Arenal<sup>29</sup> sur les morisques de la région de Cuenca, en Castille, met, en effet, en évidence cette rareté : à peine deux références à des morisques circoncis et encore provenaient-ils d'Aragon et de Valence. En revanche, la documentation conservée pour ces deux districts inquisitoriaux montre bien que la majorité des morisques qui comparurent là étaient, quant à eux, circoncis<sup>30</sup>. Quelques exemples donnent l'ampleur du phénomène dans certains lieux : en 1574, dans 3 villages de la zone de Valence, sur 391 morisques qui se présentèrent lors de la publication de l'édit de grâce, 312 étaient circoncis<sup>31</sup>. Pedro Longás, dans sa description de la vie religieuse des morisques d'Espagne, y consacre à peine trois pages alors même qu'il donne un exemple tiré d'un procès<sup>32</sup>. Non daté, le procès de Francisco Hazan rapporte comment à Valence, lui et des *alfaquis* présents avaient installé une sorte de campement dans la campagne, sans préciser davantage le lieu, où pouvaient être soignés les crypto-musulmans qui venaient de subir une circoncision sur place. Et ils venaient nombreux, car les *alfaquis* leur disaient bien que sans la circoncision ils ne pourraient aller au ciel. Hazan, qui avoue y avoir conduit deux hommes qu'il avait chez lui et traitait comme des fils, relate également les festivités qui accompagnèrent cette cérémonie collective au cours de laquelle 50 autres hommes subirent la même pratique.

Pourtant dès 1526, alors que tous les musulmans de la Péninsule étaient désormais baptisés, une assemblée réunie dans la Chapelle Royale de Grenade avait déployé une longue théorie de recommandations visant leur assimilation, dont les conclusions publiées dans une circulaire royale du 7 décembre prônaient entre autres points, une stricte interdiction de la circoncision sous peine de confiscation de biens et de bannissement. Si elle devait être pratiquée pour raisons médicales, cela devait se faire avec l'autorisation expresse d'un prélat ou du *corregidor*<sup>33</sup>. Il est bien évident que la circulaire était demeurée sans effet :

29 GARCIA ARENAL Mercedes, *Inquisición y moriscos: los procesos del tribunal de cuenca* (3<sup>e</sup> ed.) Siglo XXI, 1978.

30 HALPERIN DONGHI Tulio, *Un conflicto nacional: moriscos y cristianos viejos en Valencia*, Universitat de Valencia, servei de publicacions, 2008, ainsi que « Recouvrements de civilisation : les morisques du Royaume de Valence au XVI<sup>e</sup> siècle », *Annales. Economies, Sociétés, Civilisations*, 1956, volume 11, n° 2, p. 154-182 ; VIDAL BELTRAN Eliseo, « El cuaderno de un visitador de moriscos », *Estudis: Revista de historia moderna*, n° 8, 1979-80, p. 35-70 ; GONZALEZ-RAYMOND Anita, *Inquisition et société en Espagne. Les relations de causes du tribunal de Valence. 1566-1700*, Besançon, Annales littéraires de Franche-Comté, 1996.

31 BERNARD Vincent, « Les Morisques et la circoncision », *op. cit.*

32 LONGÁS Y BARTIBÁS Pedro, *Vida religiosa de los moriscos*, Madrid, Imprenta Ibérica, 1915.

33 Seules celles du Docteur Lorenzo Galindez de Carvajal sont parvenues jusqu'à nous. Celles des autres membres de la junte, juristes et théologiens et conseillers royaux, ont disparu. Voir GIL SANJUAN Joaquin, « El parecer de Galindez de Carvajal sobre los moriscos andaluces (año 1526) », *Baética: Estudios de arte, geografía e historia*, n° 11, 1988, p. 403-416. Sur les conclusions de cette assemblée qui, collectant les us et coutumes de la minorité

40 ans plus tard, en 1565, cette interdiction fut réitérée, signe indiscutable de son inefficacité. Les autorités n'étaient, d'ailleurs, pas dupes : les naissances devaient être surveillées par une sage-femme vieille-chrétienne et suivies de la visite d'un prêtre qui certifiât que la circoncision n'avait pas été pratiquée et que l'enfant était bien né non circoncis naturellement...

La situation évolua considérablement après les années 1560. La politique de relative tolérance à l'égard des rites et pratiques des anciens musulmans qui avait marqué cette première période fut abandonnée au profit d'une répression à outrance. Les nouveaux objectifs de la Monarchie Catholique se déploierent, alors, sans ambiguïté : s'attaquer aux piliers de la culture morisque afin d'éradiquer toute marque identitaire. Le choix de l'option répressive exigeait que fût décapitée l'élite religieuse et intellectuelle mais aussi, de façon plus détournée que fussent captées les élites économiques et financières<sup>34</sup>. En décembre 1564, une assemblée réunie à Madrid a désigné les cibles contre lesquelles il convenait de procéder avec la plus grande rigueur : les *madrinas*<sup>35</sup>, ces matrones sages-femmes qui assistaient aux naissances, les *alfaquis* et les *dogmatizadores*, vocables désignant ceux qui guidaient religieusement les moins formés, ceux qui empêchaient les morisques d'être chrétiens, enfin les morisques qui s'adonnaient publiquement à des cérémonies interdites<sup>36</sup>. Suivirent les bouchers, les possesseurs de livres en arabe ; était établie, enfin, la litanie de gestes ou comportements qui trahissaient non seulement une appartenance douteuse qui dans le cas des morisques, très visibles dans la société vieille-chrétienne, était patente, mais l'adhésion têtue à leur religion première. La pratique de la circoncision rituelle était de ceux-là.

Le calcul des autorités, Saint-Office et Couronne, était explicite mais erroné : il n'y eut pas de lente acculturation mais bien une plus grande maîtrise

morisque, définissait de fait une nouvelle appartenance à l'islam, voir DOMINGUEZ ORTIZ Antonio et VINCENT Bernard, *Historia de los moriscos. Vida y tragedia de una minoría*, Madrid, Alianza, 1989.

- 34 Par exemple en leur donnant accès à l'institution inquisitoriale elle-même par l'acquisition de « familiatures ». Le titre de familier du Saint-Office était particulièrement recherché : ils disposaient de privilèges juridictionnels et fiscaux importants et de prérogatives enviabiles mais plus important que tout la familiarité supposait la reconnaissance publique de la pureté de sang. Le certificat de pureté était, certes, difficile d'obtention mais la corruption aidant, le retour sur investissement était énorme en terme d'honneur et de prestige. Voir par exemple le cas de la famille Abenamir, CARRASCO Raphaël, « Historia de una represión. Los moriscos y la inquisición en Valencia, 1566-1620 », *Areas, Revista de ciencias Sociales*, 9, 1988, p. 25-50.
- 35 BORONAT Y BARRACHINA Pascual, *Los moriscos españoles y su expulsión. Estudio histórico-crítico*, 2 vols. Valencia, 1901.
- 36 Voir entre autres, BENÍTEZ Rafael, « Felipe II y los moriscos. El intento decisivo de asimilación, 1559-1568 », *Estudios de historia de Valencia*, Universidad de Valencia, 1978, p. 183-201.

de la clandestinité. Les années 1570 furent celle d'une stratégie bien plus dure visant la destruction physique pure et simple de toute la culture mudéjare<sup>37</sup>.

Les premiers circonciseurs – *retajadores* – et circoncis – *retajados*, apparaissent dans l'autodafé célébré à Valence le 23 octobre 1580. L'année suivante, la *Suprema* se faisait plus précise : il fallait « commencer à montrer plus de rigueur » avec les pères qui circoncisaient leur fils et les condamner systématiquement à recevoir des coups de fouets<sup>38</sup>. En 1587, ce fut un groupe d'hommes important qui comparaissaient au seul motif qu'ils étaient circoncis, un *retajador* fut brûlé vif, un autre en 1589. Les effets sur la population morisque de Valence furent suffisamment peu probants pour amener le Saint-Office à en faire un grand exemple. Une quarantaine d'habitants de la petite ville de Nouvelle, la plupart des jeunes gens de 20 à 25 ans, qui s'étaient fait circoncire, comparurent lors de l'autodafé de 1595. Six d'entre eux, jugés particulièrement coupables furent brûlés, trois parce qu'ils avaient aidé à la cérémonie et trois parce qu'ils avaient nié l'intention. Les autres furent condamnés aux galères et entraînent à leur suite ceux qui n'avaient fait qu'assister à la cérémonie. Quant aux femmes, elles reçurent jusqu'à 200 coups de fouet. Les circonciseurs, probablement des colporteurs comme il en passait dans tous les villages morisques et qui, à l'occasion, faisaient office de *retajador*, avaient, quant à eux, réussi à fuir. Il est inutile de préciser que ce ne fut pas la seule opération du genre même si la répression de la circoncision devint plus routinière : mais comment systématiser, sauf à décimer une population, la répression d'une pratique aussi forte, aussi massive, en tous cas dans la zone de Valence, et dont les agents étaient aussi insaisissables ?

La question demeure : pourquoi, compte tenu des risques encourus, une telle persistance de la circoncision chez certains groupes de morisques ? Nous revenons à notre difficulté première : la documentation inquisitoriale permet de mesurer correctement une répression mais elle permet seulement de façon très insuffisante une percée dans les motivations profondes des victimes de cette répression. Certains facteurs extérieurs peuvent, néanmoins, fournir quelques indications : le monde des morisques, plus rural, n'était pas celui des judéo-convers plus urbain, moins visible. Dans certaines régions, dans la zone de Valence par exemple, la part du milieu y était cruciale : numériquement majoritaires dans certains lieux, ils vivaient dans des régions souvent peu accessibles, qui les protégeaient des incursions du Saint-Office et qui étaient propices à la conservation des traits culturels et des traditions. En outre, la fonction de circonciseur à proprement parler n'existait pas et la circoncision était le

37 Voir CARRASCO Raphaël, « Historia de una represión. Los moriscos y la inquisición en Valencia, 1566-1620 », *op. cit.*

38 AHN, Inq. L° 936.

plus souvent une affaire strictement familiale. Tous les *retajadores* pratiquaient d'autres professions, tailleurs, couteliers etc. et, à ce titre, avaient en leur possession le plus naturellement du monde les instruments nécessaires à l'opération. Elle pouvait donc être menée par tous y compris les femmes, en particulier ces matrones qui accompagnaient les accouchements. Par ailleurs, les morisques purent conserver, du moins dans la Couronne d'Aragon, leurs traditions, leur langue, leur culture, même si fortement altérées par le temps, plus longtemps avant d'être réellement poursuivis. Ainsi, encore à la veille de l'expulsion, les procès en particulier ceux impliquant des femmes, signalent, par endroits, le recours à un interprète. Des stratégies de contournement furent élaborées. Ce fut le cas concernant l'âge auquel se pratiquait le rituel : les enfants n'étaient plus circoncis bébé mais vers l'âge de six ou sept ans c'est-à-dire celui où on leur mettait des culottes précieuses alliées de la discrétion<sup>39</sup> ! Les plus âgés, circoncis avant 1525, échappaient encore à la fin du xvi<sup>e</sup> siècle au zèle inquisitorial et certains en profitaient même pour ironiquement, lorsqu'ils étaient interrogés, répondre « qu'effectivement il était circoncis parce qu'il venait du temps des Maures ». Faire porter la responsabilité d'une circoncision sur des personnes disparues était une des défenses les plus courantes : les plus jeunes, accusaient leurs parents ou tout autre proche décédés, de les avoir fait circoncire contre leur volonté. Ainsi cette femme, dont le père était circoncis, qui avoua être rentrée chez elle un jour et avoir trouvé ses garçons en pleurs. Les voyant circoncis, elle en demanda raison à son père qui se mit fort en colère... Le père était, bien sûr, mort bien avant ses aveux.

Nous trouvons de nombreuses traces au fil des procès qui s'échelonnent entre 1560 et 1609 des tentatives désespérées des morisques, fortement acculturés, coupés de leur environnement religieux de conserver les pratiques qu'ils considéraient comme les plus élémentaires d'une construction identitaire – le Ramadan, les ablutions rituelles, la circoncision, le rituel funéraire, la connaissance de l'alphabet...<sup>40</sup>. Ainsi à Valence, les *aljamas* avaient parfois recours à l'enseignement d'*alfaquis* de Grenade, réputés avoir mieux conservé leur religion dans la clandestinité.

---

39 Il faudrait ici évoquer ces autres cérémonies qui marquaient la naissance des enfants : les fêtes de *fadas* (les fées), qu'ils pratiquaient de longue date comme les juifs et plus tard les judéo-convers, avaient subi une claire transformation : au fil de la persécution et depuis la conversion forcée, elles servaient à débaptiser les enfants après le passage à l'église. Cérémonie pratiquée le plus souvent à l'extérieur pour les morisques. Voir GONZÁLEZ MUÑOZ Fernando, « Un testimonio de la Hispania medieval sobre el rito de Las Fadas », *Collectanea christiana orientalia* (CCO), 1, n° 8, 2011, p. 207-216.

40 Témoin de cette résistance, un important corpus de textes, religieux pour l'essentiel, écrits en *aljamiado*, c'est-à-dire en langue espagnole mais dans une graphie arabe.

Leur expulsion hors de la Péninsule, en 1609, mit un terme définitif à l'histoire de l'islam espagnol sanctionnant, de la même façon, l'échec de la politique d'assimilation puis celui de la répression menée à leur rencontre.

### III. LES CHRÉTIENS RENÉGATS<sup>41</sup>

Le troisième cas que nous souhaiterions évoquer dans ce rapide parcours de la question de la circoncision au temps de l'Inquisition espagnole, est celui de ces hommes, revenant en Chrétienté après avoir été capturés par les Maures de Barbarie ou les Turcs de la Sublime Porte. Au cœur de nombre de retours, plus ou moins spontanés, se trouvait la délicate question de la conversion à l'islam. Réparer une âme fracturée par l'apostasie n'était envisageable par les autorités inquisitoriales que dans l'acceptation que la métamorphose passagère de soi fût d'une part le résultat d'une contrainte insupportable pour le corps, d'autre part qu'elle ne fût que superficielle. La façon de faire témoigner le corps auprès du tribunal était, dès lors, cruciale. Certains, les plus nombreux, tirèrent leur épingle de ce sinistre jeu par l'évocation contradictoire d'une véritable absence à un corps trop présent : ce corps, volontairement clivé de l'âme, exhibait, les marques ambiguës de la souffrance et celle incontestable d'une appartenance.

Là se trouvait le motif le plus récurrent de la défense mise en place par les renégats, anciens captifs ou convertis volontaires de la première heure : la faiblesse humaine face à la douleur. Incapables de résister à la dureté des mauvais traitements, ils avaient, confessaient-ils, cédé à la pression des musulmans et s'étaient convertis. Ces évocations sont monnaie courante. Nous avons développé, dans un travail ancien, quelques observations à ce propos : le lien réel entre mauvais traitement et conversion est difficile à établir, et s'il y eut un lien direct de cause à effet ce fut parfois le renégat lui-même qui, seul, le forgea<sup>42</sup>. Renier pour ne plus subir de mauvais traitements est un argument qui ne dit en rien l'intention qui anime celui qui les inflige. Mais face au Saint-Office l'enjeu était d'importance : au bout du parcours il y avait l'absolution ou la condamnation.

41 Cette troisième partie est extraite d'un article publié : GONZALEZ-RAYMOND Anita, « Maux de l'âme et mots du corps : témoignages de la captivité aux XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles », *Cahiers d'études du religieux. Recherches interdisciplinaires* [En ligne], 11, 2013.

42 GONZALEZ-RAYMOND Anita, *La croix et le Croissant. Les Inquisiteurs des îles face à l'Islam...*, *op. cit.*

Bastonnades, flagellations, mutilations, brutalités diverses, ponctuent l'immense majorité des témoignages<sup>43</sup>. Il en est une qui révèle plus que les autres, par la trace qu'elle laisse visible par tous, les paradoxes de ce corps du captif qui à la fois dit la souffrance et avoue l'apostasie. La plupart des témoignages concordent : endosser les habits de Maure, dire les mots du reniement, faire les cérémonies... passe encore. Mais la circoncision est toujours crainte, repoussée. Elle a toujours lieu sous la contrainte dans un rituel marqué par la violence. Ambiguïté d'une marque corporelle qui, si elle révèle le caractère indélébile de la trahison, clame aussi celui, non moins indélébile, de l'humiliation subie, de la douleur endurée. Le corps du renégat est un corps doublement tranché, chair et âme, qui implore le pardon de son juge au nom des souffrances endurées là même où il a pêché.

À ces aveux de la souffrance corporelle exempts d'originalité, se superpose un autre discours autrement plus suggestif qui vient interroger la nature même de l'adhésion, du consentement, de la conversion et au-delà la nature même de l'appartenance. Ainsi, dans une tentative d'atténuation de leur faute, certains imputèrent aux effets de l'alcool un reniement dont ils estimaient qu'il n'en était pas vraiment un. Si le ressort de l'anecdote est, certes, fragile, la question qu'elle soulève est fondamentale : y a-t-il apostasie alors qu'elle n'est pas inscrite dans la mémoire de l'accusé ? Est-elle effective si le corps seul est présent à la cérémonie de conversion, alors même que cette dernière se doit d'être adhésion volontaire du cœur ? L'argument est plus intéressant encore lorsqu'il se fonde sur une absence de l'âme à l'événement, non pas accidentelle cette fois mais comme résultat d'une véritable discipline du captif, l'âme en quelque sorte réintégrant volontairement ses foyers pour, repliée au plus profond de soi, y demeurer chrétienne. « *No fue de corazon sino de boca* » (ce ne fut pas du fond du cœur mais seulement de bouche) est l'argument ultime que la très grande majorité de ces renégats utilisèrent. La bouche peut bien mentir et le corps parler une langue inacceptable, l'âme conserve bien à l'abri deux vérités fondamentales : l'appartenance à la foi chrétienne est inaliénable et la vérité de cette dernière est incontestable. C'est ce qu'affirme Juan Ruiz, qui s'avoue renégat malgré lui, lorsqu'il déclare ne s'être jamais rendu dans une mosquée « parce qu'il ne savait rien ni ne comprenait mot à la secte des Maures » et cela d'autant plus facilement qu'« on ne l'y avait pas non plus obligé [à faire autre chose] parce qu'il était chrétien de cœur », insinuant de la sorte que les musulmans eux-mêmes

---

43 À l'image de ce qu'en rapporte Francisco Delgado Valiente, « [...] alors que je me trouvais à Oran, au service de Sa Majesté, dans l'expédition menée par le Comte d'Alcaudete, je fus capturé et emmené à Alger où je demeurai captif pendant 10 ans. Je réussis à m'enfuir à deux reprises et une fois lorsqu'ils me reprirent ils me coupèrent le nez et les oreilles, et pendant ma captivité j'ai subi d'intolérables tourments et châtements. », *Archivo General de Simancas, Casa y sitios reales*, leg. 141, fol. 156-157.

étaient contraints de s'incliner devant la force de cette restriction mentale. Ici le corps n'est rien d'autre que le lieu de la ruse : un simple en-dehors qui ne traduit rien de l'en-dedans<sup>44</sup>.

Cet argument qui n'est, bien sûr, pas encore celui du for intérieur, était si répandu que Diego de Haedo, le dénonçait comme pure illusion « [...] Et presque tous se leurrent en pensant qu'il leur suffit d'avoir un cœur bon et d'être chrétien à l'intérieur. Voilà pourquoi ils ont tous à la bouche la même phrase : l'habit et la chapelle ne font pas le moine »<sup>45</sup>. Le père Jerónimo Gracián de la Madre de Dios ne disait pas autre chose lorsqu'il se désolait, recourant implicitement à cette idée fondamentale d'unité à l'origine de nos représentations, unité de causalité, unité du créateur, unité de l'univers et de la créature privilégiée - l'homme, de voir combien, en terres musulmanes, les chrétiens devenaient oublieux de leurs obligations tout en cherchant à justifier leurs manquements<sup>46</sup> :

« Parce qu'en terres catholiques la doctrine est bonne et on ne tolère pas la mauvaise. Mais parmi les captifs, j'ai trouvé introduite une doctrine si perverse que j'eus bien du mal à quelque peu l'extirper. Ils clament, en effet, que le renégat qui conserve le Christ dans son cœur peut se sauver même si à l'extérieur il est circoncis et qu'il vit et s'habille à la façon de la secte de Mahomet, et d'autres erreurs du même acabit que l'ignorance et l'obstination dans le vice mais aussi quelques méchants ecclésiastiques qui vivent là-bas dans le plus grand scandale, leur ont enseignées ».

Cette restriction mentale constituait pour beaucoup la véritable épine dorsale de leur dispositif de défense : l'âme a beau être forte, le corps est fragile et l'ennemi barbare. Quelle solution à cela ? Un corps mécanique, un corps mimétique. Vincencio Borbón avait appris quelques rites ; il avait fait la *cala* et le *guadoc*. Pourtant, il pensait qu'il ne s'agissait là que de gestes dénués de toute signification. Alicola qui, qualifié de grand corsaire, se trouvait en fort mauvaise posture face aux juges du Saint-Office, pensait bien s'en sortir en avouant que s'il avait fait à Alger quelques cérémonies extérieures... comme manger de la viande le vendredi, « il ne l'avait pas fait avec intention »<sup>47</sup>. Il était, certes, allé trois ou quatre fois à la mosquée mais, selon lui, sans y rien comprendre car « ils parlent *arabigo* » : les mots avaient ainsi glissé sans le pénétrer sur un corps en quelque sorte imperméabilisé par l'ignorance mais qui, pour donner le change, s'était contenté de refaire les gestes que faisaient les musulmans. Au fond de son

44 AHN, Inq., L° 862, fol. 363v-364v, 1641.

45 DE HAEDO Fray Diego, *Topografía e Historia General del Reyno de Argel*, Sociedad de Bibliófilos Españoles, Madrid, 1927.

46 GRACIÁN DE LA MADRE DE DIOS Fray Jerónimo, *Tratado de la redempcion de cautivos en que se cuentan las grandes miserias que padecen los cristianos que estan es poder de infieles y de quan santa obra sea la de su rescate, y de algunos medios y apuntamientos para ello*, Madrid, 1603.

47 AHN, Inq. L° 783, fol. 17v, 1594.

cœur, il n'avait pas manqué, affirmait-il, de réciter le *Notre Père*, l'*Ave Maria* et d'autres prières encore. Nous passerons sur le fait qu'il avait vécu plus de 10 ans à Alger. Pascual Serra, de la même façon, confessa bien volontiers qu'il disait *Bizmela* parce que son maître le lui faisait dire mais, comme d'autres, dans son cœur... Nicolas Salari<sup>48</sup> s'était, lui aussi, rendu trois ou quatre fois à la mosquée « car après qu'on les a circoncis ils ne peuvent pas ne pas faire certaines cérémonies comme eux »... mais il prenait bien soin de baisser la tête, s'absentant à son corps pour remettre son âme entre les mains de Dieu. Un autre, encore, décrit minutieusement et longuement ce corps qui agit en imitation des autres dans une accumulation de gestes mécaniques pour conclure qu'il avait toujours gardé dans son cœur la loi de Jésus-Christ. Stratégie de défense ? À n'en pas douter. Plus encore, d'auto-défense. Comment, en effet, se pardonner à soi-même d'avoir aimé plus son corps que son âme alors même que d'autres plus solides, plus rares aussi, voyaient dans leur corps torturé, un don, un insignifiant témoignage d'une fidélité intérieure à la seule vraie Loi ? Non seulement les anciens renégats en avaient côtoyé, mais les récits de toutes sortes déployaient avec force détails la résistance des martyrs les plus fermes. Fermeté dont témoigne l'éclat de rire de fray Juan de Aguirre, franciscain : « Ce bon religieux rit et lui répondit en homme qui connaît la langue arabe : c'est toi le mesquin qui as la vie du corps en grande estime. Je n'estime quant à moi que celle de l'âme qui est éternelle »<sup>49</sup>.

Le corps dans ces aveux faits à l'Inquisition devenait, ainsi, un lieu hautement paradoxal : corps souffrant servant à justifier l'injustifiable – le reniement – dont les cicatrices écrivaient l'histoire d'une captivité insupportable – tous avaient eu mal, tous avaient eu faim, tous avaient eu peur. Mais aussi un corps purement mimétique ne disant rien d'autre qu'une mécanique répétitive à laquelle l'âme s'absentait.

Alors même que l'Espagne construisait sa modernité sur une fiction où le « disciplinement » des corps devait mener l'extime à révéler l'intime et s'il ne le faisait spontanément, servir, à terme, à façonner l'intime, s'élaborait dans le face à face entre renégats anciennement captifs et inquisiteurs une autre fiction que soutenait un véritable projet de réintégration. En effet, le Saint-Office sut dans la plupart des cas se contenter de cette dissociation de l'interne et de l'externe. Nous voyons plusieurs raisons à cela. Pour la plupart des chrétiens, l'appartenance à l'islam se réduisait à un pur ensemble de signes la dénotant. N'est-ce pas ce que suggérait Lorenzo Galindez de Carvajal dans son plan destiné à l'assimilation des morisques : « Qu'on leur enlève d'autres signes comme la lune sculptée et les mains (de Fatima) qu'ils portent et les étoiles. Car on connaît

48 AHN, Inq. L° 783, fol. 601-609r, 1573-1578.

49 DE ZÚÑIGA Melchor, *Descripción de la Republica de la Ciudad de Argel*, Biblioteca Nacional de Madrid, ms. 3227, fol 71 v°.



les personnes et les choses aux signes qu'elles portent et elles sont considérées comme étant de ceux qui les portent ». Dans la même veine, l'Archevêque de Tolède fray Hernando de Talavera leur faisait savoir que :

« (Pour que) les chrétiens de souche [...] ne pensent pas que vous gardez la secte de Mahomet dans le cœur, il faut que vous vous conformiez en tout aux chrétiens dans la manière de vous vêtir, de vous chausser, dans le manger, dans les plats préparés à la façon dont ils les préparent, dans votre façon de marcher, de parler, oubliant autant que faire se peut la langue arabe et en la faisant oublier et qu'on ne la parle jamais dans vos maisons »<sup>50</sup>.

Parallèlement, cela s'entend, l'appartenance à la Chrétienté allait au-delà des pratiques rituelles par lesquelles elle s'exprime, elle se voulait appartenance totale, globale, marquant littéralement l'individu de façon indélébile, une façon d'être, de se conduire et curieusement, si l'on tient compte de ce qui vient d'être dit, aussi de paraître. Cela aide à mieux entendre cette surprenante « tolérance » du Saint-Office à l'égard de ces renégats : qu'exigeait-on d'eux pour réintégrer le corps de l'Église et de la société civile ? Presque rien. Qu'ils le veuillent, qu'ils confirment leur sincérité, qu'ils disent la contrainte subie, qu'ils reviennent aux us et coutumes chrétiens.

La mise en scène de la souffrance dit, bien entendu, au-delà de la souffrance elle-même : « C'est tout l'ordre du monde qu'elle interroge : elle est glorieuse lorsque l'univers qui l'inflige représente le mal, glorieuse tant que le souffrant a une grandeur d'âme suffisante pour ne pas y céder : la souffrance proclame le prix de ce pourquoi on se laisse torturer »<sup>51</sup>. Souffrir et mourir pour une cause ne disent, cependant, rien de la vérité supposée sous-tendre cette cause. Ainsi, les souffrances subies par les musulmans captifs des chrétiens, par les morisques qui refusaient d'abandonner leur foi première, par les judéo-convers morts sur le bûcher, n'étaient pour ces mêmes inquisiteurs que témoignages d'obstination. Et ce n'était pas mauvaise foi de leur part que d'en souligner la vanité mais bien une volonté de ne pas confondre le signe avec la valeur : mourir pour sa foi décidément ne suffisait pas ! Dans cette perspective, ne pas choisir la mort pour les renégats – outre que l'Église n'a jamais prôné le martyr pour le commun des fidèles – n'était pas signe d'abandon réel de la foi – celle-ci ne se

50 Biblioteca Nacional de Madrid, Ms, 1.752, fols 173v-184v. Voir REDONDO Augustin, « El primer plan sistemático de asimilación de los moriscos granadinos: el del doctor Carvajal (1526) », in CARDAILLAC Louis (dir.), *Les Morisques et leur temps*, Paris, CNRS, 1983, GIL SANJUAN Joaquín, « El parecer de Galíndez de Carvajal sobre los moriscos andaluces (año 1526) », *Baetica. Estudios de Arte, Geografía e Historia*, 11, 1988, p. 385-401 et RUIZ Povedano José María, « El doctor Lorenzo Galíndez de Carvajal, hombre de negocios en el Reino de Granada », *Baetica. Estudios de Arte, Geografía e Historia*, 1980, 3, p. 167-184.

51 *Corpus dolens. Les représentations du corps souffrant du Moyen-Âge au XVIII<sup>e</sup> siècle*. Études réunies par BOROT Luc et FRAGONARD Marie-Madeleine, Montpellier, publications de l'Université Paul Valéry Montpellier III, 2002.

laisse pas abandonner aussi facilement – mais pouvait être entendu comme un simple déficit de noblesse d'âme. Ajouté à cela, il est évident que la répression à outrance eût été sans doute plus coûteuse en âmes, en bras mais aussi et surtout en deniers sonnants et rébuchants<sup>52</sup>. Récupérer et réintégrer ces brebis égarées étaient, en conséquence, une option raisonnable. Encore fallait-il qu'elles y mettent du leur.

Ainsi, dans ces circonstances, le discours servi aux tribunaux du Saint-Office, à quelques remarquables exceptions près, fut, dans une certaine mesure, une parole de connivence : le renégat en mal de réconciliation offrait à son juge une fiction attendue dont le seul support était son corps. Le retour vers la Chrétienté des captifs n'ayant pas renié leur foi requérait des témoignages de fidélité à leur foi initiale. S'en chargeaient les hommes d'Église présents en Barbarie ou d'autres chrétiens témoins de vie : le renégat quant à lui n'avait d'autres recours que de désarrimer son âme, où s'inscrivait, disait-il, de façon inaltérable sa vraie foi, celle de ses pères, d'un corps mû par une simple et grossière mécanique. L'argument se montra le plus souvent efficace : les tribunaux de l'Inquisition, le plus souvent, reçurent « amorosamente », comme ils étaient sommés de le faire par la *Suprema*, ces enfants prodiges, circoncis ou non. Ce faisant, ils assumaient pleinement leur rôle : la digestion pleine « d'amour » de ces renégats reconstituait pleinement un corps plus vaste. Le Saint-Office était bien l'instrument de cohésion coûte que coûte qu'il était voué à être. L'enjeu de cette réconciliation des renégats, un par un, n'était autre que la garantie d'un ordre collectif, dans une définition collective de l'inaliénable condition du Chrétien. L'ordre du monde renaissait d'un chaos : intime et extime finissaient par renouer.

Ici comme là, la question du corps dans la diversité des formes qu'elle prend, ne peut que franchir le seuil de l'expérience individuelle, celle du corps physique, pour aller signifier – par la répétition, l'accumulation, le stéréotype – un autre corps. Il ne s'agit plus en l'espèce du corps des captifs ou des renégats mais bien de celui *du* captif, il n'est plus l'écrin de l'âme mais le lieu singulier du conflit entre islam et chrétienté, non plus seulement celui du chrétien mais celui de la chrétienté même dans son inaltérable unité. Ainsi chacun de ces hommes saisi à la frontière entre deux mondes, ouvrait-il inlassablement l'épineuse question de l'identité et de l'appartenance. En quoi était-on chrétien, juif ou musulman ou ne l'était-on pas ? Corps ou âme ? Corps et âme ? C'est au centre de cette oscillation et selon des modalités somme toute bien différentes que se trouve la question de la circoncision au temps de l'Inquisition.

---

52 GONZALEZ-RAYMOND Anita, *La Croix et Croissant...*, *op. cit.*

## Une perspective anthropologique sur les alliances, obligations et observances religieuses

LIONEL OBADIA

En guise d'introduction, voici une courte citation empruntée à Le Cœur dans son ethnographie des Teda du Tibesti, qui vivent au Tchad. Selon ce qu'en a vu Le Cœur au début du xx<sup>e</sup> siècle, chez cette population pratiquant le nomadisme et le pastoralisme « [...] personne ne s'étonne que les Européens ne soient pas musulmans [...] mais on trouve déplaisant qu'ils soient incircis »<sup>1</sup>. Si la circoncision a fait beaucoup parler d'elle ces dernières années et qu'elle convoque des valeurs et des normes qui sont celles des sociétés européennes, qu'elle s'est concentrée sur des débats à la fois sociétaux et inévitablement dans les milieux académiques, c'est en général du point de vue de l'Occident moderne (et même de l'Europe de l'Ouest et de l'Amérique du Nord moderne) et sécularisé que la question de la circoncision se pose, en particulier à propos d'une religion : le judaïsme. Parce que la tendance à l'enfermer dans ce double cadre est très prégnante, et qu'on parle d'ailleurs de circoncision ou de son opposé, la non circoncision, il est possible et même nécessaire d'opérer un décrochage géographique, culturel et historique, pour la considérer « vue d'ailleurs »... et l'ouvrir à une perspective anthropologique. Cette mise en perspective transhistorique et transculturelle (la double démarche de l'anthropologie,

---

1 LE CŒUR Charles, « Le Tibesti et les Teda : une circoncision », *Journal de la Société des Africanistes*, tome 5, 1935, p. 41.

donc) revient à ne pas occulter que le judaïsme contemporain d'Europe – et non pas, cela a été dit préalablement le judaïsme *en soi* – a servi de point de départ d'une polémique récente. En tant qu'il nourrit les débats sur la circoncision en général, le judaïsme balise et sert donc d'étalon à la comparaison : mais c'est précisément parce qu'il est un modèle de référence qu'il convient d'en dépasser l'horizon culturel et religieux, et de considérer tout ce qui se constitue autour de la circoncision, notamment ses différents arrière-plans historique, culturel, politique et religieux.

### I. DU PRÉSENT AU PASSÉ...

#### ACTUALITÉS DE LA CIRCONCISION RELIGIEUSE

Qu'on l'appelle « rituelle » ou « religieuse », la circoncision sans but médical premier est d'une remarquable permanence et expansion : elle reste un rite d'initiation largement répandu dans la géographie des aires sémitiques (celles du judaïsme, de l'islam ou de certaines traditions du christianisme oriental, copte en particulier) ou animistes (en Afrique subsaharienne) et est pratiquée de manière plus dispersée ailleurs. Elle soulève dans d'autres régions du monde, en particulier en Amérique du Nord et en Europe, des « problèmes » moraux, médicaux et sociaux qui ne sont pas inconnus de ces régions « traditionnelles » de la circoncision, mais qui ne s'y sont pas posés avec la même acuité. La possibilité évoquée d'une interdiction en Allemagne (2012), qui s'est assez rapidement soldée par un *statu quo* sur la question, a, en fait, été le point de départ d'une remise au cœur des débats publics de la question de la tolérance face aux traditions de transformation corporelle étrangères aux cultures dominantes des sociétés européenne et américaine. C'est aux motifs (juridiques) désormais connus qu'elle entrave les droits des individus, qu'elle touche à l'intégrité physique des personnes, qu'elle soulève des questions éthiques à l'échelle sociale que la circoncision est devenue un problème législatif, d'ailleurs libellé dans le répertoire de la torture (elle est qualifiée de « mutilation »). À plusieurs reprises, dernièrement, et suivant une ligne rhétorique déjà ancienne (puisqu'elle est biblique) il a été proposé en Europe son remplacement par une « circoncision symbolique ». Sans grand écho jusqu'ici, cette tentative de métaphorisation du rituel semble révéler d'un autre côté un surprenant abaissement de la tolérance des sociétés hypermodernes pour des transformations du corps par ailleurs valorisées dans d'autres domaines. La tentative d'interdiction en Allemagne renvoie en fait à une émulation dans d'autres contextes, car le débat est apparu antérieurement aux États-Unis alors qu'il est concomitant dans d'autres pays d'Europe. Ces débats publics ont relancé ou donné plus de visibilité à l'intérêt

des sciences biologiques ou sociales à son endroit. Colloques et publications se sont multipliés<sup>2</sup>, et deux positions tranchées semblent se dégager : les « pour » (qui adoptent une posture religio-centrée) et les « contre » (dont la posture « médico-centrée » s’y oppose radicalement). Mais la distinction est bien trop simpliste et le débat demande une approche distanciée (et critique), ainsi qu’une restitution du contexte et des processus qui travaillent ce débat. Ce qui, déjà, ne manque pas de se révéler à l’analyse, c’est que s’il y a deux à trois siècles on s’interrogeait sur l’*origine* de la circoncision, s’il y a un siècle on se penchait sur la question de son *sens*, désormais, c’est l’*avenir* de la pratique qui est au cœur des préoccupations...

## II. LE PLUS ANCIEN DES RITES ?

Au plus loin que les données historiques permettent de remonter, ce sont des couteaux de pierre datant du néolithique (un outil mentionné dans l’épisode biblique de Séphora) qui donneraient la « preuve » archéologique de l’ancienneté de la pratique de la circoncision. Ces indices matériels, ajoutés à d’autres plus tardifs (des références textuelles, des fresques), font converger l’analyse dans le sens d’une antiquité de la pratique, ce qui permet à Paul Lafargue de stipuler en 1887 qu’il s’agit là d’« une des plus antiques institutions de l’espèce humaine » mais qui est aussi une « coutume barbare » (et dans son acception *de barbares*)<sup>3</sup>. Les essais de récapitulation historique de la pratique de la circoncision semblent s’accorder sur le fait que la plus ancienne représentation figurative du rituel a été retrouvée en Égypte et date de 2300 avant J.-C. Pour autant, la chronologie est à plus vaste échelle. Les premières incisions « médicales » dateraient de 30 000 avant J.-C., des indices de circoncisions mais aussi de scarifications ont été répertoriés 10 000 ans avant J.-C. En -3300 la circoncision préventive et rituelle est institutionnalisée en Égypte (notamment pour soigner le phimosis et d’autres infections associées à la sexualité religieuse), elle aurait été adoptée dans le judaïsme (mais en changeant de signification et d’usage sociologique) en -1250, puis elle connut la destinée qu’on lui connaît : rejetée par le christianisme, elle s’est maintenue et déployée au sein de l’islam. Dans tous les cas, pour l’anthropologie, la circoncision n’a de sens que rapportée à des ensembles rituels plus larges dans lesquels elle s’inscrit et n’est donc aucunement isolable du reste des prescriptions religieuses. Des sens qui sont complexes et multiples,

2 On pense notamment au récent colloque de l’Université de Lausanne « Circoncision. Actualités d’une pratique immémoriale » des 3 et 4 décembre 2014.

3 LAFARGUE Paul, « La circoncision, sa signification sociale et religieuse », *Bulletins de la Société d’anthropologie de Paris*, III<sup>e</sup> Série, tome 10, 1887, p. 420-436.

et dès l'antiquité égyptienne, les motifs hygiéniques *et* religieux se côtoient<sup>4</sup>, et la circoncision est déjà une réponse *médicale* à une habitude *religieuse* : elle fait office de prophylaxie sacrée pour pallier les épidémies de maladies sexuellement transmissibles lors de festivités orgiaques telles qu'elles caractérisent une partie significative de la ritualité des polythéismes antiques.

### III. AVANT LE JUDAÏSME

Il est donc bien établi que la circoncision existe antérieurement à la tradition juive mais des questions demeurent en suspension de réponses historiques précises : quelle a été la première civilisation ou la première religion à avoir adopté cette coutume et, partant, comment celle-ci fut adoptée par d'autres au fil du temps, pour quelles raisons et avec quels effets ? C'est le plus souvent l'Égypte ancienne (matériau historique à l'appui) qui est identifiée comme la première à avoir installé la circoncision au rang des obligations religieuses pour une partie de la population – les clercs. Le géographe grec Hérodote (*circa* 484-420 avant J.-C.) considère l'Égypte comme le premier foyer de diffusion identifié d'une coutume qui semble bien plus ancienne, foyer à partir duquel se serait faite la transmission à d'autres peuples en relation aux Égyptiens antiques (Éthiopiens, Phéniciens, Hébreux) puis à d'autres groupes (musulmans). Dans l'empire égyptien, la circoncision prévaut surtout dans les classes sacerdotales, elle est obligatoire pour les prêtres polythéistes. Non seulement elle est synonyme de pureté physique et symbolique, mais elle accentue les différences *ethniques* à travers les distinctions sociales et religieuses qu'elle reflète : la circoncision est le signe d'une identité singulière au sein du vaste empire égyptien, coloré de nombreuses cultures et de nombreux cultes, elle est le signe d'une adhésion à un culte impérial. Cette association de la circoncision à un culte élitiste en position hégémonique permet d'expliquer les phases d'abandon et de reprise qu'elle a connues en Égypte antique, au gré des changements politiques et des préférences religieuses des souverains de cet empire plurimillénaire qui a vu alterner des périodes de trouble et de stabilité politique.

Bien plus tard, mais à propos de la même question historique, Voltaire consacre quelques pages de son *Dictionnaire Philosophique* (1764) à la circoncision en s'interrogeant de nouveau sur les raisons de son adoption par les Hébreux, alors que tout se passe comme si la circoncision avait été introduite alors qu'ils étaient sous domination égyptienne. Pour Voltaire, il s'agit là d'un acte de soumission et d'alignement mimétique de la petite nation juive sur le

---

4 LAFARGUE Paul, *op. cit.*

grand empire égyptien. D'autres historiens ont pourtant émis des hypothèses un peu plus contrastées estimant qu'au contraire, dans le cas du judaïsme, la circoncision a eu valeur de *résistance* : elle participe d'un emprunt, certes, mais avec une transformation du sens donné à la pratique comme stratégie de résistance. Si la circoncision est bien une coutume égyptienne, elle s'inscrit dans un arrière-plan culturel qui l'a judaïsée en accentuant certains de ses traits (la pureté religieuse en particulier).

Il apparaît donc évident que la circoncision rituelle ou religieuse se voit dotée d'une valeur sociale augmentée d'une valeur symbolique : la circoncision rituelle – qui, à l'origine, est aussi médicale (puisqu'elle répondait par anticipation au phimosis) – ne procède aucunement, comme une description strictement anatomique le laisserait penser, d'une simple *soustraction* d'une partie du corps mais elle participe d'une *addition* symbolique par l'intégration sociale qu'elle engage et le partage de fécondité avec les dieux qu'elle engendre...

#### IV. DANS LE JUDAÏSME

Le statut de la circoncision dans le judaïsme a été déjà largement discuté par ailleurs, il n'est sans doute pas utile de tout reprendre ici, aussi on s'en tiendra à quelques points très généraux. La circoncision apparaît dans la *Genèse* (17,10-12) et dans la *praxis*, elle occupe une place centrale : « alliance » (*brit*) avec Dieu, elle signe la relation indélébile des individus de sexe masculin à la communauté confessionnelle. Les références de l'Ancien Testament sont sur ce point explicites : « Et vous circoncirez la chair de votre prépuce ; et cela sera le signe de l'alliance perpétuelle avec moi » (*Gn* 17,9-14). Abram est circoncis (l'a-t-il fait lui-même s'interrogent les exégètes ?) ainsi que ses descendants (Isaac, Ismaël) et devient *fécond* (relativement, puisqu'il ne devient père qu'avec certaines de ses épouses). À la suite de l'exil en Égypte, la coutume fut abandonnée lors des années de pérégrinations dans le désert puis reprise à l'arrivée en terre de Canaan, la Terre Promise d'Israël. Selon les références scripturaires, la pratique a connu une phase de réinstitutionnalisation sous l'influence de Josué, successeur de Moïse à la tête du peuple hébreu en exil. Dans les textes du judaïsme pourtant, il existe plusieurs types de circoncision et déjà se profile une distinction entre la forme anatomique (« du prépuce », celle de la *Genèse*) et la forme émotionnelle (« du cœur »). Une autre particularité du judaïsme est d'avoir imposé la circoncision à l'ensemble de la population et pas seulement aux clercs, et d'avoir transformé ce qui était un rite certes important, mais finalement

instrumental en une fête solennelle autour de l'enfant qui compte autant que l'acte de suppression du prépuce lui-même<sup>5</sup>.

Sur le plan anthropologique, la circoncision de ces temps antiques est à relier à un autre rite très répandu dans ces sociétés à base agricole, le *sacrifice* dont il est le pendant symétrique sur un plan structurel (sang, offrande, médiation divine, contractualisation du lien au transcendant)<sup>6</sup>. Ce fut, et c'est encore l'un des principaux commandements et la plus suivie des prescriptions dans le judaïsme : l'acte est à la fois de l'ordre discursif (c'est un énoncé de provenance divine, donc sacré) et un des garants de l'ordre social (puisque la pratique renvoie à la loyauté des membres d'une communauté qui reproduit ainsi son système de positions sociales). La singularité de la circoncision juive, puisqu'il y en a une, par rapport à celle pratiquée en Égypte, réside dans le contraste entre les discontinuités sociales et historiques (variations de la coutume) d'une pratique réservée à un corps sacerdotal ou d'élites (associé à un autre rite, l'émasculatation), dans le cas de l'Égypte, et une relative continuité dans le temps malgré les changements de sens que lui a injectés le judaïsme, qui a aussi contribué à son extension communautaire (en tant que « peuple de prêtres » c'est la *totalité* des hommes qui doivent être circoncis car les règles de pureté sont généralisées à l'ensemble du groupe). En outre, la circoncision dépasse le religieux (la relation au divin) *stricto sensu* pour s'inscrire dans une logique de filiation et de transmission : en tant que marqueur indélébile de l'identité ethnique et religieuse juive, elle marque l'autorité et la pérennité de la tradition sur la fugacité de la vie des individus. Les textes évoquent encore un autre type d'alliance, de type pseudo-matrimonial, qui n'a pas de traduction sur le plan social : Séphora pratique la circoncision sur son fils et énonce « tu es un époux de sang » (*Ex* 4,24-26).

## V. APRÈS LE JUDAÏSME

Après son appropriation par les Hébreux et sa transformation en coutume juive, la circoncision a connu deux prolongements dans les deux monothéismes que l'antique tradition abrahamique a engendrés : l'un, dans la continuité, au sein de l'islam, l'autre, dans la rupture, dans le cadre du christianisme paulinien. Il est bien connu des sciences religieuses que la circoncision a servi de motif de litige dans la rupture chrétienne d'avec le judaïsme : la fameuse « querelle de la circoncision » est au cœur de tensions plus larges entre exégèse rabbinique

5 VALENTIN Claude, « La fabrique de l'enfant », *Revue d'éthique et de théologie morale*, 2008/2, n° 249, p. 71-117.

6 ZAKARIA Rhani, « Les récits abrahamiques dans les traditions judaïque et islamique », *Archives de sciences sociales des religions*, 142, avril-juin 2008, p. 27-46.



et patristique<sup>7</sup>. Les arguments des Pères de l'Église sont nombreux : Justin qui assure que « Si comme vous le pensez, (la circoncision) était nécessaire, Dieu n'aurait pas créé Adam incirconcé ». Dans l'*Épître aux Galates* Paul dit avoir « foi dans l'Évangile de l'acrobestie » et dans l'*Épître aux Corinthiens* il mène une charge contre Jacques : « le prépuce n'est rien, la circoncision n'est rien [...] mais bien l'observance des commandements de Dieu » (2 *Cor.* 7,17-19). En islam au contraire, la pratique de la circoncision (*Khitan*) s'est conservée, et même si elle est absente dans le Coran, sa présence dans la tradition exégétique et la littérature juridique musulmane en font une coutume clef des différents courants de l'islam – et là encore, la littérature étant relativement volumineuse et bien documentée, on ne développera pas ce point plus avant<sup>8</sup>. Il est toutefois intéressant de noter, contre toute réduction monothéocentrée d'une histoire de la circoncision, qu'elle n'est pas uniquement une coutume juive et musulmane rejetée par le christianisme, mais qu'il y a (eu) quantité de populations dans l'histoire et dans différents continents, en Afrique, en Asie, aux Amériques, sous des latitudes opposées (du Mexique à Madagascar) qui l'ont pratiquée et la pratiquent encore et, pour un grand nombre d'entre elles, indépendamment de toute conversion à l'islam/de contact avec une tradition monothéiste<sup>9</sup>.

La mutilation du prépuce, associée à des obligations religieuses, est-elle « irréversible » ? C'est l'un des points de discordance à son propos et l'un des mobiles de la charge des opposants à cette pratique, qui avancent que la pratique est éthiquement discutable parce qu'elle n'est ni volontaire ni réversible, et c'est en cela qu'elle va à l'encontre des droits des enfants. Il se trouve que les textes sacrés et sources historiques semblent aller au contraire dans le sens d'une réversibilité de l'amputation du prépuce. Sur le plan organique, cette proposition ne laisse pas de surprendre. Pourtant, le *Livre des Maccabées* fait mention de prépuces reconstitués par mimétisme avec les « gentils » (*goyim*) dominants et la pression du roi d'Israël Achab « l'impie » (874-853 av. J.-C.) qui a rallié le culte de Baal, fait pression sur le judaïsme et a interdit la circoncision. Les rhétoriques contemporaines développées par les opposants à la circoncision ont pourtant conservé le thème de l'irréversibilité de la transformation du corps, une référence qui sert de base à un argumentaire plus offensif à l'endroit des effets (réels ou supposés) sur la sexualité et sur l'identité<sup>10</sup>. Dulière affirme (en 1967) que l'Antiquité connaît des techniques de « réparation » du prépuce,

7 HRUBY KURT, « Exégèse rabbinique et exégèse patristique », *Revue des Sciences Religieuses*, 47 (2-4), 1973, Exégèse biblique et judaïsme, p. 341-372.

8 Voir la contribution de MOUSSA ABOU RAMADAN, dans ce même volume.

9 Parmi de nombreux exemples, on peut citer LEIRIS MICHEL, « Rites de circoncision namchi », *Journal de la Société des Africanistes*, 4, 1934, p. 63-80.

10 CRAWFORD DOREEN ANNE, « Circumcision: A Consideration of Some of the Controversy », *Journal of Child Health Care*, 6 (4), 2002, p. 259-270.

une anti-circumcision, associée à Esau, encore une figure ambivalente des écrits judéo-chrétiens, qui prend la forme d'un « recollement » d'un prépuce par étirement de la peau des parties génitales (une technique qu'il qualifie de « spouthistère ») et qui a une double finalité : redevenir incircumcis (sous la pression des Grecs qui cherchent l'assimilation des Juifs) mais aussi de rendre possible une *seconde circumcison*, dans le contexte de la conversion des Juifs en Samaritains<sup>11</sup>.

## VI. FONCTIONS ET SIGNIFICATIONS D'UN RITE ANCIEN

Réversible ou pas, la circumcison reste très largement pratiquée dans les sociétés humaines du monde sémitique et au-delà depuis l'aube des civilisations, et cette permanence a bien évidemment suscité de nombreux questionnements et a mobilisé de nombreuses théories. Au XIX<sup>e</sup> siècle, la circumcison était vue par les milieux scientifiques européens (alors en voie de sécularisation rapide) comme une forme dégénérée d'antiques rites sanglants : elle apparaissait comme un substitut du sacrifice humain en animal, un substitut de phallotomie (émasculatation), antique, qui était elle-même substitut du sacrifice<sup>12</sup>. La circumcison de Jésus était assimilable au sacrifice d'Isaac par métonymie entre le sang du phallus et le sang sacrificiel. Elle pouvait aussi être identifiée à l'expression résiduelle d'un antédiluvien culte de fertilité (phallique). Dans tous les cas, elle se range dans les pratiques résiduelles qui trahissent un état de *primitivité* des sociétés qui la pratiquent ou la conservent, le prépuce (mais aussi le phallus) étant vus comme des *offrandes aux Dieux*. En arrière-plan de ces théories se profile un modèle particulier de l'histoire religieuse, qui a connu une certaine postérité : celui qui veut qu'à l'origine, les sociétés se soient organisées autour du sacrifice (tribal)<sup>13</sup> et qu'au fil de leur développement, le sacrifice ait donné lieu à une métaphorisation (civilisée) de toute forme de rites sanglants et violents. Comme beaucoup de cadres théoriques de l'époque, cette version évolutionniste de l'histoire des religions est entachée d'un jugement idéologique porté sur ces « survivances » barbares que sont les sacrifices, et par extension, donc, sur la circumcison.

11 DULIÈRE Walter Louis, « La seconde circumcison pratiquée entre Juifs et Samaritains », *L'antiquité classique*, 36 (2), 1967, p. 553-565.

12 LETOURNEAU Charles, « De l'origine de la circumcison chez les juifs », *Bulletins de la Société d'anthropologie de Paris*, IV<sup>e</sup> Série, tome 4, 1893, p. 208-210.

13 Thèse que l'on retrouve chez l'anthropologue et historien Robertson-Smith et qui a influencé les travaux de Sigmund Freud pour la psychologie et d'Emile Durkheim pour la sociologie.

Au xx<sup>e</sup> siècle, sa signification dans les milieux académiques change, sous influence de l'anthropologie et de la sociologie : elle devient, sous la plume du folkloriste et ethnologue Arnold Van Gennep un rite d'initiation des mâles<sup>14</sup> mais reste cantonnée à une approche généraliste des mutilations corporelles à vocation religieuse. Parce qu'elle procède d'un rite de transformation sociale par transformation anatomique, elle n'est pas systématiquement distinguée de l'excision et de l'infibulation, et certains historiens vont jusqu'à rapprocher le sang s'écoulant du phallus lors de la circoncision du sang menstruel dont il serait une forme métaphorisée, ce qui a entraîné force débats chez les ethnologues<sup>15</sup>... Une telle posture ouvrira à la fin du xx<sup>e</sup> siècle et sous influence des *Gender Studies*, un débat sur le phallocentrisme des traditions et de celle-ci en particulier : puisque tout tourne autour du phallus et que l'excision apparaît comme une simple transposition de la circoncision au féminin. Les choses sont bien évidemment plus compliquées que cela.

## VII. ACTUELLEMENT...

La circoncision, en tant que rite à connotation religieuse, peut être décomposée en trois éléments : (1) l'acte (2) le contexte et (3) les effets, qui, réunis, forment un système complet. L'acte consiste en un marquage du corps, et donc une inscription du culturel dans le biologique, à travers le sang versé qui est le médium hautement symbolique dans la relation au divin. Le contexte est celui du rituel, de type initiatique ou de passage (depuis Van Gennep) qui marque l'appartenance au groupe, inscrit dans un temps festif qui suscite une effusion psychoaffective de nature à renforcer les liens intracommunautaires – comme c'est d'ailleurs le cas pour tous les rites sociaux, affirme Durkheim<sup>16</sup>. Les effets de ce rite particulier qu'est la circoncision résident dans la transition de statuts sociaux (de la neutralité de l'enfance à la virilité de la puberté), qui autorise l'accès à la sexualité. La circoncision a donc une fonction d'*intégration sociale* en même temps qu'une fonction de *distinction symbolique*. Si elle facilite l'inclusion d'un membre dans un groupe, elle contribue en même temps à la séparation du féminin (le prépuce) et du masculin (la verge) et par extension, de la Mère ou du Père (symbolisée par le prépuce) et de l'enfant (qui serait figuré par

14 VAN GENNEP Arnold, *Rites de Passage*, Paris, Émile Nourry, 1909.

15 SINDZINGRE Nicole, « Un Excès par défaut : excision et représentations de la féminité », *L'Homme*, 19 (3-4), 1979, Les catégories de sexe en anthropologie sociale, p. 171-187.

16 DURKHEIM Émile, *Les formes élémentaires de la vie religieuse*, Paris, Presses Universitaires de France, 1912.

la verge)<sup>17</sup>. On peut aussi ajouter que ces fonctions symboliques sont doubles : elles sont non-transitives d'un côté (l'accès à la pureté) mais transitives d'un autre (puisque la circoncision est clef de la médiation et de l'alliance divine). Il est en revanche une fonction sociale comme marqueur d'identité et marqueur de différence entre les hommes et les femmes, entre les hommes circoncis et incirconcis et, partant, il permet de renforcer les distinctions religieuses et ethniques (la distinction des Juifs d'avec les Égyptiens, puis des Juifs d'avec les Cananéens, puis d'avec les Grecs et les Romains, et enfin les chrétiens).

### VIII. APPROCHES PHILO-PSYCHO ET SOCIO-ANTHROPOLOGIQUES

Mais les sciences religieuses et l'histoire ne sont pas les seules disciplines à s'être intéressées à la circoncision. Les psychologues reconnaissent curieusement qu'elle a été très peu étudiée dans le domaine des sciences de l'Esprit et en particulier dans la psychanalyse<sup>18</sup>, alors qu'elle en est au contraire un thème récurrent (avec les travaux Sigmund Freud, Geza Roheim, Bruno Bettelheim) : ce qui intéresse la psychologie c'est ce qui, dans la circoncision, touche à ce qui en fait précisément le cœur : la sexualité, mais bien plus que les aspects « mécaniques » qui font aujourd'hui le lit de la critique anti-circoncision<sup>19</sup> et, dans les écoles freudienne et post-freudienne, à la structure même de l'identité : réduction de l'angoisse existentielle, sublimation de la violence, métaphore de la renaissance, domestication du sacrifice...<sup>20</sup>. Sigmund Freud la définit comme un « fossile directeur »<sup>21</sup> qui renvoie à une castration symbolique et à la soumission à la loi du père (dans ce sens, elle participe de la résolution du conflit œdipien). Mais c'est sous la plume de Freud que va s'installer durablement dans l'esprit des plus critiques l'association entre *circoncision* et *castration*, un parallèle qui sera prolongé chez Bettelheim, pour qui il y a un parallèle à établir entre les *blesures symboliques* des adolescents (à tendance schizophrène) et les blessures rituelles des sociétés ethnologiques<sup>22</sup>. Jacques Derrida évoque quant à lui

17 SCIALOM Philippe, « La circoncision : fonctions psychiques d'un "fossile" corporel », *Enfances & Psy*, 3 (32), 2006, p. 105-114.

18 PACAUD Pierre, « L'ombilic et le prépuce. Naissance, mort, castration, dans les circoncisions malgaches », *Champ psy*, 4 (36), 2004, p. 39-55.

19 Voir HARRISON Daniel M., "Rethinking Circumcision and Sexuality in the United States", *Sexualities*, 5 (3), 2002, p. 300-316.

20 BONOMI Carlo, « Castration, circoncision et origines de la psychanalyse », *Le Coq-héron*, 4 (203), 2010, p. 16-44.

21 FREUD Sigmund, *L'homme Moïse et le monothéisme*, Paris, Gallimard, 1939.

22 BETTELHEIM Bruno, *Les blessures symboliques*, Paris, Gallimard, 1971. Les ethnologues ne sont souvent pas convaincus par sa théorie, cf. la critique de MOLET Louis, « Conception,

une « Circonfession » qui porte trace de la coupure (physique) à la naissance, et soulève la complexe et double question du corps « propre » (dans les deux sens du terme, en tant qu'hygiène et en tant que propriété) mais dépourvu de mémoire. Manque originaire ou défaut comblé par les tours et détours de l'autobiographie, la circoncision oblige l'esprit à produire un surplus de sens et de signe pour constituer de l'identité : la circoncision est ce qui fait tension entre incomplétude ontologique et la fusion du Je et du Soi<sup>23</sup>.

Si, à tout le moins, il y a dans la psychologie une tendance à se concentrer sur les aspects de *pathos* qui entourent la pratique de la circoncision, en insistant sur les troubles, l'anthropologie et la sociologie tendent au contraire à insister sur les aspects d'*ethos* et le rôle socialement structurant/culturellement signifiant de la circoncision : c'est notamment le cas chez Raphaël Draï pour qui, loin de figurer un marquage aliénant du corps, la circoncision (religieuse dans le judaïsme) participe au contraire de sa libération, de l'avènement du culturel sur le biologique, dans une économie subtile du corps qui est contrebalancée par des interdits pesant sur d'autres transformations<sup>24</sup>.

C'est en outre une coutume très répandue depuis l'aube de l'humanité et encore actuellement : si elle participe des « mutilations ethniques », elle doit être ramenée à son contexte et comparée à d'autres modifications du corps anatomique qui sont « universelles, plurielles et volontaires »<sup>25</sup> au même titre que le tatouage, la scarification, les amputations de membres, les mutilations dentaires, trépanations, perforations labiales, extension du cou (en Birmanie), écrasement des pieds (en Chine), aplatissement de l'urètre (en Inde), subincision, excision, clitoridectomie, émasculat... bien évidemment *sans équivalence entre ces pratiques*. Arnold Van Gennep, encore une fois et, après lui des générations d'ethnologues qui ont théorisé cette initiation particulière ont insisté sur le rôle de la circoncision dans la coupure du lien de l'individu mâle du clan maternel, l'attribution d'un statut social et d'un héritage culturel et donc sur le fait que la circoncision *faisait* tradition plus qu'elle ne *l'était* simplement. Par-delà l'observance de l'impératif normatif de l'ablation du prépuce, se constituent des effets de continuité mémorielle et d'intégration des membres masculins à la société. Pour l'anthropologue britannique Maurice Bloch qui l'a étudiée dans les populations Merina de Madagascar, la circoncision est par exemple un processus rituel qui contient et laisse s'exprimer la violence du religieux sur l'humain parce qu'il s'agit là de la condition du contact avec le sacré

---

naissance et circoncision à Madagascar », *L'Homme*, 16 (1), 1976, p. 33-64.

23 BENNINGTON Geoffrey, *Jacques Derrida* (avec Jacques Derrida, Circonfession), Paris, Le Seuil, 1991.

24 DRAÏ Raphaël, *Abraham ou la recreation du monde*, Paris, Fayard, 2007.

25 CHIPPAUX Claude, « Sociétés et mutilations ethniques », *Bulletins et Mémoires de la Société d'anthropologie de Paris*, XIII<sup>e</sup> Série, 9 (4), 1982, p. 257-265.

et de la soumission au divin (lorsque l'Homme/homme est *dominé*) mais qui assure en retour un gain de vitalité ce qui signifie pour l'Homme/homme une appropriation du biologique en mode *dominant* (ce qui se traduit par l'accès à la sexualité)<sup>26</sup>.

## IX. PERMANENCES ET MUTATIONS

En étendant l'examen de littérature disponible au-delà de ces quelques références clés dans les sciences religieuses et les sciences sociales, il apparaît de manière très claire que si les sens et fonctions de la circoncision, déjà multiples en soi, sont très anciens, cette dernière a fait l'objet d'actualisations multiples et se trouve ainsi tiraillée entre des répertoires religieux (qui demeurent) et des registres profanes (esthétiques, hygiéniques, prophylactiques) qui ont peut-être coexisté dès l'origine de la pratique, et donc constitué la circoncision comme un acte qui fut d'emblée (bien avant sa modernisation ou sa « sécularisation ») religieux *et* médical<sup>27</sup> : sur cette base, l'opposition entre une circoncision *traditionnelle* et des droits ou des valeurs *modernes* auxquels elle se confronte est-elle encore pertinente, et par extension, peut-on encore déterminer une circoncision *rituelle* et une qui ne *l'est pas* ? Tilles, un urologue propose tout simplement de distinguer trois sortes de circoncision : la circoncision *médicale*, la circoncision *rituelle à finalité spirituelle* et la circoncision *rituelle profane*<sup>28</sup>. Pourtant, les types de circoncision et les répertoires de sens et d'action ne sont pas si tranchés : la circoncision profane aux États-Unis, qui avait d'abord vocation à être « punitive » ou préventive (contre la masturbation) est devenue « routinière » (hygiénique) jusqu'au milieu du xx<sup>e</sup> siècle et semble participer d'un déplacement du sens rituel du religieux vers le profane, donc du mouvement plus vaste qui caractérise les sociétés occidentales, *i.e.* la sécularisation.

À la fin du xx<sup>e</sup> siècle, le débat autour de la circoncision voit la convocation massive d'évaluations scientifiques (biologiques et médicales) sur les effets de la circoncision sur la sexualité et les maladies sexuellement transmissibles (en particulier le VIH), avec des études aux résultats contradictoires, batailles de chiffres et conflits de vue sur les mesures qualitatives qui finalement, ont l'effet

26 BLOCH Maurice, *From Blessing to Violence. History and Ideology in the Circumcision Ritual of the Merina of Madagascar*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986.

27 Voir sur ce point le volume *La circoncision aujourd'hui*, édité par BURNET Régis et LUCIANI Didier (Paris, éditions Feuilles, 2014) et en particulier l'introduction de Didier LUCIANI « La circoncision en débat », p. 9-14.

28 TILLES Gérard, « Histoire et géographie des circoncisions rituelles », *Progrès en Urologie*, 9, 1999, p. 1148-1157.

inverse de celui escompté puisque l'argument de la scientificité ne va en définitive ni dans un sens (celui des « pro ») ni dans l'autre (celui des « anti »). Ce qui est toutefois marquant, c'est la virulence avec laquelle l'offensive des « anti » circoncision remet au goût du jour, et dans des nations plutôt pacifiques (Amérique du Nord, Europe) le péril du différencialisme et le potentiel de tensions interethniques dans le sens où la circoncision constituerait un *stigmat* et renforcerait les *fiertés* et barrières communautaires. L'anthropologie, perspective retenue ici pour l'analyse transhistorique et transculturelle de ce phénomène si discuté actuellement, n'a nullement vocation d'assumer le rôle de caution culturaliste qui donnerait à cette coutume signifiante et ancestrale un fondement relativiste, mais plonge de plein pied dans l'analyse des enjeux modernes autour de cette pratique toujours discutée, mais jamais pleinement abandonnée par les sociétés humaines<sup>29</sup>.

Il s'agit d'abord de s'interroger sur le plan de ce que son étonnante permanence signifie, et même d'un hypothétique renouveau que croyait voir Odon Vallet lorsqu'il affirmait contre toute attente que la circoncision était « l'un des plus importants signes du retour du religieux » au début des années 1990<sup>30</sup> ? Ce qui est plus évident, c'est un certain maintien de la pratique dans les pays du Sud (encouragée par des campagnes de l'Organisation mondiale de la santé) alors que les pays du Nord s'efforcent d'en réduire l'extension sociale : et sans plus alimenter cette question, il y a bien là un déséquilibre géopolitique entre les différentes sociétés qui ont adopté et celles qui rejettent la circoncision, l'Occident devenant le principal site de contestation de son bien-fondé, mais aussi de réinterprétation de son utilité<sup>31</sup>. Mais ce nouveau « provincialisme » d'un Occident dont l'impérialisme a déjà été contesté, le débat autour de la circoncision rituelle et requalification au prisme des nouvelles normes culturelles et juridiques du corps et de la personne semblent dépendantes de visions du monde historicisées... et culturelles ! L'argument culturaliste, auparavant appliqué à la lecture de la circoncision hors Occident, se retourne finalement contre l'Occident.

Dans un répertoire plus agressif, ce sont des accusations en traumatisme psychophysique contre une circoncision accusée en outre d'être un instrument de domination (du masculin, du religieux, des adultes... sur les corps des enfants) qui sont proférées dans plusieurs lieux du monde. En France « si elle n'avait pas l'impact traumatique que démentent ses promoteurs, l'opération aurait depuis longtemps disparu » affirme Marc-André Cotton dans un pamphlet publié sur

29 SILVERMAN Eric K., "Anthropology and Circumcision", *Annual Review in Anthropology*, 33, 2004, p. 419-445.

30 VALLET Odon, « Signe du religieux, conflits de société et connivences étatiques », *Cultures & Conflits*, n° 3, 1991, p. 159-170.

31 Cf. *La circoncision aujourd'hui*, op. cit.

Internet<sup>32</sup> qui retourne étrangement l'argumentation dans le sens inverse des preuves historiques qui démontrent au contraire l'étonnante continuité de la pratique en dépit de toutes les disqualifications dont elle a fait l'objet au fil des millénaires. Les siècles de la modernité seraient-ils porteurs d'idéologies si puissantes qu'elles réussiraient là où plusieurs puissantes civilisations antiques et sociétés historiques auraient échoué à arracher l'humanité à cette coutume « barbare » ? La cécité historique et anthropologique et la conviction d'être dans le vrai (et de le dire « pour le bien ») caractérisent ces analyses hâtives et les slogans à l'emporte-pièce qu'elles charrient avec elles. En toile de fond, la question des droits (de l'enfant et des droits culturels), qui ont conjointement nourri ces réflexions et qui consolident deux attitudes très actuelles à l'endroit de la circoncision : la volonté d'interdiction pure et dure, dont le cas allemand a montré qu'elle était problématique, ou de contrôle par les autorités politiques et sanitaires. En marge, le médiateur du cas allemand, mû par un sentiment de relative tolérance, avait suggéré (de nouveau) la substitution de la circoncision anatomique par une « circoncision symbolique » répétant ainsi le geste de Justin et sa circoncision « du cœur » plutôt que « de la chair » quelques siècles plus tard, étonnamment suivi dans cette voie par quelques voix (un peu isolées) du judaïsme (américain et européen) qui estiment qu'une circoncision symbolique (*brit shalom*) serait un *aggiornamento* acceptable de la loi juive (*Halacha*) à propos de la circoncision traditionnelle (*brit milah*)<sup>33</sup>.

## X. CIRCONCISION : L'AVENIR D'UN PASSÉ ?

« Parmi les multiples infidélités et abandons divers, il semble que la [*brit*] *Milah* soit restée l'une des institutions les plus vivaces du judaïsme, la pierre de touche de l'appartenance à Israël, car des préoccupations hygiéniques seules ne suffiraient pas à expliquer son maintien en dépit des persécutions » estimait Ernest Gugenheim, au début des années 1960<sup>34</sup>. Les choses ont changé et changent encore et pas seulement dans le judaïsme ou à propos du judaïsme, même si la circoncision y est toujours plus médicalisée<sup>35</sup>.

32 COTTON Marc-André, « Traumatisme de la circoncision », [www.regardconscient.net/archi04/0405circoncision.pdf](http://www.regardconscient.net/archi04/0405circoncision.pdf) (page consultée le 16 janvier 2015).

33 Cf. SEGAL Jérôme, « Être juif et s'opposer à la circoncision », *Libération*, édition du 14 septembre 2014.

34 GUGENHEIM Ernest, *Le judaïsme dans la vie quotidienne*, Paris, Albin Michel, 1992 (1961), p. 183.

35 HIDIROGLOU Patricia, *Les rites de naissance dans le judaïsme*, Paris, Les Belles Lettres, 1997.



Depuis quelques années, un nouveau mouvement anti-circoncision (puisqu'il faut bien reconnaître la continuité historique de l'hostilité contre la circoncision) qui se qualifie de mouvement « intégraliste » a pris essor aux États-Unis et commence à s'exporter sous la forme d'une nébuleuse d'associations (NOCIRC, CIRCINFO, DOC ou *Doctors Opposed to Circumcision*, *BUFF Brothers United for Future Foreskin...*) et mène une offensive dans les médias sociaux, Internet, la presse et montre un activisme idéologique assez radical, stipulant que la circoncision n'entraînait que des déperditions (de plaisir sexuel, de confort ordinaire, d'intégration sociale...) contestant toute information scientifique contredisant leurs vues... Cette contestation du poids de la tradition dans les usages du corps mobilise un répertoire bien connu, celui du primitivisme, qui dénonce cette pratique « barbare » et, en toile de fond, la perpétuation d'un ordre ancien. Tout le corps médical moderne aux États-Unis et en Europe n'est toutefois pas convaincu par les arguments extrêmes du mouvement intégraliste et certains experts médico-légaux et urologues, après s'être inquiétés des conséquences physiques, émotionnelles, psychologiques et sexuelles de la circoncision estiment audibles que les arguments sociologiques, religieux et culturels justifient sa perpétuation<sup>36</sup> – mais dans un cadre d'expertise et de soin qualifié<sup>37</sup>.

Deux hypothèses peuvent alors être énoncées à ce propos. Selon la première d'entre elles, le mouvement américain refléterait une logique de continuité qui l'inscrit dans une généalogie historique longue, ce serait donc, dans un contexte différent, un peu la même attitude qui se perpétuerait de l'anti-circoncision antique à ses formes modernes. Selon la seconde, l'intégralisme serait un mouvement moderniste, séculier et même, s'il dénonce la circoncision routinière, c'est une attitude d'opposition à la religion qui le caractérise, qui entend mobiliser le corps médical contre des traditions « aberrantes ». Ces intentions ou ambitions sont explicites et l'urologue français, Tilles, rallié à ces vues, affirmait à la fin des années 1990 : « Un jour viendra peut-être où les circoncis se révolteront et attaqueront devant les tribunaux leurs parents, le chirurgien et l'institution où s'est déroulé l'acte. Le consentement éclairé des parents et les raisons religieuses n'ont aucune valeur face à la loi »<sup>38</sup>.

Mais pour troubler un peu plus les choses, une autre perspective semble se dessiner : et si le mouvement anti-circoncision était le signe d'un conflit intra-religieux, avec instrumentalisation d'instances séculières que sont les normes juridiques ? Les cibles sont certaines religions : le judaïsme et (en Europe) l'islam qui sont des monothéismes minoritaires. Dans cette perspective, les

36 WEISS Gerald and Elaine, « Perspective on Controversies Over Neonatal Circumcision », *Clinical Pediatrics*, 33, 12, 1994, p. 726–30.

37 ZOLTIE Nigel, « Cuts, claims and cautionary tales - an overview of circumcision », *AVMA medical and Legal Journal*, 18 (6), 2012, p. 236-240.

38 TILLES Gérard, *op. cit.*, p. 1156.

mouvements anti-circoncision modernes semblent boucler la boucle historique, depuis les Grecs et les premiers chrétiens... Le mouvement actuel est issu des États-Unis, et prend racine dans une droite chrétienne conservatrice<sup>39</sup> et parfois réactionnaire (des liens existeraient avec le mouvement anti-IVG), qui (ré)clame l'intégrité du corps au principe d'une immuabilité religieuse de l'Homme. Son extension hexagonale, « Droit au corps », l'une des rares ramifications actuelles de l'intégralisme en France défend les mêmes idées – et sans alimenter la controverse – et s'est vue soupçonner d'antisémitisme<sup>40</sup> (mais c'est une accusation facile eu égard au contexte...). Le paradoxe, c'est que cet intégralisme se révèle finalement un intégrisme (chrétien) qui s'attaque à un traditionalisme (juif-musulman) et donc finalement c'est la religion qui s'attaque à la religion à travers un débat éminemment séculier dans ses formes. Mais une telle conclusion n'est pas sans soulever un ultime paradoxe, à travers la volonté de criminaliser un acte qui était auparavant une norme : si Jésus était né dans les années 1990-2000 aurait-il attaqué ses géniteurs devant un tribunal ?

## CONCLUSION

À l'achèvement de ce bref panorama historique et théorique, la circoncision représente entre 3000 et 30 000 ans d'histoire culturelle et religieuse, des géographies différenciées, et une histoire ondulatoire avec des temps forts et des temps faibles... et un mouvement de contestation de moins d'un demi-siècle : qui sortira vainqueur ? À prendre les choses rétrospectivement, et sur l'exemple du mouvement anti-circoncision moderne on peut se demander jusqu'à quel point celui-ci a le pouvoir de changer les traditions, qui plus est sur le mode virulent, en voulant expulser la circoncision des mœurs religieuses par la médecine ou par la loi. L'anthropologie, qui a donné une perspective singulière à un phénomène déjà traité par la médecine, le droit, l'histoire, l'exégèse religieuse, la psychologie, n'a pas seulement vocation à réinjecter la relativité des vues culturelles des pratiquants, mais offre aussi à l'analyse une autre relativité des valeurs, celle des modernes, des « anti » car finalement, qui et au nom de quoi se justifie cette charge contre la circoncision ?

Valeurs relatives contre valeurs relatives, ce qui se passe actuellement revêt les atours d'un débat très moderne, mais ses racines ont déjà été éprouvées

39 ROBERT Darby, "The masturbation Taboo and the Rise of Routine Male Circumcision: A review of the Historiography", *Journal of Social History*, 36 (3), 2003, p. 737-757.

40 BEAULIEU Laure, « Circoncision : les antis s'installent discrètement en France », *Rue 89*, <http://rue89.nouvelobs.com/2013/09/26/circoncision-les-antis-sinstallent-discretement-france-245991>.

(traditionalistes contre modernistes) voire antiques : est-ce finalement encore et toujours une même pression contre le même rite, malgré ses variations dans l'histoire ? Les quelques tours et détours de l'histoire culturelle et religieuse ici tracés semblent dessiner quelque chose comme une logique sous-jacente à l'histoire : la circoncision fut et est encore *signe d'ordre* (social et symbolique, dans le judaïsme et l'islam), elle est et fut *rappel à l'ordre* (moral, pour le christianisme) pour devenir *objet de désordre* parce que de motif de *discorde*.

On voit donc bien que l'intérêt du débat social autour de la circoncision réside dans le fait d'en sortir pour mieux y revenir... Dans tous les cas, la circoncision est un acte qui en lui-même n'a de sens que dans son contexte (social/culturel/historique/religieux/politique). Les tensions qui entourent la pratique forment un véritable théâtre politique qui dévoile une instrumentalisation de l'axiologie (des valeurs et des éthiques) et des conflits de normativité qui sont des révélateurs sociologiques de l'importance continue de la circoncision. Finalement, la problématique de la circoncision autorise plusieurs lectures. Au ras des idées et des faits, elle encourt un risque d'aveuglement présentéiste et d'incommensurabilité des registres (religieux, juridique, médical...). Au niveau des processus (de transformations et/ou de perpétuation de la pratique), s'y révèle une nouvelle pression à l'acculturation pour des groupes minoritaires dont les pratiques sont étrangères à la majorité : est-ce alors, répétition de l'histoire sous de nouveaux oripeaux ? Au niveau, enfin, des conditions plus générales, il est un paradoxe qui est des plus étonnants : pourquoi la circoncision pose-t-elle autant de problèmes au sein de sociétés plus tolérantes pour les « petits » arrangements (diète, vêtement, etc.) avec la religion mais moins envers les moins visibles/plus privés (les mutilations physiques) et pourquoi ces mêmes sociétés sont-elles aussi crispées sur l'intégrité du corps (que la circoncision vient remettre en question) alors qu'elles sont des plus ouvertes aux courants trans et post-humanistes qui prônent une transformation radicale de l'anatomie humaine ? Ce sont là que quelques-unes parmi les nombreuses questions qui se posent à l'occasion des débats actuels autour de la circoncision.

*DEUXIÈME PARTIE*

**LA PROBLÉMATIQUE JURIDIQUE**



# Chapitre 1

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

GÉRARD GONZALEZ  
FRANÇOISE CURTIT

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 Pacte international relatif aux droits civils et politiques 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 les 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 (I) qui porte atteinte à l'intégrité physique et, peut-être, psychique de l'humain (II), 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 (III). 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.

## **I. 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 pratiques<sup>1</sup>. Il n'y a aucune définition

---

<sup>1</sup> Article 18 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ; article 18 du Pacte international sur les droits civils et politiques (PIDCP) ; article 9 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) par exemple.

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'intolérance 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*<sup>2</sup> ;

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

---

2 Souligné par nous.



S'exprimant sur les « controverses relatives à la circoncision masculine » qui ont surgi à partir de 2013, le rapport d'activité 2015 du Rapporteur spécial sur la liberté de religion ou de conviction désigne néanmoins clairement la circoncision comme un rite manifestant des convictions religieuses. Il indique en effet que la circoncision des jeunes garçons, réalisée par des praticiens qualifiés et dans de bonnes conditions d'hygiène, « doit généralement être respectée comme entrant dans le champ de la liberté de chacun de manifester sa religion ou conviction, ce qui inclut l'initiation rituelle des enfants dans la religion »<sup>3</sup>.

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 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

---

3 *Élimination de toutes les formes d'intolérance fondées sur la religion : rapport d'activité du Rapporteur spécial sur la liberté de religion ou de conviction, Assemblée générale des Nations unies, 70<sup>e</sup> session, 5 août 2015 (A/70/286), pt 73.*

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 illusoires »<sup>4</sup> 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

---

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

intervention policière musclée pendant une fête de circoncision<sup>5</sup>, de négligence médicale lors d'une intervention de circoncision<sup>6</sup>, ou encore d'atteinte à la liberté d'expression<sup>7</sup>, la circoncision étant notamment utilisée pour distinguer, dans le cadre d'un message ambigu, les croyants des non-croyants<sup>8</sup>. 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 »<sup>9</sup>.

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

5 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*.

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

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

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

9 CEDH, 10 juin 2010, *Témoins de Jéhovah de Moscou c/ Russie*, RTDH, 2011, p. 199-217, note GONZALEZ Gérard.

établir un parallèle avec la question de la circoncision semble impossible et le raisonnement qui y conduirait par trop prospectif et aléatoire.

## II. 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 (PIDCP, CEDH, CIADH) spécifique et à la présence d'une autorité officielle. Cependant plusieurs textes, tels qu'interprétés par la jurisprudence de leur(s) organe(s) de contrôle, 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 formes d'intolérance 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 concernée<sup>10</sup>. 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<sup>er</sup> octobre 2013<sup>11</sup>, 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).

10 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).

11 31<sup>e</sup> 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 ».

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 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'enfant (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 Rupperecht 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 »<sup>12</sup> ; cette argumentation combative obère quelque peu le caractère objectif de la présentation.

---

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

Le Comité des ministres a d'ailleurs recadré les choses dans sa réponse à la recommandation 2023 qui lui était adressée<sup>13</sup>. 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 ». La résolution sur la liberté de religion adoptée par l'Assemblée parlementaire le 30 septembre 2015<sup>14</sup> suit finalement cette approche privilégiant les conditions d'encadrement de la circoncision (V. *infra*), sans plus aborder la question de l'atteinte à l'intégrité physique. 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 même assortie d'une recommandation « ne fait 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.

### III. 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

13 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. »

14 Résolution 2076 (2015) *Liberté de religion et vivre ensemble dans une société démocratique*, 33<sup>e</sup> séance.

quasi unanime de la communauté internationale<sup>15</sup> 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 physiques ou mentales, d'abandon ou de négligence, de mauvais traitements ou d'exploitation, y compris la violence

---

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



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 philosophiques<sup>16</sup> et la jurisprudence décrit les contours de cette sphère réservée des parents à l'égard de l'État instructeur<sup>17</sup>. 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 parents<sup>18</sup>.

## 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

16 Par exemple article 2 du Protocole 1 CEDH.

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

18 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. »

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 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 discriminatoire<sup>19</sup>. En ce qui concerne le rite de la circoncision, une analyse de

---

19 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. GONZALEZ Gérard ; CEDH, 29 nov. 2007, n° 37614/02, *Ismaïlova c/ Russie* ; CEDH, 27 juill. 2010, n° 20739/05, *Gineitienė c/ Lituanie*.

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” »<sup>20</sup>. Dans une autre affaire, la Cour juge dans une décision d'irrecevabilité, à propos d'une mère raélienne 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 personnelles »<sup>21</sup>. 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

---

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

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

des obligations positives de l'État. Par conséquent, l'article 9 de la Convention ne trouve pas à s'appliquer à l'espèce »<sup>22</sup>.

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 formes d'intolérance et de discrimination fondées 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*<sup>23</sup>, « 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

---

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

23 Procédure de recueil légal d'un enfant orphelin ou abandonné.

pays d'origine, respecte le pluralisme culturel et ménage un juste équilibre entre l'intérêt public et celui de la requérante »<sup>24</sup>.

Globalement, il ressort de toutes ces dispositions que, sauf éventuellement<sup>25</sup> 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 termes qu'entraîne la circoncision »<sup>26</sup>.

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 effectuée [...] que pour son bénéfice direct »<sup>27</sup>. Pour le mineur

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

25 Voir la décision *Ruprecht* préc.

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

27 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

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 médicaux<sup>28</sup> et, dans certains cas extrêmes, l'administration d'un traitement contraint viole l'article 3 de la Convention<sup>29</sup>, 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 durable<sup>30</sup>, a 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 »<sup>31</sup>. La nouvelle résolution 2076 (2015) de l'Assemblée parlementaire est conforme à ces préconisations, puisqu'elle recommande aux États membres de prévoir « que la circoncision rituelle des enfants ne soit pas autorisée à moins d'être pratiquée par une personne ayant la formation et le savoir-faire requis, dans des conditions médicales et sanitaires adéquates ». Par ailleurs, les parents doivent être informés de tout risque médical potentiel ou de contre-indications et les prendre en compte, « en gardant à l'esprit que l'intérêt de l'enfant doit être considéré comme étant la priorité première »<sup>32</sup>. 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 juive et musulmane.

---

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 [...] ».

28 Affaire *Témoins de Jéhovah de Moscou* préc.

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

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

31 Doc. 13463, 24 mars 2014.

32 Résolution 2076 (2015), précit., pt. 9.



Chapitre 2  
Le choix d'une législation nationale :  
le pragmatisme incertain





## La circoncision rituelle au regard du droit allemand

BERNHARD KRESSE

Le 7 mai 2012, la première petite chambre criminelle du *Landgericht*<sup>1</sup> de Cologne a statué sur une affaire pénale dans laquelle un médecin était accusé du délit de blessures corporelles au détriment d'un enfant de quatre ans. Selon les constatations du tribunal, le médecin avait, à la demande des parents musulmans de l'enfant, circoncis celui-ci avec un scalpel, pour des raisons religieuses et sans indication médicale pour l'opération. Suite à des complications post-opératoires qui ont amené le garçon jusqu'en service de réanimation<sup>2</sup>, le médecin a été traduit devant le juge pénal du *Amtsgericht*<sup>3</sup> de Cologne. Celui-ci l'a acquitté bien que l'élément matériel du délit soit rempli par l'opération de circoncision, au motif que la blessure corporelle était validée par le consentement des parents. Selon le tribunal, ceux-ci avaient agi conformément au bien de l'enfant comme il est requis par la loi ; ils avaient exercé leur liberté religieuse et leur droit parental d'éduquer leurs enfants, qui sont constitutionnellement garantis. Comme l'opération, malgré les complications, a été effectuée conformément à l'état de l'art médical, le tribunal n'a pas non plus retenu la

---

1 « Tribunal d'arrondissement », comparable au tribunal de grande instance en France.

2 HERZBERG Rolf Dietrich, « Kinderrechte sind unverhandelbare Menschenrechte », in FRANZ Matthias (éd.), *Die Beschneidung von Jungen : Ein trauriges Vermächtnis*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 2014, p. 267 (voir p. 294).

3 « Tribunal officiel », comparable au tribunal d'instance en France.

faute professionnelle médicale – laquelle n’aurait bien sûr pu être couverte par le consentement des parents<sup>4</sup>.

Le ministère public a formulé un recours contre ce jugement. En tant que juge d’appel, le *Landgericht* a jugé le recours infondé, mais pour des motifs complètement différents de ceux du juge de première instance. Selon ce jugement, le consentement des parents ne justifie pas le délit de blessures corporelles au détriment de l’enfant. Les parents, qui jouissent du droit constitutionnellement garanti d’éduquer leurs enfants et disposent donc de ce qu’on appelle en droit allemand le « soin parental »<sup>5</sup> doivent exercer celui-ci tout en tenant compte du bien de l’enfant. Le critère du bien de l’enfant impose de prendre en compte les droits de l’enfant à son intégrité corporelle et à l’autodétermination qui sont également constitutionnellement garantis et qui limitent le soin parental ainsi que la liberté religieuse des parents. Or, la circoncision rituelle porte atteinte aux droits fondamentaux mentionnés de l’enfant et, de plus, à sa liberté négative de religion. Par conséquent, selon l’opinion du tribunal, le médecin a commis le délit de blessures corporelles et il n’existe pas de cause de justification, le consentement n’étant pas valable en raison de sa contrariété au bien de l’enfant.

Le *Landgericht* a malgré tout acquitté le médecin au motif que celui-ci avait commis une erreur de droit inévitable. Étant donné que l’état du droit concernant la légalité de la circoncision rituelle était incertain et qu’une certaine jurisprudence ne considérait pas la circoncision rituelle comme illicite, le médecin ne pouvait pas savoir qu’il n’était pas en droit d’effectuer cette opération<sup>6</sup>.

Il n’était pas possible d’exercer un recours auprès de l’*Oberlandesgericht*<sup>7</sup> de Cologne contre le jugement du *Landgericht*, l’accusé ayant été acquitté à cause d’une erreur de droit dont l’inévitabilité n’était pas contestable.

À la suite de fortes critiques des groupements d’intérêt et de la classe politique à l’encontre du jugement, le législateur a adopté, avec une rapidité extraordinaire<sup>8</sup>, la « loi sur l’étendue du soin parental de la personne lors de la circoncision de l’enfant mâle »<sup>9</sup>. Cette loi a inséré dans le 4<sup>e</sup> livre du *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), le Code civil allemand, c’est-à-dire en droit allemand de la

4 *Amtsgericht* de Cologne, jugement du 21 septembre 2011 – n° d’aff. 528 Ds 30/11–, juris.

5 Le terme juridique français serait plutôt « autorité parentale », pourtant le terme « elterliche Sorge » allemand a d’autres connotations, je préfère donc parler du « soin parental ».

6 *Landgericht* de Cologne, jugement du 7 mai 2012 – n° d’aff. 151 Ns 169/11 –, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2012, p. 2128 (voir p. 2129).

7 « Tribunal régional supérieur », comparable à la Cour d’appel en France.

8 Voir SCHEWE-GERIGK Irmgard, « Kinderrechte sind unverhandelbare Menschenrechte », in FRANZ Matthias (éd.), *op. cit.*, p. 397 ; PUTZKE Holm, « Die Beschneidungsdebatte aus Sicht eines Protagonisten », in FRANZ Matthias (éd.), *ibid.*, p. 319 (voir p. 333 et s.).

9 *Bundesgesetzblatt* (« Journal officiel ») I 2012, p. 2749.

famille, un nouveau § 1631d qui est en vigueur depuis le 28 décembre 2012 et qui dispose :

« Circoncision de l'enfant mâle.

Le soin parental de la personne comprend aussi le droit de consentir à une circoncision non médicalement nécessaire pour un enfant mâle incapable de discernement et de jugement, lorsqu'elle va être effectuée conformément aux règles de l'art médical. Ceci ne s'applique pas si la circoncision, eu égard aussi à sa finalité, compromet le bien de l'enfant.

Au cours des six premiers mois après la naissance de l'enfant, la circoncision peut être pratiquée conformément à l'alinéa 1 par des personnes désignées par une communauté religieuse, si elles ont été spécialement formées pour ceci et, sans être médecin, si elles disposent d'une compétence comparable pour effectuer la circoncision. »

Cette loi, pourtant, soulève une quantité de questions d'interprétation, qui seront traitées dans la première partie de cet article. De plus, des opinions doctrinales importantes se sont élevées, et même celles d'un juge<sup>10</sup> et du président d'une chambre criminelle<sup>11</sup> du *Bundesgerichtshof*<sup>12</sup> qui critiquent le § 1631d BGB de façon impitoyable. Ces magistrats estiment que la disposition est inconstitutionnelle et qu'elle devrait par conséquent être annulée par le *Bundesverfassungsgericht*<sup>13</sup> s'il en était saisi<sup>14</sup>. Les implications constitutionnelles du § 1631d BGB seront analysées dans la seconde partie.

## I. L'INTERPRÉTATION DU § 1631d BGB

Il convient d'abord d'analyser le § 1631d BGB au regard de la systématique de son insertion dans le droit allemand. Les éléments de cette disposition seront ensuite discutés.

---

10 ESCHELBACH Ralf, in VON HEINTSCHEL-HEINEGG Bernd (éd.), *Beck'scher Online-Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 25<sup>e</sup> éd., 2014, § 223 n° 9 et s., 35 et s.

11 FISCHER Thomas, *Strafgesetzbuch*, 62<sup>e</sup> éd., 2015, § 223 n° 45 et s.

12 « Cour fédérale de justice », comparable à la Cour de cassation en France.

13 « Tribunal fédéral constitutionnel », comparable au Conseil constitutionnel en France.

14 Par exemple HERZBERG Rolf Dietrich, art. cit., p. 267 ; PUTZKE Holm, art. cit., p. 319 ; SCHEINFELD Jörg, « Die Knabenbeschneidung im Lichte des Grundgesetzes », in FRANZ Matthias (éd.), *ibid.*, p. 358 ; MANDLA Christoph, « Gesetz über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes : Von abzuschneidenden Vorhäuten und einem Gesetz, das zu spät und doch zu früh kommt », *Familie Partnerschaft Recht*, 2013, p. 244.

## A. L'INSERTION DU § 1631d BGB DANS LE DROIT DE LA FAMILLE

Plusieurs possibilités s'offraient au législateur pour réagir en faveur des circoncisions rituelles. Étant donné que le jugement du *Landgericht* de Cologne relevait d'une affaire de droit pénal, on aurait pu rechercher une solution au sein du droit pénal, mais cela n'aurait eu qu'une portée très limitée. Le législateur a préféré agir dans le cadre du droit de la famille.

### 1. Les conséquences d'une intervention en droit pénal

On aurait pu, par exemple, exclure la réalisation de l'élément matériel du délit de blessures corporelles<sup>15</sup>, comme cela a été fait pour certains cas d'interruption de grossesse, celle-ci étant pénalisée au § 218 alinéa 1 du *Strafgesetzbuch* (StGB), le Code pénal allemand. Selon le § 218a alinéa 1 StGB, « l'élément matériel du § 218 n'est pas constitué lorsque [...] ». Cependant, en matière de circoncision rituelle, une telle disposition aurait uniquement postulé l'absence d'un délit pénal. Rien n'aurait été dit par rapport à la légalité de l'acte et donc sur ses conséquences en droit délictuel ou en droit de la famille, ou même sur la possibilité d'exercer la légitime défense contre cet acte, dont on peut penser qu'il est toujours illégal. Une autre possibilité, moins favorable encore à la circoncision rituelle, aurait consisté en l'insertion d'une disposition légale n'excluant que la répression d'une telle opération<sup>16</sup>. En matière d'interruption de grossesse, cette solution a été choisie au § 218a alinéa 4 StGB qui dispose : « La femme enceinte n'est pas passible d'une peine par application du § 218 lorsque [...] ». Concernant les circoncisions rituelles, une pareille solution aurait clairement impliqué l'illégalité de l'opération, avec toutes les conséquences que cela entraîne en dehors du droit pénal.

### 2. La portée de la solution donnée en droit de la famille

Le législateur a décidé d'insérer la disposition juridique concernant la circoncision rituelle dans le 4<sup>e</sup> livre du *Bürgerliches Gesetzbuch* qui régit le droit de la famille, plus précisément parmi les règles relatives au soin parental. Concrètement, le § 1631d BGB clarifie que, dans certaines circonstances, le droit de consentir à une circoncision rituelle relève du soin parental de la personne. Il y a donc lieu d'expliquer la fonction du consentement en droit

15 WALTER Tonio, « Der Gesetzentwurf zur Beschneidung – Kritik und strafrechtliche Alternative », *Juristenzeitung*, 2013, p. 1110 (voir p. 1117) ; MANDLA Christoph, art. cit., p. 244 (voir p. 245).

16 MANDLA Christoph, art. cit., p. 244 (voir p. 250).

médical, ainsi que les orientations et les limites générales du soin parental par rapport au consentement.

#### a) La fonction du consentement en droit médical

D'après la jurisprudence constante du *Bundesgerichtshof*, tout acte médical ayant pour effet une blessure corporelle du patient remplit l'élément matériel du délit de blessures corporelles au sens du § 223 alinéa 1 StGB. La blessure peut pourtant être justifiée par le consentement du patient, ce qui exonère le médecin de sa responsabilité pénale. Une opinion doctrinale objecte que cette jurisprudence place le médecin et son traitement médical au même niveau qu'un bandit et son crime, étant donné que l'élément matériel de tout délit pénal constitue l'illégalité typique de l'acte visé par la disposition pénale. Or, le traitement médical, contrairement à la blessure corporelle proprement dite, vise à guérir le malade et non pas à lui nuire. Le traitement ne peut donc pas être considéré comme acte typiquement illégal du point de vue d'une blessure corporelle. Au regard de son adéquation sociale, il devrait plutôt être exclu de prime abord du champ d'application du délit pénal. La jurisprudence est cependant bien établie en sens contraire et la circoncision rituelle effectuée sans indication médicale est elle aussi qualifiée de blessure corporelle - ce d'autant plus que, contrairement au traitement médical, elle ne vise pas à améliorer l'état de santé corporelle de l'enfant. Par conséquent, même sous l'angle de l'adéquation sociale, l'élément matériel de ce délit ne peut être exclu<sup>17</sup>.

De plus, si l'on estime que le scalpel utilisé par l'opérateur est un « outil dangereux » au sens du § 224 alinéa 1 n° 2 StGB, le délit est qualifié de « blessure corporelle dangereuse ». La peine encourue est donc d'un minimum de six mois et d'un maximum de dix ans d'emprisonnement, alors qu'une amende pénale ou l'emprisonnement pour cinq ans au maximum est encouru pour une blessure corporelle simple. Toutefois, selon la jurisprudence du *Bundesgerichtshof*, un scalpel ou un autre instrument médical n'est pas un outil dangereux s'il est utilisé conformément à sa destination par un médecin<sup>18</sup>. Mais le *mohel* juif ou le *sünnetçi* musulman – chez les Turcs – par exemple, ne sont pas nécessairement des médecins. Ils sont alors tout au plus comparables à des guérisseurs

---

17 *Landgericht* de Cologne, jugement du 7 mai 2012 – n° d'aff. 151 Ns 169/11 –, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2012, p. 2128 ; MANDLA Christoph, art. cit., p. 244 (voir p. 245) ; PAEFFGEN Hans-Ullrich, in KINDHÄUSER Urs, NEUMANN Ulfrid, PAEFFGEN Hans-Ullrich (éds.), *Strafgesetzbuch*, Beck, 4<sup>e</sup> éd., 2013, § 228 n° 18b.

18 *Bundesgerichtshof*, arrêt du 22 février 1978 – n° d'aff. 2 StR 372/77 –, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1978, p. 1206 ; *Bundesgerichtshof*, arrêt du 23 décembre 1986 – n° d'aff. 1 StR 598/86 –, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1987, p. 174 ; dans le même sens : *Landgericht* de Cologne, jugement du 7 mai 2012 – n° d'aff. 151 Ns 169/11 –, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2012, p. 2128.

reconnus par l'État<sup>19</sup>, pourvu que les conditions du § 1631d alinéa 2 BGB soient remplies. Le *Bundesgerichtshof* semble interpréter le critère de la dangerosité d'un outil de la même manière à l'égard des guérisseurs reconnus par l'État qu'à l'égard des médecins<sup>20</sup>. Pourtant, la raison pour laquelle l'instrument utilisé conformément à sa destination n'est pas considéré comme un outil dangereux est que le traitement vise à améliorer l'état de santé corporelle de la personne concernée. Or, tel n'est pas le cas pour la circoncision rituelle<sup>21</sup> où, au contraire, le préjudice corporel est le prix à payer pour parvenir à la finalité religieuse de l'opération. Toutefois, le *Landgericht* de Cologne n'a pas qualifié le scalpel utilisé à des fins religieuses d'« outil dangereux » au sens du § 224 alinéa 1 n° 2 StGB<sup>22</sup>. Étant donné qu'il n'existe pas de jurisprudence contraire, ce jugement doit être regardé comme reflétant le droit positif actuel. Il ne faut pas pour autant oublier que, parmi d'autres, le juge auprès du *Bundesgerichtshof*, Ralf Eschelbach, qualifie la circoncision rituelle de blessure corporelle dangereuse<sup>23</sup>. Par contre, la blessure corporelle ne peut pas être qualifiée de « dangereuse » lorsque le *mohel* utilise son ongle allongé pour effectuer la circoncision<sup>24</sup>. En effet, selon la jurisprudence du *Bundesgerichtshof*, une partie du corps ne peut pas constituer un « outil » au sens du § 224 alinéa 1 n° 2 StGB<sup>25</sup>.

La blessure corporelle effectuée par le médecin n'est justifiée que si un consentement valable a été donné en ce sens. Le régime juridique des traitements médicaux est réglementé aux § 630a et suivants du BGB. Selon le § 630d alinéa 1 BGB, le médecin doit obtenir le consentement du patient avant d'accomplir une mesure médicale. Au cas où le patient n'a pas la capacité de consentir valablement, le médecin doit requérir le consentement d'une personne y ayant droit. Concernant les mineurs incapables de consentir, le droit de consentir à des traitements médicalement indiqués relève du soin parental de la personne du mineur, réglé notamment aux § 1626 alinéa 1 et 1631 alinéa 1 BGB.

19 HAHN Erik, « Erlaubnispflichtige Zirkumzision ? – § 1631d Abs. 2 BGB und das HPG », *Medizinrecht*, 2013, p. 215.

20 *Bundesgerichtshof*, arrêt du 23 décembre 1986 – n° d'aff. 1 StR 598/86 –, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1987, p. 174 ; voir aussi *Oberlandesgericht* de Cologne, arrêt du 11 novembre 1993 – n° d'aff. Ss 449/93 –, *Der Strafverteidiger*, 1994, p. 247.

21 ESCHELBACH Ralf, in von HEINTSCHEL-HEINEGG Bernd (éd.), *op. cit.*, § 224 n° 28.4.

22 *Landgericht* de Cologne, jugement du 7 mai 2012 – n° d'aff. 151 Ns 169/11 –, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2012, p. 2128.

23 ESCHELBACH Ralf, in von HEINTSCHEL-HEINEGG Bernd (éd.), *op. cit.*, § 224 n° 28.4

24 Voir GOTZMANN Andreas, « Jenseits der Aufregungen – Zur Konstruktion des Jüdischen in der Beschneidungsdebatte », in FRANZ Matthias (éd.), *op. cit.*, p. 228 (voir p. 247) ; FRANZ Matthias, « Beschneidung ohne Ende ? », in FRANZ Matthias (éd.), *ibid.*, p. 130 (voir p. 175).

25 *Bundesgerichtshof*, arrêt du 11 janvier 2011 – n° d'aff. 4 StR 450/10 –, *BGH-Rechtsprechung StGB § 224 alinéa 1 n° 2 Werkzeug* 6.

D'après le § 1626 alinéa 1 BGB, « les parents ont le devoir et le droit de prendre soin de l'enfant mineur (soin parental). Le soin parental comprend le soin pour la personne de l'enfant (soin de la personne) et le patrimoine de l'enfant (soin du patrimoine) ». Le § 1631 alinéa 1 BGB apporte des précisions sur le soin de la personne : « Le soin parental de la personne comprend en particulier le devoir et le droit de soigner l'enfant, de l'éduquer et le surveiller ainsi que de déterminer son séjour »<sup>26</sup>. Le droit de consentir à des traitements médicalement indiqués fait partie du droit de soigner l'enfant. Pourtant, étant donné que l'énumération n'est pas exhaustive (voir la formulation « en particulier »), la qualification exacte de « traitement médicalement indiqué » n'est pas décisive.

On peut cependant douter que le régime juridique de la circoncision rituelle doive être apprécié en application des § 630a et suivants BGB. Étant donné que ces dispositions ont pour objet de régir le régime juridique du traitement médical, la question se pose de savoir si un traitement effectué expressément pour des raisons extra-médicales, c'est-à-dire sans objectif d'améliorer la santé de la personne concernée, peut être soumis aux règles indiquant le cadre légal des traitements qui ont un tel objectif. Or, le § 1631d alinéa 1 BGB fait explicitement référence aux « règles de l'art médical » que la circoncision doit observer, d'où il suit que la loi considère la circoncision rituelle comme un traitement médical. Aussi, la présentation du projet de loi du gouvernement fédéral indique que notamment le § 630e BGB concernant l'information du patient sera applicable en matière de circoncision rituelle quand les § 630a et suivants BGB entreront en vigueur<sup>27</sup> - ce qui a eu lieu le 26 février 2013. Au regard de ces données, il est clair que, selon le § 1631d BGB, le régime du droit du traitement médical doit être appliqué aux circoncisions rituelles. Ceci signifie par ailleurs que la loi elle-même admet la réalisation de l'élément matériel du délit de blessures corporelles par la personne effectuant cette opération. Elle admet par conséquent que la circoncision est un acte typiquement illégal comme tout traitement médical.

---

26 « Die Personensorge umfasst insbesondere die Pflicht und das Recht, das Kind zu pflegen, zu erziehen, zu beaufsichtigen und seinen Aufenthalt zu bestimmen ». « Pflegen » pourrait être traduit par « prendre en charge », ce qui me semble trop général puisque le § 1631 alinéa 1 a pour but de préciser le contenu du soin parental. De plus, « erziehen » pourrait être traduit par « élever » ; or, le droit au soin parental porte sur le développement de la personnalité de l'enfant au sens le plus vaste, ce qui résulte de la garantie constitutionnelle du droit parental selon l'article 6 alinéa 2 du *Grundgesetz* (GG - « Loi fondamentale »). Donc, « erziehen » signifie prendre soin pour le développement intellectuel, mental et moral de l'enfant (RAKETE-DOMBEK Ingeborg, in KAISER Dagmar, SCHNITZLER Klaus, FRIEDERICI Peter (éds.), *Nomos-Kommentar BGB Familienrecht*, 2<sup>e</sup> éd., 2010, § 1626 n° 11), ce que je pense pouvoir traduire par « éduquer ».

27 Présentation du projet de loi par le gouvernement fédéral sur l'étendue du soin de la personne lors de la circoncision de l'enfant mâle, imprimé du *Bundestag* (diète fédérale) n° 17/11295, p. 18.



Il suit de l'applicabilité des § 630a et suivants BGB en matière de circoncision rituelle que le consentement de la « personne y ayant droit » requis par le § 630d alinéa 1 BGB est seulement valable s'il est donné après qu'ont été formulées des informations détaillées sur tous les faits médicaux essentiels pour pouvoir prendre une décision responsable<sup>28</sup>. En l'absence d'information suffisante dont le contenu et les modalités sont précisés au § 630e BGB, le consentement n'est pas valable selon le § 630d alinéa 2 BGB, si bien qu'il ne peut pas justifier le délit de blessure corporelle commis par la personne effectuant la circoncision. Puisque le § 1631d alinéa 1 BGB concerne la circoncision d'un mineur qui n'est pas capable de consentir valablement, ce sont, par application du § 630e alinéa 4 BGB, les parents ayant droit au consentement qui doivent être informés.

#### b) Les orientations et limites générales du soin parental par rapport au consentement

Le soin parental de la personne est un droit des parents à caractère fiduciaire. Il est donc subordonné à la réalisation du bien de l'enfant<sup>29</sup>, ce qui est souligné au § 1627, 1<sup>ère</sup> phrase BGB : « Les parents doivent exercer le soin parental de leur propre responsabilité [...] dans l'intérêt du bien de l'enfant. » Ainsi, ce droit doit toujours être exercé en vue de ce qui est favorable au bien de l'enfant. Or, il est clair qu'il existe des conceptions très diverses de ce qui est favorable ou, au contraire, nuisible à l'enfant. Il résulte de la garantie constitutionnelle du droit (et du devoir) parental de soigner et d'éduquer l'enfant selon l'article 6 alinéa 2, 1<sup>ère</sup> phrase du *Grundgesetz* (GG – « Loi fondamentale », la Constitution allemande) qu'il incombe à la diligence des parents de satisfaire la notion abstraite de bien de l'enfant conformément à leurs valeurs, à leur vision du monde et à leur philosophie. Cela est exprimé au § 1627, 1<sup>ère</sup> phrase BGB par l'indication que les parents exercent le soin parental « de leur propre responsabilité ». Ceci ne veut pourtant pas dire qu'il n'existe aucune limite à cette prérogative parentale d'interprétation du bien de l'enfant, car l'article 6 alinéa 2, 2<sup>e</sup> phrase GG dispose que la communauté de l'État veille sur l'exercice du droit et du devoir parental. La loi confie donc aux tribunaux aux affaires familiales la compétence de prendre les mesures indiquées pour écarter un danger pour

28 Sur la nécessité et l'étendue de l'information préalable en matière de traitement médical voir p. ex. *Bundesgerichtshof*, arrêt du 14 février 1989 – n° d'aff. VI ZR 65/88 –, *Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, tome 106, p. 391 (voir p. 398) ; *Bundesgerichtshof*, arrêt du 26 septembre 1990 – n° d'aff. VI ZR 289/89 –, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1990, p. 2928 (voir p. 2929) ; KATZENMEIER Christian, *Arzthaftung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2002, p. 322 et s.

29 RAKETE-DOMBEK Ingeborg, in KAISER Dagmar, SCHNITZLER Klaus, FRIEDERICI Peter (éds.), *Nomos-Kommentar BGB Familienrecht*, 2<sup>e</sup> éd., 2010, § 1626 n° 1.

le bien de l'enfant si ses parents n'ont pas l'intention ou la capacité de le faire (§ 1666 alinéa 1 BGB).

Le rôle que joue la volonté de l'enfant par rapport au bien de l'enfant est élucidé par le § 1626 alinéa 2 BGB. Cette disposition s'applique au consentement à une circoncision rituelle lorsque que l'enfant est en âge de discuter sur des aspects du soin parental :

« En matière du soin et d'éducation de l'enfant, les parents prennent en considération sa capacité croissante et son besoin croissant d'agir de façon autonome et consciente de ses responsabilités. Ils discutent avec lui des questions relevant du soin parental, autant que cela est pertinent au regard de son niveau de développement, et recherchent l'accord mutuel. »

Cette disposition doit bien sûr être prise en compte pour le consentement à une circoncision rituelle qui relève du soin parental par application du nouveau § 1631d BGB, ce qui signifie qu'à partir d'une certaine capacité de compréhension de l'enfant, les parents doivent l'inclure dans le processus de décision en matière de circoncision. Si les parents ne remplissent pas cette obligation, la décision d'effectuer une circoncision rituelle sera pour cette raison contraire au bien de l'enfant. De plus, conformément au § 630e alinéa 5 BGB, le médecin ou toute autre personne chargée de l'opération doit expliquer à l'enfant les circonstances essentielles du traitement envisagé, pour autant que le niveau de développement et la capacité de compréhension de l'enfant lui permettent d'appréhender ces explications et que cela n'est pas contraire à son bien. La violation de cette obligation du médecin entraîne pour l'enfant le droit d'obtenir la réparation de son dommage moral<sup>30</sup>. Il est évident que l'obligation de faire participer l'enfant au processus de décision des parents et l'obligation d'explication du médecin sont inapplicables à l'égard de nouveau-nés soumis à la circoncision le 8<sup>e</sup> jour après la naissance.

## B. LES ÉLÉMENTS DU § 1631d BGB

Pour que le consentement des parents - ou plutôt de la personne exerçant le soin parental - justifie la blessure corporelle impliquée par la circoncision, les éléments du § 1631d BGB doivent être remplis.

### 1. Circoncision d'un enfant mâle et absence de nécessité médicale

Premièrement, la circoncision doit porter sur un enfant mâle. Par contraste, le § 226a alinéa 1 StGB pénalise strictement la mutilation des « parties génitales

---

30 Voir KRESSE Bernhard, « Aufklärung und Einwilligung beim Vertrag über die ärztliche Behandlung nicht einwilligungsfähiger Patienten », *Medizinrecht*, 2015, p. 91 (voir p. 95).

extérieures d'une personne féminine ». La peine encourue est d'au moins un an d'emprisonnement, ce qui, suivant le § 12 alinéa 1 StGB, qualifie l'infraction de crime – par opposition au simple délit.

Le § 1631d BGB s'applique uniquement aux cas où la circoncision n'est médicalement pas nécessaire<sup>31</sup>. S'il y a des raisons médicales justifiant l'opération, le droit des parents d'y consentir découle directement du droit de soigner l'enfant mentionné au § 1631 alinéa 1 BGB en tant qu'élément du soin parental de la personne.

## 2. Le manque de capacité de discernement et de jugement de l'enfant

L'enfant soumis à l'opération ne doit pas avoir la capacité de discernement et de jugement, laquelle entraîne la capacité de consentir au sens du § 630d alinéa 1, 2<sup>e</sup> phrase BGB<sup>32</sup>. Il faut noter que la capacité de consentir ne correspond pas à la capacité de contracter qui est obtenue à l'âge de la majorité (§ 104 n° 1, 106 BGB). À partir de l'âge de sept ans, le mineur jouit d'une capacité de contracter limitée par les § 106 et suivants BGB. Ainsi, la capacité de contracter se rattache à des limites d'âge inflexibles. En revanche, la capacité de consentir à des traitements médicaux doit être appréciée selon le niveau de développement de l'enfant : on dit généralement que le mineur doit avoir la « capacité naturelle de discernement spécifique par rapport au traitement envisagé »<sup>33</sup>. Ceci signifie de manière plus précise que la capacité de discernement et de jugement doit être suffisante pour comprendre l'information préalable sur le traitement, et – chose très importante en la matière – pour pouvoir mettre en balance l'utilité du traitement avec ses risques, c'est-à-dire pour percevoir les avantages et les désavantages du traitement et finalement prendre une décision responsable, en bref pour orienter sa décision d'après cette volonté<sup>34</sup>.

Il est évident que, pour les nouveau-nés, cette capacité fait défaut. Il s'ensuit que, pour les garçons juifs qui sont circoncis le 8<sup>e</sup> jour après la naissance, ce sont les parents qui exercent le droit de consentement. Pour les garçons musulmans, la

31 *Oberlandesgericht* de Hamm, arrêt du 30 août 2013 – n° d'aff. 3 UF 133/13 –, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2013, p. 3662 (voir p. 3663).

32 Voir sur la capacité de consentir selon le § 630d alinéa 1, 2<sup>e</sup> phrase BGB, KRESSE Bernhard, art. cit., p. 91 (voir p. 92).

33 « *Behandlungsspezifischen natürliche Einsichtsfähigkeit* » ; voir la présentation du projet de loi par le gouvernement fédéral pour l'amélioration des droits des patients, imprimé du *Bundestag* n° 17/10488, p. 23 ; MANSEL Heinz-Peter, in JAUERNIG Othmar (éd. d'origine), *Kommentar zum BGB*, Beck, 15<sup>e</sup> éd., 2014, § 630d n° 3 ; KRESSE Bernhard, art. cit., p. 91 (voir p. 92).

34 Présentation du projet de loi par le gouvernement fédéral pour l'amélioration des droits des patients, imprimé du *Bundestag* n° 17/10488, p. 23 ; ULSENHEIMER Klaus, in LAUFS Adolf, KERN Rüdiger (éds.), *Handbuch des Arztrechts*, Beck, 4<sup>e</sup> éd., 2010, § 137 n° 7 ; KRESSE Bernhard, art. cit., p. 91 (voir p. 92).

situation est plus variée car ils peuvent être circonscrits ultérieurement. Il faut donc se demander à partir de quel âge l'enfant dispose d'une capacité suffisante de discernement et de jugement pour avoir lui-même le droit de décider de se faire circoncire ou non<sup>35</sup>. Généralement, au vu de l'influence au moins potentielle de la circoncision sur la vie sexuelle, l'enfant – ou l'adolescent – ne peut avoir la capacité de discernement et de jugement que s'il est déjà entré dans l'âge de la puberté et peut ainsi avoir un discernement pour lui-même de la sexualité. En règle générale, ceci devrait être le cas lorsque l'adolescent a plus de 14 ans. Il paraît d'autant plus indiqué de retenir cette limite d'âge comme généralement pertinente que c'est aussi à l'âge de 14 ans qu'est accordé à l'enfant le droit de décider librement de sa confession religieuse conformément au § 5 de la loi sur l'éducation religieuse de l'enfant (*Gesetz über die religiöse Kindererziehung*). D'ailleurs, parallèlement à la présentation du projet de loi du gouvernement fédéral sur la circoncision rituelle, un deuxième projet de loi préparé par des parlementaires – mais qui n'a finalement pas été voté – visait à justifier la circoncision rituelle uniquement à l'égard des adolescents de plus de 14 ans. Ces derniers auraient eu, de plus, un droit de véto prévalant explicitement sur la décision parentale<sup>36</sup>.

Bien sûr, l'âge de 14 ans ne peut servir que de règle générale pour apprécier la capacité de consentir, étant donné que le législateur a préféré un critère flou à la définition d'une limite d'âge fixe et que le niveau de développement ainsi que la capacité de discernement et de jugement peuvent varier d'un enfant à l'autre. En ce qui concerne les nouveau-nés et les enfants en bas âge, il est clair, on l'a déjà dit, qu'ils n'ont pas la capacité de consentir. Il faut donc retenir que dans la vaste majorité des cas de circoncision rituelle, ce sont les parents qui sont autorisés à consentir à l'opération.

### 3. Les règles de l'art médical

Le consentement des parents à la circoncision rituelle n'est couvert par le droit parental au soin de la personne de l'enfant que si la circoncision envisagée est effectuée conformément aux règles de l'art médical. Cette expression surannée ne signifie rien d'autre que la notion de « standards généraux reconnus sur le plan professionnel » utilisée au § 630a alinéa 2 BGB, et par rapport à laquelle il est reconnu qu'il s'agit des standards professionnels d'un médecin spécialisé dans le domaine en cause (*Facharztstandard*)<sup>37</sup>. Or, les associations profession-

---

35 Voir SPICKHOFF Andreas, « Grund, Voraussetzungen und Grenzen des Sorgerechts bei Beschneidung männlicher Kinder », in *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2013, p. 337 (voir p. 340).

36 Présentation du projet de loi par des parlementaires sur l'étendue du soin de la personne lors de la circoncision de l'enfant mâle, imprimé du *Bundestag* n° 17/11430, p. 4.

37 SPICKHOFF Andreas, *Medizinrecht*, München, C. H. Beck, 2<sup>e</sup> éd., 2014, § 1631d BGB n° 8.

nelles de pédiatres et de chirurgiens pédiatriques en Allemagne refusent strictement et par principe la circoncision sans indication médicale<sup>38</sup>. Néanmoins, étant donné que la loi vise clairement à permettre l'intervention, l'attitude déclinatoire des associations de spécialistes ne peut pas servir d'argument pour affirmer qu'une circoncision non médicalement nécessaire viole par principe les règles de l'art médical<sup>39</sup>.

Les règles de l'art médical se réfèrent plutôt aux standards professionnels qui doivent être observés aussi en cas d'indication médicale de l'opération. Il s'agit de la réalisation de l'opération elle-même conformément aux standards professionnels d'un médecin spécialisé (« incision nette »<sup>40</sup>), ce qui inclut des conditions hygiéniques et le soin adéquat des plaies<sup>41</sup>, un traitement antidouleur efficace<sup>42</sup>, et l'information médicale détaillée des parents requise par le § 630e BGB<sup>43</sup>.

#### a) La réalisation de l'opération en conformité avec les standards professionnels d'un médecin spécialisé

Normalement, si un médecin spécialisé en chirurgie ou en urologie pédiatrique effectue l'opération, l'exigence que les standards professionnels d'un médecin spécialisé soient observés ne pose pas de problème spécifique pour une circoncision nécessaire pour des raisons médicales. De plus, dans les hôpitaux et cabinets médicaux, les conditions hygiéniques adéquates sont généralement assurées<sup>44</sup>. Néanmoins, des difficultés spécifiques résultent de l'alinéa 2 du § 1631d BGB, qui permet dans certaines circonstances qu'une personne qui

38 Voir l'avis motivé de Wolfram HARTMANN, président de l'Association professionnelle des pédiatres, lors de la consultation des experts du 26 novembre 2012 par la commission juridique du *Bundestag*, en vue du projet de loi concernant la circoncision de l'enfant mâle, disponible sur internet : [www.bvkJ.de/bvkJ-news/pressemitteilungen/news/article/stellungnahme-drmed-wolfram-hartmann-praesident-des-berufsverbands-der-kinder-und-jugendaerzte/](http://www.bvkJ.de/bvkJ-news/pressemitteilungen/news/article/stellungnahme-drmed-wolfram-hartmann-praesident-des-berufsverbands-der-kinder-und-jugendaerzte/) ; voir aussi le communiqué de presse n° 2012-10 de l'Association allemande pour la chirurgie pédiatrique, disponible sur internet : [www.dgkic.de/index.php/menu\\_presse/33-pressemitteilung-2012-10](http://www.dgkic.de/index.php/menu_presse/33-pressemitteilung-2012-10).

39 Dans ce sens *Oberlandesgericht* de Hamm, arrêt du 30 août 2013 – n° d'aff. 3 UF 133/13 –, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2013, p. 3662 (voir p. 3664) ; SCHEINFELD Jörg, « Erläuterungen zum neuen § 1631d BGB – Beschneidung des männlichen Kindes », *Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht*, 2013, p. 268 (voir p. 275).

40 « Sauberer Schnitt » : MANDLA Christoph, art. cit., p. 244 (voir p. 247).

41 *Ibid.*

42 SPICKHOFF Andreas, *op. cit.*, § 1631d BGB n° 8.

43 Présentation du projet de loi par le gouvernement fédéral sur l'étendue du soin de la personne lors de la circoncision de l'enfant mâle, imprimé du *Bundestag* n° 17/11295, p. 17 et s. ; SCHEINFELD Jörg, art.cit., p. 268 (voir p. 275 et s.).

44 MANDLA Christoph, art. cit., p. 244 (voir p. 247).

n'est pas médecin effectue l'opération. Il faut noter que ce fait ne dispense pas de l'obligation d'observer les standards professionnels susmentionnés. Si le *mohel* ou *sünnetçi*, par exemple, commet par négligence une faute de traitement au sens du § 630a alinéa 2 BGB, il est, de la même manière qu'un médecin spécialisé, responsable d'une faute contractuelle ainsi que d'une faute délictuelle. De plus, il peut être poursuivi devant le tribunal correctionnel pour le délit de blessures corporelles involontaires suivant le § 229 StGB ou même, le cas échéant, pour homicide involontaire par application du § 222 StGB. Pour déterminer s'il y a négligence ou non, il faut se référer au niveau de diligence observé par un médecin spécialisé moyen et non pas au niveau de diligence d'une personne sans formation médicale. Ceci résulte non seulement de l'exigence d'observation des standards professionnels, mais encore du § 1631d alinéa 2 BGB selon lequel le circonciseur doit disposer d'une compétence comparable à celle d'un médecin en matière de circoncision.

Lorsque la circoncision rituelle n'est pas effectuée dans un hôpital ou un cabinet médical, il est évident que le standard professionnel en matière d'hygiène d'un médecin spécialisé en urologie ne peut être proprement observé. Ce standard exige que l'opération prenne place dans des lieux d'une stérilité comparable à celle d'une salle d'opération et qu'elle soit exécutée avec des instruments médicaux stérilisés. Il n'est donc pas conforme aux règles de l'art médical qu'un *mohel*, par exemple<sup>45</sup>, réalise la circoncision dans une salle d'une synagogue qui n'a pas été stérilisée préalablement de façon comparable à une salle d'opération, qu'au lieu d'un scalpel stérilisé il utilise un ongle allongé et qu'au lieu de soigner les plaies de manière adéquate et conformément aux exigences de stérilisation, il aspire le sang découlant de la plaie avec sa bouche<sup>46</sup>. Le consentement des parents à une telle intervention est inefficace et ne peut pas justifier l'acte du praticien qui, en effectuant l'opération en pleine connaissance de telles conditions insalubres, commet le délit de blessure corporelle intentionnelle. Les parents ayant confié la circoncision de leur enfant à une personne opérant dans ce contexte sont responsables pénalement pour instigation d'une blessure corporelle, si eux aussi avaient connaissance des conditions de l'opération, ou s'ils ne sont pas immédiatement intervenus pour éviter la réalisation de celle-ci après avoir pris connaissance desdites conditions. Il va de soi que l'enfant a droit au paiement de dommages-intérêts par l'opérateur même en cas de simple

---

45 Voir l'article de presse sur une circoncision effectuée à Berlin sur [www.tagesspiegel.de/politik/strafanzeige-nach-beschneidung-berliner-staatsanwaelte-pruefen-neuen-fall/8047730.html](http://www.tagesspiegel.de/politik/strafanzeige-nach-beschneidung-berliner-staatsanwaelte-pruefen-neuen-fall/8047730.html) (date de consultation : 18-02-2015) ; voir là-dessus SCHEINFELD Jörg, art. cit., p. 268 (voir p. 282) ; MANDLA Christoph, art. cit., p. 244 (voir p. 250).

46 Voir GOTZMANN Andreas, art. cit., p. 228 (voir p. 247 et s.) ; FRANZ Matthias, art. cit., p. 130 (voir p. 175) ; ESCHELBACH Ralf, in von HEINTSCHEL-HEINEGG Bernd (éd.), *op. cit.*, § 223 n° 9.13.

négligence ; or, ce droit se prescrit normalement en trois ans (§ 195 BGB) à partir de la fin de l'année de l'origine de la créance et de la prise de connaissance par le créancier (ou en cas de mineurs : par ses parents) des circonstances établissant la créance et de la personne du débiteur (§ 199 alinéa 1 BGB). Par contre, en ce qui concerne le droit de l'enfant au paiement de dommages-intérêts contre ses parents, le cours de la prescription est suspendu selon le § 207 alinéa 1, 2<sup>e</sup> phrase n° 2 BGB jusqu'à ce que l'enfant ait atteint l'âge de 21 ans.

Il y a lieu de souligner que la notion de standards professionnels – et donc de règles de l'art médical – comporte un caractère dynamique<sup>47</sup>. Le développement des méthodes d'opération et du niveau de la médecine en général doit être pris en considération même dans le cadre de l'application du § 1631d BGB. En particulier, s'il s'avère que la méthode d'opération au laser déjà pratiquée dans certains cabinets médicaux pour effectuer des circoncisions a vraiment pour effet de minimiser substantiellement les risques de l'opération, les circoncisions devraient forcément être réalisées en utilisant la technologie du laser sans distinction selon que le circonciseur soit médecin, *mohel* ou *sünnetçi*<sup>48</sup>.

## b) Le traitement antidouleur efficace

Le gouvernement fédéral a souligné dans la présentation de son projet de loi que le traitement antidouleur efficace fait partie des règles de l'art médical<sup>49</sup>. L'opinion selon laquelle les nouveau-nés ont une sensibilité à la douleur peu développée<sup>50</sup> serait fautive<sup>51</sup>. Il s'ensuit qu'il est primordial du point de vue médical d'assurer que le nouveau-né, ainsi que tout autre enfant soumis à la circoncision, n'éprouve pas de douleur pendant ni après l'opération. Il en résulte que les parents n'ont pas le pouvoir de consentir à une circoncision qui doit s'effectuer sans traitement antidouleur efficace<sup>52</sup>, par exemple au motif qu'il faille entrer dans l'alliance avec Dieu en pleine conscience<sup>53</sup>, ou qu'il soit primordial

47 KRESSE Bernhard, « Behandlungsfehler durch wirtschaftlich motiviertes Unterlassen », *Medizinrecht*, 2007, p. 393 (voir p. 395).

48 SCHEINFELD Jörg, art. cit., p. 268 (voir p. 278).

49 Présentation du projet de loi par le gouvernement fédéral sur l'étendue du soin de la personne lors de la circoncision de l'enfant mâle, imprimé du *Bundestag* n° 17/11295, p. 8 et s., 17 ; SCHEINFELD Jörg, art. cit., p. 268 (voir p. 275 et s.).

50 Voir le site internet du *mohel* David GOLDBERG : [http://beschneidung-mohel.de/ablauf\\_und\\_heilungsprozess.html](http://beschneidung-mohel.de/ablauf_und_heilungsprozess.html) (date de consultation : 18-02-2015).

51 Présentation du projet de loi par le gouvernement fédéral sur l'étendue du soin de la personne lors de la circoncision de l'enfant mâle, imprimé du *Bundestag* n° 17/11295, p. 8.

52 ESCHELBACH Ralf, in von HEINTSCHEL-HEINEGG Bernd (éd.), *op. cit.* § 223 n° 9 ; ISENSEE Josef, « Grundrechtliche Konsequenz wider geheiligte Tradition », *Juristenzeitung*, 2013, p. 317 (voir p. 325).

53 TÜTSCH Josef, « Heilige Körperverletzungen », in FRANZ Matthias (éd.), *op. cit.*, p. 20 (voir p. 30).

de prouver qu'on peut subir des douleurs dans une attitude virile<sup>54</sup>. De même, la pratique consistant à ne donner à l'enfant nouveau-né qu'une « goutte de vin doux »<sup>55</sup> ne peut pas être considérée comme suffisante. Très fréquemment, le traitement antidouleur est effectué avec des crèmes ou suppositoires antidouleur<sup>56</sup>. Bien que l'efficacité de ces méthodes soit loin d'être incontestée<sup>57</sup>, le projet de loi du gouvernement fédéral ayant mené à l'insertion du § 1631d dans le BGB tend à laisser suffire l'application de ces méthodes. Il ne revendique pas qu'au moins une anesthésie locale par injection ou même une anesthésie générale<sup>58</sup> soit appliquée<sup>59</sup>. La pratique d'une anesthésie générale étant considérée comme dangereuse pour un enfant nouveau-né<sup>60</sup>, s'il n'existait pas de traitement antidouleur suffisamment efficace à l'exception de l'anesthésie générale, jugée trop risquée pour une opération médicalement non nécessaire, il devrait s'ensuivre – si l'exigence de traitement selon les règles de l'art médical, et en particulier de traitement antidouleur efficace était prise au sérieux –, que les parents ne pourraient jamais consentir à une circoncision rituelle avant que l'enfant ait atteint un âge permettant l'anesthésie générale sans encourir un risque démesuré<sup>61</sup>. En Israël, d'après la présentation du projet de loi du gouvernement fédéral, les circoncisions des enfants âgés d'au moins six mois sont effectuées par des médecins en possession d'une licence de *mohel*, et sous anesthésie générale. C'est en vue de cette considération que le législateur allemand a permis, dans les conditions prévues au § 1631d alinéa 2 BGB, à certains non-médecins d'effectuer la circoncision rituelle des enfants âgés de moins de six mois<sup>62</sup>. Étant

---

54 TUTSCH Josef, art. cit., p. 20 (voir p. 28, p. 30) ; MANDLA Christoph, art. cit., p. 244 (voir p. 248).

55 KUPFERSCHMID Christoph, « Die Beschneidung von Knaben aus kinder- und jugendärztlicher Sicht », in FRANZ Matthias (éd.), *op. cit.*, p. 82 (voir p. 99).

56 Voir le site internet du *mohel* David GOLDBERG : [http://beschneidung-mohel.de/ablauf\\_und\\_heilungsprozess.html](http://beschneidung-mohel.de/ablauf_und_heilungsprozess.html) (date de consultation : 18-02-2015) ; SCHEINFELD Jörg, art. cit., p. 268 (voir p. 275 et s.).

57 KUPFERSCHMID Christoph, art. cit., p. 82 (voir p. 101 et s.) ; SCHÄFER Matthias, STEHR Maximilian, « Zur medizinischen Tragweite einer Beschneidung », in FRANZ Matthias (éd.), *op. cit.*, p. 109 (voir p. 115) ; voir aussi PUTZKE Holm, art. cit., p. 319 (voir p. 337 et s.).

58 Ceci est revendiqué par exemple par KUPFERSCHMID Christoph, art. cit., p. 82 (voir p. 101) ; SCHÄFER Matthias, STEHR Maximilian, art. cit., p. 109 (voir p. 115).

59 Présentation du projet de loi par le gouvernement fédéral sur l'étendue du soin de la personne lors de la circoncision de l'enfant mâle, imprimé du *Bundestag* n° 17/11295, p. 8 et s.

60 KUPFERSCHMID Christoph, art. cit., p. 82 (voir p. 101).

61 MANDLA Christoph, art. cit., p. 244 ; FISCHER Thomas, *Strafgesetzbuch*, 62<sup>e</sup> éd. 2015, § 223 n° 50 ; ESCHELBACH Ralf, art. cit., in von HEINTSCHEL-HEINEGG Bernd (éd.), *op. cit.*, § 223 n° 9.11.

62 Présentation du projet de loi par le gouvernement fédéral sur l'étendue du soin de la personne lors de la circoncision de l'enfant mâle, imprimé du *Bundestag* n° 17/11295, p. 9.



donné que le § 1631d alinéa 2 BGB ne porte aucune limite à la loi sur les stupéfiants (« Betäubungsmittelgesetz » – BtMG) et à la loi sur les substances pharmacologiques (« Arzneimittelgesetz » – AMG) qui réservent l’usage de telles substances aux seuls médecins (anesthésistes), il est clair que le législateur considère le traitement antidouleur avec les crèmes ou suppositoires habituels comme suffisant pour la circoncision des nouveau-nés.

Le cas échéant, il reviendra à un tribunal saisi d’une affaire portant sur une circoncision rituelle de requérir une expertise médicale pour élucider quel traitement antidouleur est exigé par les règles de l’art médical en l’espèce<sup>63</sup>. S’il est établi par une telle expertise qu’un traitement antidouleur efficace n’est possible que par des mesures d’anesthésie qui d’après le BtMG ou l’AMG relèvent des compétences reconnues au seul médecin, il est clair que le non-médecin effectuant la circoncision selon le § 1631d alinéa 2 BGB doit avoir recours à un médecin anesthésiste pour l’assister en matière de traitement antidouleur<sup>64</sup>.

### c) L’information requise par la loi

Le consentement n’est efficace d’après le § 630d alinéa 2 BGB que si le « patient » ou la personne autorisée à consentir ont été informés préalablement en conformité au § 630d alinéas 1 à 4 BGB. Étant donné que dans le cas du § 1631d BGB, il s’agit uniquement de la circoncision d’enfants ne disposant pas d’une capacité suffisante de discernement et de jugement, il est clair que l’information doit s’adresser aux parents selon le § 630e alinéa 4 BGB. L’information doit porter sur toutes les circonstances essentielles pour le consentement (§ 630d alinéa 1 BGB). En dépit de ce qu’on pourrait lire dans la formulation du § 630e alinéa 4 BGB qui fait référence expresse à l’alinéa 3 du § 630e BGB, les parents n’ont pas – contrairement au patient lui-même s’il a la capacité de consentir – le droit de renoncer à l’information médicale, puisque le consentement porte sur une atteinte au droit subjectif d’un tiers<sup>65</sup> que les parents ne prennent en charge que de manière fiduciaire.

L’étendue de l’information requise est très vaste selon le § 630e alinéa 1, 2<sup>e</sup> phrase BGB, qui est formulé comme suit : « En particulier, la nature de la mesure médicale, son étendue, ses modalités, les conséquences probables et les risques de la mesure, ainsi que sa nécessité, son urgence, son aptitude et ses

63 SPICKHOFF Andreas, *op. cit.*, § 1631d BGB n° 8 ; SPICKHOFF Andreas, art. cit., 2013, p. 337 (voir p. 340).

64 STUMPF Gerrit Helmuth, « Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit ritueller Beschneidungen – Zugleich ein Beitrag zu den Vor- und Nachteilen einer gesetzlichen Regelung », *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2013, p. 141 (voir p. 151).

65 Présentation du projet de loi par le gouvernement fédéral pour l’amélioration des droits des patients, imprimé du Bundestag n° 17/10488, p. 25 ; SCHEINFELD Jörg, art. cit., p. 268 (voir p. 278).

chances de succès au regard du diagnostic ou de la thérapie font partie [des circonstances essentielles sur lesquelles doit porter l'information]. » Il en résulte que l'information doit porter sur les risques de l'opération elle-même, mais également sur les risques corporels et psychiques relatifs à la sexualité ultérieure, comme par exemple la désensibilisation du gland<sup>66</sup>. Dans la littérature spécialisée médicale et psychologique, un nombre considérable de risques éloignés de ce type est discuté<sup>67</sup>. Il est vrai que l'importance de ces suites potentielles est contestée par certains auteurs. Le cas échéant, ces questions doivent alors faire l'objet d'une expertise médicale ou psychologique ordonnée par un tribunal saisi d'une affaire de circoncision.

De toute façon, selon l'état actuel des connaissances, la personne effectuant l'opération est bien avisée de ne pas complètement passer sous silence les risques corporels et psychologiques éloignés. Si elle veut être certaine que le consentement soit efficace, elle doit au moins, tout en précisant la qualité de ces risques, informer les parents du fait qu'il y a des discussions sur l'importance des suites éventuelles. Il est reconnu en jurisprudence et en doctrine que l'information sur les risques du traitement doit être d'autant plus détaillée et doit inclure des risques d'autant plus lointains et improbables que la nécessité médicale du traitement est faible<sup>68</sup>. En l'absence totale de nécessité médicale, par exemple dans certains cas d'opérations esthétiques, l'information requise doit même être

---

66 SCHEINFELD Jörg, « Die Knabenbeschneidung im Lichte des Grundgesetzes », in FRANZ Matthias (éd.), *op. cit.*, 2014, p. 358 (voir p. 378). Une liste des complications potentielles se trouve sur le site internet de l'École de Stanford pour la médecine (*Stanford School of Medicine*) : <http://newborns.stanford.edu/CircComplications.html> (date de consultation : 18-02-2015) ; voir aussi SCHÄFER Matthias, STEHR Maximilian, art. cit., in FRANZ Matthias, *op. cit.*, p. 109 ; SCHEINFELD Jörg, art. cit., p. 268 (voir p. 277).

67 Voir par exemple KUPFERSCHMID Christoph, art. cit., p. 82 (voir p. 198 et s.) ; SCHÄFER Matthias, STEHR Maximilian, art. cit., p. 109 (voir p. 115 et s.) ; FRANZ Matthias, art. cit., p. 130 et s. ; DE KLERK Adriaan, « Die Bedeutung der Kastrationsangst und der Beschneidung in Freuds Leben und Werk », in FRANZ Matthias (éd.), *op. cit.*, p. 190 (voir p. 191 et s.) ; PUTZKE Holm, art. cit., p. 319 (voir p. 340 et s.).

68 *Bundesgerichtshof*, arrêt du 10 février 1959 – n° d'aff. 5 StR 533/58 –, *Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen*, 12, p. 379 (voir p. 382 et s.) ; présentation du projet de loi par le gouvernement fédéral sur l'étendue du soin de la personne lors de la circoncision de l'enfant mâle, imprimé du *Bundestag* n° 17/11295, p. 17 et s. ; SCHEINFELD Jörg, art. cit., p. 268 (voir p. 276 et s.) ; sur l'information médicale dans un cas de circoncision qui d'ailleurs était médicalement nécessaire *Oberlandesgericht* Oldenbourg, arrêt du 2 juillet 1991 – n° d'aff. 5 U 23/91 –, *Versicherungsrecht*, 1992, p. 1005.

« rigoureuse<sup>69</sup> » ou « impitoyable<sup>70</sup> »<sup>71</sup>. Ceci s'applique aussi en matière de circoncision rituelle<sup>72</sup>.

Néanmoins, le ministère public auprès du tribunal de grande instance de Hof n'a pas recherché les preuves nécessaires pour mettre en examen judiciaire un *mohel* qui avait informé les parents de nouveau-nés que ceux-ci avaient une sensibilité peu développée à la douleur et qui a, par conséquent, effectué le traitement antidouleur avec des crèmes ou suppositoires. Le ministère public n'a même pas thématiqué la question du traitement antidouleur et de l'information préalable<sup>73</sup>.

Il va de soi que l'information doit aussi porter sur l'absence de nécessité médicale.

#### d) Le traitement par un médecin

Il est un élément essentiel des règles de l'art médical selon lequel les interventions médicales soient exclusivement effectuées par un médecin qui, seul, par le fait de sa formation professionnelle, dispose de la capacité d'appliquer ces règles et d'agir conformément aux standards professionnels. Certaines exceptions à ce principe sont pourtant prévues par la loi, comme par exemple la loi sur les guérisseurs reconnus par l'État (« Heilpraktikergesetz ») ou, spécifiquement en

69 « Drastisch » : STEFFEN Erich, PAUGE Burkhard, *Arzthaftungsrecht*, München, C.H. Beck, 12<sup>e</sup> éd., 2012, n° 471.

70 « Schonungslos » : présentation du projet de loi par le gouvernement fédéral pour l'amélioration des droits des patients, imprimé du *Bundestag* n° 17/10488, p. 25.

71 *Oberlandesgericht* de Oldenbourg, arrêt du 30 mai 2000 – n° d'aff. 5 U 218/99 –, *Versicherungsrecht*, 2001, p. 1381 ; *Oberlandesgericht* de Francfort, arrêt du 11 octobre 2005 – n° d'aff. 8 U 47/04 –, *Medizinrecht*, 2006, p. 294 ; *Oberlandesgericht* de Dusseldorf, arrêt du 20 mars 2003 – n° d'aff. 8 U 18/02 –, *Versicherungsrecht*, 2003, p. 1579 ; *Oberlandesgericht* de Munich, arrêt du 19 septembre 1985 – n° d'aff. 24 U 117/85 –, *Medizinrecht*, 1988, p. 187 ; *Oberlandesgericht* de Hamm, arrêt du 29 mars 2006 – n° d'aff. 3 U 263/05 –, *Versicherungsrecht*, 2006, p. 1511 ; présentation du projet de loi par le gouvernement fédéral pour l'amélioration des droits des patients, imprimé du *Bundestag* n° 17/10488, p. 25 ; MANSSEL Heinz-Peter, in JAUERNIG Othmar (éd. d'origine), *Kommentar zum BGB*, München, C.H. Beck, 15<sup>e</sup> éd., 2014, § 630e n° 2 ; WEVER Carolin, in BERGMANN Karl Otto, PAUGE Burkhard, STEINMEYER Heinz-Dietrich (éds.), *Gesamtes Medizinrecht*, München, C.H. Beck, 2<sup>e</sup> éd., 2014, § 630e n° 21.

72 Voir *Oberlandesgericht* de Hamm, ordonnance du 30 août 2013 – n° d'aff. 3 UF 133/13 –, *NJW* 2013, p. 3662 (voir p. 3663 et s.) ; ESCHELBACH Ralf, *op. cit.*, § 223 n° 9.10, 35.5 ; ESER Albin, in SCHÖNKE Adolf, SCHRÖDER Horst (éds. d'origine), *Strafgesetzbuch*, München, C.H. Beck, 29<sup>e</sup> éd. 2014, § 223 n° 12h.

73 Voir le communiqué de presse du ministère public auprès du tribunal de grande instance de Hof concernant son refus d'ouvrir une instruction contre le *mohel* David GOLDBERG, publié sur le site internet suivant : [www.justiz.bayern.de/sta/sta/ho/presse/archiv/2013/03854/](http://www.justiz.bayern.de/sta/sta/ho/presse/archiv/2013/03854/) ; voir aussi les informations sur internet de David GOLDBERG : [http://beschneidung-mohel.de/ablauf\\_und\\_heilungsprozess.html](http://beschneidung-mohel.de/ablauf_und_heilungsprozess.html) (date de consultation : 18-02-2015).

matière de circoncision rituelle, au § 1631d alinéa 2 BGB. Ainsi, lorsque les conditions énoncées par cette disposition sont remplies, une violation des règles de l'art médical ne peut pas être déduite du seul fait qu'un non-médecin ait effectué la circoncision.

À l'inverse, il n'est possible de déroger au principe de la compétence exclusive du médecin que dans les conditions nommées au § 1631d alinéa 2 BGB. Par conséquent, si contrairement à cette disposition, la personne effectuant la circoncision n'est pas spécialement formée pour cela ou ne dispose pas d'une compétence comparable à celle d'un médecin, le consentement est inefficace, même si l'opération est ensuite accomplie sans faute de traitement de la part de l'opérateur. Le circonciseur, s'il agit en connaissance de son manque de formation ou de compétence comparable à celle d'un médecin, accompli des blessures corporelles intentionnelles par application du § 223 alinéa 1 StGB et ceci, sans justification parce qu'il connaissait les faits conduisant à l'inefficacité du consentement. Si, par contre, la personne pensait disposer d'une compétence comparable à celle d'un médecin pour effectuer des circoncisions (ce qui paraît plausible lorsqu'elles s'est soumise à une formation spécialisée notamment dans un pays étranger), il s'agit d'un délit de blessures corporelles involontaires d'après le § 229 StGB, puisque la personne aurait dû comparer de manière scrupuleuse les compétences d'un médecin spécialisé avec ses propres compétences.

#### **4. L'exception de la compromission du bien de l'enfant**

Selon le § 1631d alinéa 1, 2<sup>e</sup> phrase BGB, le droit des parents de consentir à une circoncision rituelle est exclu lorsque la circoncision compromettrait le bien de l'enfant. Naturellement, le fait seul qu'une telle opération est envisagée sans indication médicale ne tombe pas sous le coup de cette exception, vu l'intention du législateur de permettre par principe que les parents consentent à une circoncision en l'absence d'une telle indication.

Or, la loi elle-même énonce qu'un danger pour le bien de l'enfant peut résulter de la finalité de la circoncision. La présentation du projet de loi donne comme exemples la circoncision pour des raisons purement esthétiques ou pour rendre la masturbation plus difficile<sup>74</sup>. Ces considérations n'entrent toutefois pas strictement dans le cadre de cette étude dédiée à la circoncision rituelle uniquement.

Au-delà des mobiles et de la finalité, d'autres situations dans lesquelles la circoncision met en danger le bien de l'enfant sont concevables, le § 1631d alinéa 1, 2<sup>e</sup> phrase BGB n'évoquant la finalité qu'entre autres éléments à prendre en considération. Il ne peut pourtant pas s'agir de dangers qui résultent d'un

---

74 Présentation du projet de loi par le gouvernement fédéral sur l'étendue du soin de la personne lors de la circoncision de l'enfant mâle, imprimé du *Bundestag* n° 17/11295, p. 18.

manque d'observation des règles de l'art médical puisque ceux-ci sont déjà visés par le § 1631d alinéa 1, 1<sup>ère</sup> phrase BGB. Si par exemple un enfant hémophile est circoncis, l'opération met certainement l'enfant en danger ; pourtant il s'agit déjà d'une infraction aux règles de l'art médical, si bien qu'il n'y a pas lieu de recourir à la notion plus floue du bien de l'enfant<sup>75</sup>. Il m'apparaît donc que l'exception de la compromission du bien de l'enfant est significative surtout dans deux hypothèses : la violation de l'obligation d'explication du § 630e alinéa 5 BGB par la personne effectuant l'opération, et la déclaration du consentement parental en violation du § 1626 alinéa 2 BGB.

Le contenu du § 1626 alinéa 2 BGB a déjà été évoqué dans cet article sous le point I-2-b) : à partir d'une certaine capacité de compréhension de l'enfant, les parents doivent le faire participer aux processus de décision dans les matières relevant du soin parental, et donc en particulier en matière de circoncision rituelle. Cette obligation est assortie de l'obligation pesant sur la personne effectuant la circoncision d'expliquer à l'enfant les circonstances essentielles du traitement avisé, dans la mesure où, là aussi, l'enfant est capable d'appréhender ces explications. Il y a lieu de préciser que l'importance de l'obligation énoncée au § 630e alinéa 5 BGB ne peut être sous-estimée : dans une ordonnance du 23 mars 2011, le *Bundesverfassungsgericht* a décidé qu'il est requis constitutionnellement qu'un patient, même incapable de consentir, soit informé des circonstances essentielles d'un traitement préalablement à sa réalisation, et qu'il faille au moins essayer sincèrement, en prenant le temps nécessaire, et sans exercer de pression, d'obtenir son accord<sup>76</sup>. En l'absence d'une telle approche, s'ouvre la voie d'une violation de l'article 2 alinéa 2, 1<sup>ère</sup> phrase GG qui garantit le droit à l'intégrité corporelle ainsi que le droit à l'autodétermination à ce sujet<sup>77</sup>. C'est en appliquant cette décision que le législateur a inséré le § 630e alinéa 5 dans le BGB<sup>78</sup>.

Au regard du § 1626 alinéa 2 BGB mais également du § 1631 alinéa 2 BGB qui garantit à l'enfant le droit à être éduqué sans violence et interdit aux parents toute violation psychique ou autre mesure dégradante, les parents sont tenus de prendre sérieusement en considération la volonté de l'enfant exprimée à l'encontre d'une circoncision<sup>79</sup>. Il est pourtant discuté si seule la volonté

75 SCHEINFELD Jörg, art. cit., 2013, p. 268 (voir p. 279 note 135).

76 Bundesverfassungsgericht, ordonnance du 23 mars 2011 – n° d'aff. 2 BvR 882/09 –, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2011, p. 2013 (voir p. 2115).

77 *Ibid.*, (voir p. 2114).

78 Recommandation et rapport de la commission du *Bundestag* pour la santé concernant la présentation du projet de loi par le gouvernement fédéral pour l'amélioration des droits des patients, imprimé du *Bundestag* n° 17/11710, p. 29.

79 Présentation du projet de loi par le gouvernement fédéral sur l'étendue du soin de la personne lors de la circoncision de l'enfant mâle, imprimé du *Bundestag* n° 17/11295, p. 18 ;

naturelle peut suffire<sup>80</sup> ou s'il doit s'agir plutôt d'une volonté qualifiée, au sens d'une volonté exprimée précisément à l'encontre de l'opération spécifique en cause, ce qui présuppose toutefois un minimum de compréhension de la nature et des effets de l'intervention<sup>81</sup>. Étant donné que le § 1626 alinéa 2 BGB fait référence au niveau de développement de l'enfant et à sa capacité croissante d'agir de façon autonome, il me paraît préférable dans le cadre de l'application de cette disposition d'exiger une telle compréhension de la part de l'enfant et donc de revendiquer l'expression d'une volonté précise à l'encontre de l'opération spécifique pour que les parents soient obligés de la prendre sérieusement en considération.

Au vu du caractère intime, irrévocable et médicalement non nécessaire de l'opération, il ne me semble pas possible que les parents prennent une décision allant à l'encontre de l'expression d'une volonté qualifiée de l'enfant. Les obligations de prendre en considération la volonté de l'enfant et de « rechercher l'accord mutuel » selon le § 1626 alinéa 2 BGB s'intensifient donc pour prendre la forme d'une obligation stricte de respecter la volonté de l'enfant<sup>82</sup>. Celui-ci dispose ainsi d'un droit de véto en matière de circoncision rituelle<sup>83</sup> pourvu, encore une fois, qu'il ait atteint un niveau de développement lui permettant de discuter de l'opération et qui oblige la personne effectuant l'opération à des explications à l'égard de l'enfant conformément au § 630e alinéa 5 BGB. Le consentement parental donné en dépit de l'expression du véto de l'enfant met le bien de celui-ci en danger.

L'*Oberlandesgericht* de Hamm a jugé que le bien de l'enfant était compromis si les parents sont incapables d'accompagner leur enfant à l'opération et de le soutenir pendant celle-ci<sup>84</sup>.

---

*Oberlandesgericht* de Hamm, ordonnance du 30 août 2013 – n° d'aff. 3 UF 133/13 –, NJW 2013, p. 3662 (voir p. 3663) ; RAKETE-DOMBEK Ingeborg, art. cit., § 1631d n° 7.

80 ESCHELBACH Ralf, *op. cit.*, § 223 n° 35.6 ; HERZBERG Rolf Dietrich, « Die Beschneidung gesetzlich gestatten ? », *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2012, p. 486 (voir p. 495).

81 ESER Albin, *op. cit.*, § 223 n° 12g ; HÖRNLE Tatjana, HUSTER Stefan, « Wie weit reicht das Erziehungsrecht der Eltern ? Am Beispiel der Beschneidung von Jungen », *Juristenzeitung*, 2013, p. 328 (voir p. 338).

82 Dans ce sens voir aussi SCHEINFELD Jörg, art. cit., p. 268 (voir p. 280).

83 ESER Albin, *op. cit.*, § 223 n° 12g ; ESCHELBACH Ralf, *op. cit.*, § 223 n° 35.6.

84 *Oberlandesgericht* de Hamm, ordonnance du 30 août 2013 – n° d'aff. 3 UF 133/13 –, NJW 2013, p. 3662 (voir p. 3664).

## II. LES IMPLICATIONS CONSTITUTIONNELLES DU § 1631d BGB

Le § 1631d BGB a été critiqué par de nombreux auteurs. Or, puisqu'il fait partie du droit positif, la critique ne semble pas être trop significative au premier regard. Pourtant, il y a lieu de se rendre compte qu'une bonne partie de la critique invoque l'inconstitutionnalité de la disposition. L'inconstitutionnalité est un argument qui, s'il est pertinent, peut mener à ce que le *Bundesverfassungsgericht*, saisi par un recours constitutionnel<sup>85</sup> ou par une procédure de décision préalable, annule cette loi. Le *Landgericht* de Cologne, dans son jugement du 7 mai 2012, a fondé sa décision sur la prise en considération des droits fondamentaux constitutionnellement garantis de l'enfant à l'autodétermination et à son intégrité corporelle d'une part, et du droit fondamental des parents à la liberté religieuse et au soin parental d'autre part.

### A. LES DROITS FONDAMENTAUX DE L'ENFANT EN CAUSE

Il est clair que l'article 2 alinéa 1 GG comporte le droit de chacun – donc aussi de l'enfant – à l'autodétermination. En matière de sexualité et en ce qui concerne la sphère intime, l'existence de ce droit découle notamment d'une considération d'ensemble intégrant la garantie de la dignité humaine de l'article 1 alinéa 1 GG. De plus, l'article 2 alinéa 2 GG confère à l'enfant le droit à l'intégrité corporelle qui, s'il s'agit d'aspects concernant la sphère intime, comme c'est le cas lors d'une circoncision du pénis, organe sexuel, fait partie du champ relevant du droit à la dignité humaine<sup>86</sup>. Or, bien que les droits fondamentaux soient principalement des droits de défense contre l'État, ils comportent en même temps une obligation de protection de l'État<sup>87</sup> : la question qui se pose est donc de savoir si le législateur, en adoptant le § 1631d BGB, a violé son obligation de protéger les droits fondamentaux de l'enfant<sup>88</sup>.

85 Voir en matière de circoncision rituelle déjà *Bundesverfassungsgericht*, ordonnance du 13 février 2013 – n° d'aff. 1 BvQ 2/13 –, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2013, p. 530 ; *Bundesverfassungsgericht*, ordonnance du 8 février 2013 – n° d'aff. 1 BvR 102/13 –, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2013, p. 685 ; le *Bundesverfassungsgericht* a cependant déclaré les deux recours irrecevables parce que la circoncision en question n'avait déjà pas répondu aux critères du § 1631d BGB (aff. 1 BvQ 2/13) et parce que le demandeur n'avait pas suffisamment tenté d'obtenir une protection judiciaire (aff. 1 BvR 102/13).

86 SCHEINFELD Jörg, art. cit., in FRANZ Matthias (éd.), *op. cit.*, p. 358 (voir p. 364 et s.) ; ESCHELBACH Ralf, *op. cit.*, § 223 n° 9.6.

87 SCHEINFELD Jörg, *op. cit.*, p. 358 (voir p. 364 et s.).

88 ESCHELBACH Ralf, *op. cit.*, § 223 n° 9.

Il est également clair que toute circoncision, indépendamment de ses objectifs, touche aux droits fondamentaux de l'enfant à l'intégrité corporelle, pour la simple raison qu'il s'agit d'une blessure corporelle immédiate<sup>89</sup>. Il est absolument sans importance, à ce point de l'examen juridique, qu'il y ait ou non un risque de suites lointaines. La blessure corporelle qui consiste dans l'amputation du prépuce est un fait. De plus, étant donné que ce sont les parents qui prennent la décision pour l'enfant, il s'agit naturellement aussi d'une atteinte au droit à l'autodétermination.

De plus, la circoncision étant l'expression de l'appartenance à la religion juive ou musulmane, il est discuté du point de savoir si le § 1631d BGB comporte une atteinte au droit à la liberté religieuse négative de l'enfant, garantie par l'article 4 alinéa 1 GG, étant donné qu'il s'agit d'une sorte de sceau religieux ineffaçable<sup>90</sup>.

## B. LES DROITS FONDAMENTAUX DES PARENTS

Les parents disposent du droit à la liberté religieuse, notamment du droit au libre exercice des cultes selon l'article 4 alinéa 2 GG. De plus, leur droit – et devoir – de soin et d'éducation de leurs enfants est garanti constitutionnellement par l'article 6 alinéa 2, 1<sup>ère</sup> phrase GG. Conformément à l'article 6 alinéa 2, 2<sup>e</sup> phrase GG la communauté de l'État veille sur l'exercice de ce droit et devoir parental. Enfin, le droit parental comporte le droit à l'éducation religieuse de l'enfant.

En doctrine, il est pourtant vivement contesté que la liberté religieuse des parents soit un droit fondamental qui doit être pris en considération en matière de circoncision rituelle : la liberté religieuse, même par rapport à son « for externe » protégé par l'article 4 alinéa 2 GG, ne donnerait aucun droit à porter atteinte aux droits de tierces personnes. Le droit au libre exercice des cultes finirait donc là où commence la sphère juridique d'autrui<sup>91</sup>. Cette argumentation qui me semble pertinente, peut se fonder en outre sur l'article 136 alinéas 1 et 4 de la *Weimarer Reichsverfassung* (WRV - Constitution de la République de Weimar) qui font partie du *Grundgesetz* selon l'article 140 GG. Les alinéas 1 et 4 de l'article 136 WRV énoncent :

« (1) Les droits et devoirs civils et civiques ne sont ni conditionnés ni limités par l'exercice de la liberté religieuse.

---

89 *Ibid.*, § 223 n° 9.1.

90 SCHEINFELD Jörg, art. cit., p. 358 (voir p. 365 et s.) ; ESCHELBACH RALF, *op. cit.*, § 223 n° 35.3 ; MANDLA Christoph, art. cit., p. 244.

91 SCHEINFELD Jörg, *op. cit.*, p. 358 (voir p. 371 et s.) ; FISCHER Thomas, *op. cit.*, § 223 n° 48.



Nul ne peut être forcé à un acte ou à une solennité ecclésiastiques ou à la participation à des exercices religieux ou à l'emploi d'une formule de serment religieuse. »

Il s'ensuit que la liberté religieuse est tout à fait inapte à justifier des atteintes à l'intégrité physique ou à d'autres droits fondamentaux d'autrui. En effet, le respect des droits de toute autre personne est un des devoirs civils visés par l'article 136 alinéa 1 WRV et une circoncision rituelle a un caractère tellement proche des actes mentionnés à l'alinéa 4 de l'article 136 WRV que l'enfant ne peut pas y être soumis uniquement en raison de la liberté religieuse de ses parents. Ce n'est donc pas la liberté religieuse des parents qui l'emporte sur le droit à l'intégrité corporelle de l'enfant, mais le droit à l'intégrité corporelle qui l'emporte sur la liberté religieuse. Ceci est une énonciation centrale des dispositions citées<sup>92</sup>.

Par conséquent, il faut plutôt partir du droit à l'éducation religieuse en tant qu'élément du droit parental. On peut d'ailleurs se demander si une circoncision peut vraiment être qualifiée d'acte d'« éducation » ; mais il s'agit là d'une question terminologique qu'on ne pourra résoudre qu'au moyen de l'interprétation<sup>93</sup>. Surtout, se pose la question des limites du droit parental vis-à-vis des droits constitutionnels de l'enfant. Dans ce contexte, plusieurs aspects sont discutés.

D'abord, le droit parental doit être exercé par les parents dans le seul intérêt du bien de l'enfant<sup>94</sup>. Certains auteurs raisonnent toutefois de telle manière que les circoncisions rituelles soient effectuées dans l'intérêt des parents plutôt que celui de l'enfant : car si les parents veulent la circoncision de l'enfant à tout prix, celle-ci est favorable à leur propre bien psychique, qui n'est pas nécessairement identique à celui de l'enfant<sup>95</sup>. Pourtant, cette argumentation ne me semble pas tenir suffisamment compte des intérêts en cause : bien qu'il soit vrai que la circoncision soit favorable au bien psychique des parents, ceux-ci sont normalement convaincus qu'ils agissent non seulement dans leur propre intérêt, mais aussi dans l'intérêt et en faveur du bien et salut spirituel de l'enfant, étant donné qu'ils visent à satisfaire un devoir religieux qui leur incombe en faveur de l'enfant. On ne peut donc pas exclure a priori la circoncision religieuse du

92 HERZBERG Rolf Dietrich, art. cit., p. 267 (voir p. 278 et s., p. 283 et s.) ; SCHEINFELD Jörg, art. cit., p. 358 (voir p. 372) ; HERZBERG Rolf Dietrich, « Der Abwägungsgedanke und der "evidenzbasierte Blick" in der Beschneidungsdebatte », *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2014, p. 56 (voir p. 57).

93 SCHEINFELD Jörg, art. cit., p. 358 (voir p. 375).

94 BADURA Peter, in MAUNZ Gerhard, DÜRIG Günter (éds. d'origine), *Grundgesetz*, München, C.H. Beck, 72<sup>e</sup> éd., 2014, Art. 6 n° 111 et s., 115.

95 WALTER Tonio, art. cit., p. 1110 (voir p. 1114) ; HERZBERG Rolf Dietrich, art. cit., p. 267 (voir p. 304 et s.) ; *ibid.*, « Der Abwägungsgedanke... », art.cit., p. 56 (voir p. 60) ; FISCHER Thomas, *op. cit.*, § 223 n° 48.

champ d'application du droit parental. Il faut plutôt mettre en balance le droit parental et les droits fondamentaux de l'enfant en cause<sup>96</sup>.

### C. LA MISE EN BALANCE DES DROITS DE L'ENFANT ET DU DROIT PARENTAL

Pour effectuer cette mise en balance, il faut d'abord se rappeler que le droit parental est un droit qui ne doit être exercé que de manière fiduciaire et dans l'intérêt exclusif de l'enfant. Une altération corporelle permanente dans le sens d'un fait accompli sur lequel l'enfant ne pourra jamais revenir, ne peut donc être justifiée par le droit parental que si elle comporte pour l'enfant des bénéfices objectifs et évidents. À défaut de tels bénéfices, les droits à l'autodétermination et à l'intégrité corporelle de l'enfant pèsent plus lourd que le droit parental, lequel doit servir au développement personnel de l'enfant et non pas des parents<sup>97</sup>. La liberté religieuse, on l'a vu, ne joue aucun rôle en faveur de la position des parents dans la mise en balance, le champ d'application de cette liberté finissant là où la sphère juridique d'autrui commence.

De plus, si on fait prévaloir les droits à l'autodétermination, à l'intégrité corporelle et à la liberté religieuse négative de l'enfant sur le droit parental, rien ne fait obstacle à ce que l'enfant décide plus tard, quand il aura atteint un âge lui permettant de discerner et de juger lui-même les avantages et inconvénients d'une circoncision rituelle, en vue de se soumettre de son propre gré à une telle opération<sup>98</sup>. La solution choisie dans cet article offre donc toutes les options à l'enfant, tandis que l'acceptation d'un droit des parents de consentir à une circoncision rituelle supprime à l'enfant l'option de ne pas être circoncis. Puisque une circoncision touche à la sexualité et à la sphère intime de l'enfant, on peut même argumenter qu'une représentation par les parents ne puisse par principe pas avoir lieu, étant donné qu'il s'agit d'une atteinte à des droits subjectifs attachés à la personne et ne pouvant être cédés<sup>99</sup>.

En conclusion, des arguments très forts se dessinent contre la constitutionnalité du § 1631d BGB. Ce résultat, face à la responsabilité particulière des Allemands à l'égard de la communauté juive à la suite de l'Holocauste,

---

96 FISCHER Thomas, *ibid.*

97 HERZBERG Rolf Dietrich, art. cit., p. 267 (p. 302 et s.) ; *ibid.*, « Der Abwägungsgedanke... », art. cit., p. 56 (voir p. 59) ; ESCHELBACH RALF, *op. cit.*, § 223 n° 35.3.

98 HERZBERG Rolf Dietrich, art. cit., p. 267 (p. 304) ; SCHEINFELD Jörg, art. cit., p. 358 (voir p. 375 et s.).

99 SCHEINFELD Jörg, art. cit., p. 358 (voir p. 365).

comporte un aspect inquiétant<sup>100</sup>. Pourtant, l'appréciation constitutionnelle me semble assez claire. Il n'est pas du tout exclu que le § 1631d BGB soit déclaré inconstitutionnel par le *Bundesverfassungsgericht*<sup>101</sup>.

## CONCLUSION

Le § 1631d BGB permet largement les circoncisions rituelles des enfants. Cependant, des doutes significatifs pèsent sur la constitutionnalité de cette disposition. En outre, les droits fondamentaux en cause de l'enfant exigent que leur prépondérance par rapport au droit parental en matière de circoncision soit prise en considération pour l'interprétation du § 1631d BGB. Jusqu'à une déclaration d'inconstitutionnalité de la part du *Bundesverfassungsgericht*, tout circonciseur ainsi que les parents de l'enfant circoncis sont soumis à une erreur de droit inévitable dans le sens du § 17 StGB et n'encourent donc pas de condamnation pénale, pourvu que les conditions du § 1631d BGB soient remplies<sup>102</sup>.

---

100 Dans ce sens voir ISENSEE Josef, art. cit., p. 317 (voir p. 327) ; GROSSMANN Sven, « § 1631d Abs. 2 BGB – Gelungener Ausgleich zwischen Grundrechten und Staatsräson ? », *Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht*, 2013, p. 515 (voir p. 523) ; ANOMO Jennifer, « Der Gesetzesentwurf der Bundesregierung über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes », *Juristische Ausbildung*, 2013, p. 425.

101 Le § 1631d BGB est considéré comme constitutionnel notamment par l'*Oberlandesgericht* de Hamm, ordonnance du 30 août 2013 – n° d'aff. 3 UF 133/13 –, *NJW* 2013, p. 3662 ; HÖRNLE Tatjana, HUSTER Stefan, art. cit., 328 ; HÖFLING Wolfram, « Die Entscheidung über die Beschneidung männlicher Kinder als Element des verfassungsrechtlichen Elternrechts », *Gesundheitsrecht*, 2013, p. 463 ; RIXEN Stephan, « Das Gesetz über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes », *Neue Juristische Wochenschrift*, 2013, p. 257 ; PEKÁREK Hendrik, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2013, p. 514 ; RING Gerhard, « Die medizinisch nicht indizierte Beschneidung von Jungen im deutschen Recht – zur Rechtslage seit dem 28.12.2012 », *Neue Justiz*, 2013, p. 148 ; GERMANN Michael, « Die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes vom 20. 12. 2012 », *Medizinrecht*, 2013, p. 412 ; YALCIN Ünal, « Zur Strafbarkeit der Beschneidung – Ein Plädoyer für die elterliche Sorge », *Betrifft Justiz*, 2012, p. 380.

102 HERZBERG Rolf Dietrich, « Ethische und rechtliche Aspekte der Genitalbeschneidung », in FRANZ Matthias (éd.), *op. cit.*, p. 267 (voir p. 316) ; ESCHELBACH Ralf, *op. cit.*, § 223 n° 9.5 et s., 35.4.

# La circoncision en Scandinavie<sup>1</sup>

LARS FRIEDNER

Cette contribution entend décrire la situation concernant la circoncision dans les pays scandinaves, notamment au Danemark, en Norvège et en Suède.

Traditionnellement, la circoncision n'a pas fait l'objet de débat en Scandinavie. Elle est probablement pratiquée depuis des siècles au sein de la minorité juive pour des raisons religieuses et culturelles. Les minorités culturelles, originaires d'Afrique ou du Moyen-Orient, apparues progressivement dans les sociétés scandinaves, effectuent sans doute également la circoncision. Sa pratique, pour des raisons autres que médicales, est restée ignorée des populations scandinaves majoritaires.

## I. SUÈDE

### A. REPÈRES HISTORIQUES

En 1997, les questions juridiques liées à la circoncision ont surgi à l'occasion d'un verdict de la Cour suprême de Suède<sup>2</sup>. Dans cette affaire, un homme

---

1 Traduit de l'anglais par Johnson Language services LTD.

2 NJA, 1997, p. 636.

d'origine palestinienne ayant exercé en Palestine en qualité de chirurgien, principalement en orthopédie, mais ne possédant pas de diplôme suédois de médecine, a été accusé d'agression. Il avait pratiqué la circoncision sur six jeunes garçons âgés de un à six ans. Les enfants n'avaient pas été anesthésiés. La Cour suprême a constaté que les parents des garçons avaient donné leur consentement pour la circoncision. Dans la mesure où du consentement donné résulte la non-culpabilité de l'auteur de l'agression, la Cour suprême a débattu du droit des parents à donner leur consentement pour une circoncision sans anesthésie. La Cour a poursuivi : « Si le principe devait être établi que seule la circoncision sous anesthésie est autorisée, elle ne pourrait alors être réalisée, dans la pratique, que par des personnels des services de santé. Ceci semble impliquer une atteinte aux traditions encore vivantes à ce jour des juifs et des musulmans. » La Cour a fait quelques commentaires sur les conditions d'hygiène, mais a conclu que ni ces insuffisances, ni les autres questions soulevées lors de cette affaire ne pouvaient constituer un motif pour déclarer le consentement des gardiens de l'enfant non valable. L'accusé a été libéré.

Cette affaire a suscité des débats dans les médias et ailleurs. Le Gouvernement a demandé à un groupe de travail de superviser la législation sur la circoncision afin de garantir que l'intervention soit pratiquée selon les engagements de la Suède conformément à la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant. Le groupe de travail a présenté son rapport en l'an 2000<sup>3</sup>. En 2001, s'appuyant sur ce rapport, le Gouvernement a présenté au Parlement un projet de loi proposant une loi spéciale sur la circoncision<sup>4</sup>. Parmi les dispositions prévues dans le projet de loi, on notera les suivantes : la circoncision devrait être pratiquée accompagnée de « l'anesthésie nécessaire »<sup>5</sup>, elle peut être effectuée uniquement par un médecin agréé ou une personne avec une autorisation spéciale<sup>6</sup>, une personne autre qu'un médecin agréé ne peut pas pratiquer de circoncision sur un garçon âgé de plus de deux mois<sup>7</sup>, une autorisation spéciale peut être accordée à une personne proposée par une communauté religieuse au sein de laquelle la circoncision fait partie de la tradition religieuse. La personne doit également être jugée apte à pratiquer l'intervention selon les dispositions applicables<sup>8</sup>.

Un projet de loi du Gouvernement est généralement accepté par le Parlement, si la situation politique est celle d'un gouvernement soutenu par une

3 Ds 2000:5.

4 Prop. 2000/01:81.

5 4 §.

6 5 §.

7 *Ibid.*

8 6 §.

majorité parlementaire. Mais cette fois-ci le projet de loi a quelque peu été modifié lors du processus parlementaire. Des partis soutenant habituellement le Gouvernement ont eux aussi présenté plusieurs propositions de loi d'initiative parlementaire sur cette question, parallèlement au projet de loi du Gouvernement. Ces propositions de loi préconisaient les dispositions suivantes : seuls des personnels médicaux qualifiés devraient être autorisés à effectuer les circoncisions, une anesthésie devrait toujours être administrée, la circoncision devrait être autorisée uniquement pour des garçons d'un certain âge et en mesure de donner leur propre consentement, la nouvelle loi devrait être prise pour une période limitée uniquement<sup>9</sup>.

La Commission sociale parlementaire a tenu des audiences avec les représentants des communautés juives et musulmanes, le médiateur de l'État pour les enfants en Suède, le Conseil national suédois d'éthique médicale, la Société suédoise de médecine, le Bureau national pour la santé et le bien-être ainsi que le ministère de la Santé et des Affaires sociales. Ensuite, la Commission a proposé au Parlement une version modifiée du projet de loi gouvernemental. La nouvelle version énonçait que l'intervention devait toujours être pratiquée sous anesthésie, elle-même effectuée par un médecin ou un infirmier agréé<sup>10</sup>. La Commission a également proposé que le Gouvernement remette un rapport au Parlement répertoriant les événements relatifs à la nouvelle loi après quatre ans<sup>11</sup>. Le Parlement a pris sa décision en suivant la proposition de la Commission<sup>12</sup>. La nouvelle loi est entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> octobre 2001.

Après 2001, les questions relatives à la circoncision ont été traitées au Parlement car des nouvelles propositions de loi d'initiative parlementaire ont été présentées chaque année. Durant l'année parlementaire 2001-2002, des propositions de loi ont suggéré d'interdire la circoncision ou de l'autoriser uniquement pour des garçons âgés de plus de 15 ans<sup>13</sup>. Ces propositions ont été réitérées les années suivantes<sup>14</sup>. Se référant principalement à la décision stipulant que le Gouvernement lui remettrait en temps utile un rapport sur la question, le Parlement a rejeté ces propositions chaque année<sup>15</sup>.

En 2006, le Gouvernement a rendu son rapport au Parlement<sup>16</sup>. Celui-ci était fondé sur un exposé remis au Gouvernement par le Bureau national pour la

---

9 Mot. 2000/01:So39, So40, So41, So42, So43, So44, So45.

10 4 §.

11 Bet. 2000/01:SoU17.

12 SFS 2001:499.

13 Mot. 2001/02:So237, So278, So451.

14 Mot. 2002/03:So204, 2003/04:So223, So241, 2004/05:So242, So440.

15 Bet. 2001/02:SoU1, 2002/03:SoU1, 2003/04:SoU9, 2005/06:SoU5.

16 Skr. 2005/06:206.

santé et le bien-être. Dans son rapport au Parlement, le Gouvernement déclare donner mission au Bureau d'analyser plus précisément les raisons pour lesquelles certains garçons, notamment au sein de communautés religieuses autres que la communauté juive, sont circoncis en dehors des structures des services de santé et de faire des propositions d'actions à mener dans ce domaine<sup>17</sup>.

Des nouvelles propositions de loi d'initiative parlementaire ont vu le jour au Parlement au cours des années suivantes. Elles ont à nouveau recommandé l'interdiction de la circoncision et une limite d'âge fixée à 15 ans<sup>18</sup>. Elles ont été rejetées à maintes reprises<sup>19</sup>. En 2007, le Bureau national pour la santé et le bien-être a présenté ses conclusions. Selon cet organisme, les gardiens de l'enfant devraient disposer du droit, de par la loi, de faire circoncire leurs garçons au sein des services de santé publique. Cette conclusion est citée dans un rapport de la Commission sociale parlementaire remis au Parlement<sup>20</sup>. De nouvelles propositions de loi ont suivi<sup>21</sup> et ont été rejetées<sup>22</sup>.

Comme le domaine de la santé est essentiellement géré par les régions en Suède, et que l'État n'est pas décisionnaire pour les détails, la Commission sociale parlementaire a présenté en 2010 un rapport de l'Association suédoise des collectivités locales et des régions sur la question de la circoncision. Ce rapport a montré explicitement que l'Association avait recommandé à ses membres, les régions, d'effectuer la circoncision dans les services de santé publique. Il a également mis en lumière que deux régions sur vingt-et-une avaient décidé de ne pas admettre la pratique de la circoncision sans raison médicale, deux autres n'avaient pas encore pris de décision, une région s'en référait aux cliniques privées, et une dernière région avait décidé que la circoncision serait pratiquée seulement sur des garçonnets âgés de plus de deux ans. Le rapport mentionnait également que la Société suédoise de médecine était contre la pratique de la circoncision (sans raison médicale) sur des jeunes garçons qui n'étaient pas en mesure de donner leur propre consentement<sup>23</sup>.

Les présentations de propositions de loi d'initiative parlementaire se sont poursuivies<sup>24</sup>, de même que les rejets<sup>25</sup>. En 2012, il a été signalé à la Com-

---

17 *Ibid.*, p. 119.

18 Mot. 2006/07:So336, So365, 2007/08:So221, So344.

19 Bet. 2006/07:SoU1, 2007/08:SoU14.

20 Bet. 2007/08:SoU14 p. 33.

21 Mot. 2008/09:So421, So453, 2009/10:So324, So393, So463, So485, So641.

22 Bet. 2008/09:SoU13, 2009/10:SoU11.

23 Bet. 2009/10:SoU 11 p. 50 ff.

24 Mot. 2010/11:So489, So546, 2011/12:So291, So 535, 2012/13:So464, So465, So522, So532, 2013/14:So212, So424, So502.

25 Bet. 2010/11:SoU9, 2011/12:SoU14, 2012/13:SoU13, 2013/14:SoU10.

mission sociale parlementaire que les deux régions qui n'avaient pas encore pris de décision concernant la question de la circoncision dans les services de santé publique refusaient maintenant la pratique de ce type d'intervention. Il a également été signalé que les coûts de la circoncision pouvaient s'élever jusqu'à 7 000 couronnes suédoises (environ 750 euros) pour les gardiens de l'enfant, mais que l'intervention était gratuite dans l'une des régions<sup>26</sup>.

## B. SITUATION ACTUELLE

Selon l'approche suédoise habituelle, il n'existe pas de raison de santé justifiant la pratique de la circoncision en temps normal. Dans certains cas, une raison médicale peut exister, mais ces situations sont rares.

La circoncision est autorisée pour des raisons religieuses et culturelles, conformément à la loi sur la circoncision. Selon la position actuelle de la Suède, l'intérêt religieux et culturel est le plus fort lorsqu'il est mis en balance avec l'intérêt de l'enfant (son intégrité physique). La raison principale de cette position est que l'enfant risquerait sinon de subir une circoncision bien plus dangereuse et douloureuse, peut-être à l'étranger, qu'au sein des services de santé suédois<sup>27</sup>.

Conformément à la loi, la circoncision pour des raisons religieuses ou culturelles peut être pratiquée en Suède soit au sein des services de santé par un médecin agréé ou, pour un garçonnet âgé de moins de deux mois, par un membre habilité d'une communauté religieuse. L'intervention doit toujours être pratiquée sous anesthésie, laquelle sera effectuée par un médecin ou un infirmier agréé.

La Société suédoise de médecine est opposée à la circoncision des jeunes garçons. Quoi qu'il en soit, elle est pratiquée par les cliniques publiques de la plupart des régions, mais pas dans leur ensemble. Les coûts varient grandement entre les régions. L'intervention est même assez onéreuse dans certaines d'entre elles.

## II. DANEMARK

Au Danemark également, la circoncision a fait l'objet de débat au cours des dernières années. L'Autorité danoise de la Santé et du Médicament a publié une

---

26 Bet. 2011/12:SoU14 p. 51.

27 Ds 2000:5 p. 52.



enquête sur ce thème en 2013<sup>28</sup>. L'Autorité a déjà publié des recommandations concernant la circoncision en 2005<sup>29</sup>. Selon la législation danoise, les interventions chirurgicales sont autorisées uniquement si elles sont pratiquées par un médecin agréé, or la circoncision est considérée comme un acte chirurgical. Cependant, le médecin a la possibilité de recourir à des assistants du moment qu'il fait preuve des dispositions attendues de sa part, c'est-à-dire d'attention et de conscience professionnelle. Le médecin doit être présent durant l'intervention chirurgicale. Pour les garçons âgés de moins de 15 ans, les gardiens doivent avoir fourni un consentement éclairé pour la circoncision. Si le garçon est âgé de 15 ans, il doit avoir donné lui-même un consentement éclairé. L'anesthésie est indispensable et doit être administrée de manière adéquate et pour une durée suffisante au cours de l'intervention chirurgicale et pour la période suivant celle-ci. La circoncision pour des raisons autres que médicales ne peut être pratiquée au sein des services de santé publique, mais uniquement dans des cliniques privées. La situation juridique actuelle au Danemark est critiquée dans des articles assez récents de la presse danoise<sup>30</sup>.

### III. NORVÈGE

En juin 2014, le Parlement norvégien a décidé d'une nouvelle loi relative à la circoncision rituelle des garçons<sup>31</sup>. Cette loi est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2015. Selon ce texte, la circoncision doit être pratiquée par un médecin agréé. Une personne autre qu'un médecin peut pratiquer l'intervention chirurgicale du moment qu'un médecin est présent et en assume la responsabilité<sup>32</sup>. L'anesthésie nécessaire doit être administrée avant, pendant et après l'intervention chirurgicale<sup>33</sup>. Pour les garçons âgés de moins de 18 ans, les gardiens doivent donner leur consentement pour la circoncision. Pour les garçons plus âgés, leur propre consentement est nécessaire<sup>34</sup>. En outre, si les garçons plus

28 Omskæring af drenge, notat af Sundhedsstyrelsen (Copenhague, 2013).

29 Vejledning nr 9267 af 23 maj 2005 om omskæring af drenge.

30 LASSEN Hans Jørgen, *Retlige problemer ved rituel omskæring av drengebørn* (Rettid 2013, specialeafhandling 10), [www.rettid.dk](http://www.rettid.dk) ; GARDE Peter, "Omskærelse, forbrydelse eller gudsdyrkelse", *foredrag i Rodovre Præstekonvent* (Nordisk Tidsskrift for Kriminalvetenskap 2014) ; une enquête plus ancienne est présentée dans Ravn, *Omskærelse i straffretten* (Kriminalistisk Årsbog 1998).

31 Lovevedtak 72 (2013-2014).

32 5 §.

33 6 §.

34 8 §.

jeunes ont atteint un certain âge et sont assez matures pour comprendre, ils doivent être informés de la portée de l'intervention<sup>35</sup>. La circoncision ne doit pas être pratiquée contre la volonté du garçon<sup>36</sup>. Les régions seront en charge de l'organisation des services de santé publique de sorte que la circoncision puisse être pratiquée dans chaque région. Le personnel médical qui, pour des raisons de conscience, ne souhaite pas prendre part à ce type d'intervention ne sera pas obligé de le faire, du moment que la circoncision pourra quand même être pratiquée dans cette région<sup>37</sup>.

---

35 7 §.

36 8 §.

37 4 §.

# La circoncision rituelle en droit belge

LOUIS-LÉON CHRISTIANS  
XAVIER DELGRANGE  
HÉLÈNE LEROUXEL

En droit belge, la circoncision masculine, à la différence de l'excision féminine<sup>1</sup>, ne fait l'objet d'aucune législation spécifique. Comme rite, cette intervention fréquente<sup>2</sup> n'en est pas pour autant formellement privilégiée ou

---

1 La présente contribution ne traitera pas de l'excision féminine, mais s'interrogera cependant sur l'effet des analogies parfois proposées pour soutenir une régulation similaire de ces deux formes d'intervention corporelle. Le présent rapport s'inscrit dans la suite de deux articles précédents, publiés en Belgique : CHRISTIANS Louis-Léon, « La circoncision rituelle face aux droits contemporains », in BURNET Régis et LUCIANI Didier, *La circoncision aujourd'hui*, Paris, éd. Feuilles, 2014, p. 69-89 ; DELGRANGE Xavier, LEROUXEL Hélène, « La circoncision rituelle en Europe : vers une tension entre la liberté de religion des parents et l'intégrité physique de l'enfant ? », in KOUSSENS David *et al.* (dir.), *La religion hors la loi*, Colloque de Sherbrooke, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit et Religion », 2016 (à paraître). Voir aussi DELGRANGE Xavier, LEROUXEL Hélène, « Circoncision, question politique », *Politique : Revue de Débats*, Bruxelles, 04/2015, n° 89, p. 57 et s.

2 En Belgique, la ministre des Affaires sociales a répondu en 2012 à une question parlementaire sur le sujet : « En 2006, 19 853 circoncisions avaient fait l'objet d'un remboursement. En 2010, il y en a eu 24 113. Il s'agit d'une augmentation de 21 % dont la majeure partie a été effectuée chez des enfants âgés de 0 à 9 ans. Au cours de la période 2006-2010, la natalité en Belgique a augmenté. Sur le site web de [www.statbel.fgov.be](http://www.statbel.fgov.be), les chiffres officiels ne sont publiés que jusqu'à 2008. La natalité a augmenté de plus de 5 à 6 % entre 2006 et 2008, et l'augmentation s'est poursuivie jusqu'en 2010. Il nous paraît évident qu'une partie de l'augmentation des circoncisions s'explique par l'augmentation de la natalité. L'Institut

immunisée. Elle relève simplement, comme toute réalité sociale, de l'application du droit commun qu'il s'agisse en l'occurrence du droit de la responsabilité civile, du droit pénal en matière d'exercice illégal de la médecine, ou de protection de l'intégrité physique, du régime de l'autorité parentale en droit civil, ou encore des droits de l'enfant et en l'occurrence de la liberté de religion. Il reste que, depuis 1945, les contentieux sont demeurés rares<sup>3</sup>, tout en étant traités au sein de ces différentes branches du droit commun.

Il en va différemment depuis les années 2000, qui ont vu apparaître en Europe certaines législations spécifiques, comme en Suède<sup>4</sup> ou en Allemagne<sup>5</sup>, à la suite de décisions judiciaires<sup>6</sup> qui ont suscité une polémique à travers l'Europe entière, y compris la Belgique. Sans compter des résolutions parfois ambiguës de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe<sup>7</sup>. La Belgique n'a pas échappé à la médiatisation de ces affaires, y compris dans les revues de droit<sup>8</sup> et au Parlement, mais aucune évolution juridique n'en a à ce jour résulté. Les communautés juives orthodoxes belges se sont certes émues mais se sont bornées à faire

---

national d'assurance maladie-invalidité (INAMI) ne peut expliquer les raisons sous-jacentes d'une circoncision, étant donné que la nomenclature n'impose pas de conditions spécifiques pour le remboursement d'une circoncision. » (*Bulletin Question et réponse écrite, Ch. Représ., Législature 53 - B050 - n° 0058 - du 23/01/2012*, en réponse à une question du député R. Van Moer). Pour le Centre Communautaire Laïc Juif, « Si aucune statistique officielle ne permet de distinguer les circoncisions effectuées pour raisons médicales, personnelles ou rituelles - l'Inami n'impose pas au médecin de spécifier les modalités de cette circoncision - on estime que depuis 25 ans, environ un garçon sur trois né en Belgique serait circoncis. Selon les hôpitaux wallons et bruxellois, 80 à 90 % des cas répondraient à un impératif culturel et/ou religieux. » ([www.cclj.be/actu/politique-societe/circoncision-trop-couteuse](http://www.cclj.be/actu/politique-societe/circoncision-trop-couteuse)).

- 3 En brève observation de méthode, on rappellera que la jurisprudence belge ne fait pas nécessairement l'objet d'un accès public exhaustif. La diffusion des décisions des cours et tribunaux belges dépend pour une part de la responsabilité privée des revues scientifiques et professionnelles. L'usage est de tenir pour significative la sélection jurisprudentielle opérée par les revues scientifiques, mais en dehors des statistiques criminelles, toute évaluation quantitative demeure incertaine.
- 4 Sw. Lag (2001:499) *om omskärelse* (voir le texte traduit *infra*).
- 5 BGB § 1631d, *Beschneidung des männlichen Kindes* (20/12/2012) (voir le texte traduit *infra*).
- 6 Le jugement du tribunal régional de Cologne du 7 mai 2012 a suscité une vaste polémique internationale et a ravivé non seulement les débats sociaux et politiques allemands mais aussi une vaste littérature juridique internationale. Voir le rapport allemand dans cet ouvrage.
- 7 Conseil de l'Europe, APCE, Résolution 1928 (2013) du 24 avril 2013, « Sauvegarder les droits de l'homme en relation avec la religion et la conviction et protéger les communautés religieuses de la violence » ; Résolution 1952 (2013) du 1<sup>er</sup> octobre 2013, « Le droit des enfants à l'intégrité physique », [www.coe.int](http://www.coe.int).
- 8 Le jugement du tribunal régional de Cologne du 7 mai 2012 a ainsi été traduit, publié et commenté en Belgique par la revue *Jurisprudence de Mons, Liège, Bruxelles*, 2013, p. 141-148, obs. MEYER David, COPPENS LUC.

savoir qu'elles quitteraient le pays si celui-ci adoptait une politique répressive<sup>9</sup>. Aucun contentieux judiciaire n'est apparu depuis lors.

Les pages qui suivent analyseront d'abord les dispositifs du droit commun qui ont été si longtemps seuls à gérer juridiquement les pratiques de la circoncision (I). Ensuite, on mettra en lumière les luttes interprétatives qui traversent la littérature juridique belge et trahissent les surdéterminations culturelles du droit, mais qui permettent également de redécouvrir l'utilité de dispositifs pragmatiques d'accompagnement inaugurés au XIX<sup>e</sup> siècle dans un tout autre contexte (II).

## I. LES ENJEUX DU DROIT COMMUN

Trois difficultés ont été occasionnellement soulevées devant les tribunaux belges généralement *a posteriori*, lorsque l'intervention rituelle a pu donner lieu à des complications : elles concernent la mesure de la gravité de l'atteinte physique, l'absence de consentement de l'enfant ou d'un parent ou encore, le cas échéant, l'absence de titre médical du circonciseur. D'autres débats, de nature constitutionnelle, se sont progressivement introduits lors de l'application judiciaire de ce droit commun. Deux droits fondamentaux sont récurrents dans la littérature : la liberté de religion et la garantie de non discrimination. Ces principes demeurent toutefois extrêmement ouverts et conduisent à des argumentations assez réversibles. Ainsi, la liberté de religion a pu être avancée tout autant en faveur de la pratique rituelle voulue par les parents, qu'à l'encontre de cette pratique, au titre des droits de l'enfant mineur ou d'un des parents. Plus massivement encore, le droit de la non discrimination est invoqué lui aussi en des sens divers. Tantôt il soutient la pratique rituelle contre toute répression antireligieuse, ou encore pour faire bénéficier cette pratique des tolérances pénales concernant la chirurgie esthétique, et plus usuellement les piercings

---

9 Voir en ce sens les réactions du Grand Rabbin de Belgique : « En voulant interdire la circoncision, on veut tout simplement dire aux juifs qu'ils ont deux solutions : soit renoncer à être juif, soit partir ! On s'attaque là à l'identité juive. Que veut l'Europe ? Est-ce qu'elle veut une Europe sans juifs ? Qu'elle le dise ! Mais je ne le pense pas parce que les contacts que j'ai avec les dirigeants européens sont toujours des contacts extrêmement respectueux. Je ne comprends pas cette prise de position de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe. C'est quelque chose qui me dépasse. On touche ici à quelque chose de fondamental dans la vie du peuple juif alors que les derniers survivants de la Shoah n'ont pas encore fermé les yeux [...]. Si cette interdiction devient effective, je pense que les juifs seront invités à quitter l'Europe ou à disparaître en tant que juifs. Je suis catégorique en le disant ! On ne peut pas être juif s'il n'y a pas de circoncision. On touche à quelque chose qui est fondamental dans la tradition juive. On touche à l'essence du judaïsme, au cœur du judaïsme ! » (*La Libre Belgique*, 9 octobre 2013).

et tatouages. Tantôt le principe de non discrimination est invoqué pour combattre la pratique de la circoncision au nom d'une uniformisation de la répression pénale, exempte d'immunité religieuse et de distinction des sexes : ce qui conduirait certains à aligner la circoncision masculine sur les standards de répression développés à l'encontre des mutilations génitales féminines.

On reportera à une seconde section cette thématique de la non discrimination, tant elle est liée aux surdéterminations culturelles du droit. On se consacra dans cette première section à l'examen des deux grands lieux du droit commun ponctuellement mis en œuvre pour réguler la circoncision masculine : sa nature juridique, civile et pénale (A) et le consentement qui s'y rapporte, essentiellement en droit de la famille (B).

## A. NATURE DE L'ATTEINTE ET RESPONSABILITÉ PÉNALE OU CIVILE

La circoncision constitue indubitablement une atteinte à l'intégrité physique selon les énoncés formels du droit pénal belge. La question posée est celle de la qualification de cette atteinte. Elle est alors confrontée à des textes pénaux dont les formules précises varient d'État à État et offrent dès lors des cadres interprétatifs souvent différents. En droit belge, on retiendra les articles 398 et suivants du Code pénal, ainsi que l'article 409 du même Code. Les premiers sanctionnent les coups et blessures, assortis d'une circonstance aggravante prévue par l'article 400 lorsqu'une « mutilation grave » résulte de ces coups et blessures<sup>10</sup>, de même lorsque la victime est un mineur.

Les poursuites et plus encore les condamnations demeurent rares en droit belge<sup>11</sup>. On évoquera ici le cas singulier de condamnation (à quatre mois d'emprisonnement avec sursis) prononcée par le tribunal correctionnel de Tournai le 7 juin 2011<sup>12</sup>. Le procureur du Roi avait clairement déclaré que « Cette affaire nous amène dans des considérations religieuses, scientifiques, et judiciaires. Il ne s'agit pas ici d'excision. Mais nous sommes là pour observer le respect ou non des règles exclusives du droit belge ». La défense s'était quant à elle appuyée

---

10 Il résulte 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. Voir sur ce point notamment, BOSLY HENRI-D. et DE VALKENEER Christian-Paul (dir.), *Les infractions. Volume 2. Les infractions contre les personnes*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 304.

11 Les juristes belges se réfèrent aisément au droit français pour y voir une « permission coutumière » : voir CHOAIN Christine, note sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 26 janvier 1994, *Dalloz* 1995, jurispr., p. 226.

12 Rapporté par la presse : [www.sudinfo.be/328206/article/actualite/faits-divers/2011-05-09/un-homme-juge-pour-avoir-pratique-la-circoncision-selon-les-rites-musulmans](http://www.sudinfo.be/328206/article/actualite/faits-divers/2011-05-09/un-homme-juge-pour-avoir-pratique-la-circoncision-selon-les-rites-musulmans) (consulté le 12 avril 2015).

sur une décision du procureur de la République française, de Dunkerque, qui avait, le 17 juillet 2009, classé sans suite un dossier similaire. L'avocat avait signalé à l'audience que son client avait obtenu au Maroc un certificat attestant de ses compétences pour pratiquer la circoncision. Une pratique qu'il proposait gratuitement : « C'est un homme sans histoire, bon, paisible et qui a toujours répondu présent. Jamais il n'a voulu s'opposer à la loi ni faire de mal par ces pratiques traditionnelles destinées à affirmer la virilité », avait conclu la défense. La condamnation a toutefois été prononcée, quoiqu'on doive souligner le montant extrêmement bas de la condamnation que le tribunal a adopté.

Le deuxième texte à mentionner est l'article 409 introduit dans le Code pénal belge par la loi du 28 novembre 2000, à la suite d'un vaste débat parlementaire<sup>13</sup>. Ce texte réprime les mutilations génitales spécifiquement féminines, tout en s'abstenant de viser la circoncision masculine. Cette distinction, fondamentale pour la présente contribution, est d'autant plus nette qu'elle a été évoquée et discutée explicitement dans le processus d'élaboration de cette loi. La section de législation du Conseil d'État avait notamment observé que les termes 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 »<sup>14</sup>. Et c'est bien ce concept spécifique que le Parlement belge a validé : « 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. La notion ne couvre par contre pas certaines atteintes mineures des organes génitaux, telles que le

13 Art. 409. « L 2000-11-28/35, art. 29, 029 ; En vigueur : 27-03-2001 § 1<sup>er</sup>. Quiconque aura pratiqué, facilité ou favorisé toute 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. La tentative sera punie d'un emprisonnement de huit jours à un an. § 2. Si la mutilation est pratiquée sur une personne mineure ou dans un but de lucre, la peine sera la réclusion de cinq ans à sept ans. § 3. Lorsque la mutilation a causé une maladie paraissant incurable ou une incapacité permanente de travail personnel, la peine sera la réclusion de cinq ans à dix ans. § 4. Lorsque la mutilation faite sans intention de donner la mort l'aura pourtant causée, la peine sera la réclusion de dix ans à quinze ans. § 5. Si la mutilation visée au § 1<sup>er</sup> a été pratiquée sur un mineur ou une personne qui, en raison de son état physique ou mental, n'était pas à même de pourvoir à son entretien, par ses père, mère ou autres ascendants, toute autre personne ayant autorité sur le mineur ou l'incapable ou en ayant la garde, ou toute personne qui cohabite occasionnellement ou habituellement avec la victime, le minimum des peines portées aux § 1<sup>er</sup> à 4 sera doublé s'il s'agit d'un emprisonnement, et augmenté de deux ans s'il s'agit de réclusion ». Sur cette loi, voir FLAMAND Christine, LEGROS Thérèse, *Mutilations génitales féminines*, Bruxelles, Postal Memorialis, 245, septembre 2012 (qui s'abstiennent de toute allusion à la circoncision masculine).

14 Avis du Conseil d'État n° 27.996/2 du 22 octobre 1998, *Doc. parl.*, Ch., n° 1907/1, 98-99, p. 71.

piercing ou le tatouage. 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 »<sup>15</sup>. Le ministre de la Justice avait quant à lui déclaré que « l'intention du gouvernement est d'exclure des mutilations perpétrées sur des personnes de sexe masculin ; celles-ci sont sanctionnées sur le fondement des articles incriminant les coups et blessures volontaires. Il convient qu'une disposition pénale spécifique vise les actes qui touchent aux organes génitaux des personnes de sexe féminin en raison de l'extrême gravité des séquelles physiques et psychiques occasionnées aux victimes. L'on vise en particulier les pratiques de l'excision et de l'infibulation »<sup>16</sup>. Cette position a encore été confirmée en 2013 par la vice-premier ministre et ministre de la Santé publique : « La circoncision masculine est pratiquée dans les hôpitaux et remboursée car elle n'est pas considérée par l'OMS comme une mutilation. 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. L'excision féminine est une mutilation, elle est punie par la loi. Il n'y a donc pas de remboursement de sa pratique »<sup>17</sup>. Enfin, le ministre avait également déclaré que « sont uniquement visées, les mutilations sexuelles de personnes de sexe féminin, qui témoignent de la volonté d'éliminer toute possibilité de jouissance et de perpétuer l'oppression de la femme, alors que la circoncision opérée chez les garçons ne les prive pas de la jouissance »<sup>18</sup>.

À supposer même l'absence d'infraction pénale, une éventuelle mise en cause de la responsabilité du circonciseur reste possible sur la base du Code civil belge : « Art. 1382. Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer. Art. 1383. Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence ». Alors que les mêmes textes ont été appliqués par les tribunaux français à des cas de circoncision, aucune jurisprudence belge n'a pu être observée.

La circoncision relève-t-elle au moins d'une « médecine esthétique », telle que définie par 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 ? Cette loi étend en effet la notion d'acte médical

---

15 Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch., n° 1907/1, 98-99, p. 15-16.

16 Rapport de la Commission de la chambre, *Doc. parl.*, Ch., n° 1907/7, 98-99, p. 32.

17 Réponse du 25 juin 2013 à la question n° 866, Questions et réponses écrites, 2012-2013, n° 53-117, p. 150, [www.lachambre.be](http://www.lachambre.be).

18 Position du ministre, *Doc. parl.*, Ch., n° 1907 II – 98-99.



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 »<sup>19</sup>. 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'épilation »<sup>20</sup>.

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 pas de motivation esthétique *sensu stricto*. 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 épilateurs 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.

Il n'y a pas que les cas de complications opératoires qui peuvent induire des hypothèses de responsabilité civile. Les litiges les plus fréquents concernent l'absence de sollicitation par le circonciseur du consentement de la personne concernée, ou le cas échéant de ses parents. Le droit de la responsabilité civile côtoie ici le droit de la famille et en particulier l'autorité parentale en matière religieuse.

## B. LE CONSENTEMENT ET LE DROIT DE LA FAMILLE

En droit pénal belge, le consentement de la victime ne sera pas directement reconnu comme une justification de coups et blessures. Il en va différemment en droit civil, où le consentement conserve une importance toujours décisive, tant en droit de la responsabilité civile qu'en droit de la famille. Le statut de la

19 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.

20 Article 2 § 2, de l'arrêté royal n° 78, inséré par la loi du 10 avril 2014 portant des dispositions diverses en matière de santé.

circconcision rituelle se complique précisément lorsque l'intervention est pratiquée sur un mineur d'un âge tel qu'il est incapable de tout consentement.

C'est en droit de la famille que la question des consentements a donné lieu à la jurisprudence la plus classique. Elle oppose rarement les parents à l'enfant, souvent nouveau-né. En revanche, elle oppose les parents entre eux. L'un souhaite une circoncision pour l'enfant, que l'autre refuse. Les articles 373 et 374 du Code civil donnent *in fine* compétence au juge de confier cette décision à l'un des parents, plutôt qu'aux deux, voire de trancher lui-même<sup>21</sup>.

La Cour d'appel de Liège, dans un arrêt du 9 avril 1981 a ainsi pu énoncer qu'« à l'encontre de l'excision et de l'infibulation, qui sont des pratiques de nature toute différente, la circoncision ne représente pas une pratique contraire à l'ordre public international belge [...]. Il n'est cependant pas opportun de faire droit à la requête par laquelle un père divorcé, qui n'exerce pas le droit de garde à l'égard de son enfant et qui dispose du droit de surveiller les options fondamentales de son éducation, sollicitait l'autorisation de pouvoir faire circoncire son fils, de nationalité algérienne. Il apparaît en effet des circonstances de la cause d'une part que l'enfant, né en Belgique, se trouve confié à la garde de sa mère, de nationalité belge, qui l'a déjà fait baptiser selon le rite de la religion catholique et d'autre part qu'il pourra ultérieurement opter pour l'insertion dans la communauté belge. Le respect des droits de l'enfant commande dès lors

---

21 L'art. 374 du Code civil énonce que « Lorsque les père et mère ne vivent pas ensemble, l'exercice de l'autorité parentale reste conjoint et la présomption prévue à l'art. 373, alinéa 2, s'applique. À défaut d'accord sur l'organisation de l'hébergement de l'enfant, sur les décisions importantes concernant sa santé, son éducation, sa formation, ses loisirs et sur l'orientation religieuse ou philosophique ou si cet accord lui paraît contraire à l'intérêt de l'enfant, le juge compétent peut confier l'exercice exclusif de l'autorité parentale à l'un des père et mère ». Pour un cas de circoncision non rituelle, voir un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles (ch. Jeun.), 24 mai 2011, *Revue trimestrielle de droit familial*, 2012, p. 405 : « Même si elle est pratiquée très fréquemment, pour des raisons culturelles ou religieuses, ici absentes, la circoncision n'en est pas moins une intervention chirurgicale qui se réalise sous anesthésie générale et anesthésie locale et qui marque l'intimité de l'enfant. À défaut d'accord entre les parties, elle ne sera autorisée que si elle apparaît réellement nécessaire du point de vue médical, c'est-à-dire si les difficultés de l'enfant ne peuvent être résolues par une intervention moins invasive. Dans la mesure où les deux avis médicaux opposés sont fondés sur des consultations antérieures au décalottage effectué sur l'initiative unilatérale du père et où la cour ignore comment il s'est déroulé et quels en sont les résultats, la première chose à faire est de vérifier comment la situation médicale de l'enfant évolue et de voir si cette évolution permet de dégager un terrain d'entente. Si tel n'est pas le cas, les parties doivent comprendre que la cour n'a aucune compétence médicale et aucune raison d'écarter l'avis d'un médecin spécialiste au profit de celui d'un autre. Dès lors que l'urgence alléguée n'est pas démontrée, il n'y a pas d'autre solution pour la cour que de charger les parties de recueillir ensemble l'avis d'un troisième médecin spécialiste, choisi de commun accord. À défaut d'accord, les parties consulteront le service de chirurgie pédiatrique de l'hôpital Erasme ».

de considérer qu'il lui appartiendra de choisir lui-même, à l'âge adulte, l'idéologie religieuse ou non confessionnelle qu'il entendra partager »<sup>22</sup>.

Les jugements que l'on vient de rapporter, même rares, montrent assurément que la jurisprudence n'est pas homogène. Si l'évaluation judiciaire de la circoncision masculine rituelle demeure bienveillante en Belgique, aucune certitude n'est acquise. C'est au regard de chaque espèce, et des complications survenues que le juge se prononcera. Cette contextualisation élevée du raisonnement judiciaire n'entend pas seulement rendre compte de la complexité des espèces, elle atteste aussi de la surdétermination culturelle prépondérante en la matière. La qualification de la circoncision, avant d'être juridique - c'est-à-dire discutée au regard de la norme légale - se joue dans l'ambivalence et de la fluctuation du sens à donner au langage courant. C'est ce qu'il importe de souligner dans une nouvelle section.

## II. ANALOGIES, INCERTITUDE COGNITIVE ET RÉPONSES PRAGMATIQUES DU DROIT BELGE

Les débats juridiques contemporains multiplient les raisonnements par analogie pour discuter du statut de la circoncision. L'analogie est certes une modalité courante d'interprétation et de mise en cohérence des systèmes normatifs. Son usage en l'espèce ne manque toutefois pas de surprendre en raison de l'étendue factuelle des rapprochements imaginés. La circoncision masculine a pu être comparée, en droit comparé, aussi bien à l'infibulation féminine<sup>23</sup> qu'au percement des oreilles pour le port de boucles<sup>24</sup>, ou plus récemment aux différents

22 Liège (ch. Jeune), 9 avril 1981, *Rev. trim. dr. fam.*, 1982, p. 327, avis M. P. R. MACAR.

23 V. pour une approche méthodologique de ce type de rapprochement, VAN DEN BRINK Marjolein, TIGCHELAAR Jet, "Shaping Genitals, Shaping Perceptions. A Frame Analysis of Male and Female Circumcision", *Netherlands Quarterly for Human Rights*, 2012, liv. 4, p. 417-445. Les présentes pages ne sont évidemment pas indemnes de ce type de discussion, dans la mesure où elles ont fait le choix de se limiter à traiter la circoncision masculine, à l'exclusion de l'excision féminine. Sans aller plus avant, on notera que des analogies sont également mises en œuvre pour discuter le thème de l'infibulation féminine : v. par ex. EHRENREICH Nancy, BARR Mark, "Intersex Surgery, Female Genital Cutting, and Selective Condemnation of 'cultural practices'", *Harvard Civil Rights Civil Liberties Law Review*, 2005, p. 71-91 ; KELLY Brenda, FOSTER Charles, "Should female genital cosmetic surgery and genital piercing be regarded ethically and legally as female genital mutilation?", *BJOG: An International Journal of Obstetrics & Gynaecology*, Vol. 119, Issue 4, March 2012, p. 389-392.

24 Voir cette comparaison dans BASEMAN Brandon, "Attempting to Slice out Male Circumcision", *DePaul Journal of Women, Gender and the Law*, 2/2, Spring 2012, p. 211-238 et les références citées.

piercings et tatouages<sup>25</sup>. Ont également été invoquées, dans une littérature juridique sérieuse et non polémique, aussi bien des comparaisons avec la chirurgie esthétique et les prothèses mammaires des adolescentes<sup>26</sup>, qu'avec les pratiques parentales de corrections physiques<sup>27</sup>, voire le sado-masochisme<sup>28</sup> ou encore le bien-être animal et la prohibition de couper les queues et les oreilles des chiens ou des cochons<sup>29</sup>... Un champ aussi hétéroclite de prétendues analogies traduit tout d'abord la diversité axiologique et la diffraction culturelle des sociétés occidentales (B), mais cette dernière est encore renforcée par une incertitude cognitive notamment d'ordre psycho-médicale (A). On verra toutefois que la Belgique est restée fidèle à une approche d'accompagnement pragmatique, inaugurée au XIX<sup>e</sup> siècle (C).

## A. INCERTITUDES COGNITIVES

L'évaluation juridique des pratiques de circoncision rituelle oscille en fonction d'une incertitude de plus en plus manifeste de la littérature médicale. Lorsque dans certains États, comme aux États-Unis, la circoncision a longtemps été une pratique routinière généralisée<sup>30</sup>, l'intervention a bénéficié d'une acceptation médicale élevée qui de proche en proche a légitimé également les pratiques rituelles - pourvu qu'elles se déroulent dans de bonnes conditions sanitaires. Or progressivement, la littérature médicale, y compris belge, perd

---

25 GOLD Danielle, "Seeking Religious Validity for Body Piercings and Tattoos: How the Church of Body Modification Should Gain Recognition as a Religion in the Modern Era", *Rutgers Journal of Law and Religion*, Vol. 13, Issue 1, 2011, p. 139-172 ; VOLKOVA Inna, "Body Art on Children's Bodies: Should It Be up to Parents to Decide", *Hastings Women's Law Journal*, Vol. 23, Issue 1, Winter 2012, p. 109-126.

26 OUELLETTE Alicia, "Body Modification and Adolescent Decision Making: Proceed with Caution", *Journal of Health Care Law & Policy*, Vol. 15, Issue 1, 2012, p. 129-156. NEWMAN Harmony D., CARPENTER Laura M., "Embodiment without bodies? Analysis of embodiment in US-based pro-breastfeeding and anti-male circumcision movements", *Sociology of Health & Illness*, 2013, 5 novembre 2013, DOI: 10.1111/1467-9566.12095.

27 LELEU Yves-Henri, GENICOT Gilles, « La maîtrise de son corps par la personne », *Journal des tribunaux*, 1999/29, n° 5937, p. 589-601.

28 V. en droit belge, l'analyse comparative de LANGENAKEN Évelyne, « À propos de l'intervention du droit pénal dans les pratiques sexuelles minoritaires par delà le consentement des partenaires », *Rev. dr. pén.*, 2003, liv. 4, p. 474-506, qui traite du sadomasochisme aux p. 475-480 et de la circoncision aux p. 481-484.

29 WILLIAMS, R.M., "On the Tail-Docking of Pig, Human Circumcision, and their implications for prevailing opinion regarding pain", *Journal of Applied Philosophy*, 2003, p. 89-94.

30 POVENMIRE Ross, "Do Parents Have the Legal Authority to Consent to the Surgical Amputation of Normal, Healthy Tissue from Their Infant Children: The Practice of Circumcision in the United States", *American University Journal of Gender, Social Policy & the Law*, Vol. 7, Issue 1, 1998, p. 87-124.

son homogénéité. Les controverses se multiplient en sens divers : la circoncision jadis validée pour des raisons de prévention sanitaire, ne prive-t-elle pas l'homme d'un certain plaisir sexuel ? Immunise-t-elle au contraire contre le Sida<sup>31</sup>? Une profonde incertitude cognitive se déploie et pourrait rejaillir à son tour sur la réflexion juridique. Les évolutions qui frappent le statut de la chirurgie esthétique viennent confirmer ce type de mutation, même si le législateur belge n'a pas adopté une position claire sur ce point, comme on l'a vu. Ces questions demeurent actuellement sans réponse, et montrent combien ce sont désormais les théories de l'incertitude qui semblent appelées à rendre compte des choix et de leurs conséquences<sup>32</sup>.

Ces hésitations rejaillissent également sur deux approches jusque là distinctes de la circoncision : une approche religieuse et une approche purement culturelle. L'encadrement traditionnel des pratiques religieuses procurait à celles-ci des conditions de légitimité qu'un *quitus* médical venait confirmer. Or, au moment où cette légitimité médicale vient à se brouiller, la dimension religieuse est elle-même ébranlée par les effets de la sécularisation et se trouve progressivement requalifiée de simple pratique culturelle. Sans doute, ce brouillage progressif n'a-t-il pas la même ampleur que celui qui traverse le référent médical. L'analyse juridique n'y est toutefois pas insensible dès lors que celle-ci ne traite pas de façon identique la garantie de liberté de religion et les dimensions culturelles associées au principe de non discrimination. Il en résulte une modification des seuils de protection, et en l'état actuel, une inversion progressive des rapports entre protection des traditions parentales et protection individualiste des enfants.

Légitimités scientifique et religieuse s'adossaient pour stabiliser le traitement normatif de la circoncision rituelle, au titre d'une coutume<sup>33</sup>. Une synergie nouvelle entre cognition médicale et sécularisation sociale vient déstabiliser les équilibres antérieurs. Elle ne conduit cependant pas à une clarification des dispositifs judiciaires mais à une phase, sans doute de transition, encore peu lisible. C'est bien ce dont témoignent non seulement les littératures militantes, mais aussi des décisions judiciaires et des déclarations ministérielles.

31 Fox Marie, THOMSON Michael, "The new politics of male circumcision: HIV/AIDS, health law and social justice", *Legal Studies*, Vol. 32/2, June 2012, p. 255-282.

32 En ce sens, v. les travaux de CALLON Michel, LASCOSMES Pierre, BARTHE Yannick, *Agir dans un monde incertain. Essai sur la démocratie technique*, Paris, Seuil, 2001 et GODARD Olivier, « De l'usage du principe de précaution en univers controversé », *Futuribles*, 1999, n° 239-240, p. 37-60, et nos développements in CHRISTIANS Louis-Léon, « Vers un principe de précaution religieuse en Europe ? Risques sectaires et conflit des normes », *Annales d'études européennes*, 2000, p. 229-273.

33 LANGENAKEN Évelyne, *op. cit.*, p. 483 n° 16 ; pour des références françaises, cf. note 7.

## B. MUTATIONS DES SURDÉTERMINATIONS CULTURELLES

En droit belge, la juriste Évelyne Langenaken réaffirmait en 2003 la nature coutumière de la tolérance pénale de la circoncision rituelle : « La raison essentielle de la tolérance du droit pénal à l'égard de la circoncision tient dès lors dans la *valeur coutumière* de cette pratique ». L'idée de ce rituel ancestral mis en œuvre par des peuples intégrés « 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 »<sup>34</sup>.

Le ministre belge de la Santé publique déclarait quant à lui à la Chambre des représentants, le 3 juillet 2000 que « les notions légales de “coups” et “blessures” doivent être *interprétées de manière évolutive*, compte tenu de l'évolution des opinions sociales et culturelles ; qu'ainsi, des atteintes déterminées à l'intégrité corporelle d'autrui, telles que *le tatouage, le piercing, la chirurgie esthétique, la stérilisation ou la circoncision* ne sont pas soumises à l'application de la loi pénale lorsqu'elles ont lieu avec le consentement de la personne qui les subit » tel que cela ressort d'un arrêt de la Cour de cassation, section néerlandaise, deuxième chambre, 6 janvier 1998. Qu'ainsi sur base du même arrêt, il n'est pas exclu que, tout en comportant les éléments constitutifs prévus par les articles 398 et suivants du Code pénal, un comportement ne donne pas lieu à une peine si la loi interne autorise ce comportement de manière implicite, ce qui est le cas, notamment, pour des opérations chirurgicales, certaines activités sportives, le droit des parents de châtier, le tatouage et le piercing (L. DUPONT et R. VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch Strafrecht*, n° 393). Qu'aux termes des articles 392 et 398 du Code pénal, il y a lieu d'entendre par coups et blessures volontaires au sens de la loi pénale, les coups ou blessures causés avec le dessein d'attenter à une personne ; que ce dessein d'attenter requiert que l'auteur ait agi *dans une intention malveillante* ; qu'ainsi, certaines atteintes à l'intégrité corporelle d'autrui, telles que *le tatouage, le piercing ou la circoncision* ne sont pas soumises à l'application de la loi pénale, lorsqu'elles ont lieu avec le consentement de la personne qui les subit ; que, dès lors, il doit être tenu compte, lors de l'appréciation de la condition relative à l'intention, de l'attitude adoptée par les personnes concernées »<sup>35</sup>.

---

34 LANGENAKEN Évelyne, *op. cit.*, *loc. cit.*

35 *Bulletin des questions et réponses*, Ch. 1999-2000, p. 4261, B037 - 03/07/2000. Ce rapprochement entre le tatouage, le piercing, la chirurgie esthétique, la stérilisation ou la circoncision avait été initié par la Cour de cassation de Belgique dans le cadre d'une affaire pénale de sado-masochisme, à laquelle se réfère le ministre sans évoquer le thème de l'arrêt [...]. L'arrêt évoqué de la Cour de cassation énonçait : « Attendu qu'après avoir décrit les pratiques sado-masochistes entre le demandeur et son épouse consentante, les juges ont relevé qu'il n'est pas exclu que, tout en comportant les éléments constitutifs prévus par les articles 398 et suivants du Code pénal, un comportement ne donne pas lieu à une peine ; [...] que l'on peut arriver à cette conclusion par deux voies : (a) soit la loi interne autorise

Outre ces rapprochements « culturalistes » de réalités sociales différentes, on pourrait aussi montrer comment la jurisprudence réussit parfois à confronter simultanément plusieurs lectures culturelles de la même réalité, en l'occurrence la circoncision.

De nombreuses publications citées au début de cette section privilégient unilatéralement certaines analogies au détriment d'autres. Elles paraissent dès lors s'enfermer dans des préconceptions monologiques dont la mise en œuvre demeure sourde à la diversité des référents sociaux. Tout à l'inverse, différentes positions ouvertes de la jurisprudence ou des déclarations parlementaires semblent placer sur le même pied un ensemble tellement vaste de pratiques et d'analogies que l'on pourrait y voir un indice d'une entrée de la Belgique en postmodernité<sup>36</sup>.

### C. DISPOSITIFS PRAGMATIQUES D'ACCOMPAGNEMENT : NOUVELLES LECTURES DE VIEILLES RECETTES

C'est visiblement une recherche de « solutions pragmatiques » que semblent poursuivre les deux nouvelles législations suédoise et allemande, évoquées et débattues à travers l'Europe entière, et sans que la Belgique fasse exception : loin de prohiber la circoncision rituelle, elles se limitent à fixer un délai pour toute intervention religieuse, et à prévoir un certain encadrement sanitaire. Les fonctions religieuses n'en demeurent pas moins valides, en dehors de tout titre médical. Les délais très courts retenus par ces lois ont cependant un effet tout différent selon les traditions concernées : notamment entre les communautés juives qui pratiquent la circoncision au 8<sup>e</sup> jour et les communautés musulmanes qui la pratiquent le plus souvent chez le jeune garçon ou même l'adolescent et sont donc exclues du bénéfice de la loi.

Comme Sarah Waldeck<sup>37</sup> le souligne, la surdétermination culturelle des dispositifs juridiques risque de compromettre l'efficacité de toute réforme qui

---

ce comportement de manière explicite (ce qui n'est pas le cas en l'espèce) *ou implicite, ce qui est le cas, notamment, pour des opérations chirurgicales, certaines activités sportives, le droit des parents de punir, le tatouage et le piercing [ou la circoncision...]* (b) soit ces comportements sadomasochistes sont considérés comme une manière privée de vivre la liberté sexuelle entre des partenaires majeurs consentants et ils sont protégés par l'article 8, alinéa 1<sup>er</sup>, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, notamment le droit au respect de la vie privée qui, suivant l'article 8, alinéa 2, de la CEDH » (Cass. 6 janvier 1998, *Lar. Cass.*, 1998, p. 79).

36 Voir nos développements in CHRISTIANS Louis-Léon, « Sur les implicites religieux du droit. Entre mémoire sélective et action positive », *Annales de droit de Louvain*, 1998/4, p. 347-389.

37 WALDECK Sarah E., "Using Male Circumcision to Understand Social Norms as Multipliers", *University of Cincinnati Law Review*, Vol. 72, Issue 2, Winter 2003, 455-526, p. 504-520.

se prétendrait abrupte. Ce sont au contraire des mesures progressives, d'ordre psycho-social et pédagogique qui peuvent seules susciter certaines auto-trans-formations sociales, y compris religieuses. Cette auteure indique de ce point de vue l'utilité d'incitants publics qui garantissent mieux l'information des parents sur les risques encourus, la nécessité de techniques anesthésiques<sup>38</sup>, ou encore l'exclusion de remboursements de sécurité sociale pour les pratiques purement rituelles<sup>39</sup>.

Le statut encadré que ces lois confèrent aux activités de circoncision rituelle vise, malgré les critiques, à éviter une rupture brusque avec la tradition et inciter les acteurs confessionnels à une meilleure formation. Sans doute certains pourront-ils voir dans ces mesures une intrusion discutable de l'État dans le champ d'autonomie des cultes et de la formation de leurs ministres.

De ce point de vue, ces lois nouvelles ne semblent pas radicalement novatrices. En droit belge, l'entrée « circoncision » de la célèbre encyclopédie en 151 volumes, les *Pandectes belges*, se référait encore en 1930 à l'arrêté royal du 20 juin 1820, du Roi Guillaume, qui édictait qu'« à l'avenir nul ne sera admis à faire l'opération de la circoncision, dans les différentes communautés israélites du Royaume, à moins qu'il n'ait atteint l'âge de vingt ans, et obtenu un acte d'admission à cet effet, après avoir subi un examen (art.1) et que, en conséquence, il sera nommé pour un ou plusieurs ressorts de synagogues, une commission de surveillance sur les circoncisions religieuses. Cette commission sera composée d'un syndic comme président, de trois personnes chargées des circoncisions religieuses, et d'un médecin ou chirurgien étant membre de la commission médicale de la province, et délégué par elle à cet effet (art. 2) »<sup>40</sup>.

---

38 SAVULESCU Julian, "Male circumcision and the enhancement debate: harm reduction, not prohibition", *Journal of Medical Ethics*, 2013, 39, p. 416-417.

39 V. note 2.

40 *Les Pandectes Belges, Répertoire général de législation, de doctrine et de jurisprudence belges*, Larcier, 1878-1933, 151 volumes, v. Circoncision. On reproduit ci-dessous, en raison de son intérêt, la suite intégrale de l'arrêté royal du 20 juin 1820 : « Art. 3. La commission de surveillance des circoncisions religieuses aura la faculté de délivrer des actes ou des diplômes à celui qui voudra exercer dans le royaume les fonctions de circoncire les enfants israélites ; après lui avoir fait subir l'examen nécessaire. Elle aura également le pouvoir de retirer les actes délivrés - dans le cas où elle aurait acquis la conviction que la personne chargée de cette opération religieuse n'a pas, ou a perdu par l'une ou l'autre circonstance, la capacité de remplir ces fonctions sans danger, et elle donnera connaissance à la commission centrale pour les affaires des israélites, aux syndics, et à la commission chargée de la surveillance médicale dans le ressort, de tous ceux qu'elle aura admis, ou dont elle aura retiré les actes d'admission. Art. 4. Avant de pouvoir être admis à l'examen, les candidats devront présenter à la commission leur acte de naissance, ainsi qu'un certificat délivré par une personne déjà admise pour les circoncisions religieuses, constatant que le candidat a assisté au moins à huit circoncisions et durant une année, et qu'il a donné, en cette matière, des preuves d'aptitude et d'habileté. Art. 5. Outre l'observance des dispositions qui concernent plus particulièrement l'un ou l'autre point de religion, et auxquelles toutefois les candidats



Ainsi, est toujours applicable en Belgique cet arrêté royal du 20 juin 1820 approuvant le règlement relatif aux personnes chargées de la circoncision, 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 »<sup>41</sup>. 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

---

restent soumis d'après ce que leurs rites prescrivent à cet égard, l'examen consistera en des questions sur la partie anatomique et chirurgicale de l'opération ; sur l'appareil, et sur tout ce qui a rapport à l'un et à l'autre. La commission aura également le droit d'exiger que le candidat fasse une circoncision en sa présence. Art. 6. La commission surveillera que dans son ressort aucune circoncision ne soit faite que par des personnes admises à cet effet ; dans le cas où elle aurait connaissance d'une contravention à cet égard, elle en informera la commission centrale pour les affaires israélites, ainsi que l'administration de la synagogue dans le ressort de laquelle se trouve la personne à ce incompétente ; - afin que la dite administration soit à même d'avertir la communauté du danger auquel ses membres se trouvent exposés par un tel abus. La commission pourra interdire à toute personne non admise d'exercer les fonctions dont il s'agit ; sauf, le cas échéant, l'application des peines établies par la loi du 12 mars 1818. Art. 7. Il est particulièrement recommandé aux personnes chargées de circoncisions de se faire assister, comme mesure générale de précaution pour des cas ou circonstances imprévus, d'un de leurs collègues, ou d'un médecin ou chirurgien légalement admis ; de plus, d'agir avec la plus grande prudence dans l'opération, d'avoir un soin particulier de l'appareil ; en général de veiller avec le plus grand soin contre tout accident, et de ne point entreprendre cette opération dans des cas douteux, sinon de concert avec un chirurgien, et de son consentement par écrit. Art. 8. Ceux qui, jusqu'au jour de l'émanation du présent règlement, ont exercé les fonctions dont il s'agit dans les communautés israélites, ne seront point soumis à l'examen et pourront les continuer, pourvu toutefois que l'administration de la synagogue du ressort soit convaincue, que ces personnes possèdent la capacité requise et quelles en aient donné des preuves. En conséquence, les administrations des synagogues pourront, dans le courant de la présente année, délivrer à ces personnes un acte pour les reconnaître en leur qualité, soit qu'elles en aient formé la demande ou non ; - il en sera chaque fois donné connaissance par l'administration de la synagogue, à la commission de surveillance pour les circoncisions religieuses, et à la commission médicale, soit de la province, soit de la commune (locale). Art. 9. Les syndics et les administrateurs des synagogues veilleront, sous leur responsabilité, à ce que ni dans la synagogue, ni dans aucune maison de la communauté, il ne se fasse une circoncision, que par une personne autorisée à cet effet. Les commissions médicales et toutes les autorités constituées sont également chargées de veiller à l'observance de ce qui précède. En cas de doute sur la qualité de celui qui se présente pour faire l'opération, elles devront exiger l'exhibition de l'acte ou du diplôme d'admission. »

41 Voir de BROUCKERE Charles et TIELEMANS FRANCISCUS, *Répertoire de l'administration et du droit administratif de la Belgique*, s.v. « circoncision », Bruxelles, 1838, tome V, p. 61-63 ; Pasinomie, 1820, R771.

est l'objet même du texte au point que les personnes incompétentes 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 guérir<sup>42</sup>. Même si, de nos jours, leur nature réglementaire titille le principe de légalité en matière pénale, ce texte n'aurait certainement pas pu être adopté si la circoncision contrevenait à l'ordre public de l'époque, hiérarchie des normes oblige... N'ayant pas été abrogé, son maintien dans le droit positif rend malaisé la lecture répressive que certains font aujourd'hui de la circoncision.

Entre coopération et immixtion, les tensions demeurent classiques. Il reste à se demander si les législations nouvelles se bornent à rejouer une forme de police des cultes propre aux régimes de reconnaissance hérités du XIX<sup>e</sup> siècle ? Ou si au contraire, il y va de l'émergence de nouvelles formes de raisons publiques partagées entre tous les acteurs à la cause. On trouverait peut-être un indice d'une telle évolution dans la publication, rare et étonnante pour une revue de droit belge, d'un commentaire croisé par un rabbin, un médecin et un juriste, du jugement de Cologne - traduit en français - par lequel le scandale européen était arrivé<sup>43</sup>.

## CONCLUSION

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* ? On relirait en ce sens la jurisprudence qui 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 »<sup>44</sup>. 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 légalisation<sup>45</sup>, et donc d'un accommodement raisonnable qui tairait son nom<sup>46</sup>. Néanmoins, à mesure que le législateur est amené à préciser la notion de soins médicaux, notamment en

---

42 Article 6 de l'arrêté royal.

43 MEYER David, « Expliquer la circoncision », *Jurisprudence de Liège, Mons, Bruxelles*, 2013, liv. 1, p. 144-146, ainsi que d'un médecin COPPENS Luc, "To be, or not to be... circumcised?", *Jurisprudence de Liège, Mons, Bruxelles*, 2013, liv. 1, p. 146-148.

44 Liège (ch. Jeune), 9 avril 1981, *op. cit.*, p. 331.

45 CHOAIN Christine, art. cit., p. 228.

46 En ce sens : DELGRANGE Xavier, LEROUXEL Hélène, « L'accommodement raisonnable, bouc émissaire d'une laïcité inhibitrice », in BRIBOSIA Emmanuelle et RORIVE Isabelle (dir.),

encadrant la chirurgie esthétique, son silence à l'égard de la circoncision devient de plus en plus frappant.

Autre indice d'absence de caractère infractionnel, la sécurité sociale belge rembourse l'opération. Ce remboursement intervient sans que l'on exige la raison de l'acte<sup>47</sup>, favorisant le recours aux services médicaux et l'assurance de 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...

---

*L'accommodement de la diversité religieuse. Regards croisés – Canada, Europe, Belgique*, actes du colloque des 26-27 avril 2011, P.I.E. Peter Lang, 2015, p. 225-231, n° 19-20.

47 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 circoncisions 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](http://www.lachambre.be)).

Chapitre 3  
La voie de la régulation judiciaire :  
le compromis instable



## La circoncision rituelle au regard du droit français

VINCENTE FORTIER  
JULIETTE DUGNE  
JULIETTE LELIEUR  
FRANÇOIS VIALLA

La circoncision rituelle est une énigme pour le juriste français en quête de certitude et qui peut difficilement se satisfaire d'un raisonnement fondé sur la tolérance sociale pour asseoir la légitimité et la validité d'un rite qui, en tout état de cause, consomme une atteinte à l'intégrité physique du corps de l'enfant.

Écartant par conséquent du champ de la réflexion, le socle mou de la tolérance, pour circonscrire le débat au seul domaine juridique, incluant, bien évidemment, la prise en compte de la liberté religieuse, la problématique de la circoncision rituelle mobilise différentes ressources juridiques à l'aune desquelles elle doit être interrogée. Le questionnement est multiple.

En effet et d'une part, la circoncision entre-t-elle en conflit avec le principe d'inviolabilité du corps humain tel qu'il est désormais posé expressément par le Code civil ? La voie ouverte par le droit de la santé, dans ses développements doctrinaux les plus récents, permet-elle de valider cette pratique et, le cas échéant, sous quelles conditions ?

D'autre part, le droit de la famille, convié au débat et interprété par les juges judiciaires, fournit-il une réponse et précisément un cadre d'exécution de cette pratique offrant aux parents et à l'enfant une protection suffisante, même si demeure le caractère *contra legem* de la pratique ? Et, dans l'hypothèse où les conditions posées par le juge civil ne sont pas respectées, quelles

sont les sanctions possibles à l'encontre du parent ayant méconnu les exigences prétoriennes ? En outre, lorsqu'un dommage advient, quels sont les recours possibles et les modalités de la réparation, des points de vue civil et/ou administratif ?

Enfin, et bien que la circoncision rituelle en tant que telle bénéficie *de facto* d'une totale impunité au regard du droit pénal, le nouvel article 227-24-1 du Code pénal visant de manière générale les mutilations sexuelles ne pourrait-il pas conduire à une remise en cause de la pratique ?

La situation de la circoncision rituelle est complexe. Elle appelle un examen différencié selon le corpus juridique sollicité. C'est donc selon quatre axes correspondant aux différentes strates du questionnement que la réflexion s'organise : l'inviolabilité du corps humain ; la religion de l'enfant, prérogative parentale ; la réparation des conséquences dommageables de l'acte de circoncision ; la remise en cause indirecte de l'impunité pénale.

## I. L'INVOLABILITÉ DU CORPS HUMAIN

Comme l'écrit Gérard Cornu dans son ouvrage de droit civil<sup>1</sup>, « Rempli d'une force coutumière immémoriale, le principe de l'inviolabilité du corps humain est de la plus haute tradition » : *Noli me tangere* fondamental « comme bouclier de liberté corporelle »<sup>2</sup> ou encore qualifié par André Demichel comme plus vieux principe normatif qui soit en la matière<sup>3</sup>.

Jusqu'en 1994, le droit des personnes tout en prenant en considération le corps humain, le désignait toutefois rarement distinctement de la personne. La protection du corps était (et est toujours) assurée par le Code civil (article 1382 « Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ») et par le Code pénal à travers l'incrimination de tous les délits contre la personne.

Il a fallu attendre 1994 pour que le droit se préoccupe du corps en tant que tel, afin d'en assurer la protection. La loi civile, désormais, consacre le principe traditionnel et « proclame solennellement la valeur qu'elle reconnaît au corps humain »<sup>4</sup>.

1 CORNU Gérard, *Droit civil. Introduction, Les personnes, les biens*, Paris, Montchrestien, Précis Domat/Droit privé, 7<sup>e</sup> édition, 1995, p. 170.

2 CARBONNIER Jean, cité par MÉMETEAU Gérard, *Cours de droit médical*, Bordeaux, Les Études hospitalières, 4<sup>e</sup> édition, 2010, p. 379.

3 DEMICHEL André, « Médecine et droit : bilan provisoire d'une cohabitation problématique », in *Études offertes à Jean-Marie Auby*, Paris, Dalloz, 1992, p. 720.

4 CORNU Gérard, *op. cit.*, p. 171.

L'article 16-1 du Code civil dispose, en effet :

« Chacun a droit au respect de son corps.

Le corps humain est inviolable.

Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial. »

Les principes ainsi énoncés sont *généraux* : ils protègent toute personne contre toute atteinte à son corps. Ils sont également *d'ordre public*, s'accompagnant d'un panel de sanctions et dont le respect est assuré par le juge judiciaire, « érigé en gardien du corps humain »<sup>5</sup>. C'est ainsi qu'aux termes de l'article 16-2 du Code civil, « Le juge peut prescrire toutes mesures propres à empêcher ou faire cesser une atteinte illicite au corps humain ou de agissements illicites portant sur des éléments ou des produits de celui-ci ».

Le principe d'inviolabilité du corps humain (« ou de la personne en son corps ») posé à l'article 16-1 alinéa 2 du Code civil comprend la notion d'intégrité visée par l'article 16-3 du même Code. En effet, le principe fixé à l'article 16-1, selon lequel nul ne peut être contraint de subir une atteinte à son corps, doit être interprété en articulation avec l'article 16-3 qui dispose :

« Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui.

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 ».

Le principe de l'intégrité est écarté lorsque deux conditions se trouvent réunies : d'une part, une nécessité médicale (antérieurement nécessité thérapeutique) et d'autre part, le consentement de l'intéressé sous réserve de ne pas contrevenir à l'ordre public. La protection du corps contre toute atteinte non justifiée par une nécessité médicale s'applique aux majeurs comme aux mineurs.

En subordonnant l'intervention sur le corps à l'existence d'une nécessité médicale et en disposant que « le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement », l'article 16-3 alinéa 2 du Code civil réitère les conditions posées dans le Code de la santé publique (article 4127-41) et dans le Code de déontologie médicale (article 41) : « Aucune intervention mutilante ne peut être pratiquée sans motif médical sérieux et, sauf urgence ou impossibilité, sans information de l'intéressé et sans son consentement ».

Le principe d'intangibilité du corps humain apparaît primordial mais est-il absolu ? La circoncision rituelle représente à cet égard une « exception à l'intangibilité du corps humain puisqu'elle consomme une atteinte irréversible à

---

5 *Ibid.*, p. 171.



l'intégrité corporelle d'un garçon et qu'elle intervient en toute hypothèse sans le consentement de celui-ci »<sup>6</sup>.

Examinée sous l'angle de l'inviolabilité du corps humain et du respect de son intégrité, la circoncision rituelle, qui consiste en une ablation totale ou partielle du prépuce de l'enfant, réalise une atteinte à l'intégrité du corps humain, et on doit se demander au regard des évolutions récentes du droit de la santé si l'acte peut répondre aux conditions posées par l'article 16-3 du Code civil. Précisément, cela suppose de s'interroger sur la finalité de l'acte portant atteinte à l'intégrité du corps (A), sur la qualification d'acte médical non thérapeutique (B), sur la nécessité médicale de l'acte (C) et, enfin, sur l'exigence du consentement (D).

#### A. LA FINALITÉ DE L'ACTE PORTANT ATTEINTE À L'INTÉGRITÉ DU CORPS : LA FINALITÉ MÉDICALE

*L'acte médical est celui qu'un homme qualifié pose en vue de guérir autrui.* L'acte médical se définit par la personne qui le pratique, le médecin, mais aussi au travers de sa finalité, le diagnostic et le traitement<sup>7</sup>.

La finalité de l'acte médical justifie l'atteinte d'une part à l'intégrité corporelle du patient et permet, d'autre part, au médecin d'échapper à toute poursuite pénale. Jusqu'en 1999, le législateur légitimait cette atteinte en raison de la « nécessité thérapeutique » associée à l'acte médical. Sans cette exigence, l'acte médical recouvrait la qualification de violences volontaires et ce, indépendamment du consentement du patient.

La finalité thérapeutique visée dans la formulation initiale de l'article 16-3, exception traditionnelle du droit médical, et qui suppose une intervention sur le corps à visée diagnostique ou curative, a cédé la place à la nécessité médicale à l'occasion de la loi du 27 juillet 1999 portant création de la couverture médicale universelle<sup>8</sup>. Cette modification permet dès lors de légitimer des actes médicaux dépourvus de toute finalité diagnostique ou curative. Le professionnel médical peut ainsi réaliser des actes médicaux non thérapeutiques sans que ces derniers ne soient assimilés à une atteinte à l'intégrité corporelle du patient.

Le passage d'une nécessité thérapeutique à une *simple* nécessité médicale a, par conséquent, changé la donne. En effet, ce glissement sémantique a permis

6 *Ibid.*, p. 174.

7 RENAUT Marie-Hélène, « L'évolution de l'acte médical », *Revue de droit sanitaire et social*, 1999, n° 1, p. 45.

8 Loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture médicale universelle.

la légalisation d'actes médicaux de prévention ou de prédiction. Dès lors, la finalité de l'acte médical ne réside plus uniquement dans la guérison du patient.

Pour ces actes, qualifiés d'actes médicaux non thérapeutiques, il est intéressant d'observer que les exigences légales s'inversent. En effet, leur caractère licite passe par une appréciation assouplie du critère ayant trait à la nécessité médicale et par un renforcement parallèle du consentement du sujet à l'acte. Or, en principe et en l'absence de nécessité médicale, le consentement du patient ne peut justifier à lui seul l'intervention du praticien<sup>9</sup>. En d'autres termes, comme le souligne Sophie Paricard, le consentement du sujet de droit à un acte sans nécessité médicale ne suffit pas à légitimer l'atteinte à l'intégrité corporelle. Toutefois, des assouplissements à cette règle existent et désormais avec la reconnaissance des actes médicaux non thérapeutiques, le consentement du patient devient déterminant. Dans cette perspective, c'est la liberté individuelle du sujet qui permet à l'acte de revêtir sa « nécessité médicale » telle que requise par l'article 16-3, alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil.

## B. LA QUALIFICATION D'ACTE MÉDICAL NON THÉRAPEUTIQUE

La reconnaissance des actes médicaux non thérapeutiques a été rendue possible par la loi du 27 juillet 1999 et l'abandon de l'exigence d'une nécessité thérapeutique inhérente à l'acte médical.

Par définition, un acte médical non thérapeutique n'est pas un acte médical nécessaire. En effet, il n'existe pas de bénéfice thérapeutique direct (pour le patient) ou indirect (pour la personne, autrui ou la collectivité)<sup>10</sup>. Entrent dans cette catégorie spécifique, l'interruption non médicale de grossesse, le clonage à visée reproductive, l'administration de substances mortifères, la stérilisation contraceptive, la gestation pour autrui, l'assistance médicale à la procréation (AMP), la chirurgie esthétique. Cependant, eu égard à leur caractère non thérapeutique, la licéité de ces actes est subordonnée à leur prise en considération expresse par le législateur.

L'interruption non médicale de grossesse a été le premier acte médical non thérapeutique reconnu par la loi en 1975. Les actes de chirurgie esthétique<sup>11</sup>,

---

9 PARICARD Sophie, « Le consentement aux actes médicaux non thérapeutiques », in LAUDE Anne (dir.), *Consentement et santé*, Paris, Dalloz, 2014, p. 104.

10 *Ibid.*, p. 105.

11 Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009, *JO* n° 0167, 22 juillet 2009, p. 12184. Voir notamment l'article R. 6322-1 du Code de la santé publique : « Sont soumises aux dispositions du présent chapitre les installations où sont pratiqués des actes chirurgicaux tendant à modifier l'apparence corporelle d'une personne, à sa demande, sans visée thérapeutique ou reconstructrice ».

la stérilisation contraceptive<sup>12</sup> et l'assistance médicale à la procréation<sup>13</sup> sont aujourd'hui des pratiques marquées du sceau de la licéité. À l'inverse, le clonage reproductif, l'euthanasie ou encore la gestation pour autrui demeurent des actes interdits.

Quant à la circoncision rituelle, si elle n'est visée par aucun texte, elle pourrait relever de la catégorie des actes médicaux non thérapeutiques.

Reste cependant l'exigence d'une nécessité médicale et de sa délicate justification en matière d'actes non thérapeutiques.

### C. LA NÉCESSITÉ MÉDICALE DE L'ACTE

Deux approches permettent de justifier la nécessité médicale attachée à l'acte dépourvu de finalité thérapeutique. Pour certains auteurs, il s'agit d'une nécessité médicale « artificielle »<sup>14</sup> liée à l'autodétermination du patient qui qualifie lui-même le caractère nécessaire de l'acte. Pour d'autres, la nécessité médicale impose la réalisation de l'acte par un médecin<sup>15</sup> indépendamment de sa finalité thérapeutique.

#### *La qualification individuelle de la nécessité*

Traditionnellement, la nécessité de l'acte est l'apanage du médecin qui le propose à son patient. Dans cette hypothèse, la nécessité médicale doit être associée à la volonté du patient de subir l'acte afin de justifier l'atteinte à son intégrité physique ou psychique.

À l'inverse, qu'en est-il lorsqu'un acte médical est proposé non pas par l'auteur de l'acte mais par son sujet ? Le consentement du patient apparaît ici comme l'expression d'une liberté personnelle. Par conséquent, l'autodétermination du patient permet de justifier la nécessité de l'acte sans qu'il ne soit fait grand cas des motifs de sa demande.

12 Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, *JO* n° 156, 7 juillet 2001, p. 10823.

13 Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, *JO* n° 175, 30 juillet 1994, p. 11060.

14 HENNION-JACQUET Patricia, « Le paradigme de la nécessité médicale », *Revue de droit sanitaire et social*, n° 6, 2007, p. 1038.

15 GOURDON Pascal, « Une conséquence inattendue de la modification de l'article 16-3 du Code civil : la légalisation de la circoncision rituelle "médicalisée" », *Médecine & Droit*, n° 59, 2003, p. 44.

Les récentes modifications en matière d'IVG illustrent parfaitement ce constat. En effet, l'exigence d'une « situation de détresse »<sup>16</sup> justifiait initialement un contrôle de la légitimité de la demande formulée par la patiente souhaitant interrompre sa grossesse.

Or depuis la loi du 4 août 2014, cette condition préalable n'est plus requise par le législateur<sup>17</sup>. Par cette modification, souhaitée par le Comité consultatif national d'éthique<sup>18</sup>, la situation de détresse, et plus encore les motivations de l'acte abortif, relèvent de l'appréciation personnelle de la femme<sup>19</sup>.

Le constat d'une absence du contrôle des motivations du patient peut être étendu à d'autres actes non thérapeutiques. Ainsi, en matière de stérilisation contraceptive, les textes en vigueur imposent uniquement l'existence d'une volonté « motivée »<sup>20</sup> de la personne sans pour autant soumettre celle-ci à un quelconque contrôle. Concernant l'AMP, la décision appartient au couple, composé d'un homme et d'une femme, vivants et en âge de procréer. Si là encore, le Code de la santé publique exige que l'équipe médicale vérifie leur « motivation », ce contrôle est en pratique resté « lettre morte »<sup>21</sup>. Il en est de même en matière de chirurgie esthétique, où le consentement du patient à l'opération semble, au regard de la jurisprudence, l'emporter sur l'application par le médecin du principe de proportionnalité.

Pour les actes médicaux non thérapeutiques, il apparaît que la liberté individuelle suffit à justifier la nécessité de l'acte. Certains auteurs y voient là une dénaturation<sup>22</sup> de l'exigence de la nécessité médicale, le moyen de réaliser l'acte se confondant avec sa finalité.

---

16 Ancien article L. 2212-1 du Code de la santé publique modifié par la loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 - art. 1, *JO*, 7 juillet 2001 : « La femme enceinte que son état place *dans une situation de détresse* peut demander à un médecin l'interruption de sa grossesse. Cette interruption ne peut être pratiquée qu'avant la fin de la douzième semaine de grossesse ».

17 Article L. 2212-1 du Code de la santé publique (modifié par la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 - art. 24, *JO* n° 0179, 5 août 2014, p. 12949) : « La femme enceinte qui ne veut pas poursuivre une grossesse peut demander à un médecin l'interruption de sa grossesse. Cette interruption ne peut être pratiquée qu'avant la fin de la douzième semaine de grossesse ».

18 Avis CCNE n° 66 du 23 novembre 2000.

19 Dans le même sens, v. *affaire Cassey* où la Cour des États-Unis considère que l'avortement entre dans la catégorie « des choix privés et personnels qui mettent en jeu les croyances personnelles de la femme ainsi que son destin », citée par PARICARD Sophie, art. cit., p. 109.

20 Article L. 2123-1 al. 1 du Code de la santé publique créé par la loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 - art. 26, *JO*, 7 juillet 2001 : « La ligature des trompes ou des canaux déférents à visée contraceptive ne peut être pratiquée sur une personne mineure. Elle ne peut être pratiquée que si la personne majeure intéressée a exprimé une volonté libre, motivée et délibérée en considération d'une information claire et complète sur ses conséquences ».

21 PARICARD Sophie, art. cit., p. 110.

22 HENNIION-JACQUET Patricia, art. cit., p. 1038.

*La médicalisation de l'acte*

Une autre approche permet à l'acte médical non thérapeutique de répondre à l'exigence d'une nécessité médicale. En effet, comme ont pu le souligner certains auteurs, le terme est susceptible de recouvrir deux acceptions<sup>23</sup>. Selon la première d'entre elles, l'acte médical doit être « médicalement nécessaire ».

Selon la seconde approche, il est question de « la nécessité de médicaliser » un acte « socialement toléré ». Dans cette perspective, la réalisation de l'acte par un médecin permet à l'acte comme à sa nécessité de revêtir la qualification de « médicale ». Toutefois, cette interprétation de l'article 16-3 alinéa 1 du Code civil suscite la critique. Certains y voient en effet une dangereuse confusion entre les moyens de réaliser l'acte (médicalisation) et sa finalité (thérapeutique ou préventive)<sup>24</sup>.

En matière de circoncision rituelle, cette approche permettrait une mise en conformité de la pratique avec l'une des conditions posées par l'article 16-3 du Code civil, en réservant son exécution aux seuls médecins. Quant aux motifs confessionnels rattachés à l'acte, ils semblent, à l'instar des autres actes médicaux non thérapeutiques, laisser la place au consentement du patient.

## D. L'EXIGENCE DU CONSENTEMENT

En principe, par application des textes sur l'inviolabilité du corps humain, les atteintes au corps sans le consentement de celui qui les subit sont illicites. Le droit civil, comme le droit pénal, sanctionnent les atteintes à l'intégrité corporelle portées à un individu sans son consentement, provenant d'un tiers ou d'un co-contractant. Les coups et blessures engagent la responsabilité pénale de leur auteur et ouvrent droit à réparation. Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle le cas échéant, de l'auteur du dommage corporel peuvent être engagées.

En matière d'actes médicaux non thérapeutiques, catégorie dont peut relever la circoncision rituelle, si le contrôle des motivations du patient est assoupli, il en va différemment de son consentement. La reconnaissance légale de ces actes s'accompagne ainsi d'un encadrement légal spécifique. En outre la volonté du patient demeure déterminante et plus particulièrement lorsqu'il est question de personnes vulnérables.

23 VIALLA François, « Protection de l'intégrité corporelle des enfants », *Droit et Santé*, n° 57, 2014, p. 2702.

24 GOURDON Pascal, art. cit., p. 44.

### *Le renforcement de la protection du consentement pour les actes médicaux non thérapeutiques*

Les actes médicaux non thérapeutiques font l'objet d'un régime spécial en matière de consentement. Ces dispositions législatives propres portent sur l'information du patient ainsi que sur le recueil de son consentement.

En matière d'actes médicaux non thérapeutiques, l'information doit être exhaustive afin que la décision du patient soit prise en connaissance de cause. L'information porte ainsi sur toutes les conséquences possibles de l'opération et sur l'ensemble des risques même exceptionnels encourus par la personne.

À titre d'exemple, pour ce qui est de l'IVG, l'information doit porter sur les « méthodes médicales et chirurgicales d'interruption de grossesse et des risques et des effets secondaires potentiels »<sup>25</sup>. Concernant la stérilisation contraceptive, le médecin doit informer des « risques médicaux » et des « conséquences de l'intervention »<sup>26</sup>. En matière de chirurgie esthétique, il lui est fait obligation d'informer le patient « des risques et des éventuelles conséquences et complication »<sup>27</sup>. Enfin, pour ce qui est de l'assistance médicale à la procréation, le législateur précise que l'information doit porter sur « les possibilités de risques et d'échec de techniques d'AMP, de leurs effets secondaires et de leurs risques à court et long terme, ainsi que de leur pénibilité et des contraintes qu'elles peuvent entraîner »<sup>28</sup>.

À cette information spécifique, s'ajoute la remise d'un document écrit par le médecin (« dossier guide » pour l'IVG et l'AMP, « dossier d'information écrit » pour la stérilisation, « devis détaillé » pour la chirurgie esthétique).

Un régime spécial est pareillement prévu en matière de recueil du consentement. La première spécificité réside dans la formalisation du consentement par le biais d'un écrit. Ainsi, une confirmation écrite de la volonté de la personne est exigée en cas d'IVG<sup>29</sup>, de stérilisation à visée contraceptive<sup>30</sup>, d'AMP<sup>31</sup>. En matière de chirurgie esthétique, cet écrit prend la forme d'un devis détaillé<sup>32</sup>.

À l'exigence d'un consentement écrit, s'ajoute l'aménagement d'un délai de réflexion permettant d'éviter l'écueil d'une décision précipitée (une semaine pour l'IVG, quatre mois pour la stérilisation contraceptive, un mois pour une AMP, quinze jours minimum pour un acte de chirurgie esthétique).

---

25 C. santé publ., art. L. 2212-3.

26 C. santé publ., art. L. 2123-1, al. 4.

27 C. santé publ., art. L. 6322-2.

28 C. santé publ., art. L. 2141-10.

29 C. santé publ., art. L. 2212-5.

30 C. santé publ., art. L. 2123-1, al. 4.

31 C. santé publ., art. L. 2141-10.

32 C. santé publ., art. L. 6322-2.

Ces dispositions propres à la réalisation de l'acte médical non thérapeutique en garantissent la légalité et attestent de l'importance de la volonté du patient.

*Le renforcement de l'autonomie décisionnelle des mineurs*

Par principe, le mineur ne peut consentir à l'acte médical. En effet, au regard des dispositions de l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique, ce droit est exercé par les titulaires de l'autorité parentale. Il peut néanmoins participer à la prise de décision dans la mesure où son degré de maturité le permet.

Or il apparaît qu'en matière d'actes médicaux non thérapeutiques, le mineur bénéficie d'une « autonomie décisionnelle inédite »<sup>33</sup> lui permettant de consentir lui-même à l'acte.

Deux situations doivent cependant être distinguées selon que l'acte en question revêt ou non un caractère urgent.

L'acte médical urgent est entendu comme celui qui ne peut être retardé à la majorité de l'enfant. Dès lors, la liberté personnelle du mineur suffit à autoriser la réalisation de l'acte. L'exemple est donné en matière d'IVG, où l'absence de consentement des titulaires de l'autorité parentale n'empêche pas l'intervention. La mineure devra néanmoins être accompagnée dans sa démarche par une personne majeure de son choix<sup>34</sup>.

Si l'acte n'est pas urgent (c'est-à-dire qu'il peut être retardé jusqu'à la majorité de l'enfant), il semble que ni le mineur ni les titulaires de l'autorité parentale ne puissent consentir à l'acte. Dans cette hypothèse, il est nécessaire d'attendre la majorité de la personne concernée par l'acte, seul moment où il pourra valablement consentir à l'acte. Cette solution est celle prévalant en matière de stérilisation contraceptive.

Toutefois, comme le fait observer Sophie Paricard, à propos de la circoncision « L'attente de la majorité de l'enfant se heurte au souci de préserver une relation équilibrée entre droit et religion mais surtout entre liberté de conscience de l'enfant et respect de l'éducation religieuse donnée par ses parents. Il est peut-être plus opportun de préserver une coutume religieuse qui n'est pas invalidante et dont les écueils, très marginaux, ont toujours été sanctionnés par le droit »<sup>35</sup>.

33 PARICARD Sophie, art. cit., p. 111.

34 C. santé publ., art. L. 2212-7.

35 PARICARD Sophie, art. cit., voir p. 116.

## II. LA RELIGION DE L'ENFANT : UNE PRÉROGATIVE PARENTALE

Le choix de la religion de l'enfant relève des attributs de l'autorité parentale. Bien que le législateur français n'ait pas expressément prévu à qui revient la tâche de choisir la religion de l'enfant<sup>36</sup>, doctrine et jurisprudence se sont toujours accordées pour considérer que l'éducation religieuse est un des aspects de l'éducation en général et dès lors qu'elle relève des devoirs et prérogatives parentaux. La Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) en fait l'un des droits et devoirs des parents que les États parties à la Convention doivent s'engager à respecter. L'article 14-2<sup>e</sup> dispose que « Les États respectent le droit et le devoir des parents de guider celui-ci dans l'exercice du droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités ». Il faut ici remarquer que la même Convention place en tête le droit de l'enfant à *la liberté de pensée, conscience et religion*, ce qui est susceptible de créer une contradiction entre les droits parentaux (issus donc de l'autorité parentale) et la reconnaissance au mineur de certains droits. En effet, dans le cadre de l'autorité parentale, le mineur est seulement objet de droit et n'est titulaire d'aucun droit. Or certains droits reconnus aux mineurs via la CIDE s'articulent difficilement avec les prérogatives parentales, ce qui permet de douter de leur effectivité<sup>37</sup>.

S'il appartient donc aux parents de choisir l'orientation religieuse de l'enfant, toutefois cette prérogative ne s'exerce pas sans limite. Ainsi et de manière générale, les titulaires de l'autorité parentale ne doivent pas mettre en danger la santé, la sécurité ou la moralité du mineur, par leur conformité aux impératifs religieux, ou encore compromettre les conditions de son éducation ou de son développement par cette obéissance aux dogmes et pratiques religieux. Si tel est le cas, il faut protéger l'enfant et le protéger alors contre ses parents<sup>38</sup>.

Le juge doit concilier la liberté de croyance et de religion dont disposent les parents à l'égard de l'enfant ainsi que leur liberté éducative qu'il n'a pas en principe à contrôler et parallèlement assurer de manière efficace la protection

---

36 Comme le souligne BOULANGER François (« Autorité parentale et formation religieuse des mineurs, essai comparatif », *Droit de la famille*, n° 11, 2013, étude 14), « il a été assez peu remarqué que le mot religion ne soit pas comme tel, mentionné, sauf une allusion feutrée dans le Code de procédure civile à propos de l'assistance éducative sur le respect des convictions religieuses ou philosophiques du mineur et de sa famille ».

37 BONFILS Philippe, GOUTTENOIRE Adeline, *Le droit des mineurs*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 2<sup>e</sup> éd., 2014, n° 541, p. 343 ; v. également, TERRÉ François, FENOUILLET Dominique, *Droit civil. Les personnes*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 8<sup>e</sup> éd., 2012, n° 374 et s., p. 341 et s.

38 FORTIER Vicente, « La protection de l'enfant contre les pratiques religieuses de ses parents », in FORTIER Vincente, LEBEL-GRENIER Sébastien (dir.) *La vulnérabilité et le droit : entre autonomie et paternalisme*, Sherbrooke, éditions RDUS, 2010, p. 25-44.



de cette personne particulièrement vulnérable qu'est l'enfant. Dans le cas précis de la circoncision rituelle, la liberté religieuse dont disposent les parents au titre de l'autorité parentale heurte le principe d'inviolabilité du corps humain et la liberté religieuse reconnue à l'enfant.

Comment résoudre le double conflit de normes que révèle la circoncision rituelle, celui résultant de l'opposition entre impératif religieux et impératif juridique, et celui tenant aux dispositions protégeant le corps humain et les attributs relevant de l'autorité parentale ?

Une partie de la réponse, ou du moins certaines voies de règlement des conflits sont apportées par la jurisprudence civile. La circoncision rituelle se retrouve au cœur du débat judiciaire principalement dans deux situations, s'inscrivant dans un conflit parental sur l'éducation religieuse du mineur : d'une part, lorsque l'un des parents demande au juge l'autorisation de procéder à la circoncision sur un enfant ; d'autre part, lorsque l'un des parents a fait circoncire l'enfant sans avoir requis au préalable le consentement de l'autre parent.

Le traitement judiciaire de l'acte de circoncision rituelle va permettre de poser les bases de son accomplissement dans des conditions respectueuses du choix parental et de la liberté religieuse des parents.

Loin d'ignorer la circoncision rituelle ou de manifester une indifférence à son égard, le juge civil donne, ici, leur pleine mesure aux règles de l'autorité parentale pour aménager le cadre de l'accomplissement de la circoncision rituelle et tracer les limites de la liberté religieuse des parents à l'égard de l'enfant. En réalité, il s'agit moins ici de protéger l'enfant que de protéger les droits des parents. En effet, et curieusement, la notion d'intérêt de l'enfant n'est quasiment jamais évoquée, du moins de manière explicite. Or, l'autorité parentale est une fonction qui est finalisée car les droits et devoirs des parents se déploient dans l'intérêt de l'enfant. Cette notion constitue la pierre angulaire de l'autorité parentale et du droit de l'enfance en général, la Convention internationale relative aux droits de l'enfant utilise l'expression « d'intérêt supérieur de l'enfant »<sup>39</sup>. Mais si la question de l'intérêt de l'enfant n'est pas posée, c'est sans doute parce que le juge civil est le plus souvent placé devant « le fait accompli ». Il est permis de se demander du reste où se situe l'intérêt de l'enfant : dans le respect de la tradition religieuse de sa famille, gage de son intégration dans sa communauté ou bien dans la protection de son intégrité corporelle mais également de sa propre liberté religieuse<sup>40</sup> ?

---

39 Sur l'applicabilité directe de la CIDE, voir les développements de BONFILS Philippe, GOUTTENOIRE Adeline, *op. cit.*, n° 60 et s, p. 34 et s. ; et dans le même ouvrage, à propos de l'intérêt supérieur de l'enfant, n° 92 et s., p. 61 et s.

40 CA Lyon, 25 juill. 2007, *RTD civ.* 2008, obs. HAUSER Jean.

## A. LA QUALIFICATION DE LA CIRCONCISION RITUELLE

### *La circoncision rituelle : une atteinte à l'intégrité physique*

La qualification de la circoncision rituelle par la jurisprudence en tant qu'atteinte à l'intégrité physique du corps de l'enfant est parfois évoquée. Tel est le cas, par exemple, de la Cour d'appel de Lyon, saisie par le père d'une demande d'autorisation de faire circoncire l'enfant<sup>41</sup>. Dans une décision récente, la Cour d'appel de Poitiers considère que la circoncision est « une atteinte directe au corps de l'enfant petit » soulignant « le caractère définitif et symbolique de cette opération »<sup>42</sup>. Telle était déjà la position de la Cour d'appel de Rennes<sup>43</sup> dans une affaire ancienne opposant un père algérien et une mère française catholique, qualifiant la circoncision (en l'espèce « imposée aux enfants dans des conditions menaçant leur équilibre »), de « voie de fait puisqu'il y a atteinte à l'intégrité physique », relevant qu'« il est inexact que la pratique soit courante en France ».

Deux décisions doivent ici être signalées qui, bien qu'elles s'inscrivent dans un contexte particulier (enfants faisant l'objet d'une mesure de placement), illustrent un certain durcissement de principe, à tout le moins une prise de distance, à l'égard de la circoncision. La première affaire est un arrêt de la Cour d'appel de Lyon<sup>44</sup>. La mère titulaire de l'autorité parentale et dont les enfants étaient placés, demandait que ceux-ci soient instruits dans la religion musulmane (le père était d'accord) et s'interrogeait sur une éventuelle circoncision. Si la cour décide que le service gardien doit mettre en place un enseignement à la culture et à la religion musulmane, toutefois sur le point de la circoncision,

---

41 CA Lyon, 25 juillet 2007, *JurisData* n° 2007-346158 : « S'agissant d'une atteinte à l'intégrité physique de l'enfant, cette décision grave ne peut être prise que d'un commun accord entre les parents et avec le consentement de l'enfant, âgé de 11 ans ; en l'absence de consentement tant de la mère que de l'enfant qui a exprimé à de maintes reprises son opposition à une telle opération, le rejet de la demande s'impose ». v. également, CA Nancy, 5 octobre 2009, *JurisData* n° 2009-023366 confirmant l'interdiction faite au père de procéder à la circoncision de l'enfant ; dans cette affaire et se fondant sur l'article 373-2-6 du Code civil les conseillers nancéens rappellent que « la protection et l'éducation de l'enfant qui doit aussi s'entendre comme l'éducation religieuse, sont les raisons d'être de l'autorité parentale. Ainsi compte tenu de l'importance que revêt toute décision en matière religieuse, il n'est pas envisageable que cette décision soit prise sans l'accord des deux parents qui exercent en commun l'autorité parentale ». Également, CA Riom, 17 avril 2007, *JurisData* n° 2007-336812.

42 CA Poitiers, 11 mai 2011, *JurisData*, inédit, jugeant dès lors que cette opération ne pouvait pas être décidée par le père seul sans consultation et accord exprès de la mère.

43 CA Rennes, 23 janvier 1991, cité par CHOAIN Christine, note sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 26 janvier 1994, *D.* 1995, jurisprudence p. 226. Dans cette affaire, le père s'est vu retirer son droit de visite.

44 CA Lyon, 31 mai 2011, *JurisData*, inédit.

elle considère qu'un bilan auprès d'un établissement hospitalier devra être réalisé « permettant d'apprécier la compatibilité d'une éventuelle circoncision avec l'état de santé actuel des garçons, leur degré de discernement de cet acte et de ses conséquences ainsi que du retentissement psychologique prévisible ». La cour rappelle, de surcroît, que « la Convention internationale des droits de l'enfant pose comme principe que tout enfant a le droit à son intégrité physique et à faire le choix de la religion qu'il entend pratiquer, les titulaires de l'autorité parentale ayant quant à eux le droit de faire élever leurs enfants dans la connaissance de leurs religions communes ». La solution semble donc faire une distinction entre, d'une part, la circoncision qui porte atteinte à l'intégrité physique de l'enfant et à son libre choix d'une religion et, d'autre part, la prérogative parentale. Est-ce à dire que le droit des parents d'élever leurs enfants dans la religion de leur choix bute contre une limite, celle de ne pas porter atteinte au corps de l'enfant et à sa propre liberté de choix ?

Allant plus loin encore, une ordonnance rendue en 2002, par le tribunal de grande instance de Laval<sup>45</sup>, considère que « la circoncision pratiquée comme un rite religieux porte volontairement atteinte à l'intégrité physique et constitue manifestement une forme de violence sexuelle ». Rappelant la Convention internationale des droits de l'enfant et particulièrement son article 34 qui fait obligation aux États parties de protéger l'enfant contre toutes les formes de violence sexuelle, le juge des enfants de Laval ajoute que « cet enfant, âgé de six ans, n'est pas en mesure en raison de son âge, de donner un quelconque consentement à cet acte chirurgical qui provoquera des conséquences physiques irréversibles ainsi que selon plusieurs spécialistes des difficultés dans sa vie sexuelle future ». Il faut souligner ici que le juge a interdit la circoncision rituelle alors que les deux parents y étaient favorables. Certes le contexte de l'affaire était particulier ; il s'agissait d'un enfant qui avait été confié aux services d'aide sociale à l'Enfance. Cependant, les parents conservent l'autorité parentale durant ce placement, ce qui en l'état actuel de la jurisprudence sur la circoncision et considérant leur assentiment, aurait dû conduire à permettre l'intervention. Toutefois ce qui est particulièrement intéressant ici est cette interdiction posée formellement, le juge qualifiant la circoncision rituelle de violence sexuelle.

#### *La circoncision rituelle : un acte non usuel de l'autorité parentale*

Si, dans les décisions, la référence à l'atteinte à l'intégrité physique n'est pas toujours énoncée, il n'en demeure pas moins que dans l'immense majorité des cas, la circoncision rituelle est qualifiée du point de vue des actes de l'autorité

---

45 TGI Laval, juge des enfants, 16 avril 2002, *AJ Famille* 2002, p. 222, note.

parentale, d'acte grave, ou d'acte important et unique dans la vie de l'enfant, d'acte non usuel de l'autorité parentale<sup>46</sup>.

Cette qualification d'acte grave ou non usuel de l'autorité parentale n'est pas neutre : elle emporte des conséquences en termes de responsabilité parentale et va permettre au juge de poser le cadre de l'accomplissement du rite religieux.

Le Code civil ne définit pas ce qu'il faut entendre par acte usuel ou non usuel de l'autorité parentale. Les actes usuels de l'autorité parentale bénéficient d'une présomption d'accord selon l'article 372-2 du Code civil. S'agissant des actes sur la personne de l'enfant, les actes de soins courants sont certainement des actes usuels<sup>47</sup>. En revanche, tel n'est pas le cas de l'éducation religieuse en général<sup>48</sup> et de la circoncision rituelle en particulier.

À cet égard, une affaire ancienne traitée par le tribunal de grande instance de Paris le 6 novembre 1973<sup>49</sup> est riche d'enseignements sur la difficulté à distinguer ce qui relève de l'opération relativement bénigne et médicalement nécessaire (opération du phimosis) pour laquelle, du reste, le consentement des deux parents n'est pas requis et de la circoncision rituelle qui, à l'inverse, nécessite le double consentement. Le tribunal était saisi d'une demande du père mettant en cause la responsabilité du médecin qui ne s'était pas assuré de son consentement à propos de la circoncision de ses trois garçons. Les faits étaient, à tout le moins, ambigus : une mère avait fait opérer le même jour ses trois fils, âgés respectivement de sept, six et cinq ans, d'un phimosis. La question se posait de savoir si le médecin pouvait procéder à cette opération sur les enfants à la seule demande de la mère. Mais les faits étaient troublants : les trois garçons avaient été opérés le même jour. Les parents tout comme vraisemblablement le médecin étaient de confession juive. Cependant, seule la mère était pratiquante. Le père était opposé à la circoncision rituelle. Il avait, donc, assigné le médecin en réparation

---

46 CA Rennes, 4 avril 2005, *JurisData* n° 2005-292420 ; CA Paris, 29 septembre 2000, *D.* 2001, p. 1585, note DUVERT Cyrille.

47 À propos de la distinction acte usuel/acte important ou non usuel, v. notamment les exemples in BONFILS Philippe, GOUTTENoire Adeline, *op. cit.*, n° 561 et s., p. 351 et s. ; v. également TERRÉ François, FENOUILLET Dominique, *op. cit.*, n° 429, p. 426.

48 Les décisions concernant l'éducation religieuse de l'enfant relèvent toujours de la catégorie des choix importants relatifs à la vie de l'enfant et qui, par conséquent requiert l'assentiment des deux parents. Par exemple, CA Nîmes, 20 juin 2012, *JurisData*, inédit, condamnant un père qui avait organisé la cérémonie de la *bar-mitsva* de l'enfant âgé de douze ans lors d'un voyage en Israël sans que la mère n'en ait été informée. Si la mère avait accepté que l'enfant reçoive une éducation religieuse, la cour d'appel constate que « cet accord ne concernait que la participation à une éducation religieuse non nécessairement suivi d'un engagement suffisamment important et sérieux pour entraîner la conversion à cette religion » ; CA Montpellier, 30 mai 1988, *JurisData* n° 11583, selon laquelle une mère ne peut pas, de sa propre initiative, retirer un enfant d'un établissement scolaire religieux, choisi antérieurement par les deux parents, pour le placer dans un établissement laïque.

49 TGI Paris, 6 novembre 1973, *Gaz. Pal.* 1974, 1, p. 299, note BARBIER P.

de son préjudice moral propre et en réparation du préjudice physique et moral éprouvé par ses fils. Il considérait qu'« une telle intervention ne peut être considérée comme un acte usuel en France, et qu'en raison de son caractère particulier, l'ordre opératoire de la mère était insuffisant ». Evidemment il insistait sur le « caractère insolite » de ces interventions, les trois frères présentant au même moment un problème de santé identique nécessitant une opération d'urgence. Il faisait état de l'atteinte irréversible à l'intégrité corporelle de ses fils avec toutes les conséquences psychologiques, morales et sociales que cette marque physique comportait. Tout le problème résidait dans la qualification de ces interventions : s'agissait-il d'actes médicaux (phimosis) ou de circoncisions rituelles ? Après expertise, le tribunal considéra que deux des enfants présentaient bien un phimosis et que le médecin n'était pas tenu avant de pratiquer une opération relativement bénigne et médicalement nécessaire de recueillir d'autre autorisation que celle de la mère, rien ne lui laissant supposer un désaccord parental. Le tribunal ajouta que la situation aurait pu être différente s'il s'était agi d'une circoncision rituelle. Mais en l'espèce c'est « par une simple coïncidence » que les convictions religieuses des parents différaient, la mère étant pratiquante et le père étant opposé à la circoncision. Quant au plus jeune des enfants, le cas était plus litigieux, les experts n'ayant pu établir formellement la nécessité de l'intervention. Le tribunal considéra, alors, qu'il y avait lieu de présumer que l'enfant était dans le même cas que ses frères, « ce qui paraît correspondre aux lois de l'hérédité physiologique et que l'intervention s'imposait pour lui de la même façon ». Il ne s'agissait donc pas de circoncision rituelle de sorte que le seul consentement de la mère suffisait.

## B. LA CIRCONCISION RITUELLE : UNE CO-DÉCISION PARENTALE

Tirant les conséquences de la qualification juridique de la circoncision rituelle relativement à l'autorité parentale, le juge civil pose les conditions de sa réalisation, signifiant par là même aux parents les limites à observer dans l'exercice de leurs prérogatives.

Précisément, s'agissant d'un acte non usuel de l'autorité parentale, l'accord des deux parents est requis pour procéder à la circoncision de l'enfant<sup>50</sup>. C'est pourquoi, du reste, les juges refusent de se substituer au parent réticent, lorsqu'ils sont saisis d'une demande d'autorisation de faire procéder à la

---

50 CA Paris, 13 septembre 2000, *JurisData* n° 2000-125029 ; CA Rennes, précit. ; CA Orléans, 14 mars 2006, *JurisData* n° 2006-310764. *Contra* : CA Aix-en-Provence, 4 mars 2004, *JurisData* n° 2004-238032 (concernant deux époux de confession musulmane).

circoncision<sup>51</sup>. On ajoutera à cela que la situation est bien embarrassante. Comment juger de l'intérêt de l'enfant (puisque la notion doit être centrale) à être circoncis (ou baptisé) et donc décider, *in fine*, de l'orientation religieuse de cet enfant, alors qu'aucun critère religieux ne peut intervenir dans le choix du juge ? Il peut arriver que les parents se soient mis d'accord sur l'intervention selon certaines modalités. Le juge constate alors cet accord<sup>52</sup>.

En d'autres termes, et d'une part, la circoncision ne sera interdite qu'à partir du moment où l'assentiment des deux parents n'est pas obtenu. D'autre part, et en conséquence, une circoncision pratiquée en violation de cette règle de co-décision emportera sanction du parent et/ou du praticien ayant enfreint cette obligation.

C'est ainsi que la carence de l'un des parents est un motif grave de nature à entraîner la modification du droit de visite et d'hébergement, voire la suppression de l'un d'eux ou des deux pour le parent fautif<sup>53</sup>. Dans l'hypothèse où l'autorité parentale était exercée conjointement, celle-ci peut être confiée à titre exclusif à l'un seul des parents lorsque le manquement est qualifié de « particulièrement grave », comme a pu en décider la Cour de Lyon dans une décision récente<sup>54</sup>. En l'espèce, il s'agissait d'un père qui s'était rendu en Algérie avec ses enfants et avait fait procéder à la circoncision du plus jeune fils âgé de trois ans, sans en informer la mère tout en connaissant parfaitement son refus d'élever les enfants dans la religion musulmane. La circoncision fut pratiquée dans de très mauvaises conditions. La Cour faisant droit à la demande de la mère

---

51 Par exemple, CA Aix-en-Provence, 24 septembre 2013, n° 2013/468, *JurisData*, inédit ; CA Colmar, 8 janvier 2014, n° 12/03864, *JurisData*, inédit.

52 CA Nîmes, 8 janvier 2014, *JurisData*, inédit (accord des parents sur une circoncision à compter du cinquième anniversaire de l'enfant, en présence de la mère et sous contrôle médical).

53 CA Poitiers, 21 novembre 2000, *JurisData* n° 2000-146397 ; CA Orléans, 14 mars 2006, *JurisData* n° 2006-310764 : dans cette affaire, les circonstances étaient troubles, le père ayant vraisemblablement tenté de circoncire l'enfant lui-même, une lésion importante avait affecté le prépuce de celui-ci, de surcroît psychologiquement traumatisé. Les juges ont considéré qu'à tout le moins la négligence du père constituait un motif grave au sens de l'article 373-2-1 du Code civil imposant de revoir les modalités d'organisation du droit de visite paternel ; CA Riom, 17 avril 2007, *JurisData* n° 2007-336812 ; CA Lyon, 10 janvier 2011 : le père s'était rendu en Algérie et avait fait circoncire son fils âgé de trois ans alors que la mère refusait d'élever l'enfant dans la religion musulmane. Lors de son retour en France, l'enfant présentait une infection majeure. La cour qualifie le manquement du père aux règles de l'autorité parentale conjointe comme étant particulièrement grave et dès lors confie l'exercice de l'autorité parentale à titre exclusif à la mère. L'arrêt interdit au père d'amener les enfants dans une communauté religieuse et/ou dans une école confessionnelle, interdit la sortie du territoire national et même supprime le droit de visite et d'hébergement le mercredi dans la mesure où il s'agit pour lui d'un moyen d'emmener les enfants dans une mosquée.

54 CA Lyon, 10 janvier 2011, *JurisData*, inédit.

lui confie l'exercice de l'autorité parentale à titre exclusif, modifie également le droit de visite et d'hébergement du père en supprimant le mercredi après-midi à la demande de la mère (afin que le père ne puisse pas emmener les enfants à la mosquée) et condamne le père à verser 1000 euros de dommages-intérêts à la mère en réparation du préjudice subi par elle du fait du comportement fautif du père.

Il en est de même dans le litige traité par la Cour de Toulouse, le 13 octobre 2014<sup>55</sup>. Les parents (séparés) exerçaient conjointement l'autorité parentale. La mère ayant fait pratiquer la circoncision sur l'enfant lors de vacances au Gabon, à l'insu du père, celui-ci avait déposé plainte pour violences volontaires sur mineur de six ans. Le juge aux affaires familiales, saisi par le père, lui octroie l'exercice exclusif de l'autorité parentale. La Cour d'appel de Toulouse confirme le jugement « compte tenu du contexte lourd dans lequel évoluent la mère et l'enfant, et l'absence de reprise du dialogue entre les parents », insistant sur le caractère exceptionnel de l'exercice unilatéral de l'autorité parentale qui ne peut résulter que de motifs graves.

En outre, le fait de faire pratiquer la circoncision sans l'accord, en l'espèce du père de l'enfant, et sans raison médicale est considéré comme un grief pouvant être imputé à faute à l'épouse et dès lors justifier le prononcé du divorce à ses torts<sup>56</sup>.

Quant au médecin qui pratiquerait une circoncision sans s'assurer du double consentement, il verrait sa responsabilité mise en cause : en agissant ainsi, il ferait preuve d'une légèreté blâmable<sup>57</sup>.

Cette quasi-unanimité à l'égard de la circoncision quant à son caractère de gravité et à la nécessité d'une co-décision est parfois rompue au détour de quelques décisions dont la motivation est, à tout le moins, étonnante. Ainsi de cet arrêt rendu par la Cour de Versailles<sup>58</sup> : la mère avait fait circoncire l'enfant sans prévenir le père qui était opposé à cette pratique. Les juges considèrent que cette circoncision, malgré le désaccord du père, ne justifie pas à elle seule le changement de résidence de l'enfant, se contentant de préciser à la mère « de ne pas renouveler à l'avenir ce type d'initiative, constitutive d'une atteinte aux droits de l'autre parent ». À propos d'un père ayant fait circoncire son fils sans

55 CA Toulouse, 13 octobre 2014, *JurisData*, inédit.

56 CA Paris, 5 novembre 2013, n° 12/18336, *JurisData*, inédit : « Ces faits qui démontrent l'absence totale de considération de M<sup>me</sup> L. envers son mari, constituent une violation grave ou renouvelée des obligations du mariage qui rend intolérable le maintien du lien conjugal ». On notera que dans cette affaire, il s'agit du seul grief.

57 CA Paris, 29 septembre 2000, D. 2001, p. 1585. À propos de cette affaire, la cour a également retenu la responsabilité du père de l'enfant ayant « profité de son droit d'hébergement pour prendre la grave décision de faire procéder, à des fins rituelles, à l'opération sans avoir recueilli l'assentiment de la mère ».

58 CA Versailles, 10 juin 2010, *JurisData* n° 2010-009691.

en prévenir la mère, les juges de Lyon estiment « déplorable que le père ait cavalièrement décidé d'y procéder de sa propre initiative »<sup>59</sup>.

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 par là même dans quelles conditions elle peut valablement être effectuée. En d'autres termes, la circoncision n'est pas interdite dès lors que ce cadre est respecté. La circoncision, de fait, ne sera interdite qu'à partir du moment où les conditions risquent de ne pas être respectées. Par conséquent, ce n'est pas l'acte en lui-même qui est sanctionné mais les éventuelles circonstances de son accomplissement, en ce que de manière générale, elles contreviennent aux règles sur la co-décision parentale.

Ces décisions signifient, *a contrario*, que si les consentements des deux parents sont réunis, alors rien ne s'oppose à la circoncision de l'enfant. Dès lors, on peut considérer que l'impératif religieux a supplanté l'impératif juridique. Le conflit entre impératif religieux et impératif juridique se résout au profit du premier. Le rite l'emporterait sur la règle de droit d'ordre public à laquelle il contrevient pourtant. Dans cette concurrence entre les deux ordres normatifs, est privilégiée ici une conception procédurale du droit, le juge vérifiant si les conditions posées à l'accomplissement de l'acte sont ou non remplies. Cependant, il est possible de s'en tenir à une stricte analyse juridique, qui gommerait l'aspect religieux du débat. Dans cette perspective, la primauté serait donnée aux prérogatives parentales en matière de choix religieux, à la liberté religieuse et éducative des parents à l'égard de leurs enfants sur d'autres règles telle que celle posée par l'article 16-3 du Code civil.

### III. LA RÉPARATION DES CONSÉQUENCES DOMMAGEABLES DE L'ACTE DE CIRCONCISION

La circoncision rituelle ne peut pas être considérée, médicalement, comme un acte « bénin ». En témoignent quelques affaires qui montrent la gravité des atteintes pouvant affecter l'enfant : nécrose du gland, hémorragie et, dans les cas les plus graves, décès de l'enfant à la suite de l'anesthésie pratiquée sur lui.

Lorsqu'un accident survient, lors de la circoncision, analysée comme un fait juridique, suivront des conséquences, en termes de responsabilité civile et donc de réparation.

---

59 CA Lyon, 7 mai 2009, *JurisData* n° 2009-020508 ; mais il est vrai que dans cette affaire, le fils aîné « semblait » avoir déjà subi cette intervention sans opposition de la mère.



En 1994<sup>60</sup>, la responsabilité d'un médecin, stomatologue, habilité par les autorités religieuses à pratiquer les circoncisions rituelles en qualité de *mohel*, a été retenue, l'enfant ayant été victime d'une nécrose irréversible. La Cour d'appel de Paris<sup>61</sup> sur cette affaire avait pointé la faute d'imprudence et de négligence : la cour considère que sa profession de stomatologue ne lui donnait aucune compétence pour apprécier correctement la suite à donner en cas de complications. De plus, et alors même que les parents s'apprétaient à conduire l'enfant à l'hôpital, ce médecin les en avait dissuadés. Dès lors « ayant décidé de surveiller seul l'évolution de la complication survenue à la suite de la circoncision, ce médecin doit assumer l'entière responsabilité des conséquences dommageables résultant de son erreur d'appréciation du risque encouru et de son défaut de surveillance ».

En 1989<sup>62</sup>, la Cour de cassation a eu à connaître d'une affaire dans laquelle un rabbin, *mohel* diplômé, avait pratiqué une circoncision qui avait entraîné une nécrose du tiers de la verge de l'enfant ayant nécessité l'ablation des deux tiers des tissus. Les parents de l'enfant avaient assigné le *mohel* et son assureur en paiement de dommages-intérêts. La Cour d'appel de Douai avait rejeté la demande. La Cour de cassation rejeta le pourvoi considérant que l'obligation s'imposant au *mohel*, tant en ce qui concerne l'intervention que le contrôle post-opératoire, s'analysait en une obligation de moyens et dès lors la responsabilité ne pouvait être retenue que sur le fondement d'une faute en relation causale avec l'accident. Or aucun manquement en relation avec les préjudices subis n'était établi.

Quant à la légèreté blâmable dont fait preuve le médecin qui pratique une circoncision sans s'assurer de l'accord des deux parents, elle est également passible de dommages-intérêts. Ainsi dans l'affaire précitée de la Cour d'appel de Paris en date du 29 septembre 2000, le médecin et le père de l'enfant ont été condamnés à payer 50 000 francs au titre du préjudice moral de la mère et 100 000 francs au titre du préjudice tant moral que corporel de l'enfant.

En outre, la responsabilité de l'hôpital au sein duquel la circoncision a été pratiquée, peut être engagée au prix d'un raisonnement spécifique, s'agissant d'un acte à finalité culturelle. L'affaire est la suivante :

Le 9 avril 1980, un jeune enfant âgé de cinq ans est hospitalisé dans un établissement public, pour y subir une circoncision rituelle. Au cours de l'intervention, l'enfant est victime d'un arrêt cardiaque. Il sombre alors dans un coma qui va durer une année. Puis il décède.

60 Cass. 1<sup>re</sup>, 6 déc. 1994, *D.* 1995, inf. rap., p. 38.

61 CA Paris, 12 février 1992, *D.* 1993, somm. p. 27, obs. PENNEAU Jean.

62 Cass. 1<sup>re</sup>, 18 mai 1989, *JurisData* n° 1989-002212.

Après avoir vainement emprunté la voie répressive, la mère de l'enfant va se tourner vers les juridictions administratives afin de voir condamner l'hôpital à l'indemniser du préjudice subi du fait du décès de l'enfant. Le tribunal administratif de Marseille<sup>63</sup> fait droit à sa demande et condamne l'hôpital au versement de 60 000 francs. Selon les premiers juges, « alors qu'aucune faute n'a pu être établie dans l'organisation ou le fonctionnement d'un hôpital à l'occasion d'actes anesthésiques ou d'actes chirurgicaux, la survenance d'un accident ayant entraîné la mort d'un enfant à l'occasion d'une opération bénigne révèle une faute dans l'organisation ou le fonctionnement du service ». Il faut noter que la mère de l'enfant invoquait, notamment, la faute de l'anesthésiste qui se serait absenté au cours de l'intervention. Toutefois et selon les rapports d'expertise, celle-ci n'avait été établie, ni au cours de l'opération, ni à l'occasion des soins postopératoires.

Le tribunal administratif se plaçait ainsi sur le terrain de la faute présumée pour fonder la responsabilité de l'hôpital, solution qui, si elle avait le mérite « de faire coïncider la justice et le bon sens »<sup>64</sup>, était difficilement applicable en l'espèce. En effet, la théorie de la faute présumée n'a été retenue en jurisprudence que pour des actes bénins. Même à considérer que la circoncision entre dans cette catégorie, une anesthésie générale, en revanche, ne peut recevoir cette qualification, anesthésie qui, selon les experts, avait été à l'origine de l'accident cardiaque de l'enfant.

Saisie sur requête de l'hôpital, la Cour administrative de Lyon<sup>65</sup> condamna l'hôpital, en appliquant fidèlement la solution précédemment dégagée par la jurisprudence administrative lors de l'arrêt *Bianchi*<sup>66</sup>, substituant au régime de responsabilité pour faute présumée, un régime de responsabilité sans faute fondé sur le risque : « Considérant que lorsqu'un acte médical nécessaire au diagnostic ou au traitement du malade présente un risque dont l'existence est connue mais dont la réalisation est exceptionnelle et dont aucune raison ne permet de penser que le patient y soit particulièrement exposé, la responsabilité du service public hospitalier est engagée si l'exécution de cet acte est la cause directe de dommages sans rapport avec l'état initial du patient comme avec l'évolution

---

63 TA Marseille, 25 avril 1991.

64 Selon les termes employés par le commissaire du gouvernement dans ses conclusions sur CE, sect., 3 novembre 1997, n° 153686, *RFDA* 1998, p. 90.

65 CAA Lyon, 30 sept. 1993, *RFDA* 1994, « Responsabilité hospitalière et risques thérapeutiques : de la présomption de faute à la responsabilité sans faute », obs. BON Pierre, p. 99 et 100.

66 CE, ass., 9 avril 1993, n° 69336, *Bianchi*, *RFDA* 1993, p. 573, concl. DAËL M. ; *AJDA* 1993, p. 334, chron. MAUGUË Christine et TOUVET Laurent, p. 126, concl. DAËL M. ; *D.* 1994, S.C. 65, obs. BON Pierre et TERNEYRE Philippe ; *JCP* 1993, II, 22061, note MOREAU Jacques ; *LPA* 19 mai 1993, note THIRIEZ Frédéric ; *RDP* 1993, p. 1099, note PAILLET Michel ; *Rev. adm.* 1993, p. 561, note FRAISSEIX Patrick.

prévisible de cet état, et présentant un caractère d'extrême gravité ». L'hôpital fut condamné à verser à la mère 150 000 francs au titre du préjudice subi et 623 675 francs à la Caisse primaire d'assurance maladie au titre des frais dus à l'hospitalisation de l'enfant.

Sur pourvoi de l'hôpital, le Conseil d'État, dans son arrêt du 3 novembre 1997<sup>67</sup>, décida que « lorsqu'un acte médical nécessaire au diagnostic ou au traitement du *patient* présente un risque dont l'existence est connue mais dont la réalisation est exceptionnelle et dont aucune raison ne permet de penser que le patient y soit particulièrement exposé, la responsabilité du service public hospitalier est engagée si l'exécution de cet acte est la cause directe de dommages sans rapport avec l'état initial du patient comme avec l'évolution prévisible de cet état et présentant un caractère d'extrême gravité ».

Par cette décision, le Conseil d'État a étendu le champ d'application de la jurisprudence *Bianchi*. Surtout, l'arrêt permet de ne pas exclure certaines victimes, par la substitution du terme « patient » au terme malade, suivant en cela les conclusions du Commissaire au gouvernement.

En fait, la question centrale qui se posait à l'occasion de cette affaire était celle de savoir si « l'acte médical à l'origine du dommage était nécessaire au traitement de l'enfant ». Certes l'anesthésie évitait à l'enfant de souffrir et donc en tant qu'accessoire à l'acte chirurgical, elle pouvait être considérée comme nécessaire au traitement du malade. Empêcher la douleur de l'enfant devenait donc un motif déterminant. Cependant, et comme ont pu l'écrire certains commentateurs<sup>68</sup>, le présupposé du Commissaire du gouvernement dans l'affaire étudiée était discutable, à savoir considérer que l'enfant était dans la situation d'un malade qui devait subir un traitement nécessaire à sa guérison. Or l'enfant était en parfaite santé lors de son hospitalisation et l'opération envisagée n'avait aucun caractère thérapeutique. Les choses étaient très clairement posées. Le Conseil d'État adopte, dès lors, une conception souple de la notion d'acte médical, englobant ceux dépourvus de fin thérapeutique.

La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 a consacré le régime de responsabilité pour faute<sup>69</sup> et substitué à l'indemnisation fondée sur le principe de

67 CE, sect., 3 novembre 1997, n° 153686, *LPA* 28 janvier 1998, n° 12, p. 20, « L'extension de la jurisprudence *Bianchi* aux anesthésies générales pratiquées lors d'interventions dépourvues de fin thérapeutique », note ALLOITEAU Stéphane ; *LPA* 9 janvier 1998, n° 4, p. 16, « Une nouvelle avancée du risque comme fondement de la responsabilité de l'hôpital public », note LECOCQ Pierre-André ; *RFDA* 1998, p. 90, « La responsabilité des services hospitaliers : extension de la responsabilité sans faute, le cas des accidents anesthésiques », concl. du commissaire du gouvernement PÉCRESSÉ Valérie, sur CE, 3 novembre 1997.

68 ALLOITEAU Stéphane, note précitée.

69 C. santé publ., art. L. 1142-1-I.

responsabilité sans faute, l'indemnisation de l'aléa thérapeutique au titre de la solidarité nationale<sup>70</sup>.

Le débat rebondit alors : les actes médicaux sans finalité thérapeutique entrent-ils dans le champ d'application de la loi de 2002 ? Comme le souligne la Commission nationale des accidents médicaux dans une recommandation du 27 mars 2009, la loi faisant état « de dommage imputable à une activité de prévention, de diagnostic ou de soins, seraient exclus en première analyse, tous les actes médicaux sans finalité thérapeutique ». Cependant, et à partir d'un examen du cas de la chirurgie esthétique, la Commission considère que les dispositions législatives ne permettent pas d'écarter de l'application de la loi l'ensemble des actes médicaux sans finalité thérapeutique, de même qu'elle ne permet pas de définir un critère tiré de l'intention du patient ou de la finalité culturelle de l'acte en cause. De façon laconique, la Commission se contente ici de rappeler la jurisprudence du Conseil d'État de 1997. Dès lors et à titre de conclusion de sa recommandation, la Commission constate qu'« en l'état actuel des textes législatifs, comme de la jurisprudence, il n'est pas possible d'exclure du champ d'application de la loi du 4 mars 2002, les actes médicaux sans finalité thérapeutique directe, qu'il s'agisse de la chirurgie esthétique ou d'actes médicaux à finalité culturelle »<sup>71</sup>.

---

70 C. santé publ., art. L. 1142-1-II.

71 Dans une question écrite au gouvernement le 16 septembre 2008, une députée émettait l'idée de 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. La proposition envisageait « sous certaines conditions préservant le principe de laïcité », une participation limitée de l'assurance maladie. La députée invoquait que la circoncision rituelle pratiquée par un chirurgien, coûtait entre 500 et 1000 euros à la famille et soulignait que, compte tenu de cet état de fait, nombre de circoncisions rituelles étaient effectuées sous couvert d'une indication médicale car les familles ont tendance à insister auprès du médecin, voire à ne pas décalotter l'enfant afin qu'il développe un véritable phimosis impliquant la prise en charge par l'assurance maladie. La députée ajoutait que « la pratique ancestrale de la circoncision implique un taux important de complications (hémorragies, surinfections, plaies et mutilations du gland) nécessairement prises en charge par l'assurance maladie et générant un surcoût pour l'assurance maladie ». La députée citait le chiffre de 9 millions d'euros concernant cette couverture de l'acte, d'après l'évaluation d'un médecin de la CNAM et avancé en 2006, lors du congrès annuel de l'Association française des urologues. La réponse du ministre en charge de la santé, le 30 juin 2009, rappelait que le champ de l'assurance maladie tel que défini par l'article L. 321-1 du code de la sécurité sociale couvre les soins nécessaires au maintien ou au rétablissement de l'état de santé des personnes. Ainsi en est-il des actes thérapeutiques destinés à la réduction d'un phimosis. En revanche, la circoncision rituelle pour motif religieux n'entre pas dans ce cadre, de même que les actes médicaux pratiqués pour d'autres motifs personnels, esthétiques ou de confort. « Ainsi par exemple, un acte de chirurgie réparatrice sera remboursé lorsqu'il est consécutif aux lésions provoquées par le traitement d'un cancer, ce qui n'est pas le cas des interventions à visée purement esthétiques. Il s'agit d'un principe simple, aisément compréhensible et il n'est pas envisageable d'y déroger. En ce qui concerne les problèmes de santé induits par la pratique de la circoncision, il convient de rappeler que l'acte médical relève, aux termes de l'article

Toutefois, une récente modification législative intervenue à l'hiver 2014 remet en cause cette situation. En effet, la dernière loi de financement de la sécurité sociale<sup>72</sup> est venue restreindre considérablement le bénéfice de l'indemnisation par l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM). Le législateur prévoit désormais que les actes dépourvus de finalité préventive, diagnostique ou reconstructive ainsi que ceux permettant leur préparation (prise d'antalgique ou anesthésie) et leur suivi sont exclus d'une indemnisation au titre de la solidarité nationale. Par conséquent, l'indemnisation n'est désormais plus conditionnée par la nature de l'acte médical mais par sa finalité. Dès lors, les dommages résultant d'une circoncision rituelle, acte médical à la finalité préventive discutée et à la finalité thérapeutique non reconnue, ne seront plus pris en charge par l'ONIAM en cas d'accident médical<sup>73</sup>.

Cette disposition législative bien que motivée par un souci d'économie en faveur de l'assurance maladie n'est pas exempte de critique. En premier lieu, elle prend le contrepied de la position prônée jusque récemment par la Cour de cassation<sup>74</sup>. Mais au-delà de cette résistance législative, cette disposition entraîne en second lieu une rupture d'égalité en matière de réparation, selon que l'acte médical dommageable revêt ou non une finalité thérapeutique. Enfin, elle pose de nouveau la question de la définition de ce critère de « finalité thérapeutique ». En la matière, la tentation est grande de se référer au critère retenu par la matière fiscale selon laquelle les prestations à finalité thérapeutique<sup>75</sup> sont celles prises en charge par l'assurance maladie<sup>76</sup>. Ce critère a certes le mérite de la simplicité mais il encourage *de facto* la dissimulation de la circoncision rituelle en un acte médical à visée thérapeutique et ce afin de permettre son indemnisation au titre de la solidarité nationale.

---

L. 4161-1 du code de la santé publique, de la compétence exclusive du médecin, et partant doit être réalisé dans les mêmes conditions de sécurité et de suivi médical quelles que soient ses modalités de prise en charge. Le praticien engage sa responsabilité et s'expose à des recours. Concernant enfin la création d'une assurance sur ce sujet, l'absence d'aléa rend inapplicable le principe même de l'assurance. Il ne peut être envisagé, en tout état de cause, la participation de l'assurance maladie à un dispositif de cette nature. »

72 Loi n° 2014-1554 du 22 décembre 2014 de financement de la sécurité sociale pour 2015, *JO* 24 déc. 2014, p. 21748.

73 Sauf à dissimuler l'acte en une pratique à visée préventive mais sous peine cette fois d'encourir une poursuite au pénal.

74 V. Cass. 1<sup>re</sup>, 5 févr. 2014, n° 12-29.140, *D.* 2014, p. 697 : La Haute juridiction considère que les actes de chirurgie esthétique ainsi que les actes qui leur sont préparatoires sont des actes de soins, et que par conséquent les dommages non fautifs qui en résultent ouvrent donc droit à réparation au titre de la solidarité nationale.

75 Seules à pouvoir bénéficier de l'exonération de TVA. VIOUTAS Vincent, « L'exclusion des actes de chirurgie esthétique du dispositif de réparation des préjudices au titre de la solidarité nationale. Une réforme problématique », *D.* 2014, n° 44, p. 2535.

76 RES fiscal n° 2012/25 (TCA), 10 avr. 2012, actualisé le 27 sept. 2012.

#### IV. LA REMISE EN CAUSE INDIRECTE DE L'IMPUNITÉ DE LA CIRCONCISION RITUELLE

Au regard du droit pénal, la question qui se pose tient à la qualification de l'acte de circoncision. Deux possibilités sont, ici, envisageables.

L'article 222-9 du Code pénal selon lequel « Les violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente sont punies de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 € d'amende », est-il applicable à la circoncision rituelle ? En d'autres termes, la circoncision constitue-t-elle une mutilation ? Il n'en est rien selon les dictionnaires de la langue française, qui définissent la mutilation comme une atteinte (volontaire) à l'intégrité physique entraînant la perte d'un membre ou d'un organe<sup>77</sup>. La jurisprudence, certes peu fournie, s'inscrit dans cette définition. Ainsi, des femmes ayant subi une ligature des trompes, réalisée sans leur consentement au cours d'une césarienne, ne sont pas considérées comme ayant été mutilées<sup>78</sup>. Une personne ayant perdu de façon quasi complète la lèvre inférieure de la bouche a, quant à elle, subi une infirmité permanente et non une mutilation<sup>79</sup>. Mais l'arrachement du pavillon de l'oreille<sup>80</sup> de même que récemment l'arrachement d'un bout de lobe de l'oreille<sup>81</sup> ont pu être qualifiés de mutilation. Si le principe d'interprétation stricte qui régit le droit pénal s'oppose à ce que la perte d'un morceau de peau, qui n'est ni un membre ni un organe, soit qualifiée de mutilation, certains auteurs qualifient tout de même la circoncision de mutilation, en tant qu'elle constitue une ablation totale ou partielle du prépuce, indépendamment de l'absence de conséquences défavorables pour le sujet<sup>82</sup>. La qualification s'impose, selon Rémy Libchaber, sans hésitation particulière, « l'ablation définitive d'un élément corporel, fût-il d'une utilité dérisoire, peut difficilement recevoir une autre qualification »<sup>83</sup>. Toutefois,

---

77 *Dictionnaire Larousse*. Selon le *Petit Robert*, la mutilation est « la perte accidentelle ou l'ablation d'un membre, d'une partie externe du corps, qui cause une atteinte irréversible à l'intégrité physique ». Au titre des mutilations sexuelles, ce dictionnaire mentionne la castration, l'excision et l'infibulation – mais pas la circoncision.

78 Cass. crim., 19 janv. 2005, *Dr. pén.* 2005, comm. 55, obs. VÉRON Michel.

79 Cass. crim., 31 oct. 2012, n° 12-85458.

80 Cass. crim., 8 mars 1912, *Bull. crim.* n° 138.

81 CA Chambéry, 6 janv. 2011, *JurisData*, inédit.

82 RASSAT Michèle-Laure, *Droit pénal spécial*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 7<sup>e</sup> éd., 2014, n° 342, p. 384.

83 LIBCHABER Rémy, « Circoncision, pluralisme et droits de l'homme », *D.* 2012, chron., p. 2044.

il est évident que la circoncision rituelle n'est pas comparable à l'excision<sup>84</sup> qui répond sans aucune hésitation à la qualification de mutilation.

La seconde possibilité de qualification est celle de violence<sup>85</sup>. La circoncision serait alors passible des articles 222-11 ou 222-13 du Code pénal à condition qu'une incapacité totale de travail (ITT) soit constatée par le médecin légiste. Dans le premier cas de figure (ITT supérieure à huit jours), la peine s'élève à trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende. Cette infraction est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende lorsqu'elle est commise sur un mineur de quinze ans, ce qui représente une circonstance aggravante. Dans le second cas (ITT inférieure ou égale à huit jours ou absence d'ITT), la peine est de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende lorsque l'infraction est commise sur un mineur de quinze ans. Quant à l'élément moral de l'infraction, la personne qui pratique volontairement une circoncision ou le parent qui fait volontairement pratiquer une circoncision sur un enfant remplissent l'élément moral de l'infraction (ils agissent en connaissance de cause, c'est-à-dire en ayant conscience du geste qu'ils accomplissent).

Toutefois, la permission de la loi issue de la coutume peut-elle justifier l'accomplissement d'un rite religieux enfreignant la loi pénale ? Tel est le cas lorsque la violence est légère et ne laisse pas de trace définitive. Mais les violences allant pour certaines jusqu'à la mutilation et emportant des conséquences durables et défavorables pour la victime ne peuvent pas être justifiées, comme par exemple l'excision. Concernant la circoncision rituelle, certains auteurs considèrent que la coutume peut être un fait justificatif<sup>86</sup>.

La question relative à la pénalisation de la circoncision rituelle n'a pas été soulevée en jurisprudence, excepté, mais peu clairement, dans un arrêt de la Cour d'appel de Grenoble en date du 7 novembre 2012<sup>87</sup>. La mère avait fait procéder à la circoncision de son fils par un infirmier. Dans cette affaire, le médecin avait fixé une ITT de 20 à 30 jours après avoir constaté « un traumatisme psychologique secondaire et un syndrome douloureux mal géré par la personne ayant pratiqué la circoncision ». Condamnée par le tribunal

84 Sur l'excision, voir notamment, FORTIER Vincente, « L'excision, quelle réponse pénale ? », *Arch. Pol. crim.*, n° 21, 1999, p. 41-54 ; du même auteur, « Circoncision, excision : des atteintes à l'intégrité du corps humain », in FORTIER Vincente et VIALLA François (dir.), *La religion dans les établissements de santé*, Bordeaux, Les Études hospitalières, coll. « Regards croisés », 2013, p. 235-264.

85 Francis CABALLERO considère que la circoncision pourrait être qualifiée de crime de violences aggravées avec armes sur des mineurs ayant entraîné une amputation (*Droit du sexe*, Paris, LGDJ-Lextenso éditions, 2010).

86 DESPORTES Frédéric, LE GUNEHIC Francis, *Droit pénal général*, Paris, Economica, 15<sup>e</sup> éd., 2008. Contra : CHOAIN Christine, note sous Cass. 1<sup>re</sup>, 26 janv. 1994, *D.* 1995, jurispr., p. 226.

87 CA Grenoble, 7 novembre 2012, *JurisData* n° 2012-034508.

correctionnel, la mère est relaxée des faits de violences volontaires en cour d'appel : l'élément moral de l'infraction faisait défaut car, en raison de son isolement, la mère n'avait pas eu conscience de contribuer à un acte de violence volontaire sur l'enfant. Arrivée depuis peu de temps en France, elle s'était renseignée auprès de la communauté maghrébine et pensait que l'intervenant était qualifié pour procéder à la circoncision. Selon la cour, « il n'apparaît pas qu'elle ait eu conscience de contribuer à un acte de violences volontaires sur son fils ». Est-ce à dire qu'une personne « non isolée », autrement dit bien intégrée qui fait circoncire son enfant dans de telles circonstances (par un non-médecin) commettrait volontairement un acte de violence ?

Si l'on considère que la circoncision peut être qualifiée de mutilation, il convient alors de tenir compte de 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. Cette loi crée un contexte nouveau en édictant une nouvelle infraction en matière de mutilations sexuelles<sup>88</sup>. Le nouvel article 227-24-1 du Code pénal issu de la loi du 5 août 2013 dispose en effet : « Le fait de faire à un mineur des offres ou des promesses ou de lui proposer des dons, présents ou avantages quelconques, ou d'user contre lui de pressions ou de contraintes de toute nature, afin qu'il se soumette à une mutilation sexuelle est puni, lorsque cette mutilation n'a pas été réalisée, de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende.

Est puni des mêmes peines le fait de provoquer directement autrui à faire subir une mutilation sexuelle à un mineur, lorsque cette mutilation n'a pas été réalisée, ou d'en faire l'apologie. »

Il s'agissait, par la loi du 5 août 2013, de transposer des dispositions de la convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, signée à Istanbul, le 11 mai 2011. Cette convention a pour objet de prévoir des règles minimales en matière de prévention, de prise en charge des victimes, ainsi que de poursuite et de répression des auteurs d'infractions auxquelles les femmes sont particulièrement exposées, telles que les violences sexuelles (viols et agressions sexuelles), les violences physiques et psychologiques, le harcèlement, les mariages forcés, les mutilations génitales ou encore les « crimes d'honneur ».

L'article 16 de la loi du 5 août 2013 opère trois modifications au sein du Code pénal destinées à mettre la législation française en conformité avec trois stipulations de la convention, notamment en incriminant l'incitation non suivie d'effet à subir une mutilation sexuelle.

---

88 Pour un commentaire, BENILLOUCHE Mikaël, « L'interdiction des mutilations sexuelles : entre confirmation et révolution... », *RDLF* chron. n° 6, 2014 ([www.revuedlf.com](http://www.revuedlf.com)).



L'article 38 de la convention d'Istanbul du 11 mai 2011 prévoit l'obligation pour les États de sanctionner pénalement les mutilations génitales :

« Les Parties prennent les mesures législatives ou autres nécessaires pour ériger en infractions pénales, lorsqu'ils sont commis intentionnellement :

« a) l'excision, l'infibulation ou toute autre mutilation de la totalité ou partie des *labia majora*, *labia minora* ou clitoris d'une femme ;

« b) le fait de contraindre une femme à subir tout acte énuméré au point a ou de lui fournir les moyens à cette fin ;

« c) le fait d'inciter ou de contraindre une fille à subir tout acte énuméré au point a ou de lui fournir les moyens à cette fin. »

Le droit pénal français est déjà conforme aux exigences des paragraphes a et b de cet article. En revanche, s'agissant du c, si la contrainte qu'il mentionne est bien incriminée en tant que violence lorsqu'elle est suivie d'effet, tel n'est pas le cas pour l'incitation d'une jeune fille à subir une mutilation génitale lorsque cette incitation n'est pas suivie d'effet.

Ce nouveau délit est donc introduit dans un nouvel article 227-24-1 du Code pénal qui s'insère au sein de la section relative à la mise en péril des mineurs du chapitre consacré aux atteintes aux mineurs et à la famille<sup>89</sup>.

Il faut ici souligner que le projet de loi n'a pas limité l'application de cette disposition nouvelle aux seules jeunes filles, mais l'a rendue applicable à tout mineur, fille ou garçon. Le rapport 840 indique en effet que « Selon les informations communiquées par le ministère de la Justice, cette application à tous les mineurs indépendamment de leur sexe a été considérée comme nécessaire pour

89 Selon le rapport 840, l'élément matériel de l'infraction pourra être caractérisé par plusieurs comportements : il pourra s'agir d'offres, de promesses, de propositions de dons, présents ou avantages quelconques, de pressions ou de contraintes de toute nature.

Le nouvel article 227-24-1 requiert, en plus de l'intention de commettre l'infraction, un dol spécial constitué par l'intention d'amener le mineur à se soumettre à une mutilation sexuelle. Cette incitation ne devra pas avoir été suivie d'effet : dans ce cas, l'infraction de violence ayant entraîné une mutilation sera constituée, la personne ayant incité la victime à s'y soumettre étant alors complice de cette infraction de violence.

La victime de l'infraction devra être mineure au moment des faits, conformément au texte de la convention : en effet, le c utilise le terme « fille », alors que les a et b utilisent le terme « femme ». Le rapport explicatif sur la convention met en évidence le fait que l'objectif du c est d'apporter aux mineurs une protection particulière allant plus loin que celle accordée aux femmes adultes : « L'alinéa c érige en infraction pénale le fait d'apporter une assistance à l'auteur des faits visés à l'alinéa a en incitant ou contraignant une fille à subir l'excision, l'infibulation ou toute autre mutilation de ses *labia majora*, *labia minora* ou clitoris, ou en lui fournissant le moyen à cette fin. Cette partie de la disposition s'applique uniquement aux filles, et inclut les situations dans lesquelles toute personne, et en particulier les parents, les grands-parents ou autre parent contraignent leur fille ou parent à subir ce procédé. Les rédacteurs ont estimé qu'il était important de distinguer entre adultes victimes et enfants victimes, car ils ne souhaitaient pas ériger en infraction pénale le fait d'inciter des femmes adultes à effectuer un des actes listés à l'alinéa a ».

ne pas introduire de rupture d'égalité entre les mineurs. Certes, les mutilations génitales féminines sont plus fréquentes en raison de la persistance de traditions observées par certaines communautés, comme le note le rapport explicatif sur la convention. Pour autant, de la même façon que les dispositions actuelles sur les mutilations peuvent s'appliquer à un homme qui aurait subi une mutilation génitale, le ministère de la Justice a fait valoir qu'il ne serait pas légitime d'exclure les jeunes garçons du champ d'application du nouveau délit d'incitation non suivie d'effet à subir une mutilation. Dans la mesure où la rédaction proposée permet bien d'incriminer l'incitation non suivie d'effet à subir une mutilation génitale adressée à une jeune fille, elle paraît conforme à la convention et ce, bien qu'elle ait un champ d'application plus large permettant également de protéger les jeunes garçons ».

Ce nouveau délit sera puni de cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende. Il pourra également être sanctionné des peines complémentaires prévues aux articles 227-29 et 227-31.

Le législateur n'a-t-il pas, par là-même, ouvert la voie à de possibles poursuites en cas de certains faits liés à la circoncision ?

## CONCLUSION

Aux termes de cette étude de la situation française à l'égard de la circoncision rituelle, il ressort très clairement qu'il n'est pas possible de conclure à une licéité de principe de l'acte, même s'il est médicalisé. Car, à tout le moins, la condition tenant au consentement du sujet fait défaut. Le droit de la famille, certes, encadre la pratique. En érigeant la circoncision rituelle en acte non usuel de l'autorité parentale, il la soumet à la co-décision des parents. Bien que les juges sanctionnent son accomplissement dans des conditions non respectueuses des droits de l'autre parent, la circoncision rituelle demeure une atteinte à l'intégrité physique du mineur. Enfin, si le droit pénal, jusqu'ici, n'a pas été mobilisé, toutefois ses nouvelles dispositions par la généralité de ses termes et non point leur imprécision, chacun s'accordant, en effet, sur le sens de l'expression « mutilation sexuelle », accroît encore la fragilité de la situation de la circoncision rituelle.

Enfin, et quel que soit l'angle juridique d'approche de la circoncision rituelle, le questionnement demeure irrésolu et la quête de certitude du juriste insatisfaite : faut-il conforter la pratique du rite au nom de la liberté des religions au détriment peut-être de celle de l'enfant ? Quel intérêt (de l'enfant, des parents, des religions) faut-il faire prévaloir ? L'impératif de sécurité juridique ne doit-il pas conduire à prendre une position dénuée d'ambiguïté ? Mais dans un tel cas de figure, des effets pervers ne doivent-ils pas être redoutés ?

# Ritual male circumcision in the United Kingdom

MARIE FOX  
MATTHEW GIBSON  
SYLVIE LANGLAUDE

## I. GENERAL INTRODUCTION

This report assesses legal and regulatory responses to the practice of ritual male circumcision in the United Kingdom (UK). Within the UK, England and Wales is the primary focus for discussion: this jurisdiction represents the main legal site in which matters of ritual male circumcision have been considered. Comparatively, there is little, if any, legal guidance on the practice in Scotland and Northern Ireland, although brief reference is made to these separate jurisdictions, where relevant.

The report contains four parts. Part II analyses the ways in which criminal law tackles ritual male circumcision. It argues that this arena is an inappropriate vehicle for legal control given the criminal law's incoherence in framing consent as a defence to bodily harm. Moreover, criminal law is unable to address the range of parental and children's rights issues that pervade the procedure. Next, Part III evaluates how family law engages with ritual male circumcision. It contends that this area offers a more conducive setting for discussion of the cultural and social factors relevant to parents and children in determining the

legality of the practice. Subsequently, Part IV assesses the role of health law in providing effective guidance on ritual male circumcision. Finally, Part V concludes by arguing that if the procedure is to be legally permitted in specific situations, such guidance should be more detailed in constructing regulation that better protects the interests of parents, children and doctors.

## II. CRIMINAL LAW

### A. INTRODUCTION

The criminal courts in England and Wales<sup>1</sup> have rarely adjudicated upon the practice of ritual male circumcision<sup>2</sup>. Indeed, judicial pronouncements on the custom have only arisen in cases concerning *other* harmful activity<sup>3</sup>. Ultimately, as established in Section B below, English criminal law does not challenge the practice of ritual male circumcision: it is not criminalised. This contrasts with the domestic criminal ban on ritual female circumcision. However, ritual male circumcision does raise *some* criminal law issues which current English jurisprudence neglects. Section C suggests that male circumcision satisfies the definition of grievous bodily harm whilst Section D assesses the extent to which an individual can consent to such harm (so as to defend the harm-doer from criminal liability). Section E concludes by arguing that criminal law is ultimately unsuited to regulation of ritual male circumcision: it argues for a greater role for family law and professional medical regulation in ritual male circumcision procedures.

---

1 The criminal law of England applies in Wales. Scotland and Northern Ireland have slightly different criminal law traditions. England and Wales appears to be the only United Kingdom jurisdiction in which ritual male circumcision has received attention in the criminal courts. To date, the practice is yet to be considered by the criminal courts in Scotland and Northern Ireland, although the Scottish Government has indicated that ritual male circumcision is lawful in Scotland: see [www.scotland.gov.uk/Publications/2008/02/14143159/3](http://www.scotland.gov.uk/Publications/2008/02/14143159/3) accessed 19 December 2014. It is also presumed lawful in Northern Ireland.

2 Male circumcision involves the removal of the entire foreskin of the penis. “Ritual” implies that the circumcision is “carried out for religious or social purposes in order to distinguish it from surgical interventions designed to treat particular medical conditions”: *Re J (A Minor) (Prohibited Steps Order: Circumcision)* [1999] 2 FLR 678 (Fam) 679 (Wall J), hereinafter *Re J (A Minor)*.

3 See below (n 4).

## B. CRIMINAL LAW AND CIRCUMCISION

English criminal law considers that ritual male circumcision is lawful<sup>4</sup>. This applies to adults and children alike, although in relation to the latter the procedure is subject to the consent of a child's parents. In the absence of parental agreement, the courts will proceed by acting in the best interests of the child<sup>5</sup>. Depending on the age of the child, his own views and consent may also be taken into account, even where this delays circumcision<sup>6</sup>.

This position contrasts with English criminal law's prohibition on female circumcision – also known as female genital mutilation (FGM). The Female Genital Mutilation Act 2003 (the 2003 Act) forbids the practice of non-therapeutic FGM on UK nationals and permanent UK residents. It criminalises FGM<sup>7</sup> and also creates accessorial liability in relation to assisting a female to commit FGM on herself<sup>8</sup> or assisting FGM performed outside the UK by a non-UK national<sup>9</sup>. The 2003 Act also prohibits UK nationals from performing FGM outside the UK, even when undertaken in a country where the practice is legal<sup>10</sup>. There are various defences to the offences under sections 1 and 3 of the 2003 Act for registered medical practitioners, midwives and those training to become a registered mid-wife or medical practitioner. Under section 8 of the Accessories and Abettors Act 1861 it is also a crime for a UK national to assist an offence under sections 1 or 4 of the 2003 Act.

## C. BODILY HARM

Accordingly, there is a significant contrast in the way English criminal law treats ritual circumcision of males and females. This perhaps reflects differences in the ways the two practices are perceived, with the criminal law deferring to a

---

4 *R v. Brown* [1994] 1 AC 212, 231 (Lord Templeman). This case did not concern ritual male circumcision: rather, the facts concern the ability to consent to harmful sado-masochistic practices. However, the House of Lords addressed ritual male circumcision when considering the limits on consent to harm.

5 *Re J. (A Minor) (Prohibited Steps Order: Circumcision)* [2000] 1 FLR 571 (CA) [20], [32] (Thorpe and Schiemann LJ), respectively).

6 *Re S. (Specific Issue Order: Religion: Circumcision)* [2004] EWHC 1282 [83] (Baron J). See also *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* [1986] AC 112 (HL).

7 S 1. It is not an offence for a female to undertake FGM on herself: see FGM Legal Guidance, published by the Crown Prosecution Service: [www.cps.gov.uk/legal/d\\_to\\_g/female\\_genital\\_mutilation](http://www.cps.gov.uk/legal/d_to_g/female_genital_mutilation) accessed 15 December 2014.

8 S 2.

9 S 3.

10 S 4.

medical view that the former is a safer and simpler procedure than the latter<sup>11</sup>. To this extent, FGM is conceptualised as a distinct form of bodily harm<sup>12</sup>, with the potential for much more severe health complications<sup>13</sup>.

## 1. Non-fatal, non-sexual offences against the person

Nevertheless, ritual male circumcision technically amounts to physical bodily harm. English criminal law attaches great significance to personal autonomy and this includes bodily integrity. Consequently, it prohibits all forms of unwanted personal contact. In its *least* serious form – “battery” – this includes the slightest touching of another (including through clothing<sup>14</sup>), subject to implied consent as a defence to the physical contacts of ordinary life<sup>15</sup>. In its *most* serious form, unwanted personal contact can lead to catastrophic harm, for example the transmission of a serious sexual disease<sup>16</sup> and the causing of permanent disability<sup>17</sup>. Such severe physical harm constitutes “grievous bodily harm” (GBH) and this arguably captures the nature of ritual male circumcision given the irreversibility of the operation and the fact it involves “the amputation of healthy, nerve-rich skin”<sup>18</sup>. The definition of GBH also extends to psychiatric harm: this must take the form of a recognised psychiatric condition, verified by medical experts<sup>19</sup>. Where circumcision impacts upon a male child’s psychiatric wellbeing, this may present a further GBH issue.

GBH by a defendant (D) on a victim (V) is prohibited under both sections 18 and 20 of the Offences against the Person Act 1861 (the 1861 Act)<sup>20</sup>. It is

11 There is a large body of medico-legal research on the contested moral, religious, cultural and health parallels between male and female circumcision. Parts III.6 and IV.2, below, consider the FGM case of *B and G (Children) (No 2)* [2015] EWFC 3 where Munby J reflects on these parallels.

12 FGM occurs where an individual removes (cuts) or otherwise mutilates the whole or any part of a girl’s *labia majora*, *labia minora* or clitoris: [www.cps.gov.uk/legal/d\\_to\\_g/female\\_genital\\_mutilation/#definition](http://www.cps.gov.uk/legal/d_to_g/female_genital_mutilation/#definition) accessed 16 December 2014.

13 Such complications can arise during childbirth: *ibid.*

14 *R v. Thomas* (1985) 81 Cr App R 331.

15 *Collins v. Wilcock* [1984] 1 WLR 1172, 1177 (Goff LJ).

16 *R v. Dica* [2004] QB 1257; *R v. Konzani* [2005] EWCA Crim 706; *R v. Golding* [2014] EWCA Crim 889.

17 *R v. Brady* [2006] EWCA Crim 2413. See also ORMEROD David, *Smith and Hogan’s Criminal Law* (13<sup>th</sup> edn, Oxford University Press 2011) 651.

18 GILBERT H., “Time to Reconsider the Lawfulness of Ritual Male Circumcision” (2007) 3 *European Human Rights Law Review* 279-94, 287.

19 *R v. Chan-Fook* [1994] 1 WLR 689; *R v. Ireland*, *R v. Burstow* [1998] AC 147; and *R v. Dhaliwal* [2006] EWCA Crim 1139.

20 GBH under s 20 requires proof of intention to do, or recklessness as to causing, *some* harm: see *R v. Savage & Parmenter* [1992] 1 AC 699 and *R v. Mowatt* [1968] 1 QB 421. This

generally defined as “really serious harm”<sup>21</sup> – although this does not have to be “life-threatening, dangerous or permanent”<sup>22</sup>. The Crown Prosecution Service’s Charging Standards make it clear that GBH can include loss of sensory functions, visible disfigurement and injuries which cause substantial blood loss<sup>23</sup>. The presence of GBH is assessed objectively<sup>24</sup>: whilst this means that V’s own (subjective) views of their harm will be irrelevant in determining GBH, it may be that V’s characteristics (for example, age) can be taken into account in assessing whether they have suffered GBH by D<sup>25</sup>. This may be particularly significant given the young age at which ritual male circumcision is often performed and the associated pain and trauma that a child may experience compared to an adult. Indeed, consideration of age in relation to ritual male circumcision raises wider questions about a child’s right to bodily integrity and the criminal law’s (objective/subjective) assessment of harm<sup>26</sup>. Such assessment may be complicated by the dominance of a male circumcision discourse which downplays the nature of harm inherent in the procedure whilst asserting its innate “masculinity”<sup>27</sup>.

## 2. Reform of grievous bodily harm

Despite the fact that ritual male circumcision technically amounts to GBH, the Law Commission of England and Wales has accepted the lawfulness of the practice. In its 1995 Consultation Paper (no 139) “Consent in the Criminal Law”, the Commission failed to debate the lawfulness of ritual male circumcision and this position continues today. In November 2014, the Commission published a scoping consultation paper on offences against the person<sup>28</sup> in which it suggests that GBH should be renamed as an offence of “serious

---

means that intention to do, or foresight of, harm *lower* than GBH is sufficient. Contrastingly, GBH under s 18 requires proof of an intention to do GBH *only* (recklessness is also insufficient under s 18).

21 *DPP v Smith* [1961] AC 290, 334 (Viscount Kilmuir LC).

22 *R v. Bollom* (2004) 2 Cr App R 6 [53] (Fulford J).

23 [www.cps.gov.uk/legal/l\\_to\\_o/offences\\_against\\_the\\_person/#a15](http://www.cps.gov.uk/legal/l_to_o/offences_against_the_person/#a15) accessed 12 December 2014.

24 *R v. Brown and Stratton* [1998] Crim LR 485, 486.

25 See above (n 22).

26 For example, see Fox Marie and THOMSON Matthew, “Short Changed? The Law and Ethics of Male Circumcision” (2005) 13 *International Journal of Children’s Rights* 161-81, 173-176.

27 For instance, see Fox Marie and THOMSON Matthew, “A Covenant with the Status Quo? Male Circumcision and the New BMA Guidance to Doctors” (2004) 30 *Journal of Medical Ethics* 463-69, 465-467.

28 [http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/cp217\\_offences\\_against\\_the\\_person.pdf](http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/cp217_offences_against_the_person.pdf) accessed 12 December 2014.

injury". Previously, commentators such as Horder have expressed concern that accurate labelling in the 1861 Act's offences (including "grievous bodily harm") may be lost by adoption of more vacuous offence descriptions (such as "serious injury") which convey too anaemic an understanding of the wrong caused<sup>29</sup>. This implies a preference for more bespoke offences. It is not envisaged<sup>30</sup> that recasting GBH would alter the classification of ritual male circumcision as GBH, although if ritual male circumcision were to be criminalised it might be that accurate labelling would demand the framing of a clear free-standing offence (as with FGM).

#### D. CONSENT AND CRIMINAL LAW

Ultimately, the legality of ritual male circumcision in England is regulated by the defence of consent. The House of Lords has determined that D cannot rely on V's consent to GBH as a defence to offences under sections 18 or 20 of the 1861 Act<sup>31</sup>. Indeed, V's consent is also ineffective to a charge of actual bodily harm (ABH)<sup>32</sup>, an offence which sits *between* battery and GBH in level of seriousness. As a result, D may only rely on V's consent to the lowest levels of physical harm: namely battery<sup>33</sup>.

Nonetheless, English criminal law does permit *exceptions* to the rule that V's consent is irrelevant as a defence for D above battery. In limited instances, V's consent affords a defence for D where the harm amounts to ABH or GBH. One such exception exists for the purposes of surgical operations<sup>34</sup>. It is clear from existing domestic case law that the consent of both parents to their son's ritual circumcision will be prioritised over the child's bodily autonomy<sup>35</sup> – unless the child is deemed capable of providing consent. This explains how English

29 HORDER Jeremy, "Rethinking Non-Fatal Offences against the Person" (1994) 14 *Oxford Journal of Legal Studies* 335-51.

30 This view is reflected elsewhere: for example, see JEFFERSON Michael, "Offences against the Person: Into the Twenty-First Century" (2012) 76 *Journal of Criminal Law* 472-92, 478-479.

31 *Brown* (n 4) 248 (Lord Lowry).

32 S 47 of the 1861 Act: it is an offence to commit an assault or battery occasioning actual bodily harm. ABH is harm which is not so trivial as to be wholly insignificant: *R. v. Chan-Fook* (n 19) 694 (Hobhouse LJ). For example, the Crown Prosecution Service's charging standards advise that ABH includes injuries involving significant medical intervention, hospital procedures or stitches: [www.cps.gov.uk/legal/l/\\_to\\_o/offences\\_against\\_the\\_person/#a15](http://www.cps.gov.uk/legal/l/_to_o/offences_against_the_person/#a15) accessed 12 December 2014.

33 *Brown* (n 4) 248 (Lord Lowry). However, note comments of the Law Commission in Consultation Paper no 139 that perhaps consent should also extend to ABH.

34 *Brown* (n 4).

35 *Brown* (n 4) 266 (Lord Mustill).



criminal law justifies the lawfulness of ritual male circumcision. However, it is also clear that male circumcision represents a fundamental challenge to a child's bodily integrity. This prompts a wider evaluation of the criminal law's treatment of consent to harm, including reference to key principles underpinning the criminal law.

### 1. "Public policy"

English criminal law adopts a "piecemeal and arbitrary"<sup>36</sup> approach to determining the validity of consent as a defence to harm above assault and battery. This is often characterised as a pragmatic strategy, allowing consent to ABH or GBH to operate only as a defence when permitted by public policy. This was acknowledged by Lord Woolf CJ in *R. v. Barnes*<sup>37</sup> when he stated that "[t]he advantage of identifying that the defence is based upon public policy is that it renders it unnecessary to find a separate jurisprudential basis for application of the defence in the various different factual contexts in which an offence could be committed [...] It also means that changing public attitudes can affect the activities which are classified as unlawful"<sup>38</sup>. Unfortunately, as Tolmie notes, such an approach results in an unprincipled decision-making process whereby a harmful activity (more serious than a battery) must fall within a recognised exception in order for consent to be effective. This creates a random patchwork of lawful and unlawful activities<sup>39</sup>. Identifiable public policy factors include: the nature and extent of the harm; V's freewill and vulnerability; the morality of the conduct; and the social utility of the conduct<sup>40</sup>. The weighing of these factors has informed the creation of blanket categories sanctioning consent as a defence to harm greater than a battery.

### 2. Application of "public policy"

Evidently, ritual male circumcision constitutes a lawful activity to which consent is a valid defence, even where that consent is not given by the child but, instead, by his parents. However, it is curious that, whilst V's vulnerability is a relevant consideration in identifying category-based exceptions, this is something which has failed to rouse judicial opinion on the very legality of one

36 TOLMIE Julia, "Consent to Harmful Assaults: The Case for Moving Away from Category-Based Decision Making" [2012] *Criminal Law Review* 656-71, 657.

37 [2005] 1 WLR 910.

38 *Ibid.* § 11.

39 TOLMIE Julia (n 36) 663.

40 For discussion, see TOLMIE Julia (n 36) 660-661.

of those exceptions (particularly a practice as surgically invasive as ritual male circumcision).

Vulnerability has been understood as relating to, for instance, age and the presence of power imbalances between D and V<sup>41</sup>. As such, it may be that a more nuanced, case-by-case application of public policy ideas<sup>42</sup> (such as vulnerability) would yield a more rigorous assessment of consent, specifically one which better balanced the competing issues of parental interests and a child's freedom from harm. It may also reduce the incoherence of the criminal law's exceptions allowing consent as a defence to ABH or GBH – especially those exceptions involving harm to children where parental consent remains acceptable in the context of *some* religious or cultural practices (like ritual male circumcision) but not in the context of *others* (for example, scarification of cheeks by incision<sup>43</sup>). At a European human rights level, this could more accurately weigh parents' right to freedom of religion under Article 9 ECHR against a child's rights to bodily integrity, freedom of religion and right not to be subject to inhuman and degrading treatment under Articles 8, 9 and 3 ECHR, respectively<sup>44</sup>.

### 3. Ritual male circumcision and principles of criminal law

The lack of an even balancing between the interests of parents and children in ritual male circumcision demonstrates the criminal law's relegation of key criminalisation principles in the name of parental control and freedom of religion. Indeed, it elevates parental interests above those of children even though the criminal law protects all human life and seeks to criminalise acts or omissions based on (amongst other factors) protection from harm ("the harm principle"<sup>45</sup>). This idea not only seeks to ensure an individual's autonomy but also, arguably, their human dignity<sup>46</sup>. Subordination of these interests reflects the criminal law's deference towards parental management of children in other

---

41 *Ibid.* 660.

42 As proposed by TOLMIE Julia (n 36).

43 *R. v. Adesanya*, *The Times*, 16-17 July 1974. See also POULTER Sebastian, "Foreign Customs and the English Criminal Law" (1975) 24 *International and Comparative Law Quarterly* 136-40.

44 See GILBERT H. (n 18) 285-286.

45 FEINBERG Joel, *The Moral Limits of the Criminal Law* (Vols. 1 - 4) (Oxford University Press 1984) 87 and ROBERTS Paul, "The Philosophical Foundations of Consent in the Criminal Law" (1997) 17 *Oxford Journal of Legal Studies* 389-414.

46 BAKER Dennis, "The Moral Limits of Consent as a Defense in the Criminal Law" (2009) 12 *New Criminal Law Review* 93-121.

spheres, for instance lawful chastisement<sup>47</sup>, and represents a legal view of children which equates their lack of capacity to consent (essentially, forfeiture of consent) with an automatic parental determination of consent. This prioritisation of parental wishes above the inherent bodily autonomy of the child highlights a fundamental awkwardness between English criminal law's desire to avoid criminalisation of parents and the demands of children's rights. It also highlights the criminal law's reluctance to attribute capacity to young children as reflected in the minimum age of criminal responsibility. In England and Wales the criminal law only speaks to children as responsible agents from the age of 10 and above<sup>48</sup>.

## E. CONCLUSION

English criminal law has an uneasy relationship with protection of children. This is exemplified by debates about the legality of ritual male circumcision. Whilst domestic criminal law exists to protect all individuals from different types of harm, including serious physical bodily harm, it is clearly willing to sacrifice this criminalisation principle where a child's lack of capacity removes its right to self-determination. English case law places that determination in the hands of those closest to the child – his parents – and in the process embeds a questionable approach to children's rights as balanced against the rights of parents. This is exacerbated by controversies surrounding when consent can/should act as a defence to harm above battery, a matter which is led by dubious and uncertain recourse to vague "public policy" criteria. As such, domestic criminal law's acquiescence in matters of ritual male circumcision may be symbolic of its wider ambivalence about the relevance of children's rights across different criminal matters.

Overall, there is a sense that ritual male circumcision is simply assumed to be lawful by English courts. This position stems from the unquestioning House of Lords *dicta* in *Brown* that the procedure must be legal because this had always been the case. The dearth of English criminal jurisprudence on ritual male circumcision perhaps suggests why the current loose legal approach to the procedure has endured. Indeed, the lack of criminal cases may be indicative of

47 Parents (and those charged with parental responsibility) who physically correct their children have a defence of lawful chastisement to any charge of battery: Children Act 2004, s 58. This defence is not operative where chastisement results in ABH or GBH.

48 Children and Young Persons Act 1933, s 50. The doctrine of *doli incapax*, which imposed a presumption that a child aged between 10 and 14 was incapable of committing a crime, was abolished by Crime and Disorder Act 1998, s 34 (this abolition was confirmed by the House of Lords in *R. v. JTB* [2009] UKHL 20).

how domestic criminal law does not represent the most appropriate legal site in which to contest the procedure – particularly given the religious liberty, children’s rights and parental choice implications that may arise for consideration, not to mention problems in deciding when to prosecute. These factors point to a greater role for family law and more effective professional regulation for medical practitioners<sup>49</sup>.

### III. FAMILY LAW

#### A. INTRODUCTION

The approach of the UK family courts to the religious upbringing of children, including matters of ritual male circumcision, could be summarised in one sentence: “[t]he child’s religious heritage, while an important matter, may need in some cases to defer to other welfare considerations”<sup>50</sup>. Indeed, family law cases involving ritual male circumcision have tended to be those involving parental disputes over the religious upbringing of children. There are three English cases under the Children Act 1989 (the 1989 Act) where circumcision was an issue, but none in Northern Ireland or Scotland. These cases should be located in a wider body of caselaw on the religious upbringing of children, covering other issues than just ritual male circumcision<sup>51</sup>.

Section B considers the law on parental responsibility over a child’s religious upbringing and the principles used by courts to determine parental disputes. Section C then looks at the courts’ approach to defining circumcision. The rest of Part III considers the factors used by courts as reasons not to order circumcision, including: arguments based on the environment of the child’s upbringing and socialisation (Section D); the child’s age and consent to ritual circumcision (Section E); and arguments based on the physical integrity of the child, the harm, the (small) risks associated with circumcision and the irreversible nature of the operation (Section F). Section G considers whether there is a difference in

---

49 See below for the reports on these two fields.

50 BAINHAM Andrew and GILMORE Stephen, *Children: The Modern Law* (Jordan 2013) 217.

51 For an overall approach to religion and children in English law, see TAYLOR Rachel, “Parental Responsibility and Religion” in PROBERT Rebecca, GILMORE Stephen and HERRING Jonathan (eds), *Responsible Parents & Parental Responsibility* (Hart 2009) and LANGLAUDE Sylvie, “Parental Disputes, Religious Upbringing and Welfare in English Law and the ECHR” (2014) 9 *Religion and Human Rights* 1-30.

adoption, foster care and care cases. More recently, one judgment has said that male circumcision constituted significant harm to the child, but that society and the law are prepared to tolerate non-therapeutic ritual male circumcision whereas no form of FGM is acceptable. Section H concludes that family law is a crucial vehicle for the determination of the lawfulness and the regulation of such circumcision. There is no intention to penalise or repress the practice, but there is some regulation of it, and courts are reluctant to order circumcision when parents disagree.

## B. PARENTAL RESPONSIBILITY AND THE RELIGIOUS UPBRINGING OF CHILDREN

In English law, the concept of parental responsibility covers the rights and duties of parenthood. There is no legislative provision on the religious upbringing of children, but *Re J (A Minor)* summarised the current position of domestic law: the 1989 Act does not impose any obligation on parents in respect of religious upbringing or instruction, and parental responsibility “clearly includes the right to bring up children in a particular religious faith, or in none”<sup>52</sup>. It is suggested that religious upbringing includes a range of restrictions and obligations as part of everyday life, such as diet and clothing, “attendance at or participation in services, rituals, collective worship and festivals and the provision of religious education”, as well as the two more unusual decisions of removal from religious education and collective worship at school, and the circumcision of male children<sup>53</sup>.

Private law disputes about children (that is, those disputes that do not involve public authorities, which are considered below in Section G) are dealt with under section 1(1) of the 1989 Act which provides that “the child’s welfare shall be the court’s paramount consideration”. Subsequently, section 1(3) provides that the court shall consider a list of statutory factors including, *inter alia*, the child’s wishes, the child’s needs, the effect on the child of any change of circumstances, any harm which the child has suffered or is at risk of suffering, the capacity of each parent of meeting the child’s needs, and the child’s age, sex, background and any other relevant characteristics. It is this last factor which may include the child’s religious upbringing. Overall the courts have a very wide discretion to determine what is in a child’s welfare.

In *Re N (A Child: Religion: Jehovah’s Witness)*, the court stated the principles which should guide its approach: both parents have a right to choose the child’s

52 *Re J (A Minor)* (n 2) 685 (Wall J).

53 TAYLOR Rachel (n 51) 128-129.

religious upbringing and the child *should have the opportunity to learn about and experience both religions if they are socially acceptable; if some religious practices involve a lifestyle which conflicts with the lifestyle of the other parent and they have a detrimental impact on the child's welfare, then the court may restrict the child's involvement in those practices; restrictions on religious practices must be proportionate; and the child's welfare is the court's paramount consideration*<sup>54</sup>.

There is no process for determining the formal belonging of a child to a religion, therefore, parents determine the child's religious upbringing rather than the child's religion. The child's religion under religious law, and any parental agreement about the child's religious upbringing, may be considered by the court but are not legally binding<sup>55</sup>. The courts especially consider how the child has been or will be brought up; for example, one court emphasised that "the newborn does not share the perception of his parents or of the religious community to which the parents belong. A child's perception of his or her religion generally depends on involvement in worship and teaching within the family. From this develops the emotional, intellectual, psychological and spiritual sense of belonging to a religious faith"<sup>56</sup>. This was confirmed in a recent case where the court noted that a child's religious persuasion evolved as the child matured and while the religious persuasion of a very young child was "necessarily that of his parents", the child would inevitably "make his own choice" as he grew older, sometimes against parental wishes<sup>57</sup>.

### C. THE COURTS' APPROACH TO DEFINING CIRCUMCISION

On occasion, courts have allowed male circumcision for therapeutic reasons<sup>58</sup>. As for non-therapeutic circumcision, *Re J (A Minor)* confirms that this is lawful and an aspect of parental responsibility<sup>59</sup>. In this dispute between a Muslim father and a Christian mother over their five-year old boy, the court

54 [2011] EWHC 3737 (Fam) [85].

55 For example in *Re P (A Child) (Residence Order: Restriction Order)* [1999] 2 FLR 573 (CA), Orthodox Jewish parents were unable to care for their daughter and she developed a strong attachment for her non-practising Roman Catholic foster parents of eight years. On the parents' application for the child to be returned to them, the court said that no one would wish to deprive her of her Jewish heritage, but there were unusual circumstances, her religious and cultural heritage could not be the overwhelming factor, it could not displace other weighty welfare factors and her residence would not be changed.

56 *Re J (A Minor)* (n 5) 575 (Thorpe LJ).

57 *Re A (Care Proceedings: Religious Upbringing)* [2010] EWHC 2503 (Fam) [73].

58 For example, see *T v. S (Wardship)* [2011] EWHC 1608 (Fam) for a case of medically indicated circumcision.

59 *Re J (A Minor)* (n 2) 688 (Wall J).

considered the 1995 Law Commission paper “Consent in the Criminal Law”. It compared ritual circumcision to FGM, and made a strong statement that male circumcision was lawful:

although the origins of ritual circumcision are unknown, the fact remains that there have, historically, been a number of medical justifications put forward for male circumcision, and there are certain specific, albeit rare, medical conditions for which it is currently deemed necessary. Whilst the medical benefits of ritual male circumcision are now controversial, the fact remains that it is not only insisted upon by Muslims and Jews, but that male circumcision itself has, over the years, become an accepted practice amongst a significant number of parents in England. In my judgment, therefore, where two parents, jointly exercising parental responsibility for a male child, cause him to be ritually circumcised in accordance with the tenets of their religion, that exercise of parental responsibility is lawful<sup>60</sup>.

The courts also hear evidence from experts in religious law, e.g. Islamic law experts in *Re J (A Minor)*<sup>61</sup> and *Re S (Change of Names: Cultural Factors)*<sup>62</sup> that circumcision was “strongly recommended” or an “obligatory duty” or very important socially and culturally. The courts may also take another system of religious law into account, as for example in *Re S (Specific Issue Order: Religion: Circumcision)*<sup>63</sup>, in which the father, a Jain Hindu, said that circumcision was strictly forbidden in Jainism and a circumcised person “would find it almost impossible to find a match”<sup>64</sup>. There is consistency across these judgments: courts do rely on expert evidence about the nature and sense of obligation of circumcision under religious law, even though religious evidence is not determinative of the issue.

Ultimately, the courts view circumcision as an unusual procedure which is irreversible and of fundamental importance to the child, requiring the agreement of both parents. For example, in *Re J (A Minor)*, the court said that when both parents agreed, the courts could not interfere with circumcision, but that there was a legal presumption that circumcision should not go ahead with the opposition of the residential parent. The court discussed guidance from medical professional bodies which recommend that doctors obtain the written consent of both parents before performing any circumcision. In that case, the mother had consented to the boy’s circumcision when she was pregnant but she later changed her mind after the boy’s birth. The court said that her previous consent

---

60 *Ibid.* 690.

61 *Ibid.* 682.

62 [2001] 3 FCR 648 (Fam) 660 (Wilson J).

63 See above (n 6).

64 (n 6) [17] (Baron J).

was irrelevant<sup>65</sup>, and that circumcision could not go ahead without her consent. On appeal, the court confirmed that a parent could not decide alone on a small group of decisions, including circumcision, sterilisation and change of name<sup>66</sup>. In *Re S (Change of Names: Cultural Factors)*, the court allowed the child to be brought up in the Muslim faith and allowed circumcision as a consequence; it only said that the father had not articulated any specific objection and thus it did not discuss circumcision as requiring joint parental agreement. The requirement for joint parental agreement was not discussed either in *Re S (Specific Issue Order: Religion: Circumcision)* but the court did not allow circumcision<sup>67</sup>.

#### D. ARGUMENTS BASED ON THE ENVIRONMENT OF THE CHILD'S UPBRINGING AND SOCIALISATION

In these cases, all of which concerned Islam rather than Judaism, circumcision was not considered as a separate issue but, rather, as part of the wider question of the children's religious upbringing. To resolve the parental disputes, each court considered the environment in which the children were going to be brought up and especially whether the boy was going to live in a Muslim environment in which he would interact with other Muslim boys who would be circumcised.

In *Re J (A Minor)*, the judge noted that the father was Turkish by birth and upbringing, although he was a permanent resident in the UK and had a British passport. He was also a Muslim, although he freely accepted he did not actively observe many of the tenets of his faith<sup>68</sup>. The judge noted that the mother was English, and was notionally a Christian and a non-practising Church of England member. The judge was satisfied that the boy was a Muslim under Islamic law but went on to consider the position of English law. The mother had not converted to Islam, was not a Muslim, had no interest in Islam and was not going to take steps to acquaint the boy to Islam or the Turkish side of his inheritance. This may suggest that if she had been a Muslim, *i.e.* if both parents were Muslim but one opposed circumcision, the judge might well have ordered circumcision. The judge accepted that a child's religion was not determined by religious law but by all the relevant circumstances and in that case, the boy did not have a settled religious faith, had a mixed heritage and essentially secular lifestyle. The boy was being brought up "in an essentially secular household",

65 In any case, parents are not bound by a pre-birth agreement: *Re W (A Minor) (Residence Order)* [1992] 2 FLR 332 (CA).

66 *Re J (A Minor)* (n 5) 577 (Butler-Sloss).

67 (n 6).

68 (n 2) 679 (Wall J).



his only contact with Islam was through his father who himself did not seem to have Muslim friends or mix in Muslim circles. Accordingly, the judge did not order that the boy be brought up a Muslim or be circumcised. In addition, the judge considered the relationship between the child's parents. The parents in the case did not communicate well, the child was caught in the middle of the dispute and that position was likely to be reinforced if he was circumcised because the mother would not be able to present circumcision in a positive light. Finally, the fact that the mother was the residential parent and was strongly opposed to circumcision should not be taken lightly (although it was not a determining factor), because "to impose a medically unnecessary surgical intervention on a residential parent who is opposed to it" was a strong thing<sup>69</sup>.

In *Re S (Change of Names: Cultural Factors)*, a Muslim woman who had married a Sikh man against her family's wishes but then reconciled with her family following her divorce, applied for an order that their three and a half year-old boy (who had been registered with Sikh names) be known by Muslim names and be brought up as a Muslim. Islamic law experts said that deep-seated conflicts between the Muslim and Sikh communities might cause a child with Sikh names living in a Muslim community to find it difficult to be accepted socially and culturally as a child or an adult, by that community. The court found that the boy, who was being brought up by his mother in the Muslim community, should be enabled to integrate into the obviously appropriate environment for both of them. He could be known informally under Muslim names, although his names should not be changed formally so as not to eliminate his half-Sikh identity. About circumcision, the father had not articulated any strong objections; if the boy was not circumcised, he would "undoubtedly be different from the majority of his peer group"<sup>70</sup> and there was a risk that he may be picked on or teased by his peers, so circumcision was allowed.

In *Re S (Specific Issue Order: Religion: Circumcision)*, an 8-year-old boy and his 10-year-old sister were raised in a Jain Hindu environment (from the father) with some influences from Islam (from the mother). They had a mixed cultural heritage, had experienced life both in a Jain and a Muslim household, and were too old for one religion to be favoured over another. Circumcision was not allowed because: the boy was not going to be brought up as a Muslim; circumcision could not be undone; and he may be prevented from practising Jainism when he grew up if he was circumcised, whereas he could be circumcised later if he wished to follow Islam.

---

69 *Ibid.* 700.

70 *Ibid.* 698.

## E. THE CHILD'S AGE AND CONSENT TO RITUAL CIRCUMCISION

In *Re S (Change of Names: Cultural Factors)*, the court did not consider the age or consent of the three and a half year-old boy. In *Re J (A Minor)*<sup>71</sup>, the court said the five year-old boy was too young to make an informed decision and give consent. In *Re S (Specific Issue Order: Religion: Circumcision)*<sup>72</sup>, the court said that the eight and a half year-old boy would be competent by the age of puberty when Islam required circumcision to be carried out by, and that he could make an informed decision then; this was confirmed on appeal, the court saying that he should be able to make his own decision when he was competent<sup>73</sup>.

It appears that only the views of a child who is old enough are considered. This is in line with section 1(3)(a) of the 1989 Act, according to which the court must have regard to “the ascertainable wishes and feelings of the child concerned (considered in the light of his age and understanding)”, and with *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*<sup>74</sup>, in which the court said that where a child was old enough to form his/her own views then it must be expected that this will be considered to be of greater validity than the parents' views.

## F. THE HARM, MEDICAL RISKS AND IRREVERSIBILITY OF CIRCUMCISION

The courts do take account of arguments based on harm to the child, the irreversibility of the procedure, medical opinion about circumcision, but not really the medical context in which circumcision is carried out. In *Re J (A Minor)*, the judge engaged in a fairly lengthy discussion of medical attitudes to ritual circumcision, and drew upon medical evidence including guidance from professional medical bodies (the General Medical Council (GMC) and the British Medical Association (BMA)) and from the anti-circumcision body NORM-UK. He said:

[t]he medical benefits arising from circumcision ... are highly contentious ... There is a powerful body of medical opinion which puts strongly in issue any suggestion that male circumcision prevents or reduces the risk of urinary tract infection, penile cancer, or sexually transmitted disease. Equally contentious is the suggestion that it reduces the incidence of cervical cancer in women ... The procedure for a child of J's age carries small but identifiable physical and psychological

71 *Ibid.* 688.

72 [2004] EWHC 1282.

73 *S (Children)* [2004] EWCA Civ 1257.

74 (n 6). This was a case about whether oral contraceptives could be given to underage girls without the knowledge of their parents.

risks. It is an invasive procedure ... There is evidence that... there is consequential loss of sexual sensory pleasure during sexual intercourse ... [This] is an issue for society, not the health professionals<sup>75</sup>.

The father was not opposed to the procedure being carried out in hospital under general anaesthetic by a qualified medical practitioner<sup>76</sup>, but this does not seem to have been considered by the judge. On appeal, the court said that the decision to circumcise a child on grounds other than medical necessity was a very important one, was irreversible and should only be carried out when both parents, or the court, approved it<sup>77</sup>.

There was no reference to the risk or the harm of circumcision in *Re S (Change of Names: Cultural Factors)*. In *Re S (Specific Issue Order: Religion: Circumcision)*, the judge simply said that “[c]ircumcision once done cannot be undone”<sup>78</sup>. Overall there is some consideration of the risks of circumcision but not on a systematic basis.

Interestingly however, in *B and G (Children) (No 2)*<sup>79</sup>, a case about FGM and whether the threshold of significant harm was passed so as to initiate care proceedings, the judge made interesting comments about male circumcision. He said that the least severe forms of FGM (Type IV), e.g. pricking, piercing and incising, were much less invasive than male circumcision<sup>80</sup>, and if the least severe forms of FGM amounted to significant harm then male circumcision did too<sup>81</sup>. The judge then said that there was a clear difference between FGM and male circumcision, the latter constituting “reasonable parenting”. While FGM could never be tolerated, “[s]ociety and the law, including family law, are prepared to tolerate non-therapeutic male circumcision performed for religious or even purely cultural reasons”<sup>82</sup>. If FGM was sufficient to establish “threshold” in accordance with section 31, male circumcision without more would not<sup>83</sup>. This case is extremely thought-provoking because it recognises that male circumcision causes harm but that it is justified.

---

75 (n 2) 693 (Wall J).

76 *Ibid.* 679.

77 *Re J (A Minor)* (n 5) 577 (Butler-Sloss).

78 (n 6) [83] (Baron J).

79 (n 11).

80 *Ibid.* [60] (Munby J).

81 *Ibid.* [69].

82 *Ibid.* [72].

83 *Ibid.* [72-73].

## G. CIRCUMCISION IN ADOPTION, FOSTER CARE AND CARE CASES

Concerning adoption and foster care, the adoption agency or the local authority, respectively under section 1(5) of the Children and Adoption Act 2002 and under section 22(5)(c) of the 1989 Act, “must give due consideration to the child’s religious persuasion, racial origin and cultural and linguistic background” in placing the child for adoption or in making a decision about care<sup>84</sup>. It is stricter for care proceedings, section 33(6)(a) of the 1989 Act providing that a local authority placing a child into care is under a duty not to “cause the child to be brought up in any religious persuasion other than that in which he would have been brought up if the order had not been made”. The parents and the local authority share parental responsibility<sup>85</sup>. There is no reported case in which the parents of a child who was placed in care requested that the boy be circumcised but were faced with the local authority’s refusal. In *Re A (Care Proceedings: Religious Upbringing)*<sup>86</sup> and *Re B-M (Children)*<sup>87</sup>, which do not concern circumcision but are relevant to understand religious upbringing, the courts approved the decisions of local authorities favouring a flexible and fluid understanding of the child’s religious upbringing focused on the child’s welfare, rather than an exact match of religious background between the child and the carers.

## H. CONCLUSION

Part III shows that ritual male circumcision is regulated to some extent through family law disputes. However, there is no coherent “framework” or approach for regulating it, beyond the acknowledgement that it is an unusual act which requires joint parental agreement. Cultural and societal values are allowed by the courts to come into play. By referring to the parents’ religious and cultural background, to how the children are perceived under religious law, and to the importance of the practice for the religion in question, English courts are concerned to some extent about the preservation of minority religious and cultural practices. They do accept the evidence that circumcision is an essential religious ritual for Muslim communities, and would no doubt say the same for the Jewish community. There is some consideration of harm but this is not done consistently. There is no systematic approach to children’s rights either,

---

84 Section 1(5) of the Children and Adoption Act 2002 was repealed in respect of England through the Children and Families Act 2014 but the change has not yet come into force.

85 Sections 2(5) and (6) and section 33(3) of the 1989 Act.

86 [2010] EWHC 2503 (Fam).

87 [2009] EWCA Civ 205.

whether the child's right to bodily integrity or the child's right to have his views taken into account. There are however some references to the child's future consent to circumcision and future choice of religion.

There are questions about the proper role of family law, whether a ban on the procedure would be proportionate and whether it would be possible to distinguish between circumcision and other religious rituals and practices. English law clearly differentiates between ritual male circumcision and other religious and cultural practices, many of the latter being prohibited. For example the tattooing of minors is prohibited under the Tattooing of Minors Act 1969, parental objections on religious grounds to life-saving medical treatment are routinely overturned by the courts<sup>88</sup>, and parents do not have the right to delegate to teachers the right to use corporal punishment on their children, even if for religious reasons<sup>89</sup>.

A few cases have compared ritual male circumcision to FGM, finding that male circumcision has nowhere near the same consequences as FGM. There have been no arguments based on non-discrimination between the two practices or about the necessity to "equalise" criminal law. Although the courts do not regard the practice as dangerous, they also do not see it as a benign or routine. They have tended to say that male circumcision has long-term consequences, carries small medical risks and is irreversible. Whilst there has not been a major focus on the child's bodily integrity, in the sense that it is not treated as a form of assault, there is discussion of the lack of medical benefits and its irreversibility. There is no discussion of how the procedure is carried out, for example by a qualified doctor or in hospital.

Finally, the socialisation of children is an important issue for the courts. They pay considerable attention to the religious environment in which the child will be brought up and socialised (or not), thus demonstrating a pragmatic approach. However, socialisation is also an issue, in the sense that in the context of growing up in a western country, a child should not be the odd one out by being circumcised and at risk of being taunted. Part IV next examines how health law deals with circumcision and might provide possibilities for the medical regulation of the practice.

---

88 E.g. see *Re R (A Minor) (Blood Transfusion)* [1993] 2 FLR 757 (Fam); *Re S (A Minor) (Medical Treatment)* [1993] 1 FLR 376 (Fam); *Re O (A Minor) (Medical Treatment)* [1993] 2 FLR 149 (Fam).

89 *R (Williamson) v. Secretary of State for Education and Employment* [2005] UKHL 15.

## IV. HEALTH LAW

### A. INTRODUCTION

As noted above, it is generally presumed, albeit on the basis of scant legal authority, that ritual male circumcision is not proscribed by the criminal law, and family law judges have assumed that there will be no interference where both parents agree that a child who is too young to consent should be circumcised. The upshot of these dicta is that circumcising male children has largely been cast as a non-issue for UK health law, in contrast to many other scenarios that involve non-therapeutic interventions on the body of children too young to consent, such as the administration of vaccines<sup>90</sup>, or enrolment of children in clinical research<sup>91</sup>.

However, it will be argued that circumcision does pose problems in health practice. First, as discussed in section E below, many circumcisions performed for religious or cultural reasons are carried out by persons lacking adequate medical training and often on inadequate premises. The lack of legal regulation is particularly likely to impact on vulnerable children whose parents cannot afford access to skilled medical practitioners. Thus, the fundamental question for health law is whether law should regulate the practice of male circumcision, for instance, by requiring that it be performed only by registered medical practitioners, following the administration of anaesthetic, or imposing restrictions on places where it can be performed. Secondly, where parents do approach health professionals, a request for non-therapeutic circumcision may pose an ethical dilemma for the individual doctor if he or she is not persuaded that the procedure is in the best interests of the child concerned or that it constitutes proper medical treatment (see section D). As a result, doctors have approached the BMA for guidance on how to respond to such requests. In the absence of clear legal rules, professional guidance issued by the BMA and GMC<sup>92</sup> is critically important. Indeed, in the past, UK courts have looked to professional

---

90 See *Re C (Welfare of the Child: Immunisation)* [2003] 2 FLR 1095 (CA); DIEKEMA Douglas S, "Parental Refusals of Medical Treatment: The Harm Principle as Threshold for State Intervention" (2004) 25 *Theoretical Medicine and Bioethics* 243-64.

91 McHALE Jean and FOX Marie, *Health Care Law: Text, Cases and Materials* (2<sup>nd</sup> ed, Sweet & Maxwell 2007) 988-92.

92 The BMA is the doctors' regulatory body and its guidance is often produced in response to requests from doctors, as in the case of circumcision. Its guidance is at least partly designed to protect doctors from litigation. The GMC is the body which regulates doctors and has the power to suspend or strike off doctors who breach its guidance.

guidance to frame laws<sup>93</sup>. However it will be suggested in section B below that the BMA and GMC position on circumcision offers little by way of concrete help to health professionals, and may need to be rethought in the light of both legal developments and problems that have emerged with regard to unregulated circumcision.

## B. PROFESSIONAL GUIDANCE

Current BMA guidance dates from 2006<sup>94</sup> and largely sets out the then applicable UK law as detailed in Parts II and III of this report, coupled with a set of guiding principles such as the paramountcy of the child's best interests. It then notes:

[t]he medical harms or benefits have not been unequivocally proven but there are clear risks of harm if the procedure is done inexpertly. The Association has no policy on these issues. Indeed, it would be difficult to formulate a policy in the absence of unambiguously clear and consistent medical data on the implications of the intervention. As a general rule, however, the BMA believes that parents should be entitled to make choices about how best to promote their children's interests, and it is for society to decide what limits should be imposed on parental choices<sup>95</sup>.

Weighing benefits and harms is thus at the heart of judgements about the legitimacy of circumcision and determinations of whether parental consent to the procedure is valid. This may be contrasted with the BMA's stance on FGM, where the Association is clear that "[a]ll forms [of FGM] are mutilating and carry health risks"<sup>96</sup>. This stark dichotomy between male and female genital cutting has been criticised by health lawyers<sup>97</sup>, although it does reflect the criminal law's differential approach to both practices. However, in this regard it is worth noting that in a recent High Court decision, Munby J stated, obiter, that not only was male circumcision rarely performed for therapeutic reasons, but also that it was as harmful and invasive as some forms of FGM:

[c]ircumcision of the male... is the removal of some, or all, of the prepuce (foreskin), the retractable fold of skin that surrounds and covers the glans of the penis, so as to expose the glans. Circumcision involves the removal of a significant

93 See, for instance, the emphasis placed on GMC Guidance in framing the legal duty of confidentiality in *W v. Egdell* [1990] 1 All ER 835 (CA).

94 BMA, *The Law and Ethics of Male Circumcision: Guidance for Doctors* (June 2006).

95 *Ibid.* § 4.

96 BMA, *Female Genital Mutilation: Caring for Patients and Safeguarding Children* (July 2011) § 2.1.

97 Fox Marie and Thomson Michael (n 26); Davis Denna S., "Male and Female Genital Alteration: A Collision Course with the Law" (2000) 11 *Health Matrix* 487-570.

amount of tissue, creates an obvious alteration in the appearance of the genitals and leaves a more or less prominent scar around the circumference of the penis... It can readily be seen that although FGM of WHO types I, II and III are all very much more invasive than male circumcision, at least some forms of Type IV, for example, pricking, piercing and incision, are on any view much less invasive than male circumcision<sup>98</sup>.

He went on to conclude that FGM and male circumcision could nevertheless be distinguished, because FGM, unlike male circumcision, has no religious basis, lacks any medical justification and confers no health benefits, whereas “male circumcision is seen by some (although opinion is divided) as providing hygienic or prophylactic benefit”<sup>99</sup>. However his observation about male circumcision being more invasive than some forms of female genital cutting seems to cast doubt on whether the BMA can continue to maintain the sharp division which characterises its guidance on the two practices.

It will be seen below that parental consent plays a crucial role in the BMA guidance. Such consent must be grounded in the child’s interests and given with knowledge of the risks that accompany the procedure. The guidance also allows for health professionals to opt out of performing circumcision. Moreover, it is concerned with the maintenance of professional standards, warning of the implications of poorly performed circumcisions (see Section F below). It suggests that doctors who are unfamiliar with the practice should seek advice from more experienced colleagues and, if necessary “refer a family to a paediatric surgeon, urologist or other doctor experienced in performing the operation for advice and care”<sup>100</sup>.

The GMC guidance, which is concerned more generally with “personal beliefs” of doctors is perfunctory as regards the ethics and decision-making process. The Council had issued guidance specifically addressing male circumcision in 1997<sup>101</sup>, but this was withdrawn in 2007. The general guidance does however flesh out the question of standards, stipulating that doctors must have “the necessary skills and experience both to perform the operation and use appropriate measures, including anaesthesia, to minimise pain and discomfort

---

98 *B and G (Children) (No 2)* (n 11) [59-60] (Munby J).

99 *Ibid.* [72]. For a criticism of this reasoning see EARP Brian, “On the Supposed Distinction Between Culture and Religion: A Brief Comment on Sir James Munby’s Decision In The Matter of B And G (Children)” *Practical Ethics* <http://blog.practicaethics.ox.ac.uk/2015/02/on-the-supposed-distinction-between-culture-and-religion-a-comment-on-sir-james-munbys-decision-in-the-matter-of-b-and-g-children> accessed 2 February 2015.

100 BMA (n 94) § 4.5.

101 GMC, *Guidance for Doctors Who Are Asked to Circumcise Male Children* (September 1997) (withdrawn 2007).



both during and after the procedure”<sup>102</sup>. An earlier version of this guidance, published in 2008, has been criticised as flawed and biased in favour of non-therapeutic circumcision<sup>103</sup>.

### C. ASSESSING HARMS AND BENEFITS

As noted in Part II above, the excision of healthy tissue technically amounts to physical bodily harm and prima facie constitutes a violation of the child’s bodily integrity. A critical question therefore is whether this harm can be outweighed by any health benefits of the procedure. In this regard the BMA guidance notes that “the medical evidence is inconclusive”<sup>104</sup>. This ambivalence seems to signal a shift from the Association’s earlier guidance, which was based on the assumption that the procedure did not cause significant harm<sup>105</sup>. It now acknowledges that:

[t]he medical benefits previously claimed... have not been convincingly proven, and it is now widely accepted, including by the BMA, that this surgical procedure has medical and psychological risks<sup>106</sup>.

In assessing the best interests of the child, the BMA offers a check-list to inform the balancing exercise in which doctors must engage in determining whether a requested circumcision is in the best interests of the child. Those factors applicable to deciding the best interests of the child patient are as follows:

- the patient’s physical and emotional needs;
- the risk of harm or suffering for the patient;
- the view of parents and family;
- the implications for the family of performing, and not performing, the procedure;
- relevant information about the patient’s religious or cultural background; and
- the prioritising of options which maximise the patient’s future opportunities and choices<sup>107</sup>.

In terms of possible medical benefits, considerable weight was attached to these by Munby J in *B and G (Children) (No 2)*<sup>108</sup>. The medical benefits asso-

102 GMC, *Personal Beliefs and Medical Practice* (March 2013) § 22.

103 SHAW David, “Cutting Through Red Tape: Non-Therapeutic Circumcision and Unethical Guidelines” (2009) 11 *Clinical Ethics* 181-6.

104 BMA (n 94) § 4.1.

105 Fox Marie and THOMSON Michael (n 27).

106 BMA (n 94) § 4.3.

107 *Ibid.*

108 (n 11).

ciated with male circumcision include reduction in the risk of penile cancer and reduction of the incidence of urinary tract and sexually transmitted infections. However, when these risks are unpacked it emerges that penile cancer is exceedingly rare, while infection risks can be reduced by other non-surgical measures, such as better hygiene and use of condoms. Nonetheless, claims that the benefits of circumcision surgery outweigh the risks have been prominent in other contexts, notably in provisional guidelines recently issued by the Centers for Disease Control and Prevention on counselling of parents<sup>109</sup>. Yet many of the claims made for these benefits have been convincingly debunked<sup>110</sup>. Moreover, many of the asserted benefits are prophylactic in nature and derive from trials on adults in sub-Saharan Africa, which render it extremely problematic to seek to apply them to circumcision of infants in the developed world<sup>111</sup>.

## D. THE QUESTION OF CONSENT

### 1. Parental consent

As regards infants too young to consent, the BMA, in line with the case law discussed above, is very clear that:

[...] where a child has two parents with parental responsibility, doctors considering circumcising a child must satisfy themselves that both have given valid consent. If a child presents with only one parent, the doctor must make every effort to contact the other parent in order to seek consent<sup>112</sup>.

It goes on to note that, where parents disagree, it is open to the parent requesting circumcision to seek court authorisation, but advises that doctors in these circumstances “consider carefully whether circumcising against the wishes of one parent would be in the child’s best interests”<sup>113</sup>. The guidance is also clear that “parental preference alone is not sufficient justification for performing

---

109 Centers for Disease Control and Prevention, *Recommendations for Providers Counseling Male Patients and Parents Regarding Elective Male Circumcision and the Prevention of HIV Infection, STIs, and Other Health Outcomes* (2014): [www.cdc.gov/hiv/policies/pdf/MCPublicCommentNotice.pdf](http://www.cdc.gov/hiv/policies/pdf/MCPublicCommentNotice.pdf) accessed 1 February 2015.

110 See, for instance EARP Brian, “Do the Benefits of Male Circumcision Outweigh the Risks? A Critique of the Proposed CDC Guidelines” (2015) *Frontiers in Pediatrics* (forthcoming).

111 Fox Marie and THOMSON Michael, “HIV/AIDS and Circumcision: Lost in Translation” (2010) 36 *Journal of Medical Ethics* 798- 801; Fox Marie and THOMSON Michael “The New Politics of Male Circumcision: HIV/AIDS, Health Law and Social Justice” (2012) 32 *Legal Studies* 255-81.

112 BMA (n 94) § 4.2.2.

113 *Ibid.*

a surgical procedure on a child”<sup>114</sup>, and that parents must justify requests for circumcision with regard to the child’s best interests<sup>115</sup>. The doctor is obligated to ensure that parents “are aware of the issues, including the risks associated with any surgical procedures; pain, bleeding, surgical mishaps and complications of anaesthesia”<sup>116</sup>. GMC guidance on this point is more limited, providing simply that in the case of procedures provided for religious or cultural reasons “[i]f the patient is a child, you should usually provide a procedure or treatment that you assess to be in their best interests ... Assessing best interests will include the child’s *and/or the parents’* cultural, religious or other beliefs and values”<sup>117</sup>. It adds that a doctor who judges the procedure not to be in the best interests of a child should explain this to the parents.

## 2. The consent of the child

The GMC advises doctors to “get the child’s consent if they have the maturity and understanding to give it”<sup>118</sup>. This requirement is more fully addressed in the BMA guidance, which states that account be taken of the views of competent children<sup>119</sup>, who should if necessary be provided with support to make the decision. The relevant factors here are deemed to be:

- the patient’s own ascertainable wishes, feelings and values
- the patient’s ability to understand what is proposed and weigh up the alternatives
- the patient’s potential to participate in the decision if provided with additional support or explanation<sup>120</sup>.

It has been argued that the case of *Re S* above (in line with general trends in health law decision-making concerning young people approaching adolescence) suggests that, where possible, non-therapeutic interventions having irreversible consequence should be deferred until the child can decide for himself<sup>121</sup>.

---

114 *Ibid.* § 4.3.

115 *Ibid.* § 4.3.1.

116 *Ibid.* § 4.4.

117 GMC (n 102) § 18, 20 (emphasis added).

118 *Ibid.* § 20.

119 BMA (n 94) §4.2.1.

120 *Ibid.* § 4.3.

121 Fox Marie and THOMSON Michael, “Older Minors and Circumcision: Questioning the Limits of Religious Actions” (2008) 9 *Medical Law International* 283-311; ELLISTON Sarah, *The Best Interests of the Child in Health Law* (Routledge 2010) 98.

## E. REGULATING THE CIRCUMSTANCES IN WHICH MALE CIRCUMCISION CAN BE PERFORMED

In contrast to various other medical procedures governed by UK law, no regulations govern the circumstances in which circumcision can be performed. This can be compared, for instance, with the Abortion Act 1967 which stipulates that abortions may only be carried out by a registered medical practitioner on premises licensed for those purposes by the Secretary of State for Health. Clearly where circumcisions are performed by doctors then they must abide by GMC and BMA guidance as regards obtaining consent, using anaesthesia etc. However, there is no legal requirement that circumcision be carried out by someone who is medically qualified. Furthermore, in the UK circumcision is not performed on the National Health Service (NHS), except in a small number of cases to treat medical conditions, principally paraphimosis, and balanitis, which are rare<sup>122</sup>. The NHS did offer circumcision when it was established in 1948. However, following publication of Douglas Gairdner's influential report questioning its necessity<sup>123</sup>, routine infant circumcision was removed from the NHS list of covered services in 1950 and from this point the incidence of neonatal circumcision has declined sharply in the UK<sup>124</sup>.

Given the demands on NHS resources, the majority of clinical commissioning groups (CCGs) do not fund circumcisions performed for religious or cultural reasons. In the past some Primary Care Trusts (PCTs, which preceded CCGs) endeavoured to provide services to parents seeking circumcision on religious or cultural grounds<sup>125</sup>, although these tended to be concentrated in inner city areas. For instance, Tower Hamlets established religious circumcision

---

122 A BMJ Clinical Review of male circumcision concluded that (i) absolute indications for male circumcision are rare and include Phimosis secondary to Balanitis Xerotica Obliterans and recurrent Balanoposthitis, both of which affect about 2% of children (ii) There are many relative indications to circumcise but the evidence needs to be carefully appraised (iii) Complications of circumcision are well documented and can be drastic: MALONE Padraig and STEINBRECHER Henrik "Medical Aspects of Male Circumcision" (2007) 335 *British Medical Journal* 1206-9.

123 GAIRDNER Douglas, "The Fate of the Foreskin: A Study of Circumcision" (1949) 2 *British Medical Journal* 1433-37.

124 RICKWOOD A.M.K. and WALKER Jenny, "Is Phimosis Overdiagnosed in Boys and Are Too Many Circumcisions Performed in Consequence?" (1989) 71 *Annals of the Royal College of Surgeons of England* 275-77; FOX Marie and THOMSON Michael, "Foreskin is a Feminist Issue" (2009) 24 *Australian Feminist Studies* 195-210.

125 See BME Health Forum, *Non-clinical Male Circumcision Services in Kensington & Chelsea and Westminster: An Equality Impact Assessment* (July 2009) [www.bmehf.org.uk/files/7713/6536/5068/Circumcision\\_InWhoseCare.pdf](http://www.bmehf.org.uk/files/7713/6536/5068/Circumcision_InWhoseCare.pdf) accessed 11 February 2015.

services on an outpatient basis<sup>126</sup>, while Oldham PCT commissioned a service, whereby the procedure was carried out by two GPs and partially funded by the Trust, and Bradford instated a nurse led service<sup>127</sup>. However, in 2007 a survey of 30 UK trusts highlighted a trend toward withdrawing such services<sup>128</sup>.

A significant and possibly growing number of circumcisions therefore take place outside of the formal health care system, and there is nothing in UK law to prevent non-medical practitioners carrying out such circumcisions or to require them to demonstrate competence in performing the procedure. Under the tenets of the Jewish faith boys are circumcised on the eighth day after birth. Many *mohels* are registered members of the Initiation Society, which has been training *mohels* for over 200 years, and some will be medically as well as religiously qualified, but this is not a requirement. In practice, there tend to be significantly fewer complications when the procedure is performed at this early stage<sup>129</sup>, but in the UK there have been some high profile cases where infants have died following religious circumcisions<sup>130</sup>.

By contrast, in Muslim families the practice is more variable and boys may be circumcised at any age from birth up to about 11 years of age, which increases the risks of the procedure. In the absence of NHS provision, the demand for circumcison services by Muslim parents in the UK is met by an ill regulated combination of medical professionals offering services privately and wholly unregulated operators. Little information exists concerning the incidence of these circumcisions or complication rates. The patchy nature of such provision has led some Muslim doctors to argue for circumcison to be funded

---

126 ABBOTT S. and SHAHRIAR S., "An NHS Religious and Cultural Male Circumcision Service: Service Users' Views and Experiences" (2007) 80 *Community Post* 20-3.

127 BME Health Forum (n 125).

128 BUTLER C.R and CLARKE S., "Is Infant Male Circumcision an Abuse of the Rights of the Child? Yes" (2007) 335 *British Medical Journal* 1180.

129 BME Health Forum (n 125) 5.

130 Eg in 2012 an inquest found that an infant boy - Amitai Moshe - had died of natural causes when he was declared dead 8 days after collapsing 35 minutes after a religious circumcison performed at a London synagogue. See BECKFORD Martin, "Police Investigate Baby's Death after Circumcision" *The Telegraph* (16 February 2007) and ROSEN Robyn, "Brit Not to Blame in Baby Death" *Jewish Chronicle* (10 September 2010). In 2012 a one month old baby bled to death less than two days after he was circumcised following acute hemorrhage, leading to a finding of accidental death, "Queen's Park baby bled to death two days after being circumcised" *Kilburn Times* (22 June 2012). Particular concerns have been expressed about the Orthodox Jewish ritual of *metzitzah b'peh* in which the *mohel* sucks the bleeding wound. This method has been linked to disease transmission and death: FOGG Ally, "Male Circumcision: Let There Be No More Tragedies like Baby Goodluck" *The Guardian* (17 December 2012).

or commissioned by the NHS<sup>131</sup>. Calls to commission more comprehensive NHS provision were given credence following an investigation by Thames Valley Health Protection Unit into circumcisions that had been performed on a group of 32 boys aged between one and 10 years of age at an Islamic School in Oxfordshire. It emerged that the surgery had been performed by an overseas-qualified doctor, who had received only six months of basic surgical training, and charged £100 for each procedure. The report found that 13 of the boys had experienced medical complications, including infection, urethral scarring and haematoma, while three of them had endured what was described as an “incomplete circumcision” and two required a repeat circumcision<sup>132</sup>. The authors concluded that in view of:

the dangers associated with circumcision of young children for religious reasons when performed by unregulated operators ... there is an urgent need for commissioners in the PCTs to provide a safe, reliable and high-quality circumcision service for non-medical reasons in the NHS<sup>133</sup>.

In a similar vein, the authors of a 2009 study for the BME Health Forum found that community-based circumcision services in Kensington & Chelsea and Westminster did not always comply with BMA guidance as regards the use of appropriate analgesia and obtaining informed consent<sup>134</sup>. The report recommended that circumcision services commissioned by the NHS should be introduced (with costs partly met by parents) to avoid children over 10 weeks being circumcised in the community under local anaesthetic when they would be particularly vulnerable to complications. It also proposed establishing an inpatient service for newborn circumcision to take place under local anaesthetic within two days of birth and an outpatient service available up to 10 weeks after birth performed under local anaesthetic<sup>135</sup>. Clearly, harm reduction arguments might support such calls for medicalisation of circumcision, given that the 2007 survey cited above noted that “[i]nitial experience, post withdrawal of PCT funding has shown an increase in paediatric admissions for community-related circumcision complication”<sup>136</sup>. However, there are concerns that medicalisation legitimates a harmful and non-therapeutic procedure. In this regard,

---

131 SHEIKH Azziz, “Should Muslims Have Faith-Based Health Services?” (2007) 334 *British Medical Journal* 75.

132 PARANTHAMAN Karthikeyan, BAGARIA Jayshree and O'MOORE Éamann, “The Need for Commissioning Circumcision Services for Non-Therapeutic Indications in the NHS: Lessons from an Incident Investigation in Oxford” (2011) 33 *Journal of Public Health* 280-83.

133 *Ibid.* 283.

134 BME Health Forum (n 125) 5-6.

135 *Ibid.* 6.

136 BUTLER and CLARKE (n 128).

the BMA guidance notes that “If there is a risk that a child may be circumcised in unhygienic or otherwise unsafe conditions, doctors may consider it better that they carry out the procedure, or refer to another practitioner, rather than allow the child to be put at risk”<sup>137</sup>. This may be contrasted with the Association’s position on FGM where, notwithstanding arguments that it would minimise health risks were female cutting to be done by doctors, in sterile conditions with anaesthesia, it concurs with the World Health Organisation’s view “that unnecessary bodily mutilation cannot be condoned by health providers; and, its medicalisation seems to legitimate the harmful practice”<sup>138</sup>.

## F. RESPONDING TO HARM CAUSED BY CIRCUMCISION

As noted above, even where circumcisions are performed by qualified health professionals in hospital settings under anaesthesia they can result in complications. It has been estimated that complication rates for male circumcision in best practice settings range between 0.2 and 3%, with the most common complications being infections, bleeding and haematomas. Evidently, poorly performed circumcisions carry much greater potential for harm and have resulted in death or amputation of the penis<sup>139</sup>. Such negligence could result in tortious or, in extreme cases, criminal claims. In a number of common law jurisdictions patients have been compensated for the harm caused by negligently performed circumcisions<sup>140</sup>. Reported cases are rare, as in most instances the questions of harm, damage and causation will be clear and so legal claims are likely to be settled. In addition to litigation the GMC has initiated disciplinary proceedings against doctors responsible for negligently performed procedures<sup>141</sup>.

In cases of serious harm or death, criminal proceedings may be brought. For instance, in 2012 a nurse in Oldham was found guilty of manslaughter by gross negligence when a four week old boy died following a botched circumcision

137 BMA (n 94) § 4.3.

138 BMA, *Female Genital Mutilation* (n 96) §3.7.

139 Such severe complications, although difficult to assess with precision, are very rare: see WEISS H. A. *et al.*, “Complications of Circumcision in Male Neonates, Infants and Children: A Systematic Review” (2010) 10 *BMC Urology* 2.

140 In the UK, see *Iqbal v Irfan* [1994] CLY 1642 (CC); *B (A Child) v Southern Hospital NHS Trust* [2003] 3 QR 9 (CC). Comparable cases from other common law jurisdictions include, in the US, *Doe v Raezer* 664 A.2d 102 (Pa. Super. Ct 1995); *Felice v Valeylab, Inc.*, 520 So. 2d 920 (La. Ct. App. 1987), and in Australia, *St Margaret’s Hospital for Women (Sydney) v McKibbin* (Australian Torts Reports 1987).

141 DOWLING Nicola, “Circumcision Doctor in GMC Investigation to Quit NHS” *BBC News* (17 November 2013) [www.bbc.co.uk/news/health-24961405](http://www.bbc.co.uk/news/health-24961405) accessed 2 February 2015. See Parathanan (n 132).

performed without anaesthetic and in exchange for money<sup>142</sup>. The nurse who, like the child's parents, was Nigerian, testified in court that she had performed over 1,000 procedures without complication. The case, together with other reported deaths or serious complications, has prompted calls for banning home circumcisions on safety grounds<sup>143</sup>.

## G. CONSCIENTIOUS OBJECTION

Some doctors oppose conducting non-therapeutic surgery on a child who is too young to consent. In other cases a doctor faced with a circumcision request may conclude that the parents have not satisfied her that the procedure is in the child's best interests. In UK law, statutory protection of a health professional's right to conscientiously object to procedures is limited to the Abortion Act 1967 and the Human Fertilisation and Embryology Act 1990 (as amended). However, the BMA is clear that "doctors may refuse to perform non-therapeutic circumcisions for reasons of conscience," although the grounds for objection should be explained<sup>144</sup>. The necessity of invoking the conscience clause in such cases has been questioned by David Shaw who queries why a doctor needs to invoke conscientious objection, "if application of the BMA's check list makes it clear that it is not in the child's best interest to perform the operation?"<sup>145</sup> However, GMC guidance similarly assumes that relying on conscientious objection is necessary and provides that the doctor should make both patients and their colleagues aware of such objection to any procedure in advance<sup>146</sup>. If the procedure is medically necessary then, in the unlikely event that a doctor objected to it, he or she would be under an obligation to refer the patient, but the BMA observes that "[w]here the procedure is not therapeutic but a matter of patient or parental choice there is arguably no obligation to refer on"<sup>147</sup>.

---

142 "Grace Adeleye Guilty of Killing Baby in Botched Circumcision" *BBC News* (14 December 2012): [www.bbc.co.uk/news/uk-england-manchester-20733674](http://www.bbc.co.uk/news/uk-england-manchester-20733674) accessed 2 February 2015.

143 KASPRZAK Emma, "Make Home Circumcisions Illegal" *BBC News* (14 December 2012): [www.bbc.co.uk/news/uk-england-20527625](http://www.bbc.co.uk/news/uk-england-20527625) accessed 2 February 2015.

144 BMA (n 94) § 4.8.

145 SHAW (n 103) 185.

146 GMC (n 102) § 11 and 12.

147 BMA (n 94) § 4.8.



## H. CONCLUSION

As an irreversible and medically unnecessary procedure which removes healthy tissue, it is perhaps surprising that the BMA takes a neutral position on circumcision<sup>148</sup> and that the GMC has withdrawn its guidance. Similarly, the fact that law fails to regulate the procedure, and permits interventions on the bodies of children too young to consent, may also seem surprising. The recognition by Sir James Munby that the procedure is harmful and more so than some forms of female genital cutting, coupled with the fallout from media coverage of infant deaths, suggests the need for a rethink of existing guidance as well as NHS commissioning practice.

### CONCLUDING THOUGHTS

Ritual male circumcision has attracted relatively little attention in UK law. The limited criminal jurisprudence consists of obiter dicta comments which assume the legality of the procedure but offer little justification for this position. Family law jurisprudence is limited to addressing the situation where those with parental responsibility disagree about whether circumcision should be performed. Disciplinary proceedings can be taken against doctors who fail to comply with GMC and BMA guidance; they can also be sued in negligence where the procedure is performed without due care. However there is nothing in UK law which stipulates that only registered medical practitioners can perform circumcisions. This leaves criminal law to deal with circumcisions resulting in death or serious injury when performed by those lacking medical qualifications.

Turning to possible reforms of UK law, we suggest that three broad options exist. First, and reflecting difficulties in differentiating between FGM and ritual male circumcision, the latter could be banned on the grounds that it is harmful to children and cannot reasonably be distinguished from FGM. In our view this option is unrealistic in the absence of a change in societal attitudes and is likely to be counterproductive. Secondly, the law, whether through statutory or judicial intervention, could impose conditions on how the procedure is performed, for example by prohibiting male circumcision beyond a certain age. This would allow the views of an older child to be heard. Finally, a more realistic option might be to medicalise the procedure, for example providing that the procedure be performed only by medical professionals so as to reduce the risk of harm. This would also be in line with the approach of a number of European countries.

---

148 Contrast, for instance, the position in Norway or the Netherlands discussed in this volume.

Chapitre 4  
L'existence d'une coopération particulière  
entre l'État et les religions



# La circoncision en Italie<sup>1</sup>

ANTONIO ANGELUCCI

## I. PRÉAMBULE

Toute étude réalisée sur la circoncision nécessite quelques précisions d'ordre terminologique : nous nous trouvons, en effet, au cœur d'un champ sémantique très délicat.

En tout premier lieu, il est opportun de souligner que l'emploi du terme « circoncision », sans l'ajout d'aucun adjectif supplémentaire, traduit l'intention de considérer cette intervention comme se référant au seul genre masculin. De cette manière, certains groupes – et plus particulièrement les communautés juives – veulent exprimer leur crainte et leur plus ferme hostilité à l'égard de tout possible rapprochement entre la « circoncision » tout court et les mutilations génitales féminines (MGF) qui ne devraient jamais être appelées « circoncision féminine ». Et ceci non seulement parce que, comme nous l'approfondirons par la suite, la circoncision est légale dans le droit national alors que la « circoncision féminine » constitue un délit<sup>2</sup>, mais aussi parce que

---

1 Traduit de l'italien par Johnson Language services LTD.

2 Cf. la loi italienne du 9 janvier 2006, n° 7 sur les « (D)ispositions concernant la prévention et l'interdiction des pratiques de mutilation génitale féminine », qui, à l'article 6, a introduit dans le Code pénal italien l'article 583 *bis* intitulé « (P)ratiques de mutilation des organes génitaux féminins » et selon lequel « (Q)uiconque, en l'absence d'exigences thérapeutiques, inflige une mutilation des organes génitaux féminins est puni de quatre à

les MGF n'intégreraient aucune pratique d'initiation religieuse « canonique », « positivement » acceptée et reconnue. De plus, l'ajout d'adjectifs, pour les communautés qui pratiquent la circoncision (masculine), risquerait d'obscurcir également les différences « médicales » entre les deux pratiques, en assimilant des opérations destinées à marquer le corps de la fillette ou de la femme d'une sorte de ceinture de chasteté par le biais de mutilations plus ou moins invasives<sup>3</sup>, à des interventions dotées d'une valeur rituelle d'initiation religieuse codifiée (pour les juifs) ou, de toute manière, d'une signification religieuse fondée sur un droit divin positif (pour les musulmans) et praticables également pour des raisons sanitaires thérapeutiques (phimosis, etc.) ou prophylactiques (hygiène, prévention de maladies sexuellement transmissibles, de tumeurs, etc.)<sup>4</sup>. L'emploi du terme « circoncision » tout simplement ne doit donc pas être sous-évalué. Toutefois, dans le cas présent, pour ne pas rentrer dans des questions qui ne concernent pas directement notre propos, et pour reprendre la terminologie de la Résolution européenne, nous emploierons le terme de circoncision sans adjectif (nous référant seulement à la circoncision masculine).

La circoncision est propre à l'identité religieuse des juifs qui, avec celle-ci, marquent sur le corps l'alliance entre Dieu et son peuple. Il s'agit d'une certaine

---

douze ans de réclusion. Aux fins du présent article, sont entendues comme pratiques de mutilation des organes génitaux féminins la clitoridectomie, l'excision et l'infibulation, ainsi que toute autre pratique qui occasionne des effets du même type. Quiconque provoque, en l'absence d'exigences thérapeutiques et dans le but d'amoindrir les fonctions sexuelles, des lésions sur des organes génitaux féminins autres que celles indiquées au premier alinéa, et dont découlerait une maladie physique ou mentale, est puni de trois à sept ans de réclusion. La peine peut être diminuée des deux tiers si la lésion est de moindre ampleur. La peine est augmentée d'un tiers lorsque les pratiques visées aux alinéas 1 et 2 sont commises au préjudice d'un mineur ou si les faits sont commis à des fins lucratives. La condamnation ou l'application de la peine à la demande des parties aux termes de l'article 444 du Code italien de procédure pénale pour le délit visé par le présent article implique, dans le cas où les faits aient été commis par le géniteur ou le tuteur, respectivement : 1) la déchéance de l'exercice de l'autorité parentale ; 2) l'interdiction irrévocable d'exercer toute responsabilité relative à la tutelle, à la curatelle et à la sauvegarde de justice. Les dispositions prévues par le présent article s'appliquent également lorsque les faits ont été commis à l'étranger par un citoyen italien ou par un étranger résidant en Italie, ou bien au préjudice d'un citoyen italien ou d'un étranger résidant en Italie. En un tel cas, le coupable est puni à la demande du Ministre de la justice italienne. »

3 Le thème des MGF mériterait sans aucun doute d'être plus largement approfondi, mais cela n'est pas possible ici. Cf. BASILE Fabio, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, vol. 3, tome III in MARINUCCI Giorgio et DOLCINI Emilio (eds.), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Padoue, Cedam, 2015, p. 123-172, en particulier les p. 125 et 127 ; DE MAGLIE Cristina, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pise, Éditions ETS, 2010, p. 18-30 et 36-46, aussi bien pour le concept de culture que pour une étude critique sur la pratique en question.

4 Cf. <http://unitiperunire.org/wp-content/uploads/2013/02/14.pdf> pour une représentation (pas uniquement) graphique des différences entre la circoncision et les MGF (dernière consultation : 14 février 2015).

manière d'un acte de culte adressé à Dieu, si bien que le siège sur lequel s'assied le parrain s'appelle le siège du prophète Élie, Ange de l'Alliance, dont la croyance veut qu'il assiste à chaque circoncision<sup>5</sup>. Conformément au message formulé dans le Coran (XIV, 123), qui invite à suivre la religion d'Abraham, la circoncision caractérise en outre l'identité des musulmans en étant obligatoire par les traditions shaf'ite et hanbalite<sup>6</sup>. Il existe enfin un usage plus répandu de cette pratique, surtout en Afrique, consistant à circoncire les garçons nouveau-nés au-delà d'un précepte religieux, pour des motifs essentiellement coutumiers.

Dans les deux premiers cas, la circoncision se définirait donc comme étant religieuse et rituelle (dans la mesure où elle s'accompagne d'un rite fondé sur des lois divines positivement révélées) ; dans le troisième cas, elle se voudrait plus génériquement culturelle ou ethnique.

Nous analyserons ensuite plus en détail les deux premiers cas de circoncisions sur des mineurs de sexe masculin, qui méritent une attention nouvelle à la suite de la Résolution 1952 (2013)<sup>7</sup> et de la Recommandation 2023 (2013)<sup>8</sup> de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 1<sup>er</sup> octobre 2013, toutes deux concernant « (L)e droit des enfants à l'intégrité physique ».

Avec la Résolution, l'Assemblée a exprimé sa préoccupation vis-à-vis « d'une catégorie particulière de violations de l'intégrité physique des enfants » (n° 2) invitant les États membres 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

---

5 Cf. sur le précepte biblique de la circoncision, *Genèse* 17, 10-14 ; *Lévitique* 12,3. Cf., également, STANO Gaetano, « Circoncisione » in AA.VV., *Enciclopedia del diritto*, vol. 3, Sansoni, Florence 1949, p. 1702-1704 ; [www.ucei.it/giornatadellacultura/default.asp?cat=6&cattitle=ebraismo&pag=6&pagtitle=i\\_momenti\\_della\\_vita\\_ebraica](http://www.ucei.it/giornatadellacultura/default.asp?cat=6&cattitle=ebraismo&pag=6&pagtitle=i_momenti_della_vita_ebraica) (dernière consultation : 20 février 2015) : « (L)a circoncision, au-delà de la signification la plus immédiate de pacte passé avec Dieu, possède un autre sens moins manifeste et connu : le chiffre huit, en effet, selon le "midrash", possède une signification symbolique qui comprend ce qui va au-delà du naturel. C'est comme si l'homme, à travers la circoncision, prenait la responsabilité de perfectionner la nature même et l'œuvre du créateur. L'homme peut, ou mieux, doit compléter l'œuvre de la création, mais à l'intérieur d'une logique et d'une structure bien définie. Pour cette raison, il est nécessaire qu'il s'en tienne exactement à la parole et l'applique dans les délais établis. Par conséquent, la circoncision doit être effectuée à l'âge de huit jours et ne peut être différée, si ce n'est pour des problèmes de santé immédiats du nouveau-né. Le soir qui précède la circoncision, il est d'usage de se réunir pour une soirée d'étude en signe de bénédiction pour le nouveau-né. »

6 Tandis que les hanafites et les malikites considèrent seulement qu'il s'agit d'une pratique conseillée. Le droit coutumier, *urf* en arabe, se recoupe avec la *Sharia* et il semble difficile de les distinguer, ou même de les séparer. Cf. CAMPANINI Massimo (éd.), « *Urf* », dans *Dizionario dell'Islam*, p. 322-323.

7 Cf. <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=20174&lang=en> (dernière consultation : 15 février 2015).

8 Cf. *Ibid.*

circoncision médicalement non justifiée des jeunes garçons » (n° 7. 5. 2). Avec la Recommandation, « (D)ans le but de renforcer la protection des droits et du bien-être des enfants à l'échelon européen » (n° 5), l'Assemblée a invité le Comité des ministres à « prendre pleinement en compte la question du 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, en particulier en ce qui concerne la lutte contre toutes les formes de violence contre les enfants et la promotion de la participation des enfants aux décisions qui les concernent ; à examiner la possibilité d'intégrer expressément, dans les normes pertinentes du Conseil de l'Europe, le droit des enfants à l'intégrité physique ainsi que leur droit de participer à toute décision les concernant, et, dans ce but, à déterminer par une analyse approfondie dans quels instruments du Conseil de l'Europe ces droits devraient être intégrés » (n° 4. 1 et 4. 2).

## II. L'IMPORTANCE SOCIALE DU PHÉNOMÈNE EN ITALIE

Même en l'absence de données statistiques précises, on peut affirmer qu'en Italie la pratique de la circoncision concerne les juifs et les musulmans pour des motifs religieux et, pour des raisons en quelque sorte culturelles, un grand nombre de chrétiens également, migrants pour la plupart.

Pour ce qui est des juifs, on sait que les nouveau-nés sont circoncis dans les structures des communautés, tandis que les adultes convertis se soumettent à l'opération de manière privée, sans que les chiffres sur ce sujet ne soient communiqués en dehors du groupe.

Pour ce qui est des musulmans, il convient de se reporter à ce qu'affirme le Centre islamique culturel d'Italie : « (I) Il n'existe pas de statistiques que l'on puisse qualifier d'officielles et de définitives relativement à la population musulmane résidant en Italie, cela parce que la confession religieuse ne figure pas sur les papiers d'identité, parce que tous les musulmans – ou ceux qui le sont potentiellement – étrangers résidant légalement en Italie sont inscrits dans le registre de l'état civil consulaire de leurs pays d'origine respectifs ; parce qu'il n'existe pas de recensement interne, de registre comparable à celui des baptêmes et il n'existe pas non plus – contrairement à d'autres confessions religieuses – d'inscription au sein de la communauté. Toutefois, sur la base de statistiques à plus grande échelle, comme celles du Rapport annuel de Caritas sur l'immigration, on peut déduire que la communauté musulmane présente en Italie avoisine le million et demi de fidèles et, donc, compte tenu que la circoncision ne concerne pas uniquement les nouveau-nés mais également les garçons qui sont en âge préscolaire

ou en âge scolaire, on pourrait estimer à près de 40 000/45 000 le nombre d'enfants de sexe masculin potentiellement concernés par cette pratique »<sup>9</sup>.

Il est par ailleurs impossible de dresser la carte précise du phénomène pour une dernière raison significative. Cette impossibilité est liée au fait que pour les circoncisions rituelles et (plus encore) pour celles génériquement culturelles l'hospitalisation n'est pas prévue<sup>10</sup>. Au niveau national, il existe un seul projet clinique, encore en cours, auprès de la Polyclinique Umberto I de Rome<sup>11</sup>. Le projet, qui est né de la nécessité de pratiquer la circoncision rituelle pour les garçons de religions juive et musulmane dans le cadre des structures sanitaires publiques, sous le régime de l'activité *intra moenia*<sup>12</sup>, effectue entre 1200 et 1600 prestations par an, fournissant ainsi d'importantes données numériques, bien que limitées localement à la ville de Rome, ou dans le meilleur des cas, à la région du Latium. Les aspects bioéthiques et juridiques à la base de ce projet sont intéressants en tout point. Comme cela est souligné dans la présentation du projet, si la circoncision rituelle représente un acte médical sans aucune fin thérapeutique à l'issue duquel l'intégrité physique est altérée sans indication thérapeutique spécifique (bien qu'on puisse lui attribuer des motivations médicales : amélioration de l'hygiène, diminution du risque de carcinome du pénis à l'âge adulte, etc.) et sans l'autorisation du mineur, le premier intéressé, empêcher, rendre difficile ou voire interdire cette pratique pourrait marginaliser l'enfant et sa famille à l'égard de sa propre communauté. Dans une telle hypothèse, les droits constitutionnels des parents et de la famille en seraient lésés car ces derniers doivent pouvoir éduquer leurs enfants selon les lois et les règles du culte auquel ils appartiennent, dans le plein respect de la liberté de religion<sup>13</sup>.

---

9 L'entretien a été accordé le 14 mars 2015 par Abdellah REDOUANE, Secrétaire général du Centre islamique culturel d'Italie. À propos de ce Centre, qui gère la Grande mosquée de Rome, Cf. BOMBARDIERI Maria, « Mappatura dell'associazionismo islamico » in, ANGELUCCI Antonio, BOMBARDIERI Maria, TACCHINI Davide (éds), *Islam e integrazione in Italia*, Venise, Marsilio, 2014, p. 20-21.

10 Sur ce point, nous vous renvoyons au paragraphe 6.

11 Sur le projet clinique, Cf. [www.yumpu.com/it/document/view/16261428/progetto-clinico-culturale-circoncisione-rituale-sapienza](http://www.yumpu.com/it/document/view/16261428/progetto-clinico-culturale-circoncisione-rituale-sapienza) ; [www.umai.it/default/3fwefwef/](http://www.umai.it/default/3fwefwef/) ; [www.direnews.it/newsletter\\_sanita/anno/2014/marzo/26/?news=25](http://www.direnews.it/newsletter_sanita/anno/2014/marzo/26/?news=25) ; [www.quotidianosanita.it/regioni-e-asl/articolo.php?articolo\\_id=20467](http://www.quotidianosanita.it/regioni-e-asl/articolo.php?articolo_id=20467) (dernière consultation : 20 février 2015). La professeuse Rosanna CERBO de la Polyclinique Umberto I, Secrétaire générale de l'association « Opera Karol Wojtyła » ([www.operakarolwojtyla.it/](http://www.operakarolwojtyla.it/), dernière consultation : 27 mars 2015) est la référente du projet auprès du Bureau rabbinique de Rome et du Centre islamique culturel d'Italie.

12 Il s'agit de soins pratiqués en externe par un médecin du service public dans une structure publique à un prix fixé et accessible.

13 Cf. [www.yumpu.com/it/document/view/16261428/progetto-clinico-culturale-circoncisione-rituale-sapienza](http://www.yumpu.com/it/document/view/16261428/progetto-clinico-culturale-circoncisione-rituale-sapienza), citation.



De telles considérations nous conduisent à nous intéresser à la question des normes constitutionnelles et conventionnelles relatives à la circoncision.

### III. LA CIRCONCISION DANS LE CADRE DES PRINCIPES CONSTITUTIONNELS

Le droit à la liberté de religion, le droit à l'instruction et à la culture, le droit à l'autodétermination, le droit à la santé et à l'intégrité physique des mineurs, ainsi que l'autorité parentale relative sont tous en jeu dans cette question. Les droits constitutionnels qui servent comme points de départ sont les articles 19, 30 et 32, à lire avec les principes fondamentaux contenus dans les articles 2 et 3 de la Constitution italienne.

Seule la pratique de la circoncision pour motifs religieux relève de l'article 19 de la Constitution italienne sur la liberté religieuse dans la mesure où elle est liée à l'identité confessionnelle individuelle et collective : l'acte est pratiqué, tout du moins au sein de la communauté juive, dans le cadre d'un rite formalisé auquel participent, avec l'assistance du personnel qualifié, le groupe d'appartenance, la famille et les amis. Parmi les titulaires du droit à la liberté de religion figurent non seulement les parents de l'enfant pour lequel ils demandent la circoncision, mais aussi le mineur lui-même. En fait, selon l'article 30 de la Convention sur les droits de l'enfant ratifiée par l'Italie en 1989 : « Dans les États 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 »<sup>14</sup>. Il est indubitable que la possibilité de professer et de pratiquer les religions juive et islamique doit passer par la circoncision, qui permet aux juifs, de devenir membre du peuple élu et qui constitue en revanche pour les musulmans une condition de pureté, dont l'absence peut invalider la prière ou d'autres actes de culte.

La circoncision relève aussi du patrimoine que les parents ont le droit et le devoir de transmettre à leurs enfants aux termes de l'article 30 de la Constitution italienne, dans la mesure où l'éducation religieuse des juifs et des musulmans commence avec cet acte. Dans le cadre de la religion juive, l'absence de circoncision implique l'exclusion des enfants de la communauté, avec la lourde conséquence de la privation de toute éducation religieuse. Pire encore,

14 Cf. [www.unicef.it/doc/604/convenzione-diritti-infanzia-artt-21-30.htm](http://www.unicef.it/doc/604/convenzione-diritti-infanzia-artt-21-30.htm) (dernière consultation : 20 février 2015). Cf. BARTOLE Sergio, BIN Roberto (éds), *Commentario breve alla Costituzione*, Padoue, Cedam, 2008, p. 151.

le non-respect du précepte de circoncire les enfants le huitième jour après la naissance, en plus d'être une cause de déshonneur et d'ignominie<sup>15</sup>, signifierait l'évincement de l'incirconcis du peuple élu (*karet*)<sup>16</sup>, qui détermine l'interdiction de participer aux cérémonies religieuses<sup>17</sup> – à plus forte raison dans le sanctuaire<sup>18</sup> – ainsi que l'interdiction de se rendre à Jérusalem<sup>19</sup>. Il est donc évident que l'enfant non circoncis ne pourrait pas être instruit et éduqué au sein de sa propre communauté, annihilant de ce fait la possibilité de développer sa propre personnalité dans la « formation sociale » (= la communauté religieuse) dont il est naturellement très proche. À cela s'ajoute que la liberté religieuse est comprise par l'article 2 de la Constitution italienne parmi les droits inviolables de l'homme<sup>20</sup> et qu'elle est également garantie par l'article 3 du même texte qui interdit toute distinction en matière de religion et, surtout, qui supprime les obstacles qui empêchent l'épanouissement de la personne humaine.

Compte tenu de la protection constitutionnelle de la circoncision, il est opportun de noter, qu'un tel acte pourrait se heurter aux limites prévues par l'article 32 de la même Constitution, qui garantit la santé en tant que droit fondamental de l'individu. Il est à noter également que la santé est l'unique droit dont la Constitution italienne stipule expressément le caractère de noyau fondateur pour tous les autres droits constitutionnels et de prérogative indispensable pour l'épanouissement de la personne humaine<sup>21</sup>. Il convient également de préciser qu'aux termes de l'article 32 la santé relève de l'intégrité de la personne, sous-entendue de la dimension la plus complexe du bien-être qui découle de l'équilibre entre *sōma* et *psuchè* considérés comme formant un tout<sup>22</sup>. La circoncision rituelle, qui a objectivement trait à l'intégrité (tout au moins) physique du mineur, pourrait dans cette optique devenir une garantie du bien-être physique, psychique et social ou, au moins, psychique, social et relationnel à l'égard

---

15 Cf. *Juges* 14,3 ; 15,18 ; *Samuel* 14,6 ; 17,26.36 ; *Ézéchiel* 28,10 ; 31,18 ; 32,19.

16 Cf. *Genèse* 17,10-14 ; 21,24.

17 Cf. *Exode* 12,48.

18 Cf. *Ézéchiel* 44,9.

19 Cf. *Isaïe* 52,1. Le précepte de la circoncision est en revanche moins strict pour les musulmans et, en effet, elle peut dans certaines circonstances être annulée, à savoir lorsque le nouveau-né naît circoncis ou que l'enfant est excessivement faible, ou lorsque l'homme se convertit à un âge avancé ou enfin, de manière générale, s'il existe des contre-indications pour des raisons de santé. Les musulmans sont circoncis entre sept et treize ans car Mahomet a circoncis ses petits-fils Hassan et Hussein à l'âge de sept ans, tandis qu'Abraham a circoncis Ismaël alors qu'il avait treize ans.

20 Cf. Cour constitutionnelle italienne, sentences n° 14 de 1973 et n° 467 de 1991. Toute la jurisprudence citée a fait l'objet d'une consultation de la banque de données *De Jure* (Giuffrè, Milan) sur le site [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it).

21 Cf. BARTOLE Sergio, BIN Roberto (éds), *op. cit.*, p. 321.

22 *Ibid.*, p. 322.

de la communauté d'appartenance et à la perception de soi par rapport à ladite communauté, tous aspects qui contribuent à réaliser la personnalité du fidèle qui voudrait observer le culte juif ou musulman.

Dans cette perspective, il faut ensuite considérer l'intérêt pour le mineur d'une croissance en bonne santé, en opérant un équilibre entre l'éducation religieuse imposée par ceux qui exercent l'autorité parentale et l'autodétermination du même mineur vis-à-vis de la circoncision, ledit acte étant potentiellement « lésionnel »<sup>23</sup>. Tel que précédemment observé, « le pouvoir des parents, en matière d'éducation religieuse, loin de pouvoir se présenter comme étant en contradiction avec le droit à la liberté de religion du mineur, se matérialise dans la directive constitutionnelle – conformément à l'article 2 – par l'éducation du mineur à un choix de religion libre et conscient ainsi qu'à l'exercice autonome du droit à la liberté de religion, qui lui est reconnu en tant que personne et citoyen »<sup>24</sup>. S'agissant, par ailleurs, d'un acte éducatif qui peut potentiellement aboutir à une atteinte, comme nous l'aborderons plus loin, le point dirimant est l'accord de l'ayant droit qui, tant que le mineur est incapable de faire preuve de discernement, ne pourra être exercé que par les parents ou quiconque a sur ce dernier l'autorité parentale. En revanche, dans le cas d'un mineur qualifié de « mature », la collaboration entre parents et enfant s'avèrera pour le moins opportune. Comme le souligne aussi la Convention d'Oviedo, l'opinion de l'enfant devra dans tous les cas être considérée comme importante afin de résoudre tout litige éventuel entre les deux parties même si, de fait, en matière de circoncision, il est difficile de supposer que l'accomplissement de l'acte soit effectué contre la volonté du mineur à un âge où celui-ci est capable de discernement<sup>25</sup>.

Il sera fondamental d'étudier la manière dont a évolué la jurisprudence sur le sujet, mais avant cela, il est nécessaire d'analyser la réglementation conventionnelle bilatérale entre l'État italien et la communauté juive.

#### IV. LA CIRCONCISION DANS LE CADRE DES PRINCIPES CONSTITUTIONNELS ET DANS LA RÉGLEMENTATION CONVENTIONNELLE

En fait, mise à part la Constitution, la circoncision rituelle semble être également garantie par l'entente conclue entre l'Italie et l'Union des communautés

23 Sur le thème de l'équilibre entre droit des parents et autodétermination potentielle du mineur, cf. également, *infra*, le paragraphe 7.

24 GUERZONI Luciano, « Potere dei genitori, educazione religiosa e libertà religiosa del minore », *Città e regione*, 7/1977, p. 179.

25 Sur le conflit éducatif afférent au mineur mature et aux parents, cf. DURISOTTO David, *Educazione e libertà religiosa del minore*, Naples, Jovene, 2011, p. 83-93.

juives italiennes du 27 février 1987 et approuvée par la loi du 8 mars 1989, n° 101 portant sur les « Normes pour la régulation des rapports entre l'État et l'Union des communautés juives italiennes »<sup>26</sup>.

Bien que l'on ne parle jamais explicitement de circoncision, nombreux sont les articles de cette entente dont on peut déduire une telle protection.

Art. 2 : « 1. Conformément aux principes de la Constitution, le droit est accordé de professer et de pratiquer librement la religion juive sous quelque forme que ce soit, individuelle ou collective, d'en faire la propagande et d'en exercer le culte et les rites, en privé ou en public ».

Art. 18 : « 1. Les communautés juives, en tant qu'institutions traditionnelles du judaïsme en Italie, sont des formations sociales originelles qui pourvoient, aux termes du statut du judaïsme italien, à la satisfaction des exigences religieuses des Juifs selon la loi et la tradition juives. 2. La République Italienne prend acte que les Communautés se chargent de l'exercice du culte, de l'instruction et l'éducation religieuse ; promeuvent la culture juive ; veillent à protéger les intérêts collectifs des juifs à l'échelle locale ; contribuent selon la loi et la tradition juives à l'assistance des membres appartenant auxdites Communautés ».

Art. 21 : « 2. Conservent le statut de personne morale les organismes suivants ayant finalité de culte [...] : b) l'Hôpital israélite de Rome, sis au n° 21 de la Piazza San Bartolomeo all'Isola (Rome) ».

Art. 25 : « 1. L'activité de religion et de culte de l'Union, des Communautés et des autres organismes juifs civilement reconnus s'exerce conformément au statut du judaïsme italien et des statuts des organismes précités, sans aucune ingérence de la part de l'État, des régions et des autres organismes territoriaux ».

Art. 26 : « 1. La République Italienne prend acte que selon la tradition juive, les exigences religieuses incluent des exigences de culte, d'assistance et de culture ».

Art. 29 : « 3. Dans les institutions juives qui exercent une activité d'assistance et de santé, le droit à la liberté de religion est garanti à tous les usagers ».

Ce dispositif possède évidemment une portée générale. Il n'est toutefois pas sans conséquence pour la circoncision rituelle. Tout d'abord, le droit de pratiquer la religion juive, sous une forme individuelle ou collective et d'en exercer les rites, est garanti sous l'égide des principes constitutionnels (article 2, alinéa 1). La circoncision, telle que nous l'avons précédemment abordée, constitue une pratique religieuse individuelle et collective, et également un rite auquel les Communautés juives doivent s'adonner pour satisfaire aux exigences religieuses de leurs membres, parents et enfants (article 18, alinéa 1). En outre, un tel acte constitue à la fois une forme de culte propédeutique à l'éducation religieuse

---

26 [www.governo.it/Presidenza/USRI/confessioni/norme/89L101.html](http://www.governo.it/Presidenza/USRI/confessioni/norme/89L101.html) (dernière consultation : 15 janvier 2015).

(importante conformément à l'alinéa 2 du même article) et d'assistance communautaire, si bien que le *mohel* ou circonciseur, est généralement issu de la communauté au sein même de laquelle il exerce son activité. Cette forme de soin très particulière est, par-dessus tout, effectuée (également) au sein de l'hôpital israélite de Rome, organisme civilement reconnu par l'État, dont l'activité ne souffre, au même titre que les communautés, d'aucune ingérence publique (article 25, alinéa 1), dans la mesure où la République se limite à prendre acte que les exigences religieuses de la tradition juive incluent des exigences de culte et d'assistance (article 26, alinéa 1). Dans le cadre de l'activité d'assistance et de santé, le droit à la liberté de religion est au contraire garanti avant toute autre chose (article 29, alinéa 3).

Ainsi, comme il a été observé, l'importance de la matière et la nature des biens en jeu auraient peut-être nécessité que l'accord comprenne une reconnaissance explicite de la légitimité de la circoncision, d'autant plus si l'on considère l'instrument conventionnel comme un moyen de protection des spécificités de la confession et, par conséquent, des exigences de ses membres<sup>27</sup>. Par ailleurs, il existe des motifs valables pour argumenter sur la légitimité de cette pratique du fait que « l'Entente représente le degré de fiabilité politico-sociale offert par l'État relativement à la confession religieuse »<sup>28</sup>.

Si la circoncision rituelle juive semble ainsi bénéficier d'une protection conventionnelle, il n'en va pas de même pour la circoncision islamique, dans la mesure où les musulmans d'Italie sont à ce jour dépourvus de toute entente<sup>29</sup>.

Pour les musulmans, la circoncision est alors garantie grâce à la référence directe aux normes constitutionnelles que nous venons d'analyser, en tant qu'expression du droit à la liberté de religion qui doit être garanti à tous de manière égalitaire, la violation de la limite des bonnes mœurs – la seule visée par l'article 19 – ne subsistant pas en l'espèce : elle n'est jamais considérée comme transgressée par les juifs<sup>30</sup>.

Il nous faut maintenant comprendre comment la circoncision est perçue par la jurisprudence.

27 CESERANI Alessandro, « Quando la circoncisione maschile diventa reato culturalmente motivato », *Il Diritto Ecclesiastico*, 1-2/2012, p. 395.

28 *Ibid.*

29 Sur la question cf. FERRARI Alessandro, *La libertà religiosa in Italia*, Rome, Carocci, 2012, p. 103-108. Permettez en outre ce renvoi à mon travail : « Una politica ecclesiastica per l'islam? », *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1/2014, p. 145-148.

30 Sur les bonnes mœurs cf. PACILLO Vincenzo, *Buon costume e libertà religiosa*, Milan, Giuffrè, 2012, *passim*.

## V. LA CIRCONCISION DANS LA JURISPRUDENCE

Le point de départ indiscutable est que la circoncision, en tant qu'acte de liberté et d'éducation religieuse, laisse une empreinte sur le corps et, vraisemblablement, sur la psyché. L'historien et juriste Arturo Carlo Jemolo<sup>31</sup> distinguait nettement le baptême de la circoncision : « (O)n ne peut pas oublier que le baptême porte des sacrements et, acte nécessaire de rédemption pour les croyants, n'est rien de moins qu'un acte insignifiant pour l'incroyant », alors que « l'on ne pourrait pas en dire autant pour une circoncision, qui laisse une trace indélébile »<sup>32</sup>. Bien qu'il manque une norme *ad hoc*, cette trace, d'un côté, peut être considérée comme un acte de disposition de son propre corps (article 5 du Code civil italien), même si celui-ci est inhérent à l'autorité éducative en matière religieuse (article 147 du Code civil italien) et, d'un autre côté, ce même acte pourrait potentiellement intégrer une catégorie de faits délictueux : par exemple, des dommages corporels (articles 582 et 583 du Code pénal italien) et/ou mort ou dommages en tant que conséquence d'un autre délit (article 586 du Code pénal italien), par exemple l'exercice abusif de la médecine (article 348 du Code pénal italien), si l'opération de la circoncision n'est pas réalisée par un personnel médical.

Il convient de relever qu'il semblerait que la jurisprudence italienne ait uniquement traité la circoncision sur le plan pénal et qu'on ne compte que dix

---

31 JEMOLO Arturo Carlo, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milan, 1979, p. 178.

32 Cf. DALLA TORRE Giuseppe, « Registro dei battesimi e tutela dei dati personali: luci e ombre di una decisione », *Giustizia civile*, 1/2001, p. 241, consulté sur [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it) (dernière consultation : 18 décembre 2014).

sentences en la matière<sup>33</sup>, ce nombre diminuant plus encore relativement aux voies de recours intentées<sup>34</sup>.

33 Ci-après, les dix sentences : 1) Tribunal de Côme (Italie), chambre pénale, sentence du 14 janvier 2013, sur [www.immigrazione.biz/upload/Sentenza\\_n\\_1339\\_del\\_14\\_gennaio\\_2013\\_Tribunale\\_di\\_Como.pdf](http://www.immigrazione.biz/upload/Sentenza_n_1339_del_14_gennaio_2013_Tribunale_di_Como.pdf) ; pour le commentaire, cf. RANDAZZO Alberto, *Ruolo genitoriale e società interculturale*, sur [www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2013/05/RANDAZZO.pdf](http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2013/05/RANDAZZO.pdf), en particulier p. 22-23 (dernière consultation : 25 février 2015) ; MIAZZI Lorenzo, *Circoncisione maschile, reato di lesioni personali, consenso dell'avente diritto*, sur [www.asgi.it/wp-content/uploads/public/1\\_2012\\_4\\_rivista.pdf](http://www.asgi.it/wp-content/uploads/public/1_2012_4_rivista.pdf) ; [www.francoangeli.it/Riviste/RIVISTE\\_ALLEGATI/Diri\\_Indici2013.pdf](http://www.francoangeli.it/Riviste/RIVISTE_ALLEGATI/Diri_Indici2013.pdf) (dernière consultation : 25 février 2015). 2) Cassation pénale, chambre VI, sentence du 24 novembre 2011, n° 43646, sur [www.olir.it/documenti/?documento=5722](http://www.olir.it/documenti/?documento=5722) (dernière consultation : 25 février 2015) ; pour le commentaire cf. GALASSO Davide, « Circoncisione, reato culturalmente orientato ed ignoranza scusabile della legge penale », *Diritto e Giustizia online*, quotidien du 26 novembre 2011, p. 428 et s., consulté sur : [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it) ; D'IPPOLITO Ernesto, « Kulturnormen ed inevitabilità dell'errore sul divieto: la corte di cassazione riconosce l'errore determinato da «fattori culturali» come causa di esclusione della colpevolezza, *Cassazione penale* », 11/2012, p. 3711 et s., consulté sur : [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it) (dernière consultation : 25 février 2015). 3) Cour d'appel de Venise, sentence du 12 octobre 2009, sentence inédite ; pour le commentaire Cf. RANDAZZO Alberto, *op. cit.*, p. 19 ; CESERANI Alessandro, *op. cit.*, p. 393. 4) Tribunal de Bari, sentence du 21 mai 2009, *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 3/2010, p. 205 et s. ; pour le commentaire, cf. MIAZZI Lorenzo, « Il diverso trattamento giuridico delle modificazioni genitili maschili e femminili, ovvero: dai reati culturali ai reati coloniali? », *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 3, 2010, p. 103-113. 5) Tribunal de Padoue, chambre pénale, sentence du 5 décembre 2007, *Il merito*, 6/2008, p. 57-59 ; pour le commentaire cf. Russo Paolo, « Profili bioetici e giuridici della circoncisione rituale maschile (nota a Trib. pen. Padova 5 dicembre 2007 n. 2046) », *Il merito*, 6/2008, p. 59-63, consulté sur [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it) (dernière consultation : 25 février 2015). 6) Tribunal de Padoue, chambre pénale, sentence du 9 novembre 2007, sur [www.olir.it/documenti/?documento=4935](http://www.olir.it/documenti/?documento=4935) (dernière consultation : 25 février 2015) ; pour le commentaire cf. CESERANI Alessandro, « Note in tema di circoncisione «rituale» maschile », *Il Diritto Ecclesiastico*, 3-4/2008, p. 771-794 ; PLANTAMURA Vito, « Brevi note in tema di circoncisione maschile rituale, esercizio abusivo della professione e lesioni », *Giurisprudenza di merito*, 10/2008, p. 2590 et s., consulté sur [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it) (dernière consultation : 25 février 2015) ; Russo Paolo, *op. cit.* ; MIAZZI Lorenzo, VANZAN Anna, « Circoncisione maschile: pratica religiosa o lesione personale? », *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2/2008, p. 67-78. 7) Cassation pénale, chambre V, sentence du 8 mai 2007, n° 17441, sur [www.olir.it/documenti/?documento=4178](http://www.olir.it/documenti/?documento=4178) (dernière consultation : 25 février 2015). 8) Cour d'appel de Milan, sentence du 11 juin 2005, sentence inédite. 9) Tribunal de Pavie, chambre pénale, sentence du 26 septembre 2003, sur [www.olir.it/documenti/?documento=1316](http://www.olir.it/documenti/?documento=1316) (dernière consultation : 25 février 2015). 10) Tribunal de Milan, chambre IV pénale, sentence du 26 novembre 1999, sur [www.olir.it/documenti/?documento=1759](http://www.olir.it/documenti/?documento=1759) (dernière consultation : 25 février 2015).

34 Il est à noter, en effet, 1) que la Cour de cassation pénale, chambre VI, sentence du 24 novembre 2011, n° 43646, a cassé la décision de la Cour d'appel de Venise, sentence du 12 octobre 2009, laquelle, à son tour, avait confirmé la décision du Tribunal de Padoue, chambre pénale, sentence du 9 novembre 2007 ; 2) que le Tribunal de Padoue, chambre pénale, sentence 9 décembre 2007 reprend en bonne partie ladite dernière sentence ; et 3) que la Cassation pénale, chambre V, sentence du 8 mai 2007, n° 17441 a confirmé la décision de la Cour d'appel de Milan, sentence du 11 juin 2005, laquelle, à son tour, avait

Des sentences rendues, il est possible de déduire que, tout d'abord, la circoncision n'est pas interdite à partir du moment où « le fait qu'ait été approuvée une disposition ne citant expressément que les mutilations des organes génitaux féminins, excluant tout type de référence à la circoncision masculine<sup>35</sup>, ne peut être considéré comme un facteur neutre »<sup>36</sup>. Ensuite on peut observer que la circoncision est considérée, plutôt, comme « un acte médical parce que, bien que toute fin thérapeutique soit exclue, elle interfère sur l'intégrité physique de la personne »<sup>37</sup>. Selon la même jurisprudence, en effet, la circoncision, est considérée en tant qu'acte de disposition de son propre corps, autorisée aux termes de l'article 5 du Code civil italien dans la mesure où elle ne « détermine pas un handicap irréversible avec infirmité permanente » et « ne modifie pas substantiellement la manière d'être de l'individu » du point de vue fonctionnel et relationnel<sup>38</sup>.

La jurisprudence considère donc, dans tous les cas la circoncision comme un acte médical, même lorsqu'elle n'est pas effectuée pour cause de phimosis et/ou dans les cas déterminés par les protocoles de santé publique, mais plutôt pour des motifs religieux et rituels. Dans ces derniers cas, la Cour de cassation spécifie, en réalité, que la circoncision devient un acte à « valeur religieuse prééminente qui assujettit la valeur médicale ». Le rôle prioritaire ainsi reconnu à l'inspiration religieuse de l'acte rend plus facile l'acceptation d'une telle pratique.

La jurisprudence, en effet, finit par distinguer circoncision rituelle (la pratique juive, prise spécifiquement en compte et la pratique islamique) et circoncision génériquement culturelle ou ethnique.

La circoncision rituelle juive est reconnue dans sa valeur religieuse, sur la ligne implicite de la loi susmentionnée n° 101/1989 et donc, conforme aux principes de l'ordre juridique italien et, notamment, aux droits visés dans les articles 19 (et aux bonnes mœurs) et 30 de la Constitution italienne. Pour la

---

confirmé la décision du Tribunal de Padoue, chambre pénale, sentence du 26 septembre 2003.

35 Voir loi n° 7 du 9 janvier 2006 contre les MGF.

36 Ainsi, le Tribunal de Bari, chambre pénale, avec la sentence du 21 mai 2009, cit., traite d'un cas de circoncision culturelle – qui s'est malheureusement soldé par le décès du nourrisson – pratiquée par un compatriote nigérian de la mère de l'enfant.

37 Cf. Cassation pénale, chambre VI, sentence du 24 novembre 2011, n° 43646, cit. La Cour suprême intervient dans le cas de circoncision n'étant ni thérapeutique ni rituelle, mais plutôt déterminée par des motifs purement culturels, effectuée sur un nouveau-né de la part d'un individu n'étant pas habilité à l'exercice de la médecine. La mère, nigériane et catholique, a en effet confié l'intervention à l'un de ses compatriotes, qui a causé une hémorragie sur le mineur, suivie d'une hospitalisation. En première et deuxième instance, la femme a été condamnée pour avoir participé au délit d'exercice abusif de la médecine conformément à l'article 348 du Code pénal italien. La Cour de Cassation a toutefois cassé la sentence contestée, en l'annulant sans renvoi.

38 *Ibid.*



Cour de cassation, ladite loi n° 101/1989 admettrait implicitement que le *mohel* réalise l'intervention, bien qu'il ne soit pas toujours médecin et qu'il ne respecte pas toujours le secret professionnel<sup>39</sup>. Suivant la jurisprudence, dans l'hypothèse de la circoncision rituelle, il est donc possible d'invoquer la circonstance atténuante de l'autorisation de l'ayant droit (article 50 du Code pénal italien) et celle de l'exercice du droit de professer librement sa propre foi religieuse (article 51 du Code pénal italien) pour justifier, d'une part, la décision des parents (précisément, ceux qui exercent l'autorité sur les biens juridiques protégés) qui demandent le rite et, d'autre part, le *mohel* qui l'effectue, bien qu'il ne soit pas toujours médecin. L'on suppose que le raisonnement puisse s'étendre également au circonciseur musulman<sup>40</sup>.

39 En ce sens, Cassation pénale, chambre VI, sentence du 24 novembre 2011, n° 43646, citation qui précise que : « (I) Il n'existe pas en Italie de disposition légale expresse, qui spécifie quel individu peut la pratiquer ni le lieu où elle peut l'être », même si « (L)a loi 8/3/1989 n° 101, mettant en application l'Entente stipulée le 27/2/1987, prévoit des normes pour la régulation des rapports entre l'État et l'Union des communautés juives italiennes » et, par conséquent, « une reconnaissance implicite de la conformité de la pratique de la circoncision juive par rapport aux principes de l'ordre juridique italien, tel qu'on peut indirectement le déduire de la combinaison des dispositions prévues par les articles 2, alinéa 1, et 25 ».

40 Cf. Cassation pénale, chambre VI, sentence du 24 novembre 2011, n° 43646 : « (L)a circoncision rituelle pratiquée par les Juifs sur le nouveau-né ne doit pas, par conséquent, être considérée comme étant contraire à notre système juridique italien et détient une valeur religieuse prééminente qui assujettit la valeur médicale, avec pour effet que jamais le *mohel* ne peut se rendre coupable d'exercice abusif de la médecine et sa conduite, qui intègre objectivement le délit de préjudice corporel, est atténuée, si elle ne détermine pas un préjudice permanent appréciable et si ledit *mohel* ne montre pas de signe de négligence, d'imprudence ou d'inaptitude. [...] La référence porte sur l'article 19 de la Constitution italienne, qui reconnaît le droit à la liberté de religion, à condition que ne soient pas exercées de pratiques contraires aux bonnes mœurs, cette dernière hypothèse étant à exclure pour la circoncision, qui ne peut certainement pas être considérée comme étant une pratique contraire aux principes éthiques ou à la morale sociale » et « à l'article 30 de la Constitution italienne, qui reconnaît le droit-devoir des parents d'éduquer leurs enfants et bien entendu, l'éducation religieuse intègre un tel paramètre constitutionnel. En ce qui concerne le délit de préjudice corporel, abstraitement envisageable, la cause de justification en faveur du *mohel* se fonde sur l'autorisation de l'ayant droit (article 50 du Code pénal italien), accordée valablement et efficacement par les parents du nouveau-né, pour l'accomplissement d'un acte qui fait partie des actions autorisées relativement à la disposition du propre corps (article 5 du Code civil italien), dans la mesure où elle ne détermine pas un handicap irréversible avec infirmité permanente et ne modifie pas substantiellement la manière d'être de l'individu du point de vue de l'intégrité fonctionnelle et ou de la capacité de vie relationnelle ». En revanche, la Cour ne cite pas, contrairement à la sentence de premiers soins, l'avis du Comité national pour la bioéthique du 25 septembre 1998, sur lequel porte, *infra*, le paragraphe 6. En ce sens, cf. Tribunal de Côme, chambre pénale, sentence du 14 janvier 2013, qui se réfère à un cas de circoncision ratée, pratiquée en privé par un pédiatre à la demande d'un seul des parents (musulman, n'étant pas le tuteur du mineur de six ans), sans l'accord de la mère (chrétienne, ayant la garde exclusive et, par conséquent, exerçant l'autorité parentale), étant quant à elle ouvertement opposée à l'édu-

La circoncision culturelle n'a en revanche pas de valeur religieuse et les circonstances exonératoires liées à l'exercice du droit à la liberté de religion ne sont de ce fait pas invocables, avec pour conséquence soit que l'intervention devra toujours être réalisée par un médecin<sup>41</sup>, soit qu'elle pourra toujours être assimilée au délit de lésions qui ne pourra faire l'objet de circonstances atténuantes qu'avec l'accord de l'ayant droit<sup>42</sup>. Pour conclure, lorsque la Cour de cassation parle de délit culturellement orienté, elle le fait en se référant au seul concours dans le délit d'exercice abusif de la médecine<sup>43</sup>.

---

cation religieuse de son fils. L'affection qui a résulté des modalités d'opération (et donc pas de la circoncision elle-même), réalisée sans que les règles de l'art médical aient été observées, a donné lieu à une condamnation pour des blessures volontaires au sens de l'article 582 du Code pénal italien. Le Tribunal a reconnu que le père avait agi à la seule fin de satisfaire un précepte d'origine religieuse conforme aux mœurs en vigueur dans le pays d'origine, circonstance atténuante équivalant de toute manière à la circonstance aggravante d'avoir agi au préjudice d'un descendant. Le Tribunal a également relevé que : « Ladite circoncision rituelle, pratique en effet invasive en usage au sein de nombreuses communautés islamiques et dégagée de toute exigence de nature thérapeutique, ne peut pas se soustraire à la volonté de celui qui y est soumis, ou, comme en l'espèce, de la partie qui détient la disponibilité du bien de la personnalité lésée. Contrairement aux soins de santé obligatoires, urgents ou même seulement nécessaires, tous destinés à améliorer les conditions de santé du malade, les interventions qui nécessitent de toute manière l'opération d'un médecin spécialisé, mais qui sont exclusivement destinées à satisfaire des préceptes d'origine confessionnelle, trouvent leur unique justification dans le libre choix du croyant et n'ont rien à voir avec les finalités de soin auxquelles la médecine est traditionnellement destinée. Dans de tels cas, comme cela arrive, par exemple, dans le cadre de certains traitements de chirurgie esthétique et plastique, l'accord valable du patient qu'il serait peut-être plus correct de définir simplement comme un client, ajoute une condition impérative de licéité, au point qu'à défaut de la circonstance atténuante précitée, l'activité sanitaire, déjà d'emblée dépourvue de sa fonction thérapeutique naturelle, s'avère inévitablement arbitraire, et en tant que telle pénalement importante ».

41 Cour de cassation pénale, chambre VI, sentence du 24 novembre 2011, n° 43646, cit. D'autre part, il existe en opposition avec la circoncision rituelle, la circoncision qui ancre ses « racines seulement dans des traditions culturelles et ethniques », « dans de nombreux cas [...] confiée à une personne non qualifiée [...] si bien que, en l'espèce, l'exercice du droit de professer librement la propre foi religieuse ne peut pas être invoqué » et, « contrairement à ce que prévoit le rite religieux juif, [...] la "réserve professionnelle" [...] visée par l'article 348 du Code pénal italien ne peut s'opérer ». Conformément à la décision du Tribunal de Bari, chambre pénale, sentence du 21 mai 2009, cit., selon laquelle « le rite [précisément, la pratique] est [...] justifié et justifiable en trouvant sa raison d'être au sein même de la Charte constitutionnelle, mais l'accomplissement d'un tel rite ne peut pas faire abstraction des règles les plus communes établies pour protéger le droit à la santé » ; à défaut, justement, de l'intervention du médecin, la femme nigériane a été condamnée en procédure accélérée pour homicide involontaire avec les circonstances atténuantes (culturelles) des raisons ayant motivé l'acte.

42 Cf. Cassation pénale, chambre VI, sentence du 24 novembre 2011, n° 43646, cit. ; Tribunal de Côme (Italie), chambre pénale, sentence du 14 janvier 2013.

43 Cf. Cassation pénale, chambre VI, sentence du 24 novembre 2011, n° 43646, cit. : « (N)ous sommes en présence, du point de vue de la matérialité, d'un délit, pour ainsi dire

Une autre sentence prononcée pour un cas spécifique d'escroquerie commise par des médecins et des patients qui simulaient des phimosis pour bénéficier d'une circoncision thérapeutique – l'opération de la circoncision rituelle n'étant pas couverte par le Service national de santé – revêt quant à elle une tout autre portée. Les prévenus ont été condamnés pour escroquerie au préjudice d'un organisme public parce que, avec des artifices ou des tromperies, ils se procuraient à eux-mêmes et à des tiers un avantage injuste au préjudice d'autrui (la collectivité), en faisant passer pour des circoncisions thérapeutiques différentes opérations effectuées exclusivement pour des motifs religieux (qui n'avaient, de toute manière, pas valeur à atténuer le fait de délit)<sup>44</sup>.

Un tel prononcé conduit à aller plus loin dans la réflexion.

## VI. CIRCONCISION, BIOÉTHIQUE ET SANTÉ

La Cour de cassation démontre, au-delà de l'escroquerie, l'exigence de protéger d'abord la santé, exigence également perçue par ceux qui pratiquent la circoncision rituelle, en tant qu'opérateurs sanitaires ou en tant que patients.

En 1998, le Comité national de bioéthique (CNB) a été chargé d'exprimer un avis<sup>45</sup> sur la circoncision et ses aspects bioéthiques. Après l'avoir définie, il a relevé deux problèmes au sujet de la circoncision rituelle : le premier concerne la légitimité « bioéthique » de la pratique, tandis que le second s'intéresse aux

---

culturellement orienté, [...] expression du respect de l'agent pour les règles de conduite de son groupe », exclusion faite, par ailleurs, dans le cas concret, par défaut « de l'élément subjectif du délit » (le dol), et subsistant, en revanche, les éléments de l'*error iuris* (erreur de droit) excusable. La Cour de cassation a argumenté la subsistance de l'*error iuris* excusable pour deux raisons, l'une objective et l'autre subjective. La Cour relevait, à propos de la première raison, la « difficulté objective [de la femme nigérienne] d'introduire, avec immédiateté, des valeurs et des interdictions qu'elle ignorait » au motif de « la convergence défectueuse qui se détermine entre une personne d'une ethnie africaine, qui, ayant migré en Italie, n'était pas encore intégrée dans le tissu social y afférent, et l'ordre juridique de notre Pays » ; à propos de la seconde raison, « le faible degré de culture de la prévenue et le fait pour elle d'être fortement conditionnée en conséquence de l'absence d'avertissement d'un conflit interne, ces mêmes circonstances qui opacifient largement le devoir de diligence de la prévenue visant à connaître les cadres de légitimité autorisés dans un contexte territorial différent, et dans lequel elle s'avérait se trouver ».

44 Cf. Cassation pénale, chambre V, sentence du 8 novembre 2007, n° 17441.

45 « Parmi les tâches qui incombent au Comité figure celle de formuler des opinions et d'indiquer des solutions également aux fins de la préparation d'actes législatifs. Les opinions du Comité offrent un approfondissement thématique et une réflexion sur les problèmes de nature éthique et juridique, qui émergent avec la progression des connaissances dans le domaine des sciences de la vie », cf. [www.governo.it/bioetica/pareri.html](http://www.governo.it/bioetica/pareri.html) (dernière consultation : 14 décembre 2014).

modalités de réalisation ainsi qu'à l'exigibilité de l'opération à la charge du Service national de santé italien. Le Comité a fourni une réponse positive à la première question sur la légitimité de la pratique de la circoncision rituelle concernant des mineurs, en la jugeant conforme au droit en vertu des articles 19 et 30 de la Constitution et des articles 2.1, 21, 25.1 et 26.1 de la loi d'approbation de l'Entente entre l'État et l'Union des communautés juives italiennes<sup>46</sup>.

---

46 L'argumentation du CNB en faveur de la licéité de l'acte rituel se présente tel que suit : « Il faut signaler à cet égard que, dans les cultures qui pratiquent la circoncision, et notamment sur la base du droit juif, cette action constitue une obligation personnelle précise imputée à la charge des parents du nouveau-né ou de quiconque en tient place et lieu, et est vécue comme un acte de dévotion et de culte. En admettant une telle caractérisation religieuse pour les fidèles, la pratique de la circoncision peut être objectivement ramenée aux formes d'exercice du culte garanties par l'article 19 de la Constitution italienne, qui, en laissant à ses sujets de droit la liberté totale d'expression et de choix de religion, se limite seulement à interdire d'éventuelles pratiques rituelles contraires aux "bonnes mœurs". De ce point de vue spécifique, l'acte de la circoncision ne semble en réalité pas contraire aux conditions des "bonnes mœurs", que celles-ci soient entendues selon l'acception restreinte communément adoptée en la matière, ou en tant qu'ensemble de principes inhérents à la seule sphère de l'honneur, de la pudeur et du décorum relevant du domaine sexuel. Il existe plus d'une raison permettant en effet d'exclure que la procédure de circoncision est contraire aux "bonnes mœurs", dans la mesure où celle-ci n'est pas effectuée par l'intermédiaire d'actes propices à porter préjudice à ou à enfreindre la sphère de l'intimité et de la décence sexuelle de la personne, mais qu'elle est pratiquée conformément à des règles précises de prudence et de confidentialité. En outre, la circoncision, dans le cas où elle est considérée comme la manifestation particulière du patrimoine fidéiste rituel, est habituellement pratiquée sous des formes et selon des modalités techniques qui ne se matérialisent en aucun cas par des actes obscènes portant atteinte au sentiment général de pudeur du point de vue de la sexualité. À la lumière de ses deux caractéristiques particulières, la circoncision apparaît en soi comme étant pleinement compatible avec les dispositions prévues par l'article 19 de la Constitution italienne, qui, toujours à la condition que la limite officiellement prévue soit respectée, reconnaît une liberté totale d'expression culturelle et rituelle, aussi bien sur le plan individuel que collectif. Ni, par ailleurs, la pratique de la circoncision ne semble léser, en elle-même, d'autres biens-valeurs également protégés par la Constitution et potentiellement concernés, comme, par exemple, la protection des mineurs ou de leur santé. En effet, pour ce qui est du premier point, la pratique consistant à soumettre les enfants de sexe masculin à la circoncision semble intégrer les marges de "disponibilité" également reconnues aux parents au titre de l'article 30 de la Constitution italienne dans le cadre éducatif. Selon l'interprétation de la règle constitutionnelle qui semble la plus convaincante, les parents, dans l'exercice de leur droit-devoir d'éduquer leurs enfants, ont la faculté (également) de suivre et par conséquent de transmettre une ligne éducative de nature religieuse, en dirigeant leurs enfants vers une croyance religieuse déterminée et les pratiques connexes. D'autre part, pour ce qui est du second point, la circoncision, bien qu'elle laisse des traces indélébiles et irréversibles, ne produit, néanmoins, lorsqu'elle est correctement réalisée, aucun handicap ni altération de la fonction sexuelle et de reproduction masculine. Ou mieux, tel que nous l'avons déjà évoqué, celle-ci a été effectuée spécifiquement à des fins prophylactiques et hygiéniques dans plusieurs cas. Par conséquent, il est à retenir que l'opération de circoncision masculine ne fait pas partie des actes de disposition du corps humain dommageables pour la personne, et donc illégaux sur le plan juridique. La conformité de la pratique de la circoncision juive relativement aux principes établis par notre

En référence à la seconde question, le Comité a précisé ce qui suit : « (I) Il est évident que l'intervention d'un médecin, pour pratiquer la circoncision rituelle sur un nouveau-né, lorsque cela est expressément demandé, est absolument justifiée d'un point de vue éthique ». Et d'ajouter : « (C)ependant, dans les seuls cas où la circoncision a été exclusivement réalisée pour des motifs rituels, certains membres du CNB retiennent qu'il n'est pas opportun d'en favoriser la médicalisation, en réservant exclusivement ou en favorisant de toute manière explicite l'intervention d'un médecin pour une pratique qui, si elle a objectivement la nature d'un acte médical d'une part, peut en raison de son extrême simplicité, au moins dans le cas des nouveau-nés, sans aucun doute être pratiquée par des ministres spéciaux et reconnus et qui, indépendamment de leur spécificité professionnelle dans le domaine sanitaire, possèdent la compétence appropriée ». Par ailleurs, le Comité précisait que, dans le cas d'un acte rituel pratiqué sur un enfant, un adolescent ou un adulte (comme cela arrive dans l'islam), « (L)exigence de protection du droit à la santé impose que dans ces cas, la circoncision soit effectuée par un médecin, dans le plein respect de tous les principes bioéthiques, déontologiques et de bonnes pratiques cliniques ». En référence spécifique à la couverture éventuelle de l'opération imputée à la charge du Service national de santé, le Comité a toutefois conclu de manière négative en estimant qu'« il n'est pas possible d'identifier, dans notre ordre juridique, une règle qui détermine une quelconque obligation pour l'État » en ce sens.

En raison de cette dernière annotation, l'État italien n'a jamais couvert une telle typologie d'intervention, en l'excluant des niveaux essentiels d'assistance

---

ordre juridique semble, en particulier, implicitement confirmée par certaines dispositions de la loi italienne du 8 mars 1989, n° 101, qui a approuvé l'Entente stipulée entre l'État italien et l'Union des communautés juives italiennes le 27 février 1987 (on considère que les principes établis dans le cadre de ladite entente peuvent, par analogie, s'étendre à toutes les autres confessions religieuses qui pratiquent la circoncision). La reconnaissance indirecte de la licéité d'un tel usage religieux peut aussi bien être déduite de la disposition de l'article 2.1 (conformément aux principes de la Constitution italienne, le droit de professer et de pratiquer librement la religion juive... et d'en exercer en privé ou en public le culte et les rites, est reconnu), que de la teneur de l'article 21, lequel, prévoyant également l'Hôpital israélite de Rome parmi les 2 "organismes ayant finalité de culte", peut être interprété en tant que règle qui ramène implicitement certaines activités sanitaires *ibidem* effectuées dans le cadre précis de l'exercice du droit à la liberté de religion. De plus, l'article 25.1 de la loi précitée établit que l'activité religieuse et culturelle juive s'exerce librement conformément au statut du judaïsme italien, sans aucune ingérence de la part de l'État, des régions et des autres organismes territoriaux ; tandis que sur la base de l'article 26.1, la République italienne prend acte que, selon la tradition juive, les exigences religieuses incluent des exigences de culte, d'assistance et de culture ». Cf. [www.olir.it/documenti/?documento=655](http://www.olir.it/documenti/?documento=655) (dernière consultation : 14 décembre 2014). L'avis a inspiré la sentence n° 43646/2011 de la Cour de cassation et celle en première instance prononcée par le Tribunal de Padoue (9 novembre 2007), qui, quant à elle, ajournait largement ladite sentence.

(abrévés L.E.A.) par décret de la Présidence du Conseil des ministres du 29 novembre 2001<sup>47</sup>.

Cela étant, certaines régions parmi lesquelles la Ligurie<sup>48</sup>, le Piémont<sup>49</sup>, la Toscane<sup>50</sup> et le Frioul<sup>51</sup> ont, au fil du temps, amorcé des expérimentations dans les structures sanitaires publiques afin de pratiquer l'opération de circoncision rituelle sous le régime de la chirurgie ambulatoire (*day surgery*) avec une dépense quantifiée à 100 euros par prestation (*ticket*) et la couverture à la charge de la collectivité, même si l'opération chirurgicale est principalement destinée à des enfants musulmans. S'agissant de fonds régionaux, l'expérimentation a rapidement pris fin en raison du fait inéluctable que lesdits fonds étaient destinés à une ou plusieurs confessions religieuses et non pas à la population tout entière. À ce jour, l'unique expérimentation en cours est celle que promeut la Polyclinique Umberto I de Rome, dont nous avons déjà parlé, qui offre un service payant sous le régime de l'activité de profession libérale en tant que prestation « extra L.E.A. », en dehors des horaires de travail ordinaires, au prix de 400 euros, fixé par le Bureau rabbinique de Rome et le Centre islamique culturel d'Italie.

## CONCLUSION

Les bons résultats que donne le projet romain et les indications fournies par le CNB, la jurisprudence et, pour finir, l'Assemblée parlementaire du Conseil de

---

47 Cf. [www.olir.it/documenti/?documento=1743](http://www.olir.it/documenti/?documento=1743) (dernière consultation : 16 décembre 2014).

48 Cf. [www.regione.liguria.it/argomenti/media-e-notizie/archivio-comunicati-stampa-della-giunta/item/17338-salute,-assessore-montaldo](http://www.regione.liguria.it/argomenti/media-e-notizie/archivio-comunicati-stampa-della-giunta/item/17338-salute,-assessore-montaldo) (dernière consultation : 17 décembre 2014).

49 Cf. Délibération de l'Assemblée régionale du 2 novembre 2009, n° 49-12479, sur [www.olir.it/documenti/?documento=5720](http://www.olir.it/documenti/?documento=5720) ; Délibération de l'Assemblée régionale du 20 mars 2006, n° 39-2418 sur [www.olir.it/documenti/?documento=3908](http://www.olir.it/documenti/?documento=3908) (dernière consultation : 17 décembre 2014). Cf. également l'Avis déontologique de la Commission des médecins de l'OMCEO de la Province de Turin sur la pratique médicale de la circoncision des nouveau-nés et des enfants à caractère rituel (*Pareve deontologico della Commissione medici dell'OMCEO della Provincia di Torino sulla pratica medica della circoncisione di neonati e bambini di carattere rituale*) du 6 janvier 2006 sur [www.olir.it/documenti/?documento=5719](http://www.olir.it/documenti/?documento=5719) (dernière consultation : 17 décembre 2014).

50 Cf. [www.immigrazione.regione.toscana.it/lenya/paesi/live/enti/sui/suifi/notizie/30settembre2008.html](http://www.immigrazione.regione.toscana.it/lenya/paesi/live/enti/sui/suifi/notizie/30settembre2008.html) ; [www.regione.toscana.it/documents/10180/70866/parere%20crb%20mutilazioni%20genitali%20femminili/ab213b2e-ad54-42a3-9911-421ec1fc8779](http://www.regione.toscana.it/documents/10180/70866/parere%20crb%20mutilazioni%20genitali%20femminili/ab213b2e-ad54-42a3-9911-421ec1fc8779) (dernière consultation : 17 décembre 2014).

51 Cf. [www.ilgazzettino.it/REGIONI/FRIULIVG/friuli.\\_la\\_circoncisione\\_costa\\_1.200euro\\_laquo\\_egrave\\_per\\_i\\_musulmani\\_pi\\_ugrave\\_che\\_per\\_noi\\_raquo/notizie/97152.shtml](http://www.ilgazzettino.it/REGIONI/FRIULIVG/friuli._la_circoncisione_costa_1.200euro_laquo_egrave_per_i_musulmani_pi_ugrave_che_per_noi_raquo/notizie/97152.shtml) (dernière consultation : 17 décembre 2014).

l'Europe, sembleraient conduire vers l'hospitalisation de l'acte. On ne peut pas arriver à cette conclusion sans avoir d'abord fait quelques distinctions.

La circoncision, qu'elle soit rituelle ou culturelle, est incontestablement un acte chirurgical dépourvu de finalités thérapeutiques.

En effet, comme l'ont souligné la Cour de cassation dans sa sentence n° 43646 de 2011 et le Comité national de bioéthique, l'intervention selon le rite juif peut bien être exercée par le *mohel* même si celui-ci n'est pas médecin. Il en résulte, d'une part, que la médicalisation de la circoncision juive ne constituerait pas une condition *sine qua non* de l'opération, mais d'autre part, qu'il serait tout de même juste de remplir toutes les conditions afin que, lorsque cela est nécessaire, une telle pratique puisse également être réalisée à l'hôpital.

En revanche, en ce qui concerne la circoncision islamique – dont la cultualité, principalement voisine des pratiques « purement » culturelles est moins institutionnalisée dans la mesure où elle se réfère à une communauté religieuse dépourvue d'entente conclue avec l'État –, celle-ci sera admise mais, probablement à des conditions différentes (et il faudrait se demander si l'on n'est pas dans le cas d'un *vulnus* – voire d'une discrimination – au droit à l'égalité en matière de liberté de religion). Il faut, en outre, tenir compte du fait que l'acte, certainement rituel, est pratiqué non seulement sur les nouveau-nés, mais également (de manière peut-être plus habituelle) sur les enfants (comme pour le cas examiné par le tribunal de Côte) ou sur les adolescents. Serait-il envisageable d'étendre le raisonnement de la Cour de cassation relatif au *mohel* au circonciseur musulman pour les cas de circoncisions sur les nouveau-nés ? En revanche, lorsqu'un enfant ou un adolescent doit être opéré, on ne peut qu'être d'accord avec les indications du CNB, selon lesquelles « (L)'exigence de protection du droit à la santé impose que dans ces cas précis, la circoncision soit effectuée par un médecin ». Dans tous les cas, on ne peut que pencher pour la médicalisation de l'acte, sur demande pour les nouveau-nés et obligatoire pour les autres. Le fait que lesdits mineurs pourraient donner leur avis à l'hôpital, lors du recueil du consentement éclairé, vient conforter cette solution. De cette manière, la dénommée autodétermination du mineur « mature » pourrait jouer un rôle déterminant, conformément aux articles 5 et 6 de la Convention d'Oviedo ratifiée en 1997. L'article 5 établit la règle générale, selon laquelle « (U)ne intervention dans le domaine de la santé ne peut être effectuée qu'après que la personne intéressée ait donné un consentement libre et éclairé » ; tandis que l'article 6, sur la protection des personnes qui n'ont pas la capacité de donner leur consentement, établit que : « [...] (L)orsque, selon la loi, un mineur n'a pas la capacité de donner son consentement relativement à une intervention, cette dernière ne peut pas être effectuée sans l'autorisation de son représentant, d'une autorité, d'une personne ou d'un organisme désigné par la loi. [Par ailleurs] (L)'avis d'un

mineur est pris en considération en tant que facteur toujours plus déterminant, en fonction de son âge et de son degré de maturité »<sup>52</sup>.

Enfin, il est indubitable que toute circoncision culturelle ou ethnique doit être effectuée par un médecin dans un hôpital, conformément aux bonnes pratiques de la chirurgie pédiatrique (qui prévoit l'intervention sous anesthésie générale, tel que l'a souligné le tribunal de Côme). Dans un pareil cas, à plus forte raison, ne s'agissant pas même d'un acte considéré comme exprimant le droit à la liberté et à l'éducation religieuse, l'avis du mineur doit être entendu pour qu'il puisse donner son accord, dès que cela est possible en raison « de son âge » et « de sa maturité ».

Cela étant dit, on considère, d'une part, qu'il est préférable de médicaliser l'acte et d'obtenir l'accord des mineurs dans les conditions précitées et ce en accord (partiel) avec l'orientation exprimée par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe ; tandis que d'autre part, il faut reconnaître la valeur de l'acte rituel ou culturel selon laquelle il n'est en aucune manière possible de parler d'une forme de violence dans le cas où l'intervention est pratiquée dans le respect total des principes légaux, bioéthiques, déontologiques et des bonnes pratiques cliniques.

Pour conclure, il faut observer la manière dont le modèle de liberté de religion en Italie influe profondément sur la considération d'une telle pratique en légitimant, en particulier, la distinction entre circoncision rituelle/culturelle et la circoncision culturelle. Dans le premier cas, la circoncision, en référence à un groupe religieux hautement organisé et institutionnalisé dans le contexte italien, comme c'est le cas pour la communauté juive, s'avère précisément culturelle, avec pour effet de produire une circonstance atténuante automatique ; dans le cas des musulmans, qui constituent un groupe n'ayant quant à lui conclu aucune entente avec les autorités, les circonstances exonératoires n'opèrent pas de façon automatique, la distinction devant être effectuée entre la circoncision des nouveau-nés, assimilable par analogie à celle des juifs, et celle des mineurs matures, plus proche, en tant que traitement, de la circoncision culturelle et ethnique ; enfin, dans ce dernier cas, le régime de sanction induit que le fait soit traité, par le droit commun, comme tout autre type d'atteinte. La circoncision illustre donc aussi le système pyramidal italien, avec tous les problèmes qui en découlent<sup>53</sup>.

---

52 [www.unimi.it/cataloghi/comitato\\_etico/Convenzione\\_di\\_Oviedo.pdf](http://www.unimi.it/cataloghi/comitato_etico/Convenzione_di_Oviedo.pdf) (dernière consultation : 29 mars 2015).

53 Cf. FERRARI Alessandro, *op. cit.*, p. 98-103.



# La circoncision rituelle en Espagne<sup>1</sup>

IRENE BRIONES

## I. DROITS ET DEVOIRS CONSTITUTIONNELS DANS LE DOMAINE DE LA FAMILLE ET DE LA LIBERTÉ RELIGIEUSE DES MEMBRES QUI LA COMPOSENT

### A. LA FAMILLE ET LA VIE FAMILIALE

Le texte constitutionnel espagnol affirme, en son article 32, le droit de contracter mariage en pleine égalité des droits entre époux, entendu comme un droit naturel et positif. Pourtant, il n'est pas énoncé à la Section 1, Chapitre II du Titre I, qui traite des droits fondamentaux, ce qui constitue, à mon sens, une très grave erreur de la part du constituant car le droit de contracter mariage présuppose le droit de choisir son conjoint ou sa conjointe, composante essentielle de la liberté et fondement sur lequel le mariage forcé, propre à certaines religions et ethnies, est qualifié de délit. C'est la loi 30/1981 du 7 juillet 1981, qui vient modifier les articles du Code civil relatifs au mariage et qui fixe la procédure à suivre en matière d'actions en nullité, en séparation et en divorce.

---

1 Traduit de l'espagnol par Sylvie PENA.

L'article 39 inscrit la protection globale de la famille comme principe directeur de la politique sociale et économique : « 1. Les pouvoirs publics assurent la protection sociale, économique et juridique de la famille. 2. Les pouvoirs publics assurent également la protection intégrale des enfants, qui sont égaux devant la loi indépendamment de leur filiation, et celle de la mère, quel que soit son état civil. La loi rendra possible la recherche de la paternité. 3. Les parents doivent prêter assistance dans tous les domaines à leurs enfants, qu'ils soient nés dans le mariage ou en dehors de celui-ci pendant leur minorité et dans les autres cas prévus par la loi. 4. Les enfants jouiront de la protection prévue par les accords internationaux qui veillent sur leurs droits. »

Cet article établit le principe de la protection globale des enfants, assortie de l'obligation légale d'en prendre soin, qu'ils soient ou non issus du mariage, et de veiller sur eux dans les termes établis par les conventions internationales relatives à leurs droits, auxquelles l'Espagne est partie.

L'assistance que les parents sont tenus de prêter à leurs enfants ne fait pas tant référence aux actes de l'autorité parentale dont ils sont investis, mais plutôt à une prise en charge globale. Dans sa décision STC 7/1994 du 17 janvier 1994<sup>2</sup>, le tribunal constitutionnel rappelle qu'il s'agit d'une assistance tant matérielle que morale, qui va même au-delà de la minorité légale.

Les accords internationaux ratifiés par l'Espagne, auxquels le quatrième alinéa de l'article 34 fait référence, sont innombrables. Parmi les plus significatifs, citons la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, qui fait de *l'intérêt supérieur de l'enfant* un principe directeur général du droit des personnes et de la famille.

Les résolutions du Parlement européen, notamment la résolution A3-0172/92 du 8 juillet 1992, relative à une Charte européenne des droits de l'enfant, sont également importantes puisqu'elles en font un citoyen européen à part entière.

Les articles 32 et 39 de la Constitution espagnole ne sont pas les seuls à protéger la famille. D'autres dispositions contribuent également au développement de la personnalité et des droits fondamentaux des membres qui la composent, comme nous le verrons ci-après.

---

2 RTC, 1994, 7.

## B. FONDEMENT, PROTECTION ET DROITS RÉSULTANT DE LA RECONNAISSANCE DE LA LIBERTÉ RELIGIEUSE

L'ensemble des droits de la famille et de ses membres est fondé sur la dignité de la personne, ainsi qu'en dispose l'article 10 la Constitution espagnole<sup>3</sup>.

L'Espagne est un État de droit social qui, par des mesures législatives, aide ses citoyens à exercer leurs droits, y compris le droit à la liberté religieuse, en ce qu'il est un facteur social, un droit subjectif et une liberté publique. De là, l'existence d'un devoir positif pour l'État laïque : rendre les droits fondamentaux réels et effectifs en supprimant ce qui y fait obstacle, selon les termes de l'article 9<sup>4</sup>.

La liberté religieuse y est reconnue, avec la conscience d'un devoir de neutralité en matière de religion, c'est-à-dire de non-confessionnalité, mais elle est assortie d'un engagement de coopération concordataire. C'est ce qu'énonce l'article 16<sup>5</sup>.

Tant le droit/obligation à l'éducation que l'exercice de la liberté religieuse des parents ont pour corollaire la reconnaissance du droit de ces derniers à éduquer leurs enfants conformément à leurs propres convictions, ainsi qu'établi à l'article 27<sup>6</sup>.

Les deuxième et troisième alinéas reprennent en substance les dispositions visées à l'article 5 de la Déclaration de l'ONU du 25 novembre 1981 sur

---

3 « 1. La dignité de la personne, les droits inviolables qui lui sont inhérents, le libre développement de la personnalité, le respect de la loi et des droits d'autrui sont le fondement de l'ordre politique et de la paix sociale. 2. Les normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés que reconnaît la Constitution seront interprétées conformément à la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et aux traités et accords internationaux portant sur les mêmes matières ratifiés par l'Espagne. » (Les traductions françaises des textes de lois sont issues du site suivant, sauf indication contraire) : [www.tribunalconstitucional.es/Lists/constPDF/ConstitucionFRANCES.pdf](http://www.tribunalconstitucional.es/Lists/constPDF/ConstitucionFRANCES.pdf).

4 « 1. Les citoyens et les pouvoirs publics sont soumis à la Constitution et aux autres normes de l'ordre juridique. 2. Les pouvoirs publics sont tenus de promouvoir les conditions nécessaires pour que la liberté et l'égalité de l'individu et des groupes auxquels il s'intègre soient réelles et effectives, de supprimer les obstacles qui empêchent ou entravent leur plein épanouissement et de faciliter la participation de tous les citoyens à la vie politique, économique, culturelle et sociale. »

5 « 1. La liberté idéologique, religieuse et de culte des individus et des communautés est garantie, sans autres limitations, quant à ses manifestations, que celles qui sont nécessaires au maintien de l'ordre public protégé par la loi. 2. Nul ne pourra être obligé à déclarer son idéologie, sa religion ou ses croyances. 3. Aucune confession n'aura le caractère de religion d'État. Les pouvoirs publics tiendront compte des croyances religieuses de la société espagnole et entretiendront de ce fait des relations de coopération avec l'Église catholique et les autres confessions. »

6 « Tous ont droit à la vie et à l'intégrité physique et morale, sans qu'en aucun cas ils puissent être soumis à la torture ni à des peines ou à des traitements inhumains ou dégradants. La peine de mort est abolie, exception faite des dispositions que pourront prévoir les lois pénales militaires en temps de guerre. »

l'élimination de toutes formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction, même si ce principe y est affirmé plus en détail, avec plus d'intensité, et justifie la structure de mon analyse, l'intérêt pour la famille, la vie de famille et la liberté religieuse de ses membres : « 5. 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, compte tenu du paragraphe 3 de l'article premier de la présente Déclaration. »

L'exercice des droits énoncés dans cet article trouve sa limite dans l'intérêt supérieur de l'enfant, qui comprend notamment le fait de ne nuire ni à sa santé physique ou mentale, ni à son épanouissement, en raison d'une vision hypertrophiée de l'observance des devoirs religieux.

### C. LA PROTECTION CONSTITUTIONNELLE DE LA VIE ET DE L'INTÉGRITÉ PHYSIQUE

La santé physique, morale et, en définitive, globale, est protégée par l'article 15 de la Constitution espagnole : « Tous ont droit à la vie et à l'intégrité physique et morale, sans qu'ils ne puissent, en aucun cas, être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants. La peine de mort est abolie, sous réserve toutefois des dispositions du Code pénal militaire en temps de guerre. »

Il existe un doute quant à savoir si la liberté religieuse excède les limites de l'ordre public, également établi à l'article 3 de la loi organique relative à la liberté religieuse de 1980<sup>7</sup>. La pratique de la religion ou des convictions selon lesquelles l'enfant est élevé ne doit porter atteinte ni à sa santé physique ou mentale, ni à son développement complet.

S'agissant de la circoncision, l'intervention est réalisée sur de très jeunes enfants, qui n'ont pas l'usage de la raison, ou qui ne sont dotés que d'une capacité de discernement minimale dans le cas des musulmans, de sorte que la décision des parents de circoncire l'enfant pourrait signifier une usurpation de

---

7 « 1. Les droits et les libertés reconnus au chapitre deux du présent titre sont contraignants pour tous les pouvoirs publics. Seule une loi qui, dans tous les cas, devra respecter leur contenu essentiel, pourra réglementer l'exercice de ces droits et de ces libertés qui seront protégés conformément aux dispositions de l'article 161, paragraphe 1, a). 2. Tout citoyen pourra demander la protection des libertés et des droits reconnus à l'article 14 et à la section première du chapitre deux devant les tribunaux ordinaires par une action fondée sur les principes de priorité et de la procédure sommaire et, le cas échéant, par le recours individuel d'amparo devant le tribunal constitutionnel. Ce recours sera applicable à l'objection de conscience, reconnue à l'article 30. 3. La reconnaissance, le respect et la protection des principes reconnus au chapitre trois inspireront la législation positive, la pratique judiciaire et l'action des pouvoirs publics. Ils ne pourront être allégués devant la juridiction ordinaire que conformément aux dispositions des lois qui les développeront. »

droits éminemment personnels, tels que l'intégrité physique, voire une atteinte à sa santé ou sa vie, dans le cas de mauvaises pratiques<sup>8</sup>.

Une partie des experts en la matière considère que c'est un acte illicite, qui devrait être proscrit par le droit espagnol. Vu sous cet angle, la confrontation d'intérêts apparaît brutalement : interdire la circoncision, c'est interdire les juifs, c'est faire disparaître les enfants juifs, puisque c'est par cet acte qu'ils entrent dans la communauté. Repousser la décision de pratiquer ce rituel jusqu'à la maturité du mineur ou à l'âge adulte, revient à s'immiscer dans l'autonomie interne des religions, alors que le risque d'affecter la santé ou de provoquer des lésions est très faible.

La protection des droits des enfants et la concession en leur faveur d'une plus large autonomie sont, aux yeux des juifs et des musulmans, autant d'attaques faites à la liberté religieuse<sup>9</sup>.

Une fraction des croyants opte pour une autre sorte de rite appelé *Brit Shalom*, qui peut être pratiqué tant sur les garçons que sur les filles, sans aucune altération de l'intégrité physique. Dans ce cas, la circoncision est considérée comme une recommandation, non une obligation.

#### D. LES GARANTIES LÉGALES ET JUDICIAIRES DES DROITS FONDAMENTAUX

Tous les droits fondamentaux et les libertés publiques bénéficient d'une protection constitutionnelle et judiciaire extraordinaire, par la voie du recours d'*amparo* devant le tribunal constitutionnel, mais aussi devant les juridictions ordinaires par une demande de procédure abrégée et prioritaire, sur le fondement de l'article 53 de la Constitution espagnole.

Le défenseur du peuple est également chargé de veiller au respect des droits fondamentaux, ainsi que le prévoit l'article 54 de la Constitution espagnole. Jusque très récemment, il existait en Espagne un défenseur des enfants. Il a disparu dans certaines communautés autonomes pour des raisons de réduction des coûts dans l'Administration publique.

Par ailleurs, l'Espagne a récemment publié la loi 4/2015 du 27 avril 2015 relative au statut de la victime d'un délit<sup>10</sup>. Son champ d'application couvre les délits pour lesquels la détermination des besoins de protection spécifique exige

8 POVENMIRE ROSS, "Parents have the legal authority to consent to the surgical amputation of normal, healthy tissue from their infant children?: the practice of circumcision in the United States", *Journal of Gender, Social Policy & the Law*, Vol. 7, n° 87, 1998-1999, p. 88.

9 BASEMAN BRANDON, "Attempting to slice out male circumcision", *DePaul Journal of Women, Gender & The Law*, Vol. 2, 2011-2012, p. 1-2.

10 BOE, n° 101, 28 avr. 2015, p. 36569-36598.

une évaluation personnalisée : actes de torture et d'atteinte à l'intégrité morale ; délits contre la liberté et l'intégrité sexuelle ; délits commis pour des motifs racistes, antisémites, ou tout autre en lien avec l'idéologie, la religion ou les croyances, la situation familiale, l'appartenance à une ethnie, une race ou une nation, l'origine nationale, le sexe, l'orientation ou l'identité sexuelle, la maladie ou le handicap. Conformément à l'article 23.3, tout au long de la procédure pénale, les mesures de protection adoptées en faveur des mineurs victimes doivent prendre en compte sa situation personnelle, ses besoins immédiats, son âge, son genre, son handicap et son degré de maturité, tout en respectant pleinement son intégrité physique, mentale et morale. Le statut en question est venu modifier certains articles du Code de procédure pénale.

## II. LÉGISLATION CONCERNANT LA PROTECTION DES MINEURS

La protection des mineurs, ou de l'enfance et de l'adolescence, est prise en charge sur le plan national et régional.

### A. LA LOI ORGANIQUE 1/1996 DU 15 JANVIER 1996 RELATIVE À LA PROTECTION JURIDIQUE DES MINEURS, À LA MODIFICATION DU CODE CIVIL ET DU CODE DE PROCÉDURE CIVILE

Cette loi a été précédée par la loi 21/1987 du 11 novembre 1987 qui a réformé le Code civil en matière d'adoption.

Dans sa version actuelle, la loi organique 1/1996 introduit plusieurs principes directeurs, parmi lesquels la suprématie de l'intérêt de l'enfant et la prévention de toutes les situations susceptibles de porter préjudice à son développement personnel<sup>11</sup>.

---

11 « Il existe d'autres lois concernant les enfants, comme la loi organique 5/2000 du 12 janvier, régissant la responsabilité pénale des mineurs ; la loi organique 4/2000 du 11 janvier sur les droits et libertés des étrangers en Espagne et leur intégration sociale, et de son règlement approuvé par RD 557/2011 du 20 avril concernant les mineurs non accompagnés ; la loi 54/2007 du 28 décembre sur l'adoption internationale ; la loi constituant l'Agence de la Communauté de Madrid pour la réhabilitation et la réinsertion des mineurs délinquants ; la loi 3/2004 du 10 décembre qui crée l'Agence de la Communauté de Madrid pour la réhabilitation et la réinsertion des mineurs délinquants ; le droit de la médiation en matière civile et commerciale ; la loi 5/2012 du 6 juillet sur la médiation en matière civile et commerciale ; et la loi sur la médiation familiale dans la Communauté de Madrid ; la loi 1/2007 du 21 février sur la médiation familiale dans la Communauté de Madrid. »

Cette loi se verra affectée par un projet de révision de la loi relative à la protection de l'enfance et de l'adolescence, d'ores et déjà approuvé par le Parlement espagnol<sup>12</sup>. Ce projet prévoit de nouvelles normes en matière d'adoption et d'accueil familial, notamment : l'obligation de prouver que les parents candidats à l'adoption ou à être famille d'accueil n'ont pas d'antécédents judiciaires pour abus sexuels sur mineurs ; des mesures de protection à destination des groupes les plus vulnérables, tels que les mineurs étrangers non accompagnés, les jeunes anciennement placés sous le régime de la tutelle, les mineurs handicapés, etc. Il crée le statut de l'accueillant familial et régleme les centres de protection pour mineurs ; enfin, et c'est ce qui nous intéresse au premier chef dans le cadre du présent travail, il instaure des normes pour lutter contre la violence durant l'enfance.

Un autre aspect important est de permettre le maintien de liens affectifs avec les parents biologiques lorsque les deux familles y consentent. Est également envisagée la création de l'arsenal juridique nécessaire à la recherche des origines biologiques dans deux cas : si l'adopté en fait la demande à l'âge adulte et, à titre exceptionnel, si l'intérêt supérieur d'un mineur le réclame.

Ces nouvelles options législatives peuvent accentuer les conflits en matière de circoncision, car les détenteurs de l'autorité parentale sont ceux qui décident des questions vitales liées à l'éducation des enfants, notamment la circoncision rituelle entendue comme initiation au sein d'une communauté religieuse, mais il peut y avoir des confrontations personnelles au sein des familles.

La recherche de la filiation biologique peut également permettre l'accès à une action en justice ou à une plainte, suivant le cas, instruite pour atteinte à l'intégrité physique et/ou morale résultant d'une circoncision pratiquée sur un bébé ou un enfant en bas âge avant son adoption.

Cette nouvelle loi va amener la révision de nombreuses autres lois et déboucher sur un cadre législatif plus complet en matière de protection des mineurs pour tout le territoire espagnol.

Il convient de souligner que la loi de protection juridique des mineurs actuellement en vigueur établit entre autres principes directeurs, celui de la liberté d'opinion, de conscience et de religion.

Ce principe est énoncé à l'article 6 : « 1. L'enfant a le droit à la liberté idéologique, de conscience et de religion. 2. L'exercice des droits en vertu de cette liberté n'est soumis qu'aux restrictions prescrites par la loi et au respect des droits et libertés fondamentaux d'autrui. 3. Les parents ou les tuteurs ont le

---

12 [www.observatoriodelainfancia.msssi.gob.es/documentos/pdf/PROYECTO\\_DE\\_LEY\\_DE\\_MODIFICACION\\_DEL\\_SISTEMA\\_DE\\_PROTECCION\\_A\\_LA\\_INFANCIA\\_y\\_ADOLESCENCIA\\_TEXTOVSG\\_18\\_02\\_15.pdf](http://www.observatoriodelainfancia.msssi.gob.es/documentos/pdf/PROYECTO_DE_LEY_DE_MODIFICACION_DEL_SISTEMA_DE_PROTECCION_A_LA_INFANCIA_y_ADOLESCENCIA_TEXTOVSG_18_02_15.pdf).

droit et le devoir de coopérer pour que l'enfant exerce cette liberté de manière à ce qu'elle contribue à son développement global. »

Ce précepte renforce l'autonomie du mineur dans ses droits, notamment fondamentaux, qui sont éminemment personnels, à l'instar du droit à l'intégrité physique et morale. En conséquence, les mineurs eux-mêmes sont les sujets de droit, dans la continuité des instruments internationaux ratifiés par l'Espagne, et ainsi qu'il est préalablement établi à l'article 3<sup>13</sup>.

En matière de circoncision, une partie de la doctrine considère que l'altération d'un organe tel que le pénis peut affecter l'intimité personnelle et l'image de soi. En dehors du cadre des divulgations par voie de presse, faites généralement en violation du droit énoncé, nous entrerions dans le domaine de l'esthétique et des éventuelles atteintes psychologiques et/ou morales, difficilement réparables autrement qu'au moyen d'une indemnisation pécuniaire. Or les mineurs jouissent eux aussi de ces droits. Ainsi, l'article 4 précise : 1. « Les mineurs ont droit à l'honneur, à l'intimité personnelle et familiale et à l'image de soi ».

## B. LÉGISLATION DES COMMUNAUTÉS AUTONOMES

Nous ne nous référerons qu'à certaines lois autonomes de protection des mineurs, parmi toutes celles qui sont en vigueur en Espagne<sup>14</sup>, afin de rendre compte de l'intérêt que suscitent ces questions culturelles et religieuses impliquant une mise en danger de la vie ou la santé de l'enfant.

Les 17 lois autonomes s'attachent à protéger la vie du mineur ; le consentement des parents ou des représentants légaux est requis dans tous les cas et, si ceux-ci opposent un refus, la décision est prise en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant.

« Les enfants ont le droit de recevoir les soins qu'ils nécessitent dans le plus grand respect des convictions éthiques, religieuses et culturelles du mineur et de

---

13 « Tous les enfants jouissent des droits garantis par la Constitution et par les traités internationaux auxquels l'Espagne est partie, notamment la Convention relative aux droits de l'enfant des Nations Unies et des autres droits garantis par l'ordre juridique, sans discrimination fondée sur la naissance, la nationalité, la race, le sexe, le handicap ou la maladie, la religion, la langue, la culture, l'opinion ou toute autre situation personnelle, familiale ou sociale.

La présente loi, ses modalités d'application et les autres dispositions légales relatives aux mineurs, doivent être interprétées en conformité avec les traités internationaux auxquels l'Espagne est partie et, en particulier, conformément à la Convention relative aux droits de l'enfant des Nations Unies du 20 novembre 1989.

Les pouvoirs publics doivent garantir le respect des droits des enfants et adapter leurs actions à la présente loi et aux normes internationales susmentionnées. »

14 <https://madalen.wordpress.com/2008/04/29/normativa-autonomica-en-materia-de-proteccion-de-menores>.



ses parents, à condition que celles-ci ne mettent pas en danger la vie de l'enfant ou la santé publique, auquel cas les dispositions prises par les autorités et la législation en vigueur sont applicables. »

« Sous réserve des mesures de protection visées à la présente loi, les Administrations publiques sont tenues d'informer le ministère public de tout fait constitutif d'une atteinte à la vie, à l'intégrité physique ou psychique et à la dignité des personnes mineures, et d'exercer, le cas échéant, toutes les actions civiles et pénales auxquelles il y a lieu ».

En cas d'interférence ou d'ingérence dans les croyances ou la conscience religieuse, les principes ou les notions fondamentales à appliquer sont les suivants :

- « *Le principe de proportionnalité*, qui régit l'application des mesures de protection, ainsi que leur modification ou arrêt, afin de garantir l'adéquation entre les actions mises en œuvre et la situation du mineur.
- *Le principe d'ingérence minimale* dans l'application des mesures de protection visant l'enfance et l'adolescence, afin d'interférer le moins possible dans la vie du mineur et dans celle de sa famille.
- *Le caractère subsidiaire des actions des administrations publiques* relatives à la protection de l'enfance et l'adolescence par rapport à celles qui incombent aux parents et aux tuteurs ou gardiens, à qui il revient d'assurer les conditions de vie nécessaires au développement complet de l'enfant.
- *La coordination, coopération et collaboration des administrations publiques* en matière de promotion et de défense des droits de l'enfance et l'adolescence ».

Il est de la responsabilité de la communauté autonome de mettre en œuvre toutes les actions nécessaires pour garantir la pleine effectivité du droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion, en fonction de l'âge et du degré de maturité de l'enfant ou de l'adolescent.

### III. CONSÉQUENCES POSSIBLES DE LA CIRCONCISION DANS LE CHAMP DU DROIT CIVIL

Dans l'hypothèse d'un homicide involontaire des suites d'une circoncision ou d'un délit de lésions, le comportement délictueux entraîne la perte de l'autorité parentale. Nous renvoyons, sur ce point, à l'article 170 du Code civil qui lie droit pénal et droit civil<sup>15</sup>.

Ainsi, l'article 111 dispose que « le parent est déchu de l'autorité parentale et autres fonctions de garde et se voit retirer, en vertu de la Loi, tous droits à

---

<sup>15</sup> « Le père et la mère, même s'ils ne détiennent pas l'autorité parentale, sont obligés de veiller sur leurs enfants mineurs et de les nourrir. »

l'égard de l'enfant ou de ses descendants, ou de leur succession en cas de décès : 1°. Dès lors qu'il a été condamné en raison des rapports régissant la génération, par *jugement pénal rendu définitif*. »

Dans ce cas, l'enfant ne porte le nom de famille du parent concerné que s'il en fait la demande personnellement ou par l'intermédiaire de son représentant légal. Le parent déchu n'est pas dispensé de l'obligation de veiller sur ses enfants ni de l'obligation alimentaire.

En général, et conformément à l'article 154 :

« les enfants non émancipés sont placés sous l'autorité de leurs parents et celle-ci doit *toujours s'exercer dans l'intérêt de l'enfant*, en accord avec sa personnalité, et dans le respect de son *intégrité physique et psychologique* ».

Cette autorité recouvre les devoirs et les droits suivants :

« 1° Veiller sur eux, les avoir en leur compagnie, les nourrir, les éduquer et leur assurer une formation complète ».

En vertu du même précepte, si l'enfant est doué d'une capacité de jugement suffisante, il doit être consulté avant toute prise de décision sur l'ensemble des questions qui le concernent. Cette affirmation légale implique que si la circoncision n'était pas pratiquée, comme c'est le cas, sur des nourrissons ou des enfants de moins de sept ans, le mineur pourrait être entendu sur une intervention qui affecte l'un de ses organes, puisqu'elle touche de façon substantielle à son éducation dans des convictions religieuses et à sa formation « globale ». Toutefois, comme le baptême, elle est habituellement réalisée après une courte période de vie, en tant que prolongation de la foi des parents ; la différence entre le baptême et la circoncision réside dans le fait que le premier n'affecte pas l'intégrité physique de l'enfant, mais ils ont en commun d'avoir, le cas échéant, des effets sur l'intégrité morale, la formation globale et la liberté religieuse, au sens où la religion de l'enfant est déterminée avant même qu'il n'ait l'usage de sa raison et la maîtrise de soi.

Certes, l'article 162 prévoit que les parents investis de l'autorité parentale exercent la représentation légale de leurs enfants mineurs non émancipés, mais avec les exceptions suivantes :

« 1° Des actes relatifs aux droits de la personnalité ou autres que l'enfant, conformément aux lois et aux conditions de sa maturité, peut effectuer par lui-même.

2° Des actes pour lesquels il existe un conflit d'intérêts entre les parents et l'enfant. »

Aussi serait-il souhaitable d'attendre que l'enfant ait acquis une plus grande maturité, ou atteigne sa majorité. Cependant, le législateur ne pourrait interdire l'acte rituel d'initiation que par une ingérence dans l'autonomie interne des religions, dans la liberté religieuse des parents, dans les droits résultant de

cette liberté et de l'autorité parentale, avec pour résultat un manque d'intégration sociale dans la proche communauté où sont élevés les mineurs et au sein de laquelle ils vivent avec leur famille.

Dans l'hypothèse où le rituel est repoussé jusqu'à la maturité du mineur, et si les parents ont, sur la question de la circoncision, un intérêt opposé à celui de leur enfant non émancipé, il doit être procédé, en application de l'article 163, à la désignation d'un *défenseur* chargé de représenter l'enfant en justice et en dehors d'elle. Un défenseur est également nommé dès lors que les parents ont un intérêt opposé à celui de leur enfant mineur émancipé dont ils doivent compléter la capacité.

Si le conflit d'intérêts existe seulement avec l'un des parents, la loi attribue à l'autre parent, sans que celui-ci n'ait besoin d'être spécialement désigné, la faculté de représenter l'enfant ou de compléter sa capacité.

L'atteinte à l'intégrité morale n'implique pas toujours un délit de lésions ou une atteinte à l'intégrité physique. Ce sont des actes de nature différente, que le droit traite séparément<sup>16</sup>. Par exemple, la tare psychologique ou neurologique peut entraîner une incapacité dénommée mutilation fonctionnelle (STS 25/02/1986), délit qualifié s'il est commis sur des personnes moins aptes à se défendre, et qui relève plutôt du dommage moral.

La maltraitance psychologique ou toute lésion non qualifiée de délit est également réprimée en droit civil, avec des effets sur l'autorité parentale, qui implique une justice en faveur de l'intérêt supérieur du mineur, pas seulement par une peine privative de liberté ou l'assignation à résidence<sup>17</sup>, et dont l'administration de la preuve exige une plus grande responsabilité et plus de difficulté. C'est ce qui résulte de l'article 153.

---

16 Code pénal, art. 177 : « Si lors des délits décrits aux articles précédents, outre l'attentat contre l'intégrité morale, des lésions ou des dommages se produisent sur la vie, l'intégrité physique, la santé, la liberté sexuelle ou les biens de la victime ou d'un tiers, les faits sont punis séparément de la peine qui leur revient pour les délits ou contraventions commis, sauf lorsque celui-là se trouve déjà spécialement puni par la loi » (traduction du site [www.mjusticia.gob.es](http://www.mjusticia.gob.es)).

17 Art. 617 : « 1. Quiconque, par tout moyen ou procédure, cause à quelqu'un d'autre une lésion non définie comme délit dans ce code, est puni de la peine d'assignation à résidence permanente de six à 12 jours ou amende de un à deux mois. 2. Quiconque frappe ou maltraite physiquement quelqu'un d'autre sans lui causer de lésion est puni de la peine d'assignation à résidence permanente de deux à six jours ou d'une amende de 10 à 30 jours. »

## IV. L'IMPUTATION PÉNALE D'UNE PRATIQUE RITUELLE

### A. LA RELIGION OU LA FOI, DES CAUSES EXONÉRATOIRES ?

Malgré la protection pénale que l'article 522<sup>18</sup> garantit aux adeptes d'une confession à l'égard de la pratique de leurs croyances et de leurs rites, cette même norme punit quiconque oblige autrui à professer de telles croyances ou de tels rites.

L'éducation de l'enfant à la foi, en l'incitant à observer les actes du culte et notamment la pratique de la circoncision alors qu'il n'a pas encore suffisamment de maturité et d'autonomie pour y consentir, a suscité en Europe une tempête législative et jurisprudentielle autour de cette pratique rituelle. Certes, sa répercussion a été plus faible en Espagne puisque son État se définit comme un État laïque coopérant avec les confessions notoirement établies, comme c'est le cas des communautés juives et musulmanes<sup>19</sup>.

#### 1. La religion, une erreur invincible ?

Le droit pénal espagnol admet la non-culpabilité de celui qui n'a pu éviter son erreur, car qui n'a pu éviter l'erreur n'a pas pu non plus éviter le manquement au droit. Son acte n'est peut-être pas répréhensible attendu que le contraire n'engagerait pas la responsabilité de celui qui a une perception altérée de la réalité ou ignore que son action est délictueuse, pouvant déterminer la non-imputabilité, pleine ou partielle, de l'auteur de l'action punissable. Cela étant dit, malgré le non prononcé d'une peine, une mesure de sécurité incluant la privation de liberté serait en revanche applicable.

Même en connaissant potentiellement le caractère délictueux, l'erreur invincible commise pour des raisons de conscience religieuse peut exonérer de l'incrimination, en application de l'article 14 : « 1. L'erreur invincible sur un fait constitutif de l'infraction pénale exclut la responsabilité délictuelle. Si l'erreur, eu égard aux circonstances du fait et aux circonstances personnelles de l'auteur,

---

18 « Encourent la peine d'amende de quatre à dix mois :

1°. Les personnes qui, par la violence, l'intimidation, la force ou toute autre contrainte illégitime, empêchent un membre ou des membres d'une confession religieuse de réaliser les actes propres des croyances qu'ils pratiquent, ou d'y assister.

2°. Les personnes qui, par des mêmes moyens, forcent quelqu'un d'autre ou d'autres personnes à réaliser ou participer à des actes de culte ou à des rites, ou à réaliser des actes révélateurs de pratiquer ou non une religion, ou changer celle qu'ils pratiquent. »

19 Sur ce débat, voir BAUM SIMON, "Religious circumcision: Free from interference ?", *UCL Jurisprudence Review*, 1, 1999, p. 1-20.

est vincible, l'infraction est, le cas échéant, réprimée en tant que faute d'imprudence. 2. L'erreur sur un fait qui qualifie l'infraction ou sur une circonstance aggravante, est un empêchement à son appréciation. 3. L'erreur invincible sur l'illicéité du fait constitutif de l'infraction pénale exclut la responsabilité délictuelle. Si l'erreur est vincible, il y a lieu d'appliquer la peine inférieure d'un ou deux degrés ».

## 2. Circonstances aggravantes et atténuantes

L'article 20 du Code pénal espagnol précise les causes d'exonération. L'aspect le plus intéressant est le concept pénal de la peur insurmontable. L'antijuridicité existe ou n'existe pas et, de l'avis d'experts pénalistes, même lorsqu'elle existe, avec la gravité inhérente à toute conduite jugée délictueuse, le fait que son auteur ait été soumis à des circonstances personnelles ayant fortement entravé sa capacité à agir conformément à la loi, comme c'est actuellement le cas avec les motifs de conscience, nous amène à reconnaître que malgré un comportement illégal et coupable, la responsabilité de l'auteur ne peut être retenue, le droit pénal ne cherchant pas à aller au-delà de ce qui est normalement punissable. En ce sens, le caractère punissable est considéré comme le dernier filtre en matière de responsabilité. Cette catégorie regroupe plusieurs causes, parmi lesquelles le conflit de conscience et la peur insurmontable.

Il faut établir une distinction entre, d'une part, l'infraction d'une obligation légale pour des motifs de conscience, par observance d'un devoir moral et religieux « impératif » (article 20.7), ce qui serait de l'ordre de l'objection de conscience, qui n'est légale que si elle est reconnue juridiquement en tant que telle dans le cas d'espèce<sup>20</sup>, et d'autre part, le fait de réaliser, dans l'exercice de la liberté religieuse, une action qui n'est pas expressément interdite mais qui a, par peur insurmontable de la condamnation éternelle, constitué un délit ayant entraîné une lésion, et donc une atteinte à l'intégrité physique, ou la perte de la vie.

À l'article 21, 3<sup>e</sup> alinéa, le législateur a également retenu comme circonstance atténuante le fait d'agir sous l'emprise de causes ou de stimuli dont la puissance est susceptible de provoquer un accès de colère, d'entêtement, ou tout autre état passionnel analogue.

Cependant, à l'égard d'un mineur, et en raison de l'existence de liens de parenté, le législateur en fait, non une circonstance atténuante, mais une circonstance aggravante, aux termes de l'article 23.

---

20 Voir JERICÓ OJER Leticia, *El conflicto de conciencia ante el Derecho Penal*, Madrid, La Ley, Wolters Kluwer, 2007.

Conformément à l'article 21.5, le fait pour le coupable d'avoir *réparé les dommages causés à la victime, ou diminué leurs effets*, à tout moment de la procédure, et avant l'ouverture du procès, constituerait une circonstance atténuante. Cette dernière bénéficierait aux parents, fussent-ils ou non les acteurs directs de l'action préjudiciable, et au tiers qui a pratiqué la circoncision.

Lorsque, malgré la tentative de réparer les dommages, *l'issue est la mort*, nous serions face à un homicide par imprudence, prévu et réprimé à l'article 142.1 par une peine allant de un à quatre ans d'emprisonnement ; si cette imprudence est d'ordre professionnel, la sanction est assortie de l'interdiction d'exercer l'activité professionnelle ou les fonctions concernées pour une période de trois à six ans.

## B. LA CIRCONCISION ET LE DÉLIT DE LÉSIONS EN ESPAGNE

Pour qu'il y ait délit de lésions, il doit y avoir un résultat matériellement appréciable, même en dehors de tout délit de mise en danger concret ou abstrait, dans la mesure où aucune règle de droit espagnol n'interdit littéralement et textuellement de pratiquer la circoncision ; ce qui est interdit c'est l'atteinte à l'intégrité physique, provoquée non intentionnellement mais par imprudence dans la mesure où elle est réalisée en dehors d'une structure hospitalière et/ou par de mauvaises pratiques<sup>21</sup>.

Si les deux parents ont donné leur consentement à cette intervention chirurgicale non prohibée, malgré l'absence de cause médicale, nous serions en présence d'un risque permis. Cependant, dans d'autres cas, il s'agit d'un délit commis à long terme, en ce sens que ses effets sont perceptibles, physiquement ou psychologiquement, tout au long de la vie, car s'il n'y a pas eu lésions, il y a eu en revanche un changement irréversible sur un organe.

En l'absence de norme interdisant un comportement, et de certitude quant au résultat de l'action, on ne peut pas affirmer qu'il y a eu dol. En tout état de cause, *ni une lésion ni la mort ne sont directement recherchées par les parents et l'élément de l'intentionnalité n'est pas présent, même dans l'hypothèse d'un résultat ou d'une irresponsabilité pénale*, mais la lésion peut en revanche avoir été commise par imprudence au moment de l'acte ou dans la continuité des soins médicaux postérieurs à l'acte, en ayant ou non conscience de cette imprudence. Toutefois, le défaut de soins médicaux postérieurs à l'action portant atteinte à l'intégrité physique, même en dehors de tout dol, constitue un délit de non-assistance à personne en péril, imputable au sujet qui était en mesure d'agir et donc d'éviter la lésion du bien juridique ou son degré de gravité, autrement dit, qui était

---

21 Voir MARTÍN SÁNCHEZ ISIDORO, *El derecho a la formación de la conciencia y su tutela penal*, Valencia, Tirant LoBlanch, 2000, p. 142-145.

en capacité purement factuelle d'agir afin d'éviter la lésion du bien juridique ; et il existe, par ailleurs, l'infraction de commission par omission, qui permet l'imputation du résultat non évité comme s'il avait été provoqué activement<sup>22</sup>.

Même en considérant que la conscience religieuse peut avoir induit chez les parents ou chez un ministre du culte un comportement imprudent, l'imputation pour délit d'imprudence pourrait être prononcée, y compris si l'état de nécessité était avéré. Il s'agirait de réaliser une action ayant un résultat punissable, intentionnel ou non, afin de protéger un autre bien juridique, autrement dit une collision d'intérêts juridiques, si l'on parvient à démontrer que a) la circoncision rituelle est considérée comme partie intégrante de l'exercice du droit de liberté religieuse et, donc, un bien juridique protégé ; b) dans la hiérarchie des biens juridiques, la liberté de religion occupe une place préférentielle.

Ce dernier point est la quintessence de l'état de nécessité et un test difficile à réussir puisque l'intérêt supérieur du mineur prévaut toujours en cas de collision de droits, dès lors que l'un d'eux affecte le devoir de conscience religieuse d'un adulte en association avec le droit des parents à élever leurs enfants selon leurs convictions religieuses et philosophiques, et que l'autre touche à la vie ou à l'intégrité physique d'un mineur.

Dans le cas où la circoncision est exécutée par un ministre du culte, il serait légitime de se demander si cette action relève de sa fonction. D'une part, il n'existe évidemment aucune formalité d'autorisation administrative préalable, puisqu'il s'agit d'une intervention chirurgicale, certes à faible risque. Il faut donc rechercher si les *principes de congruence, d'opportunité et de proportionnalité* sont réunis dans l'action. D'autre part, son action peut être justifiée en raison de sa fonction par l'autonomie interne des confessions religieuses en Espagne, conformément à l'article 6 de la loi organique relative à la liberté religieuse, plutôt qu'en vertu de son propre droit personnel et subjectif à la liberté religieuse.

Dans certains cas, la jurisprudence espagnole<sup>23</sup> a condamné les parents pour délit de lésions sur le fondement de l'article 147. Il prévoit une peine d'emprisonnement allant de six mois à trois ans, susceptible cependant, eu égard au moyen employé, d'être réduite à une peine de prison de trois à six mois ou d'amende de six à douze mois.

En Espagne, les biens juridiques protégés par le délit de lésions sont la santé et l'intégrité physique ou corporelle. Outre les maladies somatiques ou les

22 Voir CUELLO CONTRERAS Joaquín et MAPELLI CAFFARENA Borja, *Curso de Derecho Penal, Parte general*, Madrid, Tecnos, 2 ed., 2014, p. 183-185.

23 Sur ce thème, voir TORRES FERNÁNDEZ M. Elena, "Viejos ritos, nuevos conflictos: la circuncisión masculina. Estado de la cuestión", in *Delitos y minorías en países multiculturales. Estudios jurídicos y criminológicos comparados*, Barcelona, Atelier, 2014, p. 172-175.

mutilations, le Code reconnaît également les dommages occasionnés à l'intégrité psychique.

L'intégrité physique peut se trouver amoindrie par la neutralisation ou la mutilation d'un membre ou de son altération morphologique.

Le Code pénal ne fait qu'exécuter les dispositions de l'article 15 de la Constitution espagnole, qui protège l'inviolabilité de la personne, non seulement contre les attaques visant à infliger des lésions à son corps ou à son esprit, mais également contre tout type d'intervention sur ces biens réalisée sans le consentement de leur titulaire.

Le droit à l'intégrité physique et morale est un droit de la personnalité, qui implique le droit de ne subir aucune blessure sur son propre corps, ni physiquement ni moralement, au moyen de tortures ou de traitements inhumains ou dégradants. Il s'agit d'un droit individuel directement placé sous la tutelle de l'État.

Dans le cas qui nous occupe, la circoncision, il s'agit d'un traitement ou d'une intervention médico-chirurgicale qui exige, quelle que soit sa finalité, de recueillir le consentement du patient. Si cette activité n'a pas de finalité thérapeutique, elle doit se plier à deux contraintes : elle ne doit pas provoquer une diminution permanente de l'intégrité physique du patient et elle ne doit pas être contraire à l'ordre public et aux mœurs. Ces limitations ne peuvent être levées que par l'état de nécessité.

Si cette intervention chirurgicale altère l'intégrité physique, nous devons également nous demander si cela constitue un délit de lésions car il peut ne pas être volontaire ; de plus, la délimitation du dommage au bien juridique exige de savoir quels sont les moyens jugés appropriés pour causer un tel dommage. On admet des moyens physiques ou moraux.

À ce moment de l'analyse, il nous faut passer de l'article 147 à l'article 148 du Code pénal, aux termes duquel les lésions peuvent être réprimées par une peine de prison allant de deux à cinq ans, en fonction du résultat occasionné ou du risque encouru : « 1°. Si l'agression a été perpétrée au moyen d'armes, d'instruments, d'objets, de moyens, de méthodes ou de formes concrètement dangereuses pour la vie ou la santé, physique ou psychique, de la personne ayant subi les lésions ; 2°. S'il y a eu acharnement ou préméditation ; 3°. Si la victime est âgée de moins de douze ans ou frappée d'incapacité ; [...] 5°. Si la victime est une personne particulièrement vulnérable vivant avec l'auteur. »

Ce qui est réellement important c'est le dommage occasionné ; l'objet qui a servi à le causer se limite à aggraver le délit en raison du rejet qu'il suscite, en particulier si les moyens sont hautement préjudiciables ou s'ils privent la victime de toute possibilité de défense.

Dans certains cas, l'utilisation d'un couteau ou d'une lame de rasoir pour pratiquer la circoncision constitue une cause d'aggravation du délit puisque



la jurisprudence espagnole classe ces ustensiles dans la catégorie des armes blanches.

En toute hypothèse, quel que soit l'instrument, même si ce n'est pas une arme mais qu'il peut provoquer des lésions, il est considéré juridiquement comme moyen ou instrument du délit, et la jurisprudence du tribunal suprême en la matière n'adopte pas une approche uniforme.

L'aggravation du délit peut reposer sur le moyen utilisé, le mode de comportement, l'âge ou l'incapacité de la victime, le lien entretenu avec elle ou sa vulnérabilité, autant d'éléments qui alourdissent la peine. Cela étant dit, ils ne constituent pas en soi des *motifs potestatifs* de circonstance aggravante, et il faut prendre en considération le risque et le résultat produit si l'on veut en faire une interprétation conforme aux principes de culpabilité et de proportionnalité.

En Espagne, la presse diffuse ces affaires en raison du rejet social que suscitent une lésion ou la mort d'un bébé causées par ses propres parents ou par un professionnel de santé.

Elle a ainsi publié des informations sur l'affaire d'un guérisseur accusé de l'homicide d'un bébé qu'il venait de circoncire à Saragosse, en 2008, et la condamnation de 15 mois de prison prononcée à l'encontre du père de la victime<sup>23</sup>.

En 2007, un bébé de 18 jours est décédé des suites d'une circoncision pratiquée à domicile, sans précautions sanitaires. Le juge d'instruction<sup>24</sup> numéro 3 de Tarragone, en charge de l'affaire, a mis en examen du chef d'homicide par imprudence la femme de nationalité nigériane qui avait pratiqué la circoncision. L'autopsie du cadavre de l'enfant a conclu que la mort était due à un choc secondaire à une perte de sang massive provoquée par une lésion localisée sur le pénis<sup>24</sup>.

Un tribunal de Lérida a condamné à quatre mois de prison les parents d'un bébé de onze jours circoncis, en novembre 2011, à son domicile, à l'aide d'une lame de rasoir. La grave hémorragie qui s'en est suivie a provoqué une anémie et l'enfant a dû être opéré en urgence et soumis à une transfusion pour avoir la vie sauve. Le chef d'inculpation retenu a été le délit de lésions par imprudence grave. Les parents du bébé s'étaient rendus à l'Hôpital Arnau de Vilanova de Lérida pour y faire pratiquer la circoncision. L'établissement hospitalier les a informés que la santé publique ne prenait pas en charge cette intervention, sauf prescription médicale. Les parents se sont alors adressés à une clinique privée de Lérida, mais vu le coût de l'intervention, ils ont décidé de circoncire leur enfant à la maison. Ils ont alors contacté un homme qui leur avait été conseillé, mais dont on ignore tout, et qui a perçu 100 euros pour la circoncision. Les parents

---

24 [www.lavanguardia.es/lv24h/20071121/53413003251.html](http://www.lavanguardia.es/lv24h/20071121/53413003251.html) (consulté le 7 fév. 2015).

ont amené le bébé à l'hôpital, mais le juge considère que les parents ont agi sans prendre les mesures de précaution nécessaires, en autorisant une personne dépourvue de connaissances en médecine et de moyens techniques à pratiquer l'intervention sur l'enfant, mettant ainsi la vie de ce dernier en danger. Pour ce motif, les parents, contre lesquels le ministère public avait requis deux ans de prison, ont été mis en examen du chef de délit de blessures par imprudence grave pour atteinte à l'intégrité physique par négligence grave<sup>25</sup>.

La jurisprudence espagnole permet de conclure que la circoncision en soi ne constitue pas un délit si elle est correctement pratiquée. Elle est qualifiée de conduite atypique, ainsi qu'il résulte de la décision n° 355/2006 de l'*Audiencia Provincial* de Castillon du 21 septembre 2006, et de la décision n° 598/2008 de l'*Audiencia Provincial* de Barcelone. La première a considéré que : « il s'agit d'une intervention de chirurgie ambulatoire consistant en l'exérèse de la partie *distale* du prépuce, *i.e.* la peau qui recouvre le gland. [...] Correctement réalisée, elle n'affecte pas la fonctionnalité sensorielle et motrice au moment des relations sexuelles ou des mictions ».

Les fonctions de l'organe masculin n'étant pas affectées, la pénalisation de l'action de circoncire a été jugée non pertinente et l'acte n'a pas été considéré comme une mutilation, l'organe n'étant ni *amputé* ni privé de ses finalités. Et c'est précisément sur ce point que se base son traitement différencié par rapport à l'ablation féminine, car en impliquant l'excision ou l'atrophie du clitoris comme organe central du plaisir féminin, cette dernière induit un effet d'incapacité permanente à atteindre la jouissance sexuelle, sans parler de ses autres complications sur la santé.

En revanche, le délit de lésions ou d'homicide est imputable dès lors qu'une pratique mauvaise ou inadaptée de la circoncision a pour résultat une amputation partielle du pénis, en vertu du jugement 203/2004 de l'*Audiencia Provincial* d'Almeria du 3 novembre 2004 ; ou lorsque l'issue est la mort, comme cela a été le cas de l'enfant de six mois décédé des suites d'une grave hémorragie due à une pratique incorrecte réalisée par une personne étrangère à la profession médicale ou à toute autre profession sanitaire, ainsi qu'il résulte des faits condamnés par le jugement 122/2009 de l'*Audiencia Provincial* de Saragosse en date du 25 février 2009.

Si la circoncision venait à entraîner une perte de tissu corporel impossible à régénérer, suffisamment grave pour provoquer la stérilité ou l'impuissance, avec leurs séquelles somatiques ou psychiques, il y aurait lieu d'appliquer l'article 149.2 du Code pénal<sup>26</sup> qui établit la qualification pénale d'infraction aggravée

25 abc.es / Barcelona (consulté le 7 janv. 2015).

26 Art. 149 : « 1. Quiconque cause à autrui, par tout moyen ou procédé, la perte ou l'inutilité d'un organe ou d'un membre principal, ou d'un sens, l'impuissance, la stérilité, une grave

de mutilation génitale<sup>27</sup>. C'est dans ce sens qu'a statué l'*Audiencia Provincial* de Barcelone, dans son jugement 608/2006 du 18 septembre 2006, relatif à la réalisation d'une circoncision non médicale sur deux enfants âgés de 10 et 17 mois.

## V. LIBERTÉ RELIGIEUSE ET RELIGIONS EN ESPAGNE

### A. CONSTITUTION, NON-CONFESSIONNALITÉ ET PRINCIPE DE COOPÉRATION

Ainsi que l'affirme Iván Iban<sup>28</sup>, la donnée sociologique semble être le point de départ obligé pour qui veut décrire synthétiquement un modèle de droit ecclésiastique national. En effet, quelle que soit la réalité sociale dans laquelle la norme juridique cherche à s'imposer, cette réalité va déterminer non seulement la nature même de cette norme (la norme comme conséquence d'une réalité), mais sa modalité d'application (la réalité comme correctrice de la norme). Quelle est la réalité de la religiosité en Espagne ? Il n'existe pas de données officielles quant au nombre d'adeptes des différentes confessions religieuses (c'est ainsi que le droit désigne les groupes religieux) présentes dans notre pays et il ne saurait en exister en vertu du principe consacré par la Constitution en son article 16. 2 : « Nul ne pourra être obligé à déclarer son idéologie, sa religion ou ses croyances ». Ce précepte détermine également l'attitude de l'État espagnol face à la religion et à la liberté de religion ; il reconnaît cette liberté et, sans accepter une religion qui lui soit propre ou officielle, il tient compte des croyances des personnes qui professent leur religion à titre collectif, en instaurant avec ces confessions ou groupes religieux des relations de coopération (article 16 alinéas 1 et 2).

---

différents, ou une grave maladie somatique ou psychique, est puni de la peine d'emprisonnement de six à 12 ans. 2. Quiconque cause à autrui une mutilation génitale quelle qu'en soit la manifestation est puni de la peine d'emprisonnement de six à 12 ans. Si la victime est mineure ou frappée d'incapacité, est applicable la peine d'incapacité spéciale pour l'exercice de l'autorité parentale, tutelle, curatelle, garde ou accueil pour une durée de quatre à 10 ans, si le juge l'estime conforme à l'intérêt du mineur ou de la personne frappée d'incapacité. »

27 Voir GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN Josefina, *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*, Madrid, Ramón Areces, 2006, p. 86-129.

28 IBAN Iván, "Iglesia y Estado en España", in *Estado e Iglesia en la Unión Europea*, Gerhard Robbers, 1996, p. 93.

Plusieurs concordats ont été signés avec le Saint-Siège, l'organe juridiquement représentatif de l'Église catholique, en 1753 et 1851, avec des positionnements politiques différents. La longue période dictatoriale, et confessionnelle, d'alliance entre le trône et l'autel, de 1939 à 1975, voit la signature du concordat de 1953, qui sera rendu caduc dix ans plus tard par la Déclaration sur la liberté religieuse du Concile Vatican II. Celle-ci généra une forte tension avec le Général Franco, qui chercha à freiner la transposition de la séparation des pouvoirs – temporel et spirituel – en promulguant une loi relative à la liberté de religion en 1967. De fait, plus qu'une reconnaissance pleine de la liberté de religion, cette loi consacrait une simple tolérance.

En 1976, le Saint-Siège et le Général Franco négocièrent des concessions réciproques. L'Accord qui s'en suivit prévoyait que les membres du clergé pourraient être jugés pour leurs délits ; en contrepartie, l'État renonçait à nommer les évêques.

À la mort du dictateur, s'ouvre la difficile période de transition démocratique qui conduit à l'approbation de la Constitution démocratique de 1978. Plus tard, l'État signe avec l'Église catholique quatre accords partiels portant sur les questions juridiques, les questions économiques, l'enseignement et les questions culturelles, l'assistance religieuse aux forces armées et le service militaire des membres du clergé, tous en date du 3 janvier 1979.

La véritable loi sur la liberté de religion arrive avec la loi organique 7/1980<sup>29</sup> (LOLR) du 5 juillet 1980, qui garantit l'exercice de la liberté religieuse des individus et de leurs communautés. Elle instaure, aux termes de l'article 7<sup>30</sup>, la signature d'accords en tant qu'instruments de coopération. Elle met en pratique l'article 16.3 de la Constitution espagnole, en l'étendant aux seules confessions qui ont une personnalité juridique, sont inscrites au registre général des entités religieuses et peuvent se prévaloir d'un enracinement social notoire. En Espagne, c'est le cas des communautés israélites, des communautés musulmanes et des entités évangéliques.

Ces accords sont une traduction directe de l'article 14 de la Constitution espagnole, qui consacre les principes d'égalité et de non-discrimination, en l'espèce à l'égard de l'Église catholique prise en tant qu'archétype, et qui en fait expressément mention à l'article 16.3 et à l'article 9, aux termes duquel les pouvoirs publics sont tenus de supprimer tous les obstacles à l'exercice des

---

29 BOE du 24 juill. 1980.

30 Article 7. 1. « L'État, tenant compte des croyances religieuses existant dans la société espagnole, établira, le cas échéant, des accords ou conventions de coopération avec les Églises, confessions et communautés religieuses inscrites au registre qui, de par leur importance et leur nombre de croyants auront atteint un enracinement notoire en Espagne. Dans tous les cas, ces accords seront approuvés par une loi des *Cortes Generales*. » (Traduction française issue du site Legirel : [www.legirel.cnrs.fr/spip.php?article174](http://www.legirel.cnrs.fr/spip.php?article174)).

libertés publiques, des droits fondamentaux et du libre développement de la personnalité.

## B. LA PLACE JURIDIQUE DE LA CIRCONCISION DANS LES ACCORDS DE COOPÉRATION ENTRE LES COMMUNAUTÉS RELIGIEUSES ET L'ÉTAT ESPAGNOL

La loi 25/1992 du 10 novembre 1992, portant approbation de l'accord de coopération de l'État avec la Fédération des Communautés Israélites d'Espagne ne se réfère pas, de façon spécifique, à la circoncision. Seul l'article 6 mentionne la tradition :

« À toutes fins légales, sont réputés être des actes propres à la religion juive ceux qui sont conformes à la loi et à la tradition juive, notamment les actes religieux découlant de la fonction rabbinique, de l'exercice du culte, des services rituels assurés, de la formation des rabbins, de l'enseignement de la religion juive et de l'assistance religieuse ».

La Loi 26/1992 du 10 novembre 1992 portant approbation de l'accord de Coopération de l'État avec la Commission Islamique d'Espagne, dispose en son article 6 :

« À toutes fins légales, sont réputés être des actes islamiques du culte, de la formation et de l'assistance religieuses ceux qui sont conformes à la Loi et à la tradition islamique, issus du Coran ou de la Sunna, et protégés par la Loi organique relative à la Liberté de religion ».

L'absence de référence expresse à la circoncision ne doit pas nous amener à conclure qu'elle n'est pas permise dans le cadre du concordat. En effet, les traditions de ces communautés, que l'État espagnol s'est engagé à respecter, exigent des modalités exécutoires différentes.

Selon l'analyse de Miguel Rodríguez Blanco : « Les Concordats comprennent des clauses *auto-exécutoires*, autrement dit, efficaces et applicables en soi, dès que l'accord est transposé au système juridique espagnol sans qu'il n'y ait besoin d'une intervention normative ultérieure, et des clauses *non auto-exécutoires*, qui nécessitent un décret d'application postérieur pour produire leurs effets »<sup>31</sup>.

Il précise plus loin qu'il est possible de se référer au concordat, si l'on cherche « à justifier l'introduction d'une mesure législative prise unilatéralement. Dans ce cas, le législateur ne s'occupe pas d'une matière qui est strictement

31 RODRÍGUEZ BLANCO Miguel, *La introducción de los concordatos en la normativa estatal. En Los Concordatos: Pasado y Futuro*, Actas del Simposio de Derecho Concordatario, Almería, 12-14 de Noviembre de 2003, Comares, 2004, p. 559.

réglementée dans le cadre du concordat, pas plus qu'il n'exécute ou développe son contenu. Il recourt simplement à l'esprit qui sous-tend le concordat, ou ses clauses, pour expliquer le sens d'une norme unilatérale. Le support concordataire de la disposition qui opère le renvoi est pratiquement inexistant et, de ce fait, sa dérogation ou substitution par une norme différente n'affecte pas le concordat »<sup>32</sup>.

C'est peut-être dans ce dernier train de mesures que pourrait trouver sa place une loi, soumise à l'avis du Conseil d'État et aux avis d'un comité de bioéthique, composé d'experts en morale, santé, aspects juridiques tant constitutionnels que civils et pénaux, portant réglementation de l'ensemble des aspects liés à la pratique de la circoncision rituelle chez les juifs et les musulmans, sans qu'elle puisse être considérée autrement que comme un renvoi à l'esprit du concordat visant à respecter les traditions religieuses, car affranchie de tout appui sur le texte de cette pratique. Ainsi, ses éventuelles modifications ne pourront pas constituer une dénonciation unilatérale du concordat<sup>32</sup>.

Le rappel à l'esprit des accords, en association avec les articles 9, 10, 14 et 16 de la Constitution et autres dispositions afférentes à la protection de la famille et de ses membres, met les pouvoirs publics espagnols dans l'impossibilité d'être indifférents à de telles traditions, dès lors que le facteur religieux est considéré comme un bien social à protéger juridiquement.

La coopération juridique en matière de santé à l'égard de la pratique de la circoncision est, à mon sens, un signe de tolérance, prise au sens de l'article 1.1.1. de la Déclaration de principes sur la tolérance, proclamée à Tolède le 25 octobre de 1995 :

« La tolérance est le respect, l'acceptation et l'appréciation de la richesse et de la diversité des cultures de notre monde, de nos modes d'expression et de nos manières d'exprimer notre qualité d'êtres humains. Elle est encouragée par la connaissance, l'ouverture d'esprit, la communication et la liberté de pensée, de conscience et de croyance. La tolérance est l'harmonie dans la différence [...] ».

### C. ASPECTS D'UNE APPROCHE RAISONNABLE ET SOUPLE EN VUE D'UNE PROPOSITION DE LOI

Le tabou séculier à propos de la circoncision s'oppose diamétralement au pluralisme religieux et culturel, qui est l'une des caractéristiques constitutionnelles des cultures démocratiques modernes.

Nous avons constamment fait référence au droit des parents à élever leurs enfants conformément à leurs propres convictions et à leur philosophie de vie,

---

32 *Ibid.*, p. 561.

en application de l'article 27.3 de la Constitution espagnole et de l'article 5 de la Déclaration de l'ONU du 25 novembre 1981 sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination en matière religieuse. La neutralité religieuse est un devoir de l'État, mais pas des parents. Ceux-ci ont toute légitimité pour inculquer à leur enfant leurs convictions religieuses, pour l'initier et le former aux rites, aux cérémonies et aux pratiques de leur religion, dans le cadre prévu par l'ordre juridique espagnol, comme le montre notre analyse à partir de la Constitution, de la loi organique sur la liberté religieuse, des lois de protection de l'enfant, des instruments internationaux et des accords de coopération avec les communautés religieuses qui la pratiquent en Espagne.

Mais qu'en est-il dans les cas de mariages interreligieux ? Les tribunaux espagnols ont débouté de sa plainte le père d'un enfant de six ans circoncis par la seule volonté de sa mère musulmane, qui en avait la garde ; en général, le consentement des deux parents n'est pas jugé obligatoire et la recommandation qui est faite, en revanche, est de laisser le sujet concerné prendre lui-même la décision à sa majorité<sup>33</sup>.

Au Royaume-Uni, au contraire, le consentement des deux parents<sup>34</sup> est bien exigé, sauf s'il y a eu dissolution du lien matrimonial par divorce, auquel cas il revient au parent qui s'est vu octroyer la garde légale unique de prendre cette décision<sup>35</sup>.

Selon María Antón<sup>36</sup>, une fois admise la licéité de cette pratique religieuse, il faut s'interroger sur celui qui est en droit de la pratiquer. Dans la mesure où il s'agit d'un acte qui entraîne des modifications sur le corps humain, la règle générale veut qu'il soit pratiqué par les professionnels de la médecine, quelle que soit leur motivation, prophylactique, thérapeutique ou rituelle, et quel que soit l'âge du patient. Mais, lorsque l'intervention concerne des nouveau-nés, d'aucuns soutiennent que, eu égard à la simplicité de l'acte, elle peut être réalisée par *un ministre de la religion* ayant une compétence reconnue dans une pratique de cette nature, même s'il n'est pas un professionnel de la médecine, à condition de respecter scrupuleusement les règles d'hygiène et d'asepsie et sous réserve d'un suivi médical post-acte.

33 Auto n° 355/2006, de la Audiencia Provincial de Castellón, 21 septembre 2006. CENDOJ ([www.poderjudicial.es/](http://www.poderjudicial.es/)). V. BRIONES Irene, "The revival of religion", disponible sur [www.cesnur.org/2008/London\\_cyberpro.htm](http://www.cesnur.org/2008/London_cyberpro.htm): 12-14 (9 juill. 2014).

34 1999 WL 1142460 (CA (Civ Div)), (2000) 52 B.M.L.R. 82, [2000] 1 F.C.R. 307, [2000] 1 F.L.R. 571, (1999) 96(47) L.S.G. 30, [2000] Fam. Law 246. Vid., 12-22-1999 Times 1142,460.

35 Re S, [2001] 2 FLR 1005.

36 ANTÓN María, "Libertad religiosa y salud en clave multicultural", in MARTÍN SÁNCHEZ Isidoro (éd.), *Libertad religiosa y Derecho Sanitario*, Madrid, Fundación Universitaria Española, 2007, p. 22.

Même si elle n'est pas pratiquée pour des raisons médicales, cette intervention devrait être encadrée par l'obligation réglementaire de suivre la procédure applicable à tout traitement médical ou à toute modification de l'organisme, prescrite et réalisée par des professionnels, qui sont eux tenus d'agir conformément à la *lex artis*, c'est-à-dire, aux principes de leur code déontologique. Telles sont les conclusions auxquelles est parvenu le Comité italien de bioéthique dans son Avis sur « La circoncision : aspects bioéthiques » du 27 septembre 1998.

Tout comme certaines cliniques ont recours à des traitements alternatifs aux transfusions de sang pour les membres de la Congrégation des témoins de Jéhovah, ou ceux de l'Église du Christ, Scientiste, les publics qui nous occupent devraient également bénéficier d'une prise en charge sanitaire par un personnel médical et paramédical qui ne s'opposerait pas, pour des motifs de conscience, à appliquer cette procédure à un mineur.

Malgré la mise à disposition de ces moyens, les juifs et les musulmans pourraient continuer à faire pratiquer ces rites à domicile, dans une synagogue, ou dans une mosquée, par des personnes ne possédant pas la formation professionnelle et médicale nécessaire, ce qui constituerait un délit d'imprudance, ne serait-ce qu'en raison de la mise en danger ainsi provoquée<sup>37</sup>. Il est donc urgent de mettre en œuvre une politique éducative et sanitaire destinée à ces communautés religieuses, ainsi que des programmes spécifiques de formation et d'information sur le plan scolaire et social, dans toutes les communautés autonomes du territoire espagnol.

En Espagne, aucun accord n'a été passé avec les témoins de Jéhovah. C'est la raison pour laquelle les thérapies alternatives ne peuvent pas être prises en charge par la Sécurité sociale dont bénéficie tout résident cotisant. En revanche, les communautés juives et musulmanes pourraient rechercher, par la négociation, une sorte d'accord permettant le financement partiel ou total de la circoncision rituelle par le système de santé publique.

Par ailleurs, bien que la liberté religieuse ne soit pas définie comme donnant droit à une prestation sociale, l'obligation de promotion que les pouvoirs publics se voient attribuer expressément par la Constitution espagnole (article 9.2) justifierait que l'État prît à sa charge une prestation de cette nature, tant qu'il n'y aura pas de proposition d'interdiction de cette pratique, à l'instar de la loi promulguée par l'État de Californie (États-Unis), connue sous le nom de MGMBill<sup>38</sup>, compte tenu des implications pénales croissantes liées à ce rite par

---

37 RAMÓN RIBAS Eduardo, *El delito de lesiones al feto. Incidencia en el sistema de tutela penal de la vida y la salud*, Granada, Comares, 2002, p. 25-44.

38 Genital Mutilation Prohibition Act. in the house and senate of the United States. A Bill Submitted to Congress on January 11, 2014. Entitled the "Federal Prohibition of Genital Mutilation Act of 2014", [www.mgmbill.org/usmgmbill.htm](http://www.mgmbill.org/usmgmbill.htm).



suite de lésions ou de décès. Toutefois, et c'est ainsi que nous concluons notre analyse, plutôt que d'interdire, il faut prévenir au moyen d'une adaptation culturelle appropriée et d'une prise de conscience des moyens sanitaires disponibles de manière à éviter tout risque pour la santé et l'intégrité des enfants.

Chapitre 5  
La prévalence de l'acceptation sociale



# Le cadre juridique de la circoncision en droit turc<sup>1</sup>

PINAR KARTAL

La circoncision d'un enfant de sexe masculin n'a pas fait l'objet de discussions dans le droit turc jusqu'à présent. Cependant, les juristes ont récemment commencé à se concentrer sur l'évaluation de la circoncision d'un point de vue juridique, sa dimension en matière de droit pénal a été examinée<sup>2</sup> en particulier. Cette démarche fait suite à la décision rendue par la juridiction pénale allemande en 2012. D'autre part, la pratique de la circoncision féminine n'est acceptée ni au sens traditionnel, ni au sens juridique.

La pratique de la circoncision est définie comme une règle religieuse en particulier dans les sociétés juives et musulmanes. Par conséquent, même si elle est acceptée en tant que reflet de la liberté de religion et de conscience, la portée du sujet reste vaste. La discussion se concentre sur les droits de la personne responsable de l'intégrité physique et spirituelle de l'enfant, notamment dans les cas où la circoncision, qui interfère effectivement avec l'intégrité physique<sup>3</sup>, est pratiquée sur un enfant de sexe masculin ne pouvant donner son autorisation par un processus légal en raison de son âge. Nous constatons un dilemme

---

1 Traduit de l'anglais par Johnson Language services LTD.

2 NUHOĞLU Ayşe, "Sünnet ve Ceza Hukuku", in Nur Centel'e Armağan, *T.C. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı*, Yıl: 2013, Cilt: 19, Sayı:2, p. 211-219; YERDELEN Erdal, "Sünneti Kasten Yaralama Suçu Olarak Kabul Eden Köln Eyalet Mahkemesi Kararı ve Alman Kanun Koyucunun Karara Tepkisi", in *Kamu Hukuku Arşivi Dergisi*, Y: 16, S:1-32, 2013-1, p. 1-8.

3 ERMAN Barış, *Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, Ankara, Seçkin, 2003, p. 134 et s.

juridique compte tenu que la limite à l'intégrité physique est spécifiée par la nécessité médicale. Dans ce contexte, afin de clarifier le sujet et dans le but de définir la nature juridique de la circoncision, il est important d'expliquer auparavant le droit d'une personne de protéger son intégrité physique et les limites de celui-ci dans le droit turc.

Il est clairement établi dans le droit turc qu'on ne peut porter atteinte à l'intégrité physique d'une personne. Chaque personne a le droit à la vie et est en droit de protéger et d'améliorer son existence sur les plans corporel et spirituel<sup>4</sup>. De même, le droit turc dispose également que l'interférence avec l'intégrité physique d'une personne ne peut être possible qu'en raison de nécessité médicale<sup>5</sup> et dans des cas prévus par la loi. En outre, une personne ne peut être soumise à des expérimentations scientifiques ou médicales qu'avec son consentement. Notre étude exposera tout d'abord la situation dans le droit turc, puis nous décrirons les faits dans la pratique.

## I. LES DISPOSITIONS CONSTITUTIONNELLES TURQUES EN MATIÈRE DE LIBERTÉS ET DROITS FONDAMENTAUX

Les libertés et droits fondamentaux sont énoncés en détail dans la Constitution de la République turque de 1982. La Turquie a également adhéré à plusieurs accords internationaux aux fins de protection des libertés et des droits fondamentaux. Elle a adopté ces accords en tant que partie intégrante du droit national en les ratifiant par voie de codes. En outre, le dernier paragraphe de l'article 90 de la Constitution dont le titre est « Ratification des traités internationaux » se lit comme suit : « Les accords internationaux dûment entrés en vigueur ont force de loi. Les accords internationaux ne peuvent pas faire l'objet d'un recours en inconstitutionnalité devant la Cour constitutionnelle (phrase ajoutée le 7 mai 2004 ; loi n° 5170, art. 7). En cas de conflit entre les accords internationaux dûment entrés en vigueur et relatifs aux libertés et droits fondamentaux, et les lois nationales en raison de dispositions différentes concernant ce même sujet, les dispositions des accords internationaux prévalent. » Cette disposition a régularisé au niveau constitutionnel l'application préférentielle des accords internationaux pour réguler les libertés et droits fondamentaux en cas de conflit avec les lois, et reconnaît un état presque au-dessus de la loi. À

4 ÖZBEK Veli Özer, KANBUR Nihat, DOĞAN Koray, BACAĞIZ Pinar, TEPE İlker, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 5. Baskı, Ankara, Seçkin, 2014, p. 90-91.

5 BAYRAKTAR Köksal, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, İstanbul, Sermet Matbaası, 1972, p. 23.

cet égard, la Turquie a lancé plusieurs réglementations dans son droit national conformément aux engagements introduits notamment en raison de l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme. Ainsi, le droit turc inclut non seulement les droits accordés dans la Constitution, mais également l'application directe des dispositions relatives aux libertés et aux droits fondamentaux des accords internationaux auxquels la Turquie adhère. Ces dispositions ont des effets importants sur les usages en Turquie.

Afin d'évaluer la circoncision dans le droit turc, il convient d'abord de préciser le cadre constitutionnel des libertés et des droits fondamentaux auxquels la circoncision est liée. À cet égard, nous exposerons d'abord ci-dessous le fondement constitutionnel des droits tels que les libertés et les droits fondamentaux, l'inviolabilité de la personne, les droits des enfants et les droits à la santé.

#### A. LA CIRCONCISION DANS LE CADRE DES DROITS ET DEVOIRS FONDAMENTAUX

Les articles 12, 13 et 14 qualifiés comme des droits fondamentaux doivent être considérés en particulier lors de l'étude des dispositions de la Constitution de la République de Turquie devant être évaluées en relation avec la circoncision.

L'article 12 de la Constitution énonce : « Chaque personne possède des libertés et des droits fondamentaux inviolables et inaliénables qui lui sont inhérents. Les libertés et les droits fondamentaux englobent également les devoirs et les responsabilités de l'individu envers la société, sa famille et les autres individus », la nature des libertés et des droits fondamentaux est exprimée.

L'article 13 de la Constitution prévoit « la limitation des libertés et des droits fondamentaux ». En conséquence, « Les libertés et les droits fondamentaux peuvent faire l'objet de restrictions uniquement par la loi et conformément aux raisons mentionnées dans les articles correspondants de la Constitution sans enfreindre leur essence. Ces restrictions ne sauront être contraires aux déclarations énoncées dans la Constitution, à son esprit, aux exigences du système démocratique de la société, à la république laïque et au principe de proportionnalité. »

L'article 14 de la Constitution prévoit « l'interdiction d'abus relatifs aux libertés et aux droits fondamentaux ». En conséquence : « Aucun des droits et libertés énoncés dans la Constitution ne saurait être exercé sous la forme d'actions visant à porter atteinte à l'indivisible intégrité de l'État en tant que territoire et nation, et à mettre en danger l'existence du système démocratique et laïque de la République fondé sur les droits de l'homme.

Aucune disposition de la présente Constitution ne saurait être interprétée de manière à permettre à l'État ou à des individus de détruire les libertés et les

droits fondamentaux reconnus par la Constitution ou de permettre l'accomplissement d'actions visant à les restreindre de façon plus étendue que ce que la Constitution énonce.

Les sanctions à l'encontre des individus perpétrant des actions contraires à ces dispositions doivent être définies par la loi. »

En vertu de ces dispositions de la Constitution, il est exprimé qu'on ne peut interférer avec l'essence des libertés et des droits fondamentaux, sauf en cas de restrictions prévues uniquement par la loi selon les principes de nécessité et de proportionnalité<sup>6</sup>.

## B. LA CIRCONCISION DANS LE CADRE DES DROITS ET DEVOIRS D'UNE PERSONNE

Selon la pratique actuelle, il est très difficile de résumer les grandes lignes du cadre juridique de la circoncision en termes d'engagements positifs et négatifs de l'État en matière de protection du développement personnel et de l'existence corporelle et spirituelle de l'individu. La circoncision ayant un impact sur l'existence corporelle et spirituelle de l'individu en tant que rituel religieux et traditionnel, il est important d'énoncer la réglementation constitutionnelle relative au sujet. *Habeas Corpus*, en tant que concept exprimant l'inviolabilité de la personne, est l'expression du thème de la protection de la personne<sup>7</sup>.

L'article 17 de la Constitution, dont le titre est « Inviolabilité de la personne, existence corporelle et spirituelle de l'individu » et dont la nature présente le thème directement, inclut une disposition claire relative à l'intégrité physique de la personne. En conséquence :

« Chaque personne a le droit à la vie et le droit de protéger et d'améliorer son existence sur les plans physique et spirituel.

Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité physique d'une personne sauf en cas de nécessité médicale et dans des cas prévus par la loi. En outre, une personne ne peut être soumise à des expérimentations scientifiques ou médicales qu'avec son consentement.

Nul ne sera soumis à la torture ou des mauvais traitements ; nul ne sera soumis à des peines ou des traitements incompatibles avec la dignité humaine.

(Loi n° 5170, version modifiée le 7 mai 2004) L'acte d'homicide en cas de légitime défense et, quand autorisé par la loi comme une raison impérieuse d'utiliser une

6 TANÖR Bülent, YÜZBAŞIOĞLU Necmi, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 13. Baskı, Beta, Eylül, 2013, p. 134-156; ÖZBUDUN Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 14. Baskı, Ankara, Yetkin, 2013, p. 109-113.

7 KILIÇ Muharrem, "İnsan Haklarında Beden Bütünlüğünün Korunması", in GÜRSOY-NASKALI Emine et KOÇ Aylin (eds), *İğdiş, Sünnet, Bedene Şiddet Kitabı*, İstanbul, Kitabevi, 2009, p. 396-397 (p. 393-410).

arme, durant l'exécution des mandats d'arrêts, la prévention de l'évasion des personnes arrêtées légalement ou condamnées, la répression d'une émeute ou d'une insurrection, l'exécution des ordres donnés par les autorités compétentes sous la loi martiale ou en cas d'état d'urgence, ne relève pas du champ d'application de la disposition du premier paragraphe ».

En considérant en particulier la circoncision au vu de la disposition obligatoire stipulant que l'intégrité physique d'un individu peut faire l'objet de restrictions uniquement en cas de nécessité médicale et de situations prévues par la loi, il est alors possible de se référer à cette procédure si toutes les conditions sont réunies<sup>8</sup>.

L'article 24, présenté dans la partie « Droits et devoirs personnels » relative à la liberté de religion et de conscience, pourrait constituer le cadre juridique pour l'acceptation de la circoncision dans le droit turc. En conséquence : « Toute personne a droit à la liberté de conscience, de croyance et de conviction religieuse.

Les services religieux, les cérémonies et les rites religieux doivent être menés librement, tant qu'ils ne portent pas atteinte aux dispositions de l'article 14.

Nul ne doit être contraint de participer au culte, aux cérémonies et rites religieux, ou de révéler ses croyances et ses convictions religieuses, ou être blâmé ou accusé en raison de ses croyances et convictions religieuses.

L'enseignement religieux et l'éducation morale doivent être menés sous la supervision et le contrôle de l'état. L'instruction en matière de culture religieuse et de morale doit être une des matières obligatoires dans les programmes des écoles primaires et secondaires. Toute autre formation religieuse fera l'objet d'une demande expresse de la personne concernée ou, pour les mineurs, de leurs représentants légaux.

Nul ne doit être autorisé à exploiter ou abuser la religion ou les sentiments religieux, ou les choses considérées comme sacrées par la religion, en aucune manière, à des fins d'influence ou d'intérêt personnel ou politique, ou pour bâtir même partiellement le système fondamental, social, économique, politique et juridique de l'État sur des doctrines religieuses ».

L'évaluation de la liberté de religion et de conscience est laissée au libre arbitre des personnes selon le principe de nécessité et de proportionnalité d'une société démocratique<sup>9</sup>. Selon l'adaptation du principe que nul ne peut être blâmé pour ses croyances religieuses et sa liberté de célébrer des cérémonies religieuses, on constate qu'un système est adapté lorsque l'éducation religieuse a lieu en fonction de la demande de la famille. L'article prévoit également les concepts de culture religieuse et d'éducation religieuse et morale. À cet égard,

8 ÜNVER Yener, "Psikiyatride Hasta Hakları", in *Sağlık Hakkı Özel Sayı: Hasta Hakları*, Sayı:3, Kasım, 2007, p. 25 (p. 20-44).

9 TANÖR Bülent, YÜZBAŞIOĞLU Necmi, *op. cit.*, p. 170-173.



on observe que l'État a autorité sur les cours de culture générale et est limité pour ce qui concerne la religion et l'enseignement moral car l'éducation religieuse est laissée aux soins de la famille. Cependant, ces dispositions sont toutes deux ouvertes à interprétation et leur nature peut entraîner des pratiques arbitraires. Il est essentiel d'établir des limites. Lorsque la disposition est considérée comme centrée sur la circoncision, le droit de la famille à la circoncision de l'enfant de sexe masculin est qualifié comme une apparence de croyance religieuse.

### C. LE CADRE CONSTITUTIONNEL DES DROITS DES ENFANTS

En droit turc, nous constatons la validité des obligations découlant des accords internationaux concernant les enfants, en complément des obligations imposées par l'adhésion à la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant, à la Convention de Lanzarote<sup>10</sup> et à la Convention d'Istanbul<sup>11</sup>. Outre l'inviolabilité de la personne et la protection de l'existence corporelle et spirituelle de l'individu, la Constitution prend également en compte les droits des enfants. À cet égard, l'article 41 de la Constitution dont le titre est « protection de la famille et des droits des enfants » énoncés dans la partie « droits et devoirs sociaux et économiques » dispose que :

« La famille est la fondation de la société turque et s'appuie sur l'égalité entre les époux.

L'État prendra les mesures indispensables et établira les organisations nécessaires afin de protéger la paix et le bien-être de la famille, particulièrement la mère et les enfants, et garantira l'éducation en matière de planification familiale et son usage. Chaque enfant dispose du droit à la protection et aux soins, de même que le droit d'avoir et d'entretenir une relation personnelle et directe avec son/sa mère et père sauf si cela est contraire à ses intérêts supérieurs.

L'État prendra les mesures nécessaires à la protection des enfants contre tous les types d'abus et de violence ».

10 Convention du Conseil de l'Europe, *La protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels*, octobre 2012 : [www.coe.int/t/dghl/standardsetting/children/Lanzarote%20Convention\\_FR.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/children/Lanzarote%20Convention_FR.pdf) (consultation le 03/10/2013).

11 YENISEY Feridun, "Uluslar arası Sözleşmede Kadına Yönelik Şiddet Riskinin Değerlendirilmesi ve Türk Hukuku", in *Yoncalı Platformu Sempozyum Günleri Kütahya-Türkiye'de Aile İçeri Şiddetle Mücadele Hukuk Sempozyumu*, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Yıl: 2012, Cilt: 8, Sayı:97-98, p. 11 (p. 10-13); ŞAHİN Cumhuriyet, "İstanbul Sözleşmesi'nin Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Üzerindeki Etkisi", in *Yoncalı Platformu Sempozyum Günleri Kütahya-Türkiye'de Aile İçeri Şiddetle Mücadele Hukuk Sempozyumu*, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Yıl: 2012, Cilt: 8, Sayı:97-98, p. 17 (p. 17-19).

Par cette disposition, le cadre constitutionnel de l'obligation positive de l'État est énoncé, en ce qui concerne la protection de chaque enfant, le fait de ne pas agir contre leurs intérêts supérieurs et de ne pas les soumettre à des abus. Cette réglementation exprime également la relation parents - enfants, à condition que celle-ci n'aille pas à l'encontre des intérêts supérieurs de l'enfant. Étant donné l'acceptation sociale de la circoncision comme une pratique religieuse et traditionnelle, sa légalité l'empêche d'être évaluée en contradiction avec le droit à l'éducation et à la discipline du parent. En fait, les opinions considérant que le sujet est dans le cadre de la conformité sociale de l'acte montrent que l'acte n'est pas en contradiction avec la loi<sup>12</sup>.

## II. L'ÉVALUATION DE LA CIRCONCISION EN DROIT CIVIL

Le droit civil turc stipule que le statut juridique de l'enfant est déterminé selon les dispositions du Code civil turc n° 4721 (*TCC*). Lors de l'étude des dispositions, afin de procéder à l'évaluation en rapport avec la circoncision, les droits et les devoirs des parents envers l'enfant doivent d'abord être définis. L'article 322 du Code civil turc énonce l'obligation mutuelle des membres de la famille : « La mère, le père et l'enfant ont l'obligation de s'entraider d'une manière permettant de maintenir la paix et l'intégrité de la famille, le respect, de faire preuve de compréhension et de préserver l'honneur de la famille ». L'approche équitable des obligations mutuelles de la mère, du père et des enfants les uns envers les autres au sein de la famille doit être prise en considération avec les obligations de soins et de garde de l'enfant.

L'enfant mineur est sous la garde de ses parents. La garde de l'enfant ne peut pas être retirée à ses parents sans motifs juridiques<sup>13</sup>. Le cadre de la garde est également défini dans le Code civil et par conséquent, la mère et le père devront prendre les mesures nécessaires pour les soins et l'éducation de l'enfant en considérant son bénéfice et appliquer ces décisions. L'enfant est obligé de suivre les conseils de sa mère et de son père. La mère et le père donnent à l'enfant la possibilité de réguler sa propre vie par rapport à sa maturité. Pour des questions importantes, ils tiennent compte de son opinion autant que possible. Un enfant ne peut quitter la maison sans le consentement de sa mère et de son père et ne peut être retiré à leur garde sans motif juridique. L'enfant est nommé par son père et sa mère (Code civil turc, article 339).

---

12 NUHOĞLU Ayşe, *op. cit.*, p. 218.

13 Code civil turc, art. 335, n° 4721.

L'éducation, qui relève du cadre de la garde, est définie par les termes « éducation » et « éducation religieuse » respectivement. À ce sujet, la mère et le père éduquent l'enfant selon leurs ressources, ils dispensent et garantissent son développement physique, mental, spirituel et social. La mère et le père dispensent une éducation générale et professionnelle à l'enfant, en particulier pour ceux présentant des déficiences mentales ou physiques, selon leurs possibilités et leurs dispositions (Code civil turc, article 340). Cependant, l'éducation religieuse est exprimée dans l'article 341 du Code civil turc. La disposition énonce que le droit de définir l'éducation religieuse de l'enfant est du ressort de la mère et du père. Elle énonce également que tout contrat restreignant leurs droits concernant ce thème sera non valable et qu'une personne adulte est libre de choisir sa religion. Il n'existe pas de réglementation claire dans ces dispositions qui pourrait expliquer la circoncision. Encore une fois, lorsqu'on observe les dispositions concernant la protection de l'enfant dans le Code civil turc, lorsque les bénéfices et le développement de l'enfant sont mis en danger et que la mère et le père ne peuvent y remédier ou sont capables de faire cela, un juge prendra les précautions appropriées pour la protection de l'enfant (Code civil turc, article 346). L'article 368 du Code civil turc dispose que les personnes vivant ensemble sont soumises au système du foyer ; les bénéfices de chacun des membres de la famille seront considérés à juste titre. L'article énonce également que chaque membre du foyer bénéficiera de la liberté nécessaire pour son éducation, ses croyances religieuses, son métier et son art. La liberté nécessaire sera également évaluée dans le cadre de la Constitution.

La circoncision n'est pas clairement présentée dans le Code civil. Cependant, aux fins des limites de l'éducation religieuse dans le cadre de la garde, une vaste réglementation doit être interprétée selon l'usage et les coutumes, la prise en considération de la circoncision à cet égard ne sera pas une interprétation contradictoire.

Dans une décision rendue par la Cour de cassation par rapport à l'attribution de la garde, l'évaluation de la circoncision par la Cour reflète partiellement l'approche de cet acte par le droit turc. La décision énonce : « il est constaté que la mère a fait circoncire secrètement son enfant commun de sexe masculin né en 1979, dénommé Göktuğ, sans en informer le père, le demandeur, par quelque moyen. Le père a eu connaissance de cette information par des tierces personnes. La défenderesse qui s'est récemment remariée a déménagé à l'étranger avec son mari et a emmené l'enfant avec elle sans donner d'information à l'administration de l'école ni au père. Le père a été informé de la situation par l'administration de l'école. Les droits de visite accordés légalement au père lors de la décision du tribunal ont été restreints pendant cette période. En fait, il est constaté que la mère, la défenderesse, en dissimulant la cérémonie de circoncision qui se déroule une seule fois dans une vie et est considérée comme la

joie et la fierté d'un parent selon les us et coutumes turcs et en particulier en déménageant à l'étranger et en cachant son adresse au père, a clairement essayé d'empêcher la satisfaction du sentiment de paternité et les droits de visite prévus entre l'enfant et le père conformément aux dispositions du code »<sup>14</sup>. À partir de cette décision, il est établi que la circoncision est définie comme un type de droit considéré comme un élément des us et coutumes turcs.

### III. LA CIRCONCISION DANS LE DROIT PÉNAL TURC

En outre, il n'existe pas de réglementation claire sur la circoncision dans le Code pénal turc n° 5271 (*TCC*). Cependant, l'évaluation de la circoncision dans une optique de conformité avec les lois par rapport à son aspect médical n'a pas encore été discutée à ce jour. En fait, le débat a maintenant commencé, il s'agit de savoir si on peut interpréter l'intervention médicale définie comme la limite de l'inviolabilité de la personne dans la Constitution en y incluant la circoncision. Il ne fait aucun doute que cet acte correspond à une blessure bien que la circoncision ne soit pas légalement approuvée. Infliger une blessure de manière intentionnelle, volontaire et avec des circonstances aggravantes est une infraction à l'intégrité physique énoncée à l'article 86 et suivants du Code civil turc n° 5237.

La circoncision étant pratiquée le plus souvent sous la forme d'un rite traditionnel et religieux et rarement sous la forme d'une intervention médicale, il est difficile d'évaluer la pratique effectuée sous la forme d'intervention médicale. Un des critères déterminant la conformité légale de l'intervention médicale est de savoir si l'intervention est nécessaire ou non du point de vue de la santé<sup>15</sup>. Cependant, cette discussion a été sortie de son contexte d'origine en

14 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 1992/2-140, K. 1992/248, T. 15.4.1992, bkz. <http://66.221.165.115/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/hgk-1992-2-140.htm&query=sünnet#fm> (Cour de Cassation, Commission générale du département des affaires juridiques, dossier n° 1992/2-140 et décision n° 1992/248, en date du 15/04/1992, voir. <http://66.221.165.115/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/hgk-1992-2-140.htm&query=sünnet#fm>).

15 ÇAKMUT YENERER Özlem, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, Legal, İstanbul, Ocak, 2003, p. 81-101 ; SEVÜK YOKUŞ Handan, "Sağlık Hakkı Kapsamında Yapılan Müdahalelerin Türk Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluğu", in *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Özel Sayısı, Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeler Sempozyum n° 1*, Ocak 2007, p. 228-230 (p. 221-243) ; HAKERİ Hakan, "Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları ve Hekimin Yükümlülüğü", in *Tıbbi Uygulama Hataları (Malpraktis) Komplikasyon ve Sağlık Mensuplarının Sorumluluğu, Yayına Hazırlayan: Yener Ünver*, İstanbul, Yeditepe Üniversitesi Yayınları, 2008, p. 13-52.

raison d'opérations esthétiques, et en se référant au fait que le consentement de la personne rend l'intervention conforme à la loi. Le consentement du blessé est défini comme un motif de conformité avec les lois.

Cependant, la notion de consentement est controversée lorsque la circoncision des enfants est concernée<sup>16</sup>. Ainsi, lorsque le consentement de l'enfant n'est pas possible, dans les cas d'absence d'intervention médicale, la nature de la circoncision restera contestable<sup>17</sup>. Néanmoins, la discussion de ce sujet par les juristes ne dépasse pas l'aspect théorique<sup>18</sup>. Aucune décision ne remet en question le cadre juridique de la circoncision et aucun débat n'a lieu afin de déterminer si l'acte est conforme à la loi ou non.

## A. LA CIRCONCISION EN TANT QU'INTERVENTION MÉDICALE

En évaluant la circoncision dans le cadre d'une intervention médicale, il est constaté que l'intervention médicale doit avoir un caractère obligatoire, afin que les conditions de l'intervention et son acceptation comme motif de conformité avec la loi dans le droit turc soient reconnues<sup>19</sup>. Cette nécessité est l'illustration d'une situation qui montre que l'intervention médicale est fondée sur des motifs justifiables<sup>20</sup>. Cependant, l'article 17 de la Constitution de la République turque prévoit qu'une intervention médicale fait partie des limites de l'inviolabilité de la personne. La conformité de l'intervention médicale avec la loi est expliquée avec l'exercice du droit<sup>21</sup> et du consentement des personnes concernées ; les motifs de conformité avec la loi<sup>22</sup> sont exprimés dans l'article 24 du Code civil turc. La condition recherchée ici, aux fins de motifs de conformité avec la loi pour le consentement de la personne concernée qui rendra l'intervention médicale légale, est la capacité de la personne donnant le consentement de disposer de la valeur juridique, le sujet du consentement de cette personne<sup>23</sup>. Dans cette perspective, et même si la circoncision est acceptée comme une

16 ERMAN BARIŞ, *Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, *op. cit.*, p. 80.

17 ÇAKMUT YENERER Özlem, *op. cit.*, p. 81 et s.

18 YERDELEN Erdal, "Hukuki Açıdan Sünnet", in *Tıp Hukuku Dergisi*, Nisan, 2013, C:2, S:3; p. 48 (p. 43-75).

19 HAKERİ Hakan, *Tıp Hukuku El Kitabı, Seçkin*, 8. Baskı, Ankara, 2014, p. 117-196.

20 YERDELEN Erdal, *op. cit.*, p. 48.

21 DÖNMEZER Sulhi, ERMAN Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Genel Kısım Cil:II, Yeniden Gözden Geçirilmiş Onikinci Bası, Beta, Ekim, 1999, p. 51; İÇEL Kayıhan, *Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk*, İstanbul, 1967, p. 207-208.

22 ÜNVER Yener, *zin Verilen Risk*, İstanbul, Beta, Mart, 1998, p. 188 et s.; HAKERİ Hakan, *Tıp Hukuku El Kitabı, op. cit.*, p. 153.

23 ÜNVER Yener, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Ankara, Seçkin, 2003, p. 977; Sevük yokuş Handan, *op. cit.*, p. 228-230.

intervention médicale, la validité du consentement sera contestable aux fins de la procédure effectuée sur une valeur juridique dont l'enfant est dans l'incapacité de disposer juridiquement. Dans les cas nécessitant une intervention médicale, il n'existe pas de difficulté juridique pour accepter le consentement du parent. Cependant, dans ce cas, lorsque la nécessité médicale n'existe pas, il est difficile d'expliquer d'un point de vue juridique la validité du consentement concernant un acte violant l'intégrité physique et souhaité par les parents pour l'enfant. Il n'est pas toujours possible de justifier la circoncision comme une intervention médicale en conformité avec la loi<sup>24</sup>. Les opinions mettant en avant l'utilité médicale de la circoncision ne peuvent être dûment justifiées<sup>25</sup>.

## B. LA CIRCONCISION DANS LE CADRE DE L'ACCEPTATION SOCIALE DE L'ACTE

L'acte de la circoncision n'est pas expliqué par des conclusions médicales. La circoncision en tant que fait social est pratiquée avec le consentement des parents de l'enfant. Il s'agit d'une pratique religieuse et traditionnelle. La circoncision est acceptée dans la société comme la cérémonie de transition de l'enfance à l'âge adulte pour un homme. Il s'agit d'un moment de fierté pour la mère et le père comme expliqué dans la décision de la Cour de cassation mentionnée précédemment. Cette pratique est en contradiction avec la loi d'un point de vue social. Ainsi, il devient difficile de faire accepter que cette pratique résulte en une blessure, alors que la pratique est acceptée socialement et que si elle n'est pas effectuée, l'enfant peut alors être exclu de certains milieux sociaux. En fait, le motif pour l'absence de sanction pour l'acte en tant que délit de blessure intentionnelle, initialement prévu à l'article 86 du Code civil turc, n'est rien d'autre que la conformité sociale de l'acte<sup>26</sup>.

En droit turc, il est possible de déterminer que la circoncision est également acceptée d'un point de vue juridique. Le cadre juridique de la personne et des institutions autorisées à effectuer la circoncision sans motif criminel<sup>27</sup>, article 3 de la loi relative à la pratique de la médecine et des sciences médicales n° 1219, prévoit la procédure chirurgicale et énonce que la circoncision fait partie d'une telle procédure. D'un point de vue juridique, il est énoncé que la personne

---

24 ÜNVER Yener, "Tibbi Malpraktis ve Ceza Hukuku", in *Tibbi Uygulama Hataları (Malpraktis) Komplikasyon ve Sağlık Mensuplarının Sorumluluğu*, Yayına Hazırlayan: Yener Ünver, Yeditepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008, p. 53-116.

25 YERDELEN Erdal, *Hukuki Açıdan Sünnet*, *op. cit.*, p. 47.

26 NUHOĞLU Ayşe, *op. cit.*, p. 218-219; HAKERİ Hakan, *Tıp Hukuku El Kitabı*, *op. cit.*, p. 195.

27 ÜNVER Yener, *op. cit.*, p. 53-116.

autorisée à pratiquer la circoncision doit être un médecin et qu'eux seuls sont habilités à la pratiquer et uniquement dans des institutions agréées pour la pratique médicale<sup>28</sup>.

Bien que non lié à la validité juridique de la circoncision, un événement, lors duquel la personne pratiquant la circoncision a causé une blessure à l'enfant en raison de négligence, est devenu le motif de la décision de la Cour de cassation et une peine est purgée par la personne ayant pratiqué l'acte pour blessure par négligence<sup>29</sup>. À l'époque de la décision, la circoncision a également été pratiquée par une personne disposant d'une autorisation légale, mais pas par des médecins.

## CONCLUSION

En conclusion, le débat sur la validité juridique de la circoncision est assez récent dans le droit turc. Malgré cette innovation, la qualification de l'acte comme un acte de blessure volontaire est rendue difficile par l'acceptation sociale de la circoncision. Même si la circoncision est considérée dans le respect des libertés et droits fondamentaux, la définition de sa place au sein de droits tels que l'inviolabilité de la personne, la liberté de religion et de conscience, les droits de l'enfant et le droit des parents à l'éducation, le développement et aux soins médicaux de l'enfant est difficile. L'inviolabilité de l'enfant renvoie à l'inviolabilité de la personne. Dans le cadre de l'inviolabilité de la personne, chaque individu est en droit de protéger et de développer son existence sur les plans corporel et spirituel. Les croyances religieuses sont partie intégrante de l'existence spirituelle. Bien que la circoncision soit évaluée dans le cadre de l'ensemble de ces droits, il est difficile de dire qu'elle est partie intégrante de ces droits. En effet, la circoncision est un rituel se déroulant selon les règles traditionnelles et religieuses de la société. Dans les cas où elle n'est pas pratiquée, l'enfant, qui est le premier concerné, remet en question sa personnalité et son existence. On ne peut contester la conformité sociale de la circoncision, qui est acceptée comme une cérémonie traditionnelle de transition de l'enfance à l'âge adulte pour le garçon, et est attendue impatientement par l'enfant et sa famille. En conséquence, la circoncision n'a jamais été perçue comme un acte

28 Law Upon Mode of Execution of Medicine and Medical Sciences n° 1219; *Official Gazette*: 04/14/1928 – 863.

29 Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2002/2-188, K.2002/317, T.24.9.2002; karar için bkz. [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), consultation le 12/04/2015. (Court of Cassation General Board of Criminal Department with file number 2002/2-188 and decision number 2002/317, dated 09/24/2002 ; voir [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) for the decision, consultation le 04/12/2015).

constituant un crime. Cependant, la caractérisation superficielle de la question et l'explication de la circoncision par le biais de la conformité sociale ne suffisent pas à expliquer la circoncision d'un point de vue juridique. C'est pourquoi, il est nécessaire de mettre en place une législation relative à la circoncision avec une réglementation claire comme dans le droit allemand. La conformité de la circoncision avec la loi devrait être exprimée clairement contre l'incapacité de la réglementation actuelle. Bien que la circoncision soit considérée comme un acte médical dans la législation relative à la santé, sa pratique ne comporte pas toujours les conditions de validité d'un acte médical. Il est difficile de décider d'un acte devant être pratiqué sur un enfant sur la base d'un consentement non valable. Selon notre avis, en expliquant l'absence de fondement juridique par la conformation sociale de l'acte, l'application des règles de droit pénal restera exclue uniquement pour une certaine durée. Comme nous l'avons indiqué dans ce contexte, il est approprié de mettre en place une réglementation claire puisque la circoncision est un rite essentiel dans la société turque.



# La circoncision rituelle au Canada<sup>1</sup>

MARIE-PIERRE ROBERT

## I. INTRODUCTION

La circoncision est pratiquée au Canada chez une proportion importante de Nouveau-nés, pour des motifs divers : esthétiques, d'hygiène, de routine ou, plus rarement, rituels. En 2006-2007, 31,9 % des bébés de sexe masculin avaient été circoncis au Canada<sup>1</sup>. La pratique est plus fréquente dans certaines provinces - comme en Ontario ou en Alberta, où elle se situe à 44 % - que dans d'autres, comme au Québec où elle représente 12 %<sup>2</sup>. Cette intervention n'est toutefois pas remboursée par l'assurance maladie étatique<sup>3</sup>. Ainsi, la pratique de la circoncision est loin d'être marginale au Canada, ce qui se reflète peut-être dans le traitement juridique de la circoncision rituelle.

---

Nous tenons à remercier Marie-Michèle FOUNT, diplômée en pratique du droit criminel et pénal, pour l'excellent travail de recherche et de rédaction préliminaire qu'elle a effectué pour les fins de ce rapport.

- 1 Agence de la santé publique, *Enquête canadienne sur l'expérience de la maternité*, 2008. Voir aussi : <http://news.nationalpost.com/2013/03/03/more-than-half-of-canadians-would-consider-circumcising-their-son-study/>.
- 2 *Ibid.*
- 3 BOUCLIN Suzanne, "An Examination of Legal and Ethical Issues Surrounding Male Circumcision: The Canadian Context", *Int. Journal of Men's Health*, 4, 2005, p. 205.

Au Canada, la circoncision rituelle n'est visée expressément par aucun texte législatif. Bien qu'il existe quelques décisions jurisprudentielles sur le sujet, elles sont très peu nombreuses, la question de la circoncision rituelle n'ayant pas donné lieu à un contentieux important. Dans la même veine, les résolutions du Conseil de l'Europe n'ont pas eu autant d'écho au Canada que sur le vieux continent. Le droit commun, qu'il soit civil, familial, pénal, disciplinaire ou constitutionnel, prévoit tout de même des règles générales qui peuvent s'appliquer à cette pratique, à défaut de législation ou de jurisprudence plus précise sur le sujet.

Le présent rapport a pour objectif d'étudier l'état du droit canadien sur la question de la circoncision rituelle, ce qui interpelle plusieurs branches du droit, dont certaines sont fédérales et d'autres, provinciales. Lorsque le droit provincial sera analysé, la priorité sera donnée au droit québécois, bien que des références à d'autres droits provinciaux puissent être faites, lorsque pertinent. Nous analyserons ainsi le droit des personnes et de la famille, la responsabilité médicale, le droit pénal, ainsi que la protection constitutionnelle des droits et libertés.

## II. DROIT DES PERSONNES ET DE LA FAMILLE

### A. CONSENTEMENT AUX SOINS

Si le Code civil du Québec ne prévoit aucune disposition spécifique sur la circoncision, il contient tout de même les règles générales concernant l'intégrité de la personne et le consentement aux soins. Voici les dispositions pertinentes :

#### « DE L'INTÉGRITÉ DE LA PERSONNE

**10.** Toute personne est inviolable et a droit à son intégrité.

Sauf dans les cas prévus par la loi, nul ne peut lui porter atteinte sans son consentement libre et éclairé.

1991, c. 64, a. 10.

#### SECTION I

#### DES SOINS

**11.** Nul ne peut être soumis sans son consentement à des soins, quelle qu'en soit la nature, qu'il s'agisse d'examen, de prélèvements, de traitements ou de toute autre intervention.

Si l'intéressé est inapte à donner ou à refuser son consentement à des soins, une personne autorisée par la loi ou par un mandat donné en prévision de son inaptitude peut le remplacer.

**12.** Celui qui consent à des soins pour autrui ou qui les refuse est tenu d'agir dans le seul intérêt de cette personne en tenant compte, dans la mesure du possible, des volontés que cette dernière a pu manifester.

S'il exprime un consentement, il doit s'assurer que les soins seront bénéfiques, malgré la gravité et la permanence de certains de leurs effets, qu'ils sont opportuns dans les circonstances et que les risques présentés ne sont pas hors de proportion avec le bienfait qu'on en espère.

**13.** En cas d'urgence, le consentement aux soins médicaux n'est pas nécessaire lorsque la vie de la personne est en danger ou son intégrité menacée et que son consentement ne peut être obtenu en temps utile.

Il est toutefois nécessaire lorsque les soins sont inusités ou devenus inutiles ou que leurs conséquences pourraient être intolérables pour la personne.

**14.** Le consentement aux soins requis par l'état de santé du mineur est donné par le titulaire de l'autorité parentale ou par le tuteur.

Le mineur de 14 ans et plus peut, néanmoins, consentir seul à ces soins. Si son état exige qu'il demeure dans un établissement de santé ou de services sociaux pendant plus de 12 heures, le titulaire de l'autorité parentale ou le tuteur doit être informé de ce fait.[...]

**16.** L'autorisation du tribunal est nécessaire en cas d'empêchement ou de refus injustifié de celui qui peut consentir à des soins requis par l'état de santé d'un mineur ou d'un majeur inapte à donner son consentement; elle l'est également si le majeur inapte à consentir refuse catégoriquement de recevoir les soins, à moins qu'il ne s'agisse de soins d'hygiène ou d'un cas d'urgence.

Elle est, enfin, nécessaire pour soumettre un mineur âgé de 14 ans et plus à des soins qu'il refuse, à moins qu'il n'y ait urgence et que sa vie ne soit en danger ou son intégrité menacée, auquel cas le consentement du titulaire de l'autorité parentale ou du tuteur suffit.

**17.** Le mineur de 14 ans et plus peut consentir seul aux soins non requis par l'état de santé; le consentement du titulaire de l'autorité parentale ou du tuteur est cependant nécessaire si les soins présentent un risque sérieux pour la santé du mineur et peuvent lui causer des effets graves et permanents.

**18.** Lorsque la personne est âgée de moins de 14 ans ou qu'elle est inapte à consentir, le consentement aux soins qui ne sont pas requis par son état de santé est donné par le titulaire de l'autorité parentale, le mandataire, le tuteur ou le curateur;

l'autorisation du tribunal est en outre nécessaire si les soins présentent un risque sérieux pour la santé ou s'ils peuvent causer des effets graves et permanents.

## CHAPITRE DEUXIÈME

### DU RESPECT DES DROITS DE L'ENFANT

**32.** Tout enfant a droit à la protection, à la sécurité et à l'attention que ses parents ou les personnes qui en tiennent lieu peuvent lui donner.

**33.** Les décisions concernant l'enfant doivent être prises dans son intérêt et dans le respect de ses droits.

Sont pris en considération, outre les besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques de l'enfant, son âge, sa santé, son caractère, son milieu familial et les autres aspects de sa situation.

**34.** Le tribunal doit, chaque fois qu'il est saisi d'une demande mettant en jeu l'intérêt d'un enfant, lui donner la possibilité d'être entendu si son âge et son discernement le permettent. »

Dans le contexte de la circoncision rituelle qui vise un enfant mineur, ce dernier sera généralement trop jeune pour pouvoir consentir personnellement à l'intervention. Se pose donc la question de savoir si les parents peuvent y consentir et à quelles conditions. À cet égard, le Code civil du Québec établit la distinction entre les soins *requis* par l'état de santé, auxquels les parents peuvent consentir (art. 14 du Code civil du Québec) et les soins *non requis* par l'état de santé de l'enfant, qui demandent, en outre du consentement parental, celui du tribunal si « les soins présentent un risque sérieux pour la santé ou s'ils peuvent causer des effets graves et permanents » (art. 18 du Code civil du Québec). En pratique, la circoncision n'est pas considérée avoir de tels effets et l'autorisation du tribunal n'est en conséquence pas exigée.

#### 1. Soins requis et non requis par l'état de santé

Qu'est-ce qu'un soin requis par l'état de santé ? Les soins considérés comme requis peuvent prendre plusieurs formes : l'hospitalisation, la prise de médicaments, les chirurgies nécessaires à une brûlure ou une malformation, l'alimentation ainsi que les prises de sang. Ne sont pas considérés comme des soins requis

les tatouages ainsi que les chirurgies purement esthétiques<sup>4</sup>. Les soins requis ont été interprétés par les tribunaux comme un traitement ayant pour objectif la guérison, le maintien des acquis fonctionnels, la prévention d'une détérioration de la condition médicale et le soulagement de la souffrance. Il faut également que ce traitement soit conforme aux connaissances et pratiques médicales reconnues et qu'il soit motivé en considération des circonstances propres à chaque cas.

La jurisprudence interprète la notion de soins médicalement requis de façon préventive, de façon à contrer un danger probable et non seulement en fonction du danger présent<sup>5</sup>. Ainsi, un vaccin contre la méningite a été considéré comme requis, puisque dans le meilleur intérêt de l'enfant. Il a été conclu que le consentement des parents en regard de ces soins doit être donné dans l'intérêt de l'enfant en considérant les bénéfices, l'opportunité et la proportionnalité liés au traitement en question<sup>6</sup>. Donc, même si les tribunaux ont interprété la notion de soins requis de façon assez large, elle ne semble pas pouvoir s'appliquer à la circoncision rituelle, qui n'apporte pas de bienfaits d'ordre médical.

## 2. Traitement thérapeutique ou non

Dans les provinces autres que le Québec, c'est plutôt une distinction entre soins thérapeutiques et soins non thérapeutiques qui est établie. Un traitement thérapeutique est une intervention préventive, palliative, diagnostique, ou toute autre procédure médicale liée à la santé<sup>7</sup>. À l'inverse, un traitement non thérapeutique est mis en œuvre pour des raisons autres que médicales<sup>8</sup>. Dans un tel cas, une mutilation ne peut être justifiée, sauf si le patient peut lui-même donner un consentement libre et éclairé.

En comparant la notion de traitement thérapeutique à celle de soins requis, il semble que les soins thérapeutiques soient une notion plus large. Selon le *Petit Larousse Illustré* : « thérapeutique » est la partie de la médecine qui étudie et pratique le traitement des maladies ; alors que « requis » vient du verbe « requérir » au sens de demander obligatoirement, d'exiger, comportant la notion de nécessité. Il n'en demeure pas moins qu'une circoncision non justifiée médicalement est jugée non thérapeutique<sup>9</sup>.

4 [www.educaloi.qc.ca/jeunesse/capsules/le-consentement-aux-soins](http://www.educaloi.qc.ca/jeunesse/capsules/le-consentement-aux-soins) ; [www.educaloi.qc.ca/capsules/les-differents-types-de-soins-de-sante](http://www.educaloi.qc.ca/capsules/les-differents-types-de-soins-de-sante).

5 *Québec (Curateur public) c. É.R. et CLSC Marie-Thibault*, [1998] n° AZ-99021114 (C.S.).

6 *J.L. c. D.B.*, [2001], n° AZ-50105037 (C.S.).

7 BOUCLIN Suzanne, art. cit., p. 205.

8 *Ibid.*

9 *Ibid.*, note 7 ; SOMERVILLE Margaret A., "Therapeutic and Non-Therapeutic Medical Procedures - What are the Distinctions?", 2, 1981, *Health Law Canada*, p. 85.

### 3. Intervention du tribunal en cas de désaccord des parents

En 2004, le Collège des médecins et des chirurgiens de la Colombie-Britannique, dans le Guide de politiques relatif à la circoncision des jeunes garçons, avisait ses membres qu'il était nécessaire pour pratiquer l'intervention d'obtenir le consentement signé des deux parents<sup>10</sup>. Au Québec, les Commentaires du Ministre sur l'article 14 du Code civil vont également en ce sens. Il y est mentionné que si l'autorité parentale et la tutelle reposent sur deux personnes différentes, l'intérêt de toutes deux à consentir ou à être informées est reconnu par la loi.

Si les deux parents doivent consentir à la circoncision, se pose alors la question de savoir ce qui advient en cas de désaccord entre eux sur cette question. Bien qu'il n'y ait pas de jurisprudence précise sur cette question, elle sera résolue par les principes généraux applicables en la matière. L'article 604 du Code civil du Québec prévoit, à cet égard, que le tribunal tranche :

« 604. En cas de difficultés relatives à l'exercice de l'autorité parentale, le titulaire de l'autorité parentale peut saisir le tribunal qui statuera dans l'intérêt de l'enfant après avoir favorisé la conciliation des parties. »

Même si les deux parents ne pratiquent pas la même religion, le droit qu'a un parent d'enseigner la religion de son choix à son enfant subsiste. Cependant, l'enseignement d'une religion par l'un des parents doit respecter l'enseignement de la religion de l'autre parent. Lorsqu'il y a conflit entre les parents à cet effet, au Québec, l'article 604 du Code civil du Québec s'applique et l'intérêt de l'enfant est décrit à l'article 33 du Code civil du Québec.

Dans la décision *Droit de la famille – 2505*<sup>11</sup>, l'intérêt de l'enfant dans un contexte lié à la religion des parents a été interprété. Dans cette affaire, la mère, séparée du père, voulait que leur enfant se fasse administrer le sacrement de la première communion. Le père étant musulman, il refusait que ses enfants se soumettent à cette pratique. Il a donc présenté une requête en injonction interlocutoire au tribunal pour empêcher la tenue de cette activité. Dans ce cas, on a considéré que le sacrement de la première communion ne devait pas être administré, puisqu'il était mieux de remettre cette décision importante à un moment où l'enfant pourrait lui-même choisir et qu'il était mieux pour lui qu'aucun choix déterminant ne soit fait. *A fortiori*, cette décision militera contre la circoncision d'un enfant, en cas de désaccord des parents.

---

10 College of Physicians and Surgeons of British Columbia, "Infant Male Circumcision", in *Resource Manual for Physicians*, Vancouver, BC: College of Physicians and Surgeons of British Columbia, 2004.

11 [1996] J.Q. n° 2990.

Dans la même logique, dans l'affaire *Protection de la jeunesse – 092156*<sup>12</sup>, le tribunal a ordonné le placement en centre d'hébergement d'un adolescent ayant des problèmes de comportements sexuels et autres. Dans ce jugement, la Cour a refusé la demande du père musulman de faire circoncire son fils, car compte tenu du fait que l'adolescent aurait bientôt 14 ans, le juge a estimé qu'il était préférable que le jeune homme prenne cette décision par lui-même.

## B. INTÉRÊT DE L'ENFANT DANS LE CONTEXTE RELIGIEUX

La décision des parents de faire circoncire leur fils devrait être guidée par certains facteurs établis dans le Code civil du Québec, les parents devant seulement exercer leur autorité parentale pour le bénéfice et la protection de l'enfant<sup>13</sup>. Dans tous les cas, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être le facteur déterminant dans la prise de décision liée à ses traitements et à la pratique de la culture religieuse de ses parents<sup>14</sup>.

Dans le cas de la circoncision rituelle, la question du lien entre l'identité religieuse et culturelle de l'enfant et son meilleur intérêt se pose. Si cette question précise ne s'est pas posée, à notre connaissance, en droit canadien, certaines décisions relatives aux témoins de Jéhovah peuvent tout de même éclairer le débat. En effet, en principe, la liberté de religion des parents inclut le droit d'enseigner la religion désirée à son enfant. Une limite a cependant été imposée à ce droit. Dans *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*<sup>15</sup>, la Cour suprême du Canada a déterminé que le droit à la liberté prévu à la Charte canadienne des droits et libertés ne comprend pas le droit des parents de refuser à leur enfant un traitement médical jugé nécessaire par un professionnel de la santé et pour lequel il n'existe aucune autre alternative valable. Comprend-t-il inversement le droit de consentir à un traitement non nécessaire ?

Dans cet arrêt, le rôle de la communauté religieuse dans l'intérêt de l'enfant n'a pas été abordé. Cependant, certains auteurs considèrent qu'elle aurait dû l'être davantage. Par exemple, Julie Laliberté, dans son mémoire de maîtrise, fait ressortir le fait que le phénomène culturel entourant une communauté ne devrait pas être pris à la légère, bien que les tribunaux considèrent le traitement ou le refus comme une atteinte au droit individuel de l'enfant à la vie de l'enfant. Tel qu'elle le mentionne en parlant de la jeune Sheena B. de cette cause :

12 2009 QCCQ 9006.

13 *E. (Mme) c. Eve*, [1986] 2 RCS 388 ; *Strong v. Strong*, 1993 CanLII 855.

14 CHAN Emily, MILNE Cheryl, POLLART Nadja, ROGERSON Carol, VANDERGRIFT Kathy et WOLFF Lisa, *Conférence sur l'intérêt supérieur de l'enfant : signification et mise en application au Canada*, 2009.

15 [1995] 1 R.C.S. 315.

« Néanmoins, n'était-il pas aussi dans l'intérêt de l'enfant de tenir compte de telles conséquences ? Sheena est maintenant considérée souillée aux yeux de Dieu et sûrement aux yeux de ses parents qui sont des croyants convaincus »<sup>16</sup>. Sans conclure sur l'approche à adopter dans un tel contexte, elle spécifie tout de même que cela devrait être considéré par les tribunaux, ce qui n'avait pas été fait dans cette affaire. De plus, tel que mentionné par la professeure Shauna Van Praagh<sup>17</sup>, le jugement qui sera posé par la communauté sur l'enfant devrait porter à réflexion puisque, dans certains cas, comme celui de Sheena B. cela entraînera un plus grand mal à l'enfant que si sa vie est sauvée.

Ainsi, l'influence de la culture et de la religion de l'enfant dans l'évaluation de la mesure dans laquelle la circoncision rituelle est dans l'intérêt de l'enfant demeure à être précisée. Par analogie, la jurisprudence en matière de garde – où le critère est également celui de l'intérêt de l'enfant – peut être pertinente. À cet égard, dans le contexte d'un litige sur la garde d'un enfant né d'une mère blanche et d'un père noir, la Cour suprême du Canada a eu à se pencher sur l'importance de la race et de la culture de l'enfant dans l'évaluation de son intérêt :

« La race peut être un facteur dans l'appréciation de l'intérêt de l'enfant parce qu'elle est liée à sa culture, à son identité et à son bien-être affectif. Le Nouveau-Brunswick, par exemple, a adopté une loi prescrivant la prise en considération obligatoire du "patrimoine culturel et religieux" dans toutes les décisions relatives à la garde (*Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2, art. 1 et 129(2)). [...]

Il est important que le parent gardien reconnaisse le besoin d'identité culturelle de l'enfant et qu'il favorise son développement en ce sens. Je serais donc d'accord pour dire que la preuve touchant ce qu'on appelle le "dilemme culturel" des enfants issus de deux races [...] est pertinente et devrait toujours être reçue. Mais, dans une affaire de garde, l'importance de la preuve relative à la race doit être soigneusement examinée par le juge de première instance<sup>18</sup>. [...]

En l'espèce, rien en preuve n'indiquait que la race était une considération importante »<sup>19</sup>.

16 LALIBERTÉ Julie, *La liberté de religion et les intérêts de l'enfant au Canada*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 2004.

17 VAN PRAAGH Shauna, "Faith, Belonging, and the Protection of Our' Children", (1999) 17 Windsor Y.B. Access Just. 154. Voir aussi HORWITZ Paul, "The sources and Limits of Freedom of Religion in a Liberal Democracy: Section 2(a) and Beyond", (1996) 54 U.T. Fac. L. Rev 1-64.

18 *Van de Perre c. Edwards*, [2001] 2 R.C.S. 1014, § 40.

19 *Ibid.*, § 42.



La jurisprudence québécoise a plutôt tendance à favoriser la liberté de religion, ce qui comprend le droit de pratiquer sa religion et de l'enseigner à son enfant et ce, même s'il s'agit d'une religion différente de celle de l'autre parent<sup>20</sup>. Cependant, l'enseignement d'une religion par l'un des parents doit respecter l'enseignement de la religion de l'autre parent. Bien que les parents aient une liberté de religion qui s'étend sur leurs enfants, les enfants ont eux-aussi le droit de choisir quelle religion ils pratiqueront. L'enseignement des parents devrait donc respecter ce droit, et permettre à l'enfant de choisir la religion qu'il voudra pratiquer lorsqu'il sera en âge de choisir<sup>21</sup>.

L'article 33 du Code civil du Québec veille à ce que les tribunaux prennent leur décision en gardant à l'esprit l'intérêt supérieur de l'enfant. La loi fédérale sur le divorce prévoit également ce critère en matière de garde d'enfant<sup>22</sup>. Dans ce contexte, les droits de l'enfant sont jugés supérieurs à ceux des parents en matière de choix de religion. Ainsi, la Cour suprême du Canada, dans *Young c. Young*<sup>23</sup>, a déterminé que le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant ne violait pas la liberté religieuse du parent (en l'occurrence, témoin de Jéhovah), mais qu'il fallait abolir les restrictions d'accès relatives à la pratique religieuse lors de l'exercice des droits de visite du père. Le juge interviendra dans ce contexte comme un protecteur du faible, en l'occurrence, l'enfant, sans avoir à attendre la réalisation d'un préjudice à son encontre. Aucun choix définitif ne devrait être fait pour l'enfant, il devra pouvoir procéder à un véritable choix le temps venu.

### III. RESPONSABILITÉ MÉDICALE

#### A. RESPONSABILITÉ CIVILE

Plusieurs poursuites en responsabilité civile ont été déposées contre des médecins ayant procédé à des circoncisions, qui n'étaient pas nécessairement rituelles. Alors que certaines ont été accueillies, d'autres ont été rejetées.

20 *Droit de la famille – 1150*, 1990 *CanLII 2932 (QC CA)*; *Droit de la famille – 1456*, 1991 *CanLII 3133 (QC CA)*. Voir aussi LANDHEER-CIESLAK Christelle et SARIS Anne « La réception de la norme religieuse par les juges de droit civil français et québécois : étude du contentieux concernant le choix de la religion, l'éducation et la pratique religieuse des enfants », *McGill L.J.*, 2003, 48, p. 671-745.

21 *Droit de la famille – 2505*, [1996] J.Q. n° 2990.

22 *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), ch. 3 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 16(8).

23 [1993] 4 RCS 3.

Ainsi, en 1950, au Manitoba, un enfant a eu de graves blessures suite à la pratique d'une circoncision par un médecin. Des dommages-intérêts lui ont été accordés puisqu'il a dû faire face à la vie avec un pénis déformé, pour le plaisir qu'il n'aurait plus lors d'actes sexuels et pour les difficultés qu'il aura à se marier dans ces circonstances<sup>24</sup>.

Dans l'affaire *Bera v. Marr*<sup>25</sup>, un jeune a subi des complications suite à une circoncision effectuée avec négligence, dont a résulté une déviation du pénis à cause de l'ablation d'une trop grande quantité de peau d'un côté du prépuce. Le médecin a été condamné à verser 40 000 dollars en dommages-intérêts à son patient pour les opérations supplémentaires, ainsi que pour les séquelles physiques et psychologiques que ce dernier a subies. Il ne s'agissait pas d'une circoncision rituelle, mais d'une opération justifiée médicalement.

Dans *Oliver v. Paras*<sup>26</sup>, les parents n'avaient pas été informés des risques possibles et des opinions réfractaires contre la circoncision des bébés naissants. À la suite de complications, les parents ont poursuivi le médecin en dommages-intérêts devant la division des petites créances. La Cour a conclu que les règles concernant le consentement éclairé n'étaient pas les mêmes pour cette intervention de routine que pour les autres chirurgies et a donc rejeté le recours des parents.

Dans *Sanzana v. Wiggins*<sup>27</sup>, un homme a poursuivi son médecin pour les dommages physiques qu'il avait subis à la suite d'une circoncision justifiée médicalement. Le patient a prétendu ne pas avoir pas été correctement informé des risques liés à l'intervention et a estimé qu'une proportion insuffisante du prépuce avait été prélevée. La poursuite a été rejetée, car la Cour a estimé que le patient avait donné un consentement éclairé.

## B. DROIT DISCIPLINAIRE

En Ontario, une plainte disciplinaire a récemment été rejetée contre le Docteur Aron Jenson, un *mohel* qui pratique le *Metzitzah b'peh*, un rituel juif orthodoxe et ultra-orthodoxe consistant, après la circoncision, à aspirer le sang du pénis, soit directement avec la bouche ou en utilisant un tube de verre. Le Comité d'appel des professions de la santé a décidé de ne pas intenter une action en justice, notamment parce qu'il a considéré la plainte comme un

24 *Gray v. LaFleche*, [1950] 1 WWR 193.

25 [1988] B.C.J. N° 1967.

26 [1993] N.B.J. N° 239.

27 1998 CanLII 4026 (BC SC).

moyen détourné d'attaquer la pratique de la circoncision<sup>28</sup>. De plus, il ajouta que puisque le Docteur Jensin utilisait un petit tube de plastique pour aspirer le sang, il agissait conformément à son Code de déontologie et le nouveau-né ne risquait pas d'être en contact avec différents virus<sup>29</sup>. Cette plainte s'inscrit dans la logique de la controverse créée par cette pratique à New York, où certains nouveau-nés sont décédés d'un herpès contracté de cette façon.

Au Québec, le Docteur Raymond Rezaie est actuellement poursuivi en discipline devant le Collège des médecins pour avoir bâclé une trentaine de circoncisions non thérapeutiques sur des nouveau-nés, ce qui a entraîné des complications nécessitant l'intervention de plusieurs autres médecins. La plainte a été déposée en décembre 2013 et l'affaire est toujours en cours<sup>30</sup>.

Dans l'affaire *Re Lazar*<sup>31</sup>, le Collège des médecins du Manitoba a exprimé sa désapprobation face au comportement d'un médecin qui avait pratiqué une circoncision sur un bébé alors que les parents n'avaient pas encore consenti à l'intervention. Il avait fait erreur sur la personne, quand il s'est aperçu de l'erreur il a obtenu le consentement des parents, sans toutefois leur mentionner que l'intervention avait déjà été faite. En omettant de leur divulguer toute la situation, il a ainsi induit les parents en erreur. Il s'agissait d'un cas de circoncision de routine.

En 2002, un jeune McWillis est aussi décédé en Colombie-Britannique, suite à des saignements trop importants et un manque de suivi de la part des intervenants (*Judgement of Inquiry into the death of Ryleigh Roman Bryan McWillis*).

---

28 *DS v. Af*, 2014 CanLII 35846 (ON HPARB). La plainte était basée sur cet article de journal : [www.cjnews.com/health/haredim-insist-oral-suction-necessary-brit-milah](http://www.cjnews.com/health/haredim-insist-oral-suction-necessary-brit-milah). <http://news.nationalpost.com/2014/07/09/doctor-cleared-after-complaint-over-orthodox-jewish-practice-of-sucking-blood-from-babys-penis-after-circumcision/>.

29 *Ibid.*

30 *Médecins (Ordre professionnel des) c. Rezaie*, 2013 CanLII 84611 (QC CDCM) ; *Rezaie c. Médecins (Ordre professionnel des)*, 2014 QCTP 74.

31 2006 CanLII 61075.

## IV. DROIT PÉNAL

### A. VOIES DE FAIT

Le Code criminel canadien ne contient aucune disposition précise sur la circoncision masculine, contrairement à la circoncision féminine, qui fait l'objet d'un alinéa spécifique. En effet, l'article sur les voies de fait graves précise que les mutilations génitales féminines sont comprises dans cette expression :

*« Voies de fait graves*

**268.** (1) Commet des voies de fait graves quiconque blesse, mutilé ou défigure le plaignant ou met sa vie en danger.

Peine

(2) Quiconque commet des voies de fait graves est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de quatorze ans.

Excision

(3) Il demeure entendu que l'excision, l'infibulation ou la mutilation totale ou partielle des grandes lèvres, des petites lèvres ou du clitoris d'une personne constituent une blessure ou une mutilation au sens du présent article, sauf dans les cas suivants :

*a)* une opération chirurgicale qui est pratiquée, par une personne qui a le droit d'exercer la médecine en vertu des lois de la province, pour la santé physique de la personne ou pour lui permettre d'avoir des fonctions reproductives normales, ou une apparence sexuelle ou des fonctions sexuelles normales;

*b)* un acte qui, dans le cas d'une personne âgée d'au moins dix-huit ans, ne comporte pas de lésions corporelles.

*Consentement*

(4) Pour l'application du présent article et de l'article 265, ne constitue pas un consentement valable le consentement à l'excision, à l'infibulation ou à la mutilation totale ou partielle des grandes lèvres, des petites lèvres ou du clitoris,

sauf dans les cas prévus aux alinéas (3)*a*) et *b*). »

Les alinéas 268(3) et (4) du Code criminel ont été adoptés en 1997, afin de lancer un message à la population sur le caractère inacceptable des mutilations génitales féminines au Canada. Notons que ces alinéas ne créent pas d'infraction supplémentaire, mais précisent la portée générale de la notion de voies de fait graves, tel que le fait ressortir le libellé « il demeure entendu que [...] ». À notre connaissance, aucune accusation criminelle basée sur ces alinéas n'a été déposée depuis leur adoption.

Ces dispositions ont été adoptées dans le cadre d'une loi visant à contrer la violence envers les femmes et les enfants, au Canada comme à l'étranger<sup>32</sup>. Dans le cadre des débats législatifs sur la question des mutilations génitales, il n'a que très peu été question de circoncision masculine<sup>33</sup>. Il semble que la question des mutilations génitales féminines ait été considérée par les parlementaires comme un problème de société, contrairement à la circoncision masculine. Certains auteurs sont d'avis que les hommes devraient se voir accorder la même protection que les femmes contre les atteintes à leurs organes génitaux<sup>34</sup>. D'ailleurs, l'Association pour l'intégrité génitale, un groupe opposé à la pratique de la circoncision, a cherché à contester la constitutionnalité des alinéas 268(3) et (4) en se fondant sur la discrimination basée sur le sexe, mais, faute de financement, elle n'a jamais pu déposer son recours<sup>35</sup>.

Compte tenu du caractère très général de l'interdiction des voies de fait, cette infraction peut s'appliquer à la circoncision, même si le Code criminel n'y fait pas référence explicitement. À cet égard, le Code criminel prévoit trois formes de voies de fait : 1) les voies de fait *simples*, soit l'utilisation de la force, directement ou indirectement, d'une manière intentionnelle, contre une autre personne, sans son consentement<sup>36</sup>, passibles d'un emprisonnement maximal de 5 ans ; 2) les voies de fait causant *lésions corporelles* au plaignant, passibles de 10 ans d'emprisonnement et 3) les voies de fait *graves*, qui blessent, mutilent ou défigurent le plaignant, lesquelles sont passibles de 14 ans d'emprisonnement.

32 *Loi modifiant le Code criminel (prostitution chez les enfants, tourisme sexuel impliquant des enfants, harcèlement criminel et mutilation d'organes génitaux féminins)*, L.C. 1997, ch. 16 (projet de loi C-27).

33 Canada, Débats de la Chambre des communes, 2<sup>e</sup> sess., 35<sup>e</sup> légis., « Le Code criminel », 10 juin 1996, 7 et 8 avril 1997 et 14 avril 1997 ; Canada, Débats du Sénat, 2<sup>e</sup> sess., 35<sup>e</sup> légis., « Le Code criminel », 15 avril 1997, 16 avril 1997 et 21 avril 1997 ; Canada, Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles : premières et dernières délibérations, 2<sup>e</sup> sess., 35<sup>e</sup> légis., fascicule n° 59, 17 avril 1997.

34 AL ALDEEB ABU-SHALIEH Sami, « Legitimization of Male and Female Circumcision » : [http://almashriq.hiof.no/general/600/610/617/Circoncision\\_anglaise.html#RTFTtoC13](http://almashriq.hiof.no/general/600/610/617/Circoncision_anglaise.html#RTFTtoC13) ; BOUCLIN Suzanne, art. cit., p. 205.

35 [www.courtchallenge.com/index-f.html](http://www.courtchallenge.com/index-f.html).

36 Art. 265(1) a) C. Cr.

Pour décider si la circoncision constitue des voies de fait, il faut d'abord se poser la question du consentement : les parents peuvent-ils y consentir pour leurs enfants ? Ensuite, on peut se demander si elle constitue des lésions corporelles, c'est-à-dire une « blessure qui nuit à la santé ou au bien-être d'une personne et qui n'est pas de nature passagère ou sans importance »<sup>37</sup>. On peut aussi se demander si elle constitue une mutilation au sens des voies de fait graves.

Il n'existe, à notre connaissance, qu'une seule affaire criminelle relative à une circoncision rituelle. Il s'agit de l'affaire *D.J.W.*, dans laquelle un père, sans formation médicale ni matériel approprié, a tenté de circoncire lui-même son fils de 4 ans sur le plancher de sa cuisine, dans des conditions sanitaires déplorable. Comme il ne disposait pas d'anesthésiant ni de lame appropriée, la circoncision a échoué et l'enfant a dû être hospitalisé d'urgence. La Cour suprême du Canada, dans un jugement très bref, a confirmé le verdict de culpabilité pour voies de fait graves. Elle laisse néanmoins ouverte la question de la circoncision par des personnes qui n'ont pas de formation médicale, comme les *mohels* : « Point n'est besoin non plus, étant donné les faits particuliers de l'affaire, de trancher définitivement la question de savoir s'il pourrait jamais être raisonnable et dans son intérêt qu'un enfant soit circoncis par une personne qui n'a pas de formation médicale »<sup>38</sup>.

La Cour suprême du Canada confirme ainsi la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, qui avait trouvé le père coupable en rejetant son argument basé sur sa liberté de religion et en insistant sur le fait que rien ne justifiait le fait qu'il procède lui-même à la circoncision :

“The religious views of the accused are not impeded by the provisions of the Criminal Code in issue in this case. The accused's religion did not demand that the circumcision be performed by the accused himself, nor did the trial judge find that religious necessity dictated that the circumcision be performed immediately so that the accused was left with no alternative but to perform the operation himself. Thus, it is not the accused's religious beliefs that are at issue, but the rights and best interests of D.J. with respect to whether he should have been subjected to an attempted circumcision by his father in the circumstances and conditions under which it was attempted”<sup>39</sup>.

En ce qui concerne le consentement, le père soutenait qu'il pouvait consentir à la circoncision pour son fils, et que comme ce consentement peut viser une opération réalisée par des personnes sans formation médicale (ex. un *mohel*), il pouvait donc le faire lui-même. La Cour d'appel rejette cet argument et conclut

37 Art. 2 C. Cr. « lésions corporelles ».

38 *R. c. D.J.W.*, [2012] 3 R.C.S. 396, § 1.

39 *R. c. D.J.W.*, 2011 BCCA 522 (CanLII), § 21.

que le père ne pouvait pas consentir à une circoncision à la maison, qui n'était pas raisonnable, ni dans le meilleur intérêt de l'enfant<sup>40</sup>.

## B. MOYENS DE DÉFENSE POTENTIELS

Le Code criminel prévoit un moyen de défense, notamment à des accusations de voies de faits, pour les opérations chirurgicales:

« Article 45 : Opérations chirurgicales

45. Toute personne est à l'abri de responsabilité pénale lorsqu'elle pratique sur une autre, pour le bien de cette dernière, une opération chirurgicale si, à la fois :

- a) l'opération est pratiquée avec des soins et une habileté raisonnables;
- b) il est raisonnable de pratiquer l'opération, étant donné l'état de santé de la personne au moment de l'opération et toutes les autres circonstances de l'espèce. »

Cet article protège notamment les médecins en leur permettant d'effectuer des opérations chirurgicales sans engendrer leur responsabilité pénale. Il s'applique non seulement aux chirurgiens, mais à toute personne qui pratique une opération chirurgicale sur autrui, pour le bien de cette personne, aux conditions indiquées<sup>41</sup>. On peut se demander si ce moyen de défense peut être applicable à la circoncision rituelle. Est-ce que « les autres circonstances de l'espèce » qui permettent d'apprécier le caractère raisonnable de la pratique incluent les croyances religieuses des parents ? Il n'y a malheureusement pas de jurisprudence précise sur ce point.

Pour les interventions non thérapeutiques pratiquées sur des gens incapables de consentir, il y aurait, selon Margaret Somerville, une présomption d'illégalité de l'acte<sup>42</sup>. La circoncision étant une intervention non-thérapeutique qui ne constitue pas de la recherche, le consentement donné par un tiers dans ce type d'intervention laisserait planer des doutes quant à la légitimité de l'intervention<sup>43</sup>.

40 *Id.* § 22-29.

41 *R. c. D.J.W.*, 2011 BCCA 522 (CanLII), § 46. L'accusé n'a pu se prévaloir de ce moyen de défense puisque l'opération n'a pas été pratiquée avec une habileté raisonnable et qu'il n'était pas raisonnable de la pratiquer ainsi.

42 SOMERVILLE Margaret A., "Medical Interventions and the Criminal Law: Lawful or Excusable Wounding?", *McGill L.J.*, 1980, 26, p. 82.

43 SOMERVILLE Margaret A., "Therapeutic and Non-Therapeutic Medical Procedures - What are the Distinctions?", *Health Law Canada*, 1981, 2, p. 85.

On peut également se poser la question de l'applicabilité du moyen de défense basé sur la maxime *de minimis non curat lex* au cas de la circoncision<sup>44</sup>. Les interventions de type *de minimis* sont celles qui procurent un préjudice minime pour la personne, comme, par exemple, le fait de se faire percer les oreilles. Cependant, dans le cas de la circoncision, même certains rabbins la pratiquant sont d'avis qu'il ne s'agit pas d'une intervention avec un degré de préjudice minime. Selon le Docteur Somerville, un médecin qui aurait commis une erreur médicale en procédant à une circoncision pourrait voir sa responsabilité engagée si cette intervention n'est ni thérapeutique, ni de la recherche<sup>45</sup>. Selon elle, dans ce cas, ni l'article 45 du Code criminel ni la maxime *de minimis* ne pourraient trouver application et protéger ce médecin de poursuites criminelles.

En réponse à cet argument, la ministre de la Santé de l'époque était d'avis que la circoncision masculine représentait un mal minime, contrairement à la circoncision féminine. Elle termine sa lettre avec une ouverture, advenant un consensus de la profession médicale sur le fait que la circoncision masculine va au-delà du seuil minimal de douleur. Le Docteur Somerville répond à la ministre sur le *minimis* en utilisant une analogie : si, dans une culture particulière, on coupait un bout d'oreille à chaque bébé naissant, cela serait probablement considéré comme des voies de fait, vu le mal pour l'enfant et l'inutilité médicale de l'acte. Elle est d'avis que la circoncision consistant à l'ablation d'une partie de peau saine et utile pourrait constituer également des voies de fait et cela fait en sorte que ce ne peut être considéré comme un mal minimal<sup>46</sup>.

## V. DROIT CONSTITUTIONNEL

Dans cette partie consacrée au droit constitutionnel, nous aborderons tout d'abord la protection des droits et libertés pertinents dans le cadre du débat sur la circoncision rituelle, avant de développer la question de la justification d'une éventuelle atteinte à ces droits et libertés.

---

44 Sur cette défense en droit canadien, voir ROY SIMON et VINCENT Julie, « La place du concept de *minimis non curat lex* en droit pénal canadien », *Revue du Barreau*, 2007, 66, p. 211-245.

45 *Correspondances du Dr. Somerville avec des ministres et autres Dr., de 1992 à 1997.*

46 *Ibid.*



## A. PROTECTION DES DROITS ET LIBERTÉS

Nous analyserons la liberté de religion, le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité, ainsi que les droits à l'égalité.

### 1. Liberté de religion

La Charte canadienne des droits et libertés prévoit, à son alinéa 2a), une protection de la liberté de conscience et de religion qui a été interprétée assez largement, comme protégeant toute croyance subjective sincère (indépendamment du fait qu'elle constitue un dogme religieux) qui est entravée par l'État de façon plus que négligeable ou insignifiante<sup>47</sup>.

Cette conception de la liberté religieuse s'applique tant aux adultes qu'aux enfants, comme l'illustre la décision relative au port du *kirpan* à l'école par un élève sikh<sup>48</sup>. Ainsi, nous allons analyser, dans un premier temps, la jurisprudence relative à la liberté de religion des parents vis-à-vis de l'éducation de leurs enfants, pour ensuite nous tourner vers la liberté religieuse de l'enfant.

#### a) Des parents

Dans le cadre d'une contestation constitutionnelle, la jurisprudence récente a établi que les parents ne peuvent se contenter d'affirmer qu'ils croient subjectivement qu'une mesure porte atteinte à leur liberté religieuse de transmettre leur foi à leurs enfants. Dans l'affaire *Commission scolaire des Chênes*, des parents catholiques contestaient le programme scolaire d'éthique et culture religieuse, qui présente aux enfants les grandes religions du monde de façon neutre. En l'espèce, les parents croyaient sincèrement avoir l'obligation de transmettre à leurs enfants les préceptes de la religion catholique. La question en litige consistait à déterminer s'il y avait eu atteinte à leur capacité de se conformer à cette obligation. Les parents n'ont pas été en mesure de prouver que le programme constituait, objectivement, une entrave à leur capacité de transmettre leur foi à leurs enfants<sup>49</sup>. Le fait que leurs enfants soient exposés à des informations sur d'autres religions ne les empêche pas de transmettre leur foi catholique. La Cour suprême a alors conclu en l'absence de violation de leur liberté de religion.

Dans le contexte de transfusions sanguines effectuées sur une nouveau-née contre la volonté de ses parents, qui étaient témoins de Jéhovah, la majorité de la Cour suprême du Canada écrit que « le droit des parents d'éduquer leurs enfants suivant leurs croyances religieuses, dont celui de choisir les traitements

47 *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551.

48 *Multani c. Commission scolaire Marguerite Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256.

49 *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, [2012] 1 R.C.S. 235.

médicaux et autres, est un aspect [...] fondamental de la liberté de religion »<sup>50</sup>. La restriction de leur liberté de religion amenée par l'ordonnance qui permet la transfusion de leur enfant était toutefois justifiée dans une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la Charte. Par contre, selon la minorité, la liberté de religion d'un parent ne l'autorise pas à imposer à son enfant des pratiques religieuses qui menacent sa sécurité, sa santé ou sa vie, car la liberté de religion est assujettie aux restrictions nécessaires pour préserver les libertés et droits fondamentaux d'autrui.

Dans la même logique, dans le cadre d'une poursuite criminelle découlant de la circoncision ratée tentée par un père sur son fils, les tribunaux ont conclu en l'absence de violation de la liberté de religion du père, car sa religion ne demandait pas que la circoncision fût faite de cette manière (négligente).

Dans la même logique, sur le conflit entre intérêt de l'enfant et liberté religieuse des parents :

« L'expression religieuse qui n'est pas dans l'intérêt de l'enfant n'est pas protégée par la Charte<sup>51</sup> parce que la liberté de religion n'est pas absolue et ne s'étend pas à une activité qui porte atteinte aux propres droits d'autrui. La conduite qui n'est pas dans l'intérêt de l'enfant, même en l'absence de risque de préjudice, équivaut à une "lésion" des droits d'autrui ou à une intrusion dans ces droits et n'est évidemment pas protégée par cette garantie offerte par la Charte »<sup>52</sup>.

Ainsi, les droits des parents sont limités par les droits de leurs enfants, dont celui à leur propre liberté de religion.

## b) De l'enfant

La plus haute cour du pays a validé le régime juridique manitobain qui permet l'obtention d'une ordonnance judiciaire pour autoriser la transfusion sanguine d'une adolescente de 14 ans, témoin de Jéhovah, contre son gré. Ce régime est basé sur le critère de l'intérêt de l'enfant et permet ainsi de tenir compte de l'opinion de l'enfant d'une façon de plus en plus déterminante selon sa maturité. La cour estime que la loi contestée « établit un équilibre constitutionnel entre deux valeurs que la loi a constamment défendues : d'une part, le droit fondamental de la personne de prendre seule des décisions qui concernent son corps et, d'autre part, la protection des enfants vulnérables »<sup>53</sup>.

50 *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, § 105.

51 <https://zoupio.lexum.com/calegis/annexe-b-de-la-loi-de-1982-sur-le-canada-r-u-1982-c-11-fr>.

52 *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3. Voir aussi *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141, p. 182 (*obiter dictum*).

53 *A.C. c. Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille)*, [2009] 2 R.C.S. 181 (résumé).

En conséquence, la majorité de la cour conclut que si l'intérêt de l'enfant est correctement interprété, le régime ne restreint pas la liberté de religion.

Dans le cadre d'une affaire visant une transfusion sanguine pour une nouveau-née, dont les parents étaient témoins de Jéhovah, la minorité de la Cour suprême du Canada analyse aussi l'effet du refus de ses parents sur la liberté de religion de l'enfant. Puisque celle-ci n'a jamais adhéré à la foi des témoins de Jéhovah, il y a atteinte à sa liberté de conscience, qui comprend le droit de vivre assez longtemps pour faire son propre choix religieux. « La "liberté de religion" ne devrait pas comprendre une activité qui nie aussi catégoriquement la "liberté de conscience" d'autrui »<sup>54</sup>. Ces propos pourraient aisément être transposés à la question de la circoncision rituelle du nouveau-né.

## 2. Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne

L'article 7 de la Charte canadienne énonce le droit fondamental suivant : « Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne ; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. » Ce droit fort important et qui comporte de multiples facettes peut, à l'instar de la liberté de religion, s'appliquer tant au parent qu'à l'enfant. Cependant, dans le cas de la circoncision, l'atteinte à la sécurité de l'enfant semble plus significative que l'atteinte à la liberté du parent.

Toujours dans l'arrêt *B.(R.)* visant la nouveau-née dont les parents étaient témoins de Jéhovah, la Cour suprême a aussi analysé la question sous l'angle de cet article 7 de la Charte, pour conclure que, d'une part, le droit d'éduquer un enfant et de prendre pour lui les décisions relatives aux soins médicaux fait partie de la liberté du parent, mais, d'autre part, que l'enfant a droit à la vie et à la santé et qu'une mesure législative adoptée à cette fin est en conséquence conforme aux principes de justice fondamentale<sup>55</sup>.

La constitutionnalité de l'article 43 du Code criminel, qui autorise les parents à corriger leurs enfants pourvu que la force ne dépasse pas la mesure raisonnable dans les circonstances, a été contestée, en se basant sur les droits des enfants, notamment celui prévu à l'article 7 de la Charte. Dans ce contexte, le ministère public a reconnu que la disposition portait atteinte à la sécurité des enfants. Elle a toutefois été jugée constitutionnelle, car l'atteinte à la sécurité de la personne ne viole aucun principe de justice fondamentale. En particulier, la Cour a estimé que « Bien que "l'intérêt supérieur de l'enfant" soit un principe

54 *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, § 231.

55 *Ibid.*

juridique reconnu, il ne s'agit pas d'un principe de justice fondamentale »<sup>56</sup>. Cet arrêt, bien qu'il vise un emploi de la force beaucoup plus minime que celui amené par la circoncision, pourrait être plaidé par les défenseurs de la circoncision rituelle.

### 3. Droits à l'égalité

La Charte canadienne prévoit, dans son article 15, que : « La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques. » Les motifs de discrimination qui sont pertinents au regard de la question de la circoncision sont la religion, l'âge et le sexe.

La jurisprudence a établi un test à deux volets pour déterminer si une mesure restreint le droit à l'égalité : (1) La loi crée-t-elle une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue ? (2) La distinction crée-t-elle un désavantage par la perpétuation d'un préjugé ou l'application de stéréotypes ?<sup>57</sup> « Règle générale, il y a perpétuation d'un désavantage lorsqu'une mesure législative applique, à un groupe historiquement défavorisé, un traitement qui a pour effet d'aggraver sa situation »<sup>58</sup>. Il est toutefois possible qu'un groupe n'ayant jamais souffert d'un désavantage se trouve touché par une conduite qui, si elle se perpétue, aura un effet discriminatoire<sup>59</sup>.

#### a) Religion

En jurisprudence, la question de la discrimination basée sur la religion est souvent subsumée sous l'analyse de la violation de la liberté de religion<sup>60</sup>. Une loi interdisant ou encadrant la pratique de la circoncision rituelle serait vraisemblablement davantage examinée sous l'angle de la violation de la liberté religieuse. Cependant, si la question de la discrimination devait être examinée, les deux groupes visés – les juifs et les musulmans – pourront faire valoir qu'ils font face à des préjugés. Mais ils devront de plus établir que la mesure

---

56 *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada* (Procureur général), [2004] 1 R.C.S. 76, § 7.

57 *R. c. Kapp*, [2008] 2 R.C.S. 483, § 17; *Withler c. Canada* (Procureur général), [2011] 1 R.C.S. 396, § 30.

58 *Ibid.*, *Withler*, § 35.

59 *Ibid.*, § 36.

60 Voir par ex., *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 R.C.S. 567, § 108.

contestée s'inscrit dans une logique qui perpétue ces préjugés, par opposition à une logique de protection des enfants, par exemple.

### b) Âge

La circoncision est une pratique qui pose des questions juridiques dans la mesure où elle s'applique à un enfant qui n'est pas en mesure d'y consentir à cause de son âge. La question de la discrimination basée sur l'âge pourrait se poser si une loi, souhaitant encadrer la pratique, l'autorisait pour les enfants d'un certain âge, à l'instar de la loi allemande. Inversement, on peut se poser la question de savoir si l'absence de poursuites criminelles dans le cas de la circoncision des enfants n'est pas une forme de discrimination dont ils sont victimes, ce qui serait plus difficile à soutenir.

L'âge est un motif énuméré sur la base duquel la discrimination est interdite, mais les distinctions basées sur ce facteur doivent être analysées en tenant compte du fait que les capacités et besoins d'un être humain varient effectivement avec son âge, ce qui fait en sorte que la jurisprudence semble plus hésitante à conclure à la discrimination basée sur ce facteur<sup>61</sup>. D'ailleurs, dans l'affaire *Canadian Foundation for Children*, la majorité de la Cour a jugé que l'article 43 C. Cr. autorisant le recours à la force n'est pas discriminatoire envers les enfants, car elle ne porte pas atteinte à leur dignité de façon arbitraire. Au contraire, il repose sur les besoins des enfants et les effets néfastes d'une criminalisation abusive. En rédigeant cet arrêt, la majorité de la Cour avait en tête l'utilisation d'une force minimale, comme celle employée pour faire assoir un enfant sur une chaise pour qu'il réfléchisse à son comportement<sup>62</sup>, bien que la force puisse aller jusqu'à la fessée. Il nous est malheureusement difficile d'expliquer cette décision, qui est pourtant très pertinente concernant la question de la circoncision.

### c) Sexe

En ce qui concerne le sexe comme motif de discrimination, nous l'avons vu, un groupe souhaite contester la constitutionnalité du paragraphe 265(3) C. Cr. sur cette base. Leur argument est en effet, qu'en précisant que l'excision et les autres formes de mutilations génitales féminines (MGF) constituent des voies de fait graves, alors qu'aucune précision n'est apportée par rapport à la circoncision masculine, cet alinéa crée une discrimination sur la base du sexe qui défavorise les garçons. La contestation constitutionnelle n'ayant pas été

61 *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429; *Withler, supra*, note 58.

62 *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76, § 40 et 62.

déposée, les tribunaux n'ont pu se pencher sur cet argument, qui se heurterait aux différences importantes entre les MGF et la circoncision (tant sur le plan de l'ampleur, du but que des effets) ainsi qu'au critère du stéréotype, les hommes formant un groupe historiquement favorisé<sup>63</sup>.

## B. JUSTIFICATION DE LA RESTRICTION D'UN DROIT OU D'UNE LIBERTÉ

En droit canadien, les questions constitutionnelles reliées à la protection des droits et libertés s'analysent toujours en deux étapes : 1) Une liberté ou un droit a-t-il été restreint ? 2) Cette restriction peut-elle se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique ?

L'article premier de la Charte canadienne prévoit en effet sa clause justificative : « La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. » Ainsi, même advenant le cas où les tribunaux estiment qu'une mesure relative à la circoncision rituelle viole un droit ou une liberté, l'analyse serait loin d'être close. En particulier en ce qui concerne la liberté de religion, tout se joue généralement au stade de la justification.

Il faut alors analyser l'objectif de la mesure, ainsi que sa proportionnalité<sup>64</sup>. Pour que la mesure contestée respecte la constitution, il faut tout d'abord établir que son objectif se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles dans le cadre d'une société libre et démocratique. S'il s'agit d'une loi interdisant ou encadrant la pratique de la circoncision rituelle, il faut analyser, notamment à l'aide des débats législatifs, pourquoi le législateur a adopté cette loi. Pour protéger l'intégrité physique des enfants ? Pour protéger leur propre liberté de religion ? Tels seraient des exemples d'objectifs qui pourraient être jugés valides.

Ensuite, il faut analyser la proportionnalité de la mesure, qui se décline en trois sous-questions. Premièrement, existe-t-il un lien rationnel entre la restriction du droit ou de la liberté et l'objectif identifié<sup>65</sup> ? Par exemple, existe-t-il un lien entre le fait d'empêcher les juifs de faire circoncire leur enfant et l'objectif de protéger l'intégrité physique de ces derniers ? Nous imaginons que dans ce cas ce critère serait rempli. Deuxièmement, il faut analyser le critère de l'atteinte minimale : le moyen choisi doit restreindre aussi peu que raisonnablement

---

63 *Québec (Procureur général) c. A*, [2013] 1 R.C.S. 61.

64 *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

65 *Ibid.*

possible les droits et libertés en cause afin d'être constitutionnel<sup>66</sup> ? Ce critère est souvent déterminant et difficile à appliquer dans un contexte si hypothétique que celui d'une législation sur la circoncision rituelle au Canada. Cependant, le moyen de la criminalisation pourra être plus difficile à justifier que d'autres, puisqu'il est considéré comme l'outil le plus puissant de l'État.

Enfin, y a-t-il proportionnalité entre les effets préjudiciables (sur les droits et libertés) et bénéfiques de la disposition<sup>67</sup> ? Dans l'affaire des Huttérites, où la Cour suprême a donné à ce dernier critère une importance nouvelle, elle écrit : « Les effets préjudiciables d'une restriction à la liberté de religion doivent être mesurés au regard des valeurs consacrées par la Charte, telles que la liberté, la dignité humaine, l'égalité, l'autonomie et la promotion de la démocratie. La plus fondamentale de ces valeurs, et celle sur laquelle repose le pourvoi, est la liberté – la liberté de choix sur les questions d'ordre religieux »<sup>68</sup>. Dans cette affaire, des inconvénients notamment pécuniaires ont été jugés comme mineurs et n'affectant pas la liberté de choix d'ordre religieux, d'où la justification de la mesure sous l'article premier. Cette nouvelle méthodologie d'analyse du critère de la proportionnalité des effets semble confondre l'analyse de l'atteinte à la liberté de religion et sa justification.

## CONCLUSION

Le débat sur la circoncision rituelle en Europe fait écho à un autre débat au Canada, suite à deux cas de jeunes filles autochtones atteintes de leucémie qui ont abandonné la chimiothérapie au profit de médecine dite traditionnelle, dont l'une est décédée récemment. Après que ses parents eurent refusé la poursuite des traitements de chimiothérapie, qui avaient un taux de succès de 90 %, les services à l'enfance ont cherché une ordonnance du tribunal pour lui administrer ces soins. Le juge a refusé, estimant que le droit des parents d'opter pour une médecine traditionnelle autochtone<sup>69</sup> était protégé constitutionnellement par l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982, prévoyant : « Les droits existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés. » Ce jugement<sup>70</sup> a suscité de vives critiques, étant

66 *R. c. Edwards Books*, [1986] 2 R.C.S. 713.

67 *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, 889.

68 *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 R.C.S. 567, § 88.

69 *Hamilton Health Sciences Corp. v. D.H.*, 2014 ONCJ 603 (CanLII).

70 Voir, par exemple, McLAREN Leah, "Makayla Sault: whose Right are Served when a Little Girl Dies?", *the Globe and Mail*, 21 janvier 2015; BOISVERT Yves, « Morte d'avoir été amérindienne », *La Presse*, 22 janvier 2015.

jugé mal fondé, notamment au regard de la jurisprudence visant les témoins de Jéhovah. Le fait que l'identité culturelle ou religieuse d'un enfant conditionne les soins qu'il puisse recevoir – ou ne pas recevoir – semble choquer l'opinion publique canadienne, du moins, lorsque la vie de l'enfant est en jeu.

S'il n'existe pas de législation particulière sur la circoncision rituelle au Canada, les règles générales du droit, qu'elles visent le droit civil, pénal ou constitutionnel, prévoient tout de même des balises importantes. La liberté de religion, l'intégrité de la personne, le meilleur intérêt de l'enfant font partie de ces concepts clé. En ce qui concerne le faible contentieux sur le sujet, il peut peut-être s'expliquer par des facteurs sociaux plus que juridiques.





**Pour aller plus loin**



# Circoncision rituelle et transmission des identités religieuses en société sécularisée<sup>1</sup>

DAVID KOUSSENS  
CORENTINE NAVENNEC

## I. INTRODUCTION

Alors que la question de l'acceptabilité de la pratique de la circoncision rituelle rejaillit fortement dans le débat social, ses justifications médicales, éthiques et religieuses sont interrogées et débattues au regard des systèmes de normes juridiques occidentales<sup>2</sup>. Au-delà des débats théoriques, plusieurs

---

1 Nous remercions chaleureusement Danièle HERVIEU-LÉGER et Martine COHEN pour leur lecture attentive et leurs commentaires judicieux sur ce texte.

2 Voir par ex. : GOLDMAN Ronald, *Circumcision – The Hidden Trauma: How an American Cultural Practice Affects Infants and Ultimately Us All*, Boston, Vanguard Publications, 1997 ; SVOBODA Steven J., “Circumcision – A Victorian Relic Lacking Ethical, Medical or Legal Justification”, *The American Journal of Bioethics*, vol. 3, n° 2, 2003, p. 52-54 ; WALDECK Sarah E., “Social Norm Theory and Male Circumcision : Why Parents Circumcise”, *The American Journal of Bioethics*, vol. 3, n° 2, 2003, p. 56-57 ; ANDROUS Zachary T., “Critiquing Circumcision: In Search of a New Paradigm for Conceptualizing Genital Modification”, *Global Discourse: An Interdisciplinary Journal of Current Affairs and Applied Contemporary Thought*, vol. 3, 2013, p. 266-280 ; SHWEDER Richard A., “Shouting at the Hebrews: Imperial Liberalism vs Liberal Pluralism and the Practice of Male Circumcision”, *Law, Culture and the Humanities*, 2009, vol. 5, p. 247-265 ; BURNET Régis et LUCIANI Didier, *La circoncision aujourd'hui*, Paris, Éditions Feuilles, 2014 ; VAN HOWE

recherches récentes en sciences humaines ont, à partir d'enquêtes de terrain, analysé le rituel de la circoncision dans des situations où le processus de transmission de l'identité religieuse pouvait être soumis à tensions. Il s'agit, par exemple, de travaux portant sur la négociation de la circoncision d'un enfant dans les couples mixtes<sup>3</sup>, d'enquêtes sur la circoncision en contexte d'adoption d'un enfant en famille juive<sup>4</sup>, d'analyse de la place de la circoncision dans un processus de conversion<sup>5</sup> ou de perpétration de ce rituel dans un nouvel environnement socioculturel après un processus d'immigration<sup>6</sup>. Ces recherches ne sont certainement pas représentatives du rapport de l'ensemble des juifs et des musulmans au processus de circoncision rituelle, mais elles sont un indicateur des modalités par lesquelles le rite ancestral de la circoncision s'accommode aux impératifs d'une société sécularisée, ainsi qu'un indicateur des changements dans la transmission du religieux.

Dans ce texte, nous verrons premièrement que la pratique de la circoncision rituelle n'échappe pas au processus de dérégulation du croire où les individus s'accordent la liberté de « bricoler »<sup>7</sup> leur propre système croyant en marge d'un corps de croyances institutionnellement validées. Régine Azria s'est justement demandée ce que « face au constat de l'effacement progressif de leur particularisme et face à la menace que représente pour l'avenir la crise de la transmission [, il restait] aux juifs pour recomposer la dimension juive de leurs identités? »<sup>8</sup>. Nous tenterons d'apporter un élément de réponse en soutenant,

- 
- Robert, "Infant Male Circumcision in the Public Square: Applying the Public Reason of John Rawls", *Global Discourse*, vol. 3, n° 2, 2013, p. 214-229 ; ALDEEB ABU-SAHLIEH Sami, *Circoncision masculine, Circoncision féminine*, Paris, L'Harmattan, 2001.
- 3 HIDIROGLOU Patricia, *Les rites de naissance dans le judaïsme*, Paris, Les Belles-Lettres, 1997 ; MATHIEU Séverine, *La transmission du judaïsme dans les couples mixtes*, Paris, Les Éditions de l'Atelier, 2009 ; MATHIEU Séverine, « Couples mixtes et circoncision », *Archives de sciences sociales des religions*, n° 137, 2007, p. 43-64 ; PUZENAT Amélie, « Le vécu de la mixité conjugale chez les couples franco-maghrébins et la transmission identitaire aux enfants », *Diversité urbaine*, vol. 8, n° 1, 2008, p. 113-128 ; TANK-STORPER Sébastien, « Trouble dans la judéité. Mariages mixtes, conversions et frontières de l'identité juive », *Ethnologie française*, 2013/4, p. 591-600.
- 4 NIZARD Sophie, *Adopter et transmettre - Filiations adoptives dans le judaïsme contemporain*, Paris, Éditions de l'EHESS, coll. « En temps et en lieux », 2012.
- 5 TANK-STORPER Sébastien, *Juifs d'élection. Se convertir au judaïsme*, Paris, CNRS Éditions, 2007 ; TANK-STORPER Sébastien, 2013, *op. cit.*, sous note 3.
- 6 MBITO Michael et MALIA Julia, "Transfer of the Kenyan Kikuyu Male Circumcision Ritual to Future Generations Living in the United States", *Journal of adolescence*, vol. 32, n° 1, 2009, p. 39-53.
- 7 HERVIEU-LÉGER Danièle, « Bricolage vaut-il dissémination ? Quelques réflexions sur l'opérationnalité sociologique d'une métaphore problématique », *Social compass*, 52 (3), 2005, p. 295-308.
- 8 AZRIA Régine, *Le judaïsme*, Paris, La Découverte, coll. « Repères », 2010, p. 99-100.

en deuxième partie, que malgré ces bricolages, ou grâce à ces bricolages, la pratique rituelle de la circoncision permet, notamment dans le judaïsme, de ressouder ou maintenir les diverses dimensions de l'identité religieuse et par là-même, de pallier les effets d'une crise de transmission des identités religieuses<sup>9</sup>. Dans une troisième et dernière partie, nous discuterons rapidement des modalités par lesquelles le droit est aujourd'hui mis à l'épreuve par la circoncision et la circoncision mise à l'épreuve par le droit.

## II. CIRCONCISION RITUELLE ET DÉRÉGULATION DU CROIRE

En dépit du phénomène de sécularisation affectant les sociétés occidentales, on observe un certain continuum dans la pratique des rituels de circoncision. Cela n'est pas pour autant signe d'un retour du religieux, les fonctions de ce rituel étant aussi sociales et identitaires<sup>10</sup>. Rares sont en effet les enquêtes où la circoncision rituelle n'est justifiée par les répondants que par des raisons religieuses et c'est le plus souvent à partir de référents empruntés à la modernité que le rite est individuellement réinterprété, bricolé, pour « faire sens » dans un environnement séculier tout en ancrant ultimement le circoncis dans une mémoire collective<sup>11</sup> pour « faire famille » voire « faire tradition » pour emprunter respectivement les termes de Sophie Nizard<sup>12</sup> et de Séverine Mathieu<sup>13</sup>.

À partir de son enquête sur les couples mixtes juifs-non juifs, Mathieu souligne que la circoncision d'un enfant s'ancre certainement dans un « réflexe

9 HERVIEU-LÉGER Danièle, « La transmission religieuse en modernité : éléments pour la construction d'un objet de recherche », *Social Compass*, vol. 44, n° 1, 1997, p. 131-143 ; HERVIEU-LÉGER Danièle, « The Transmission and Formation of Socioreligious Identities in Modernity. An Analytical Essay on the Trajectories of Identification », *International Sociology*, vol. 13, n° 2, 1998, p. 213-228.

10 Voir notamment FAINZANG Sylvie, « Circoncision, excision et rapport de domination », *Anthropologie et Sociétés*, vol. 9, n° 1, 1985, p. 117-127 ; AZRIA Régine, 2010, *op. cit.*, sous note 8 ; HIDIROGLOU Patricia, 1997, *op. cit.*, sous note 3, p. 276 ; PUZENAT Amélie, 2008, *op. cit.*, sous note 3.

11 HERVIEU-LÉGER nous rappelle en effet qu'« il est impossible de saisir la logique sociale des bricolages spirituels sans prendre en compte à la fois les conditions sociales de l'accès des individus à des ressources symboliques inégalement disponibles et les conditions culturelles de l'emploi de ces ressources par les intéressés. Il est vrai que le desserrement des contrôles institutionnels du croire favorise la dispersion individualiste des croyances. Mais il ne faut pas perdre de vue que celles-ci s'inscrivent néanmoins à l'intérieur d'un dispositif de contraintes sociales et culturelles dont la prégnance demeure très importante », voir HERVIEU-LÉGER Danièle, 2005, *op. cit.*, sous note 7, p. 298.

12 NIZARD Sophie, 2012, *op. cit.*, sous note 4, p. 39.

13 MATHIEU Séverine, 2007, *op. cit.*, sous note 3, p. 46.

identitaire » qui s'impose aux parents presque à leur insu. Il s'agit là d'un réflexe qui renvoie à une croyance en dehors de toute rationalisation, parfois même en porte-à-faux avec le positionnement de la famille à l'égard du religieux. Celle-ci réinterprète alors le rite à partir de référents séculiers. « Pour être en concordance avec les valeurs porteuses de la modernité, (la) réélaboration doit [en effet, indique Régine Azria] se faire dans le sens d'une plus grande exigence de rationalité. Plus une pratique sera rationnellement fondée, plus fort sera son pouvoir de légitimation, et plus elle aura de chances d'être observée »<sup>14</sup>. Dans ce contexte, l'argument hygiéniste ou médical permet le plus souvent de justifier rationnellement la circoncision rituelle dans un paradigme moderne<sup>15</sup>. Avec ce recours à l'hygiène, l'acte deviendrait moins « primitif »<sup>16</sup> et le *mohel* qui procède au rite en respectant les exigences chirurgicales<sup>17</sup> renvoie ainsi à une figure « charnière entre monde médical, univers religieux et traditions familiales »<sup>18</sup>. Le rituel ne se trouve pas dépourvu de toute signification religieuse, mais l'argument hygiéniste, que l'on retrouve aussi en contexte musulman, comme le retracent notamment les recherches d'Abu-Sahlieh<sup>19</sup>, de Chebel<sup>20</sup> ou de Puzenat<sup>21</sup>, permet de se dissocier d'une instance normative qui prescrit une vérité parfois en décalage avec les valeurs dominantes de la société et dans laquelle certains membres du groupe (juif, musulman) peuvent ne pas se reconnaître. Comme le souligne Mathieu<sup>22</sup>, « il s'agit [donc] d'un religieux sécularisé, d'un judaïsme dés-institutionnalisé, réinventé en dehors des cadres normatifs de la tradition ». Le bricolage ou la réinterprétation individuelle du rituel permet sa réappropriation et favorise son ancrage dans une réalité où les contraintes du religieux n'ont que peu de prises. C'est ainsi que le rituel devient performant socialement et qu'il gagne en légitimité.

L'on rejoint ici les travaux de Hervieu-Léger sur l'individualisation du croire et sur la transformation des modes de validation des systèmes de croyances<sup>23</sup>. Avec la sécularisation, l'Église ou les Églises ne disposent plus du monopole

14 AZRIA Régine, « Pratiques juives et modernité », *Pardes*, 14, 1991, p. 67.

15 HENEREY Adam, « Evolution of Male Circumcision as Normative Control », *Journal of Men's Studies*, vol. 12, n° 3, 2004, p. 265-276.

16 MATHIEU Séverine, 2007, *op. cit.*, sous note 3, p. 54.

17 *Ibid.*, p. 47.

18 *Ibid.*, p. 54, telle que référant à Patricia HIDIROGLOU.

19 ALDEEB ABU-SAHLIEH Sami, 2001, *op. cit.*, sous note 2.

20 CHEBEL Malek, *Histoire de la circoncision*, Paris, Perrin, 2006.

21 PUZENAT Amélie, 2008, *op. cit.*, sous note 3

22 MATHIEU Séverine, 2007, *op. cit.*, sous note 3, p. 61.

23 Si ces recherches ont été menées sur le christianisme occidental, rien n'empêche de tester les outils analytiques qui en ont découlé dans d'autres contextes, comme en attestent de nombreuses recherches menées en sociologie des religions en France depuis plus de quinze ans.

de la vérité, chaque individu croyant devenant lui-même légitime pour définir sa vérité. La sociologue nous montre que nombre d'individus croyants fonctionnent selon une logique de « validation mutuelle du croire »<sup>24</sup>, c'est-à-dire une logique où, « le seul critère reconnu [...] est celui de l'authenticité de la quête individuelle qui s'y exprime, pour chacun de ceux qui y sont partie prenante. Aucune instance extérieure – ni institution, ni communauté – ne peut prescrire à l'individu l'ensemble des vérités à croire »<sup>25</sup>. L'institution ne peut qu'offrir certaines vérités dans lesquelles un choix sera ensuite, individuellement effectué parce qu'« il n'y a de "croire vrai" que personnellement approprié »<sup>26</sup>. Dans ce contexte, où « c'est avant tout dans l'échange mutuel que les individus peuvent espérer trouver les moyens de consolider l'univers personnel de sens dont ils se dotent »<sup>27</sup>, la circoncision rituelle reste bien sûr référée à l'institution, mais elle ne se trouve pas nécessairement justifiée dans les termes de cette institution. En invoquant l'argument médical ou hygiéniste, les familles mixtes ou non mixtes, mais sécularisées, évitent de compartimenter leur propre identité et c'est alors le judaïsme qui va ici se trouver compartimenté ou renvoyé à une quasi-relativité.

On ne retrouve pas une telle compartimentation dans la situation de familles juives qui entament un processus de conversion pour un enfant adopté. L'enquête menée par Nizard<sup>28</sup> montre même à l'inverse que la majorité des familles concernées font souvent circoncire leur enfant dans des courants orthodoxes. La chercheuse y voit un paradoxe<sup>29</sup>, rejoignant par là-même les conclusions de Tank-Storper<sup>30</sup> dans sa recherche sur les conversions d'adultes au judaïsme. Il s'agit du paradoxe d'une démarche de conversion motivée par une décision individuelle qui amène pourtant le ou les individus à se soumettre à l'autorité d'une institution. Les parents sont libres, en théorie, de choisir un courant qui correspond à leurs propres croyances, mais parce qu'ils souhaitent s'assurer que la judéité de leur enfant ne sera pas remise en question, ils vont faire ce choix de l'orthodoxie alors même qu'ils ne l'auraient pas fait dans un autre contexte<sup>31</sup>.

24 HERVIEU-LÉGER Danièle, *Le pèlerin et le converti. La religion en mouvement*, Paris, Flammarion, 2003, p. 186-187.

25 *Ibid.*

26 *Ibid.*

27 HERVIEU-LÉGER Danièle, « De l'accomplissement de soi à la dépendance psychologique. De quelques produits paradoxaux de l'individualisme spirituel contemporain », *Cahiers du centre de recherches historiques*, vol. 40, 2007, p. 67.

28 NIZARD Sophie, 2012, *op. cit.*, sous note 4.

29 *Ibid.*, p. 156.

30 TANK-STORPER Sébastien, *op. cit.*, p. 153.

31 NIZARD Sophie, 2012, *op. cit.*, sous note 4, p. 156-157. On ajoutera ici que ce paradoxe se trouve probablement justifié par le contexte spécifiquement français qui pousse les familles



Comme le relève en effet Nizard, « même si l'identification au judaïsme relève d'une pluralité de dimensions, même si l'autodéfinition est essentielle dans toute construction identitaire – je suis juif car je me définis comme tel – il n'est d'autre institution que religieuse qui soit pourvoyeuse de judéité »<sup>32</sup>.

Si certains auteurs estiment que la pratique de la circoncision se banaliserait jusqu'à en perdre sa signification religieuse en société sécularisée, d'autres insistent plutôt sur l'idée qu'elle demeure bel et bien un outil de transmission de l'identité religieuse. En société sécularisée, comme nous venons de le voir, les nouveaux processus de construction des lignées croyantes (et donc des religions) se jouent pourtant à partir de l'expérience plurielle et différenciée des sujets. Dans ce contexte, comment, questionne Hervieu-Léger, « la représentation collective de la continuité de la lignée croyante [peut-elle être] assurée à travers le processus de construction individualisée, dont le travail subjectif que les individus mettent en œuvre pour donner un sens à leurs expériences constitue la matière principale ? »<sup>33</sup>

### III. CIRCONCISION RITUELLE ET TRANSMISSION DE L'IDENTITÉ RELIGIEUSE

Nous reprenons ici les apports de la sociologie de la transmission religieuse fournis par Hervieu-Léger et utilisés par Tank-Storper<sup>34</sup> dans son analyse de « l'espace du croire juif contemporain » pour interroger les rôles et fonctions de la circoncision rituelle. Une sociologie de la transmission implique, comme le précise Hervieu-Léger<sup>35</sup>, « de suivre les remaniements du processus de construction de la lignée croyante » que la sociologue définit de façon idéal-typique :

« se développant inséparablement sur le terrain social et dans les registres idéologique et symbolique, il engage à la fois la matérialité de la continuité du groupe (l'existence concrète de celui-ci dans la durée), la stabilisation du croire dans le temps (sous forme de croyances, de pratiques, de valeurs partagées, de normes de comportement, de coutumes, etc.) et l'inscription symbolique de la permanence du groupe sur la scène sociale (à travers l'ensemble des signes qui marquent qui "en est" et qui "n'en est pas") »<sup>36</sup>.

---

juives à rechercher cette légitimation identitaire dans les courants orthodoxes ou auprès du Consistoire.

32 *Ibid.*

33 HERVIEU-LÉGER Danièle, 1997, art. cit., p. 131-143.

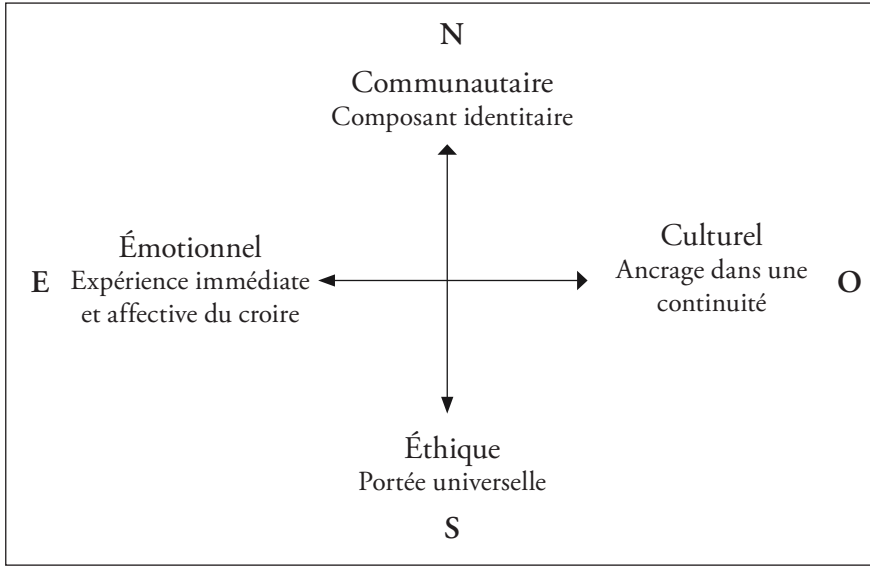
34 TANK-STORPER Sébastien, 2007, *op. cit.*, sous note 30.

35 HERVIEU-LÉGER Danièle, 1997, *op. cit.*, sous note 33, p. 134.

36 *Ibid.*

Hervieu-Léger ajoute ici que le processus de construction du groupe et de l'individu qui en est membre est à la fois objectif et subjectif.

**Schéma 1. Les dimensions de l'identité religieuse**  
par Danièle Hervieu-Léger, 1987<sup>37</sup>



On peut le mesurer à partir de l'intégration de quatre logiques (qui correspondent aux quatre indicateurs de sa figure idéal-typique) (voir Schéma 1 ci-dessus - Les dimensions de l'identité religieuse) :

- « une logique communautaire, qui concerne la délimitation sociale du groupe religieux [...]
- une logique émotionnelle, qui engage la production du sentiment collectif d'appartenance [...]
- une logique éthique, qui met en jeu la définition des valeurs partagées au sein du groupe [...]
- une logique culturelle, qui rassemble les savoirs et savoir-faire constitutifs de la mémoire commune [...] »<sup>38</sup>.

Dans cette perspective, l'institution religieuse renvoie au dispositif social qui intègre ces quatre logiques et en régule les tensions de façon équilibrée en les plaçant sous contrôle. Elle favorise ainsi le processus de transmission de

37 HERVIEU-LÉGER Danièle, 1997, *op. cit.*, sous note 33, p. 131-143.

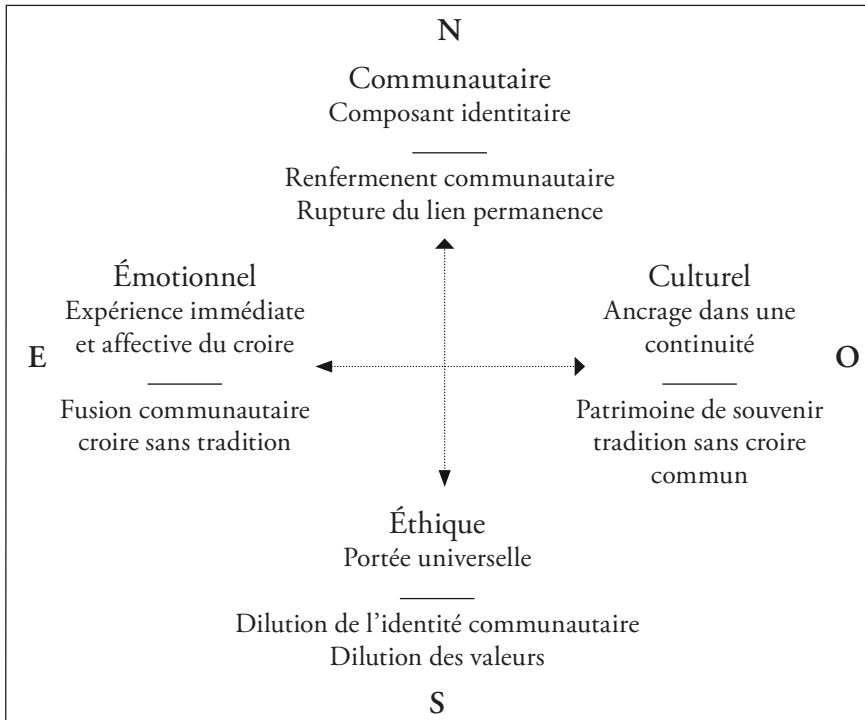
38 *Ibid.*

l'identité religieuse en permettant d'assurer la socialisation des individus dans le groupe et l'entretien d'une mémoire collective<sup>39</sup>.

Cependant, nous avons rappelé qu'avec la sécularisation, qui s'est notamment traduite par la transformation des modes de validation des systèmes de croyances, l'autorité de l'institution cède le pas à la subjectivité de croyants autonomes. L'équilibre précaire entre les quatre pôles de l'identité religieuse s'en trouve ébranlé et Hervieu-Léger souligne que (voir Schéma 2 ci-dessous) :

« chacun des pôles désorbités du système de relation qui le plaçait en dépendance de tous les autres peut devenir le principe exclusif d'une autoconstruction identitaire qui du fait même de cette exclusivité, perd ses propriétés proprement religieuses d'inscription dans une lignée croyante »<sup>40</sup>.

**Schéma 2. Transformations des dimensions de l'identité religieuse en société sécularisée (par les auteurs, d'après Danièle Hervieu-Léger, 1997)**



39 *Ibid.*

40 HERVIEU-LÉGER Danièle, 1997, *op. cit.*, sous note 33, p. 136.

Dans le judaïsme, « plus question pour les non-orthodoxes de se référer à des modèles herméneutiques classiques et de transmettre ce que le texte saint ordonne de transmettre. Leur désir est d'accéder à une identité personnelle que l'on construit pour soi et sa descendance »<sup>41</sup>. Si cette religion a donc, comme pour de nombreuses traditions religieuses en occident, été affectée par la sécularisation<sup>42</sup>, nous allons toutefois voir que la pratique de la circoncision rituelle conforte néanmoins la transmission de l'identité religieuse.

Elle renforce l'axe nord-sud du schéma de la transmission, c'est-à-dire l'axe qui va du communautaire à l'éthique, du singulier à l'universel. Elle permet en effet, indique Séverine Mathieu « de passer d'une mémoire courte (la mémoire familiale) à une mémoire longue (celle d'un peuple) »<sup>43</sup> et ce faisant, de « consacrer l'appartenance de l'enfant mâle au peuple juif »<sup>44</sup>. La circoncision rituelle participe ainsi d'un processus où, comme nous le montre Hidiroglou se greffent à un :

« système de représentation de la reproduction qui tient compte de l'ordre caché des substances [...] les conduites sociales visibles, les interdits de l'alliance, règles de parentés et héritage, dispositions éthiques particulières qui fondent toute société humaine dans son universalité et sa singularité et contribuent à donner une identité à un enfant, avant même sa naissance »<sup>45</sup>.

Il en est de même en islam où, si l'appréciation de l'opportunité du rituel est plus souple que dans le judaïsme<sup>46</sup>, on relève que lorsque celui-ci est pratiqué, il concrétise l'appartenance à la communauté musulmane<sup>47</sup> et constitue bien « une marque identitaire de ralliement »<sup>48</sup>. Comme l'indique Chebel, la circoncision renvoie plus à :

« un acte de conformité à l'esprit du croyant [...] qu'à la lettre du texte sacré [...]. En vérité, même si la dimension hygiénique est exaltée, la circoncision est, pour

41 HIDIROGLOU Patricia, 1997, *op. cit.*, sous note 3, p. 276.

42 HIDIROGLOU Patricia, 1997, *op. cit.*, sous note 3, p. 274.

43 MATHIEU Séverine, 2007, *op. cit.*, sous note 3, p. 48.

44 NIZARD Sophie, 2012, *op. cit.*, sous note 4, p. 158.

45 HIDIROGLOU Patricia, 1997, *op. cit.*, sous note 3, p. 272.

46 MAHERZI Aïcha, « La circoncision et "le dialogue interculturel et religieux" proposé par les parlementaires européens », in COHEN Monique Lise (dir.), *La circoncision en question, Actes du colloques organisé à Toulouse le 23 janvier 2014*, Paris, Orizons, 2014, p. 67-85 ; LASKAR Patrick, « La circoncision, approche rituelle et médicale », in COHEN Monique Lise (dir.), *op. cit.*, p. 33-38.

47 Voir en ce sens PUZENAT Amélie, 2008, *op. cit.*, sous note 3 ; MAHERZI Aïcha, 2014, *op. cit.*, sous note 46, p. 69.

48 THIEL Marie-Jo, « La circoncision, un débat impossible ? », *Esprit*, janvier 2014, p. 86-87.

un musulman, une pratique qui commande son intégration à la communauté des croyants »<sup>49</sup>.

Pour en revenir au judaïsme, dans cette prise en main du croire par l'individu, l'axe est-ouest du schéma se trouve également consolidé, à une extrémité, par le partage de l'émotion lors des festivités qui entourent la circoncision. Dans son enquête sur les rites de naissance dans le judaïsme, Hidiroglou nous rappelle d'ailleurs que « le partage d'émotions et de valeur, plus que l'adhésion à un système de croyance, semble fonder pour beaucoup l'affiliation au judaïsme »<sup>50</sup>. À l'autre extrémité de l'axe est-ouest, on retrouve, avec la circoncision, une véritable inscription de l'individu dans une culture qui a traversé les siècles, les exils et les persécutions. L'anthropologue précise en effet que :

« la différence des significations à la même époque pour des gens qui partagent la même culture dominante montre la richesse intrinsèque des rites de naissance : ceux-ci cumulent des sens qui convergent vers une signification partagée par tous, la certitude d'appartenir tous à l'histoire commune des juifs, de vouloir y situer leurs enfants »<sup>51</sup>.

Et l'on notera que si les courants antisémites de la première moitié du <sup>xx</sup>e siècle ont tenté de discréditer la valeur médicale de la circoncision, c'est aussi parce que ce rituel est bien une clé de voûte de la transmission de la judéité<sup>52</sup>.

On pourrait conclure cette partie en disant que le rituel de la circoncision devient un véritable indicateur des tensions vécues entre individu et institution, modernité et tradition. Comme le rappelait Berger, le rituel est bien un « rafraîchisseur de mémoire » et « les rites religieux ont été un instrument essentiel de ce processus de "remémoration". Sans cesse ils "rappellent" à ceux qui y participent les définitions fondamentales de la réalité et leurs justifications. [...] Ils restaurent sans cesse, à chaque fois, la continuité entre l'instant présent et la tradition sociale, situant les expériences de l'individu et des divers groupes de la société dans le contexte d'une histoire (fictive ou réelle) qui les transcende tous »<sup>53</sup>. Rationalisée et légitimée à travers des arguments séculiers pour passer le test de la modernité, la circoncision rituelle favorise l'inscription de l'individu dans le collectif<sup>54</sup>. Elle permet d'assurer la continuité et

49 CHEBEL Malek, 2006, *op. cit.* sous note 20, p. 55.

50 HIDIROGLOU Patricia, 1997, *op. cit.*, sous note 3, p. 275.

51 *Ibid.*, sous note 3, p. 277.

52 *Ibid.*, sous note 3, p. 22.

53 BERGER Peter L., *La religion dans la conscience moderne - Essai d'analyse culturelle*, Paris, Éditions du Centurion, 1971, p. 77-78.

54 KAMKAR-RAD Quentin, « La circoncision : rite chirurgical, chirurgie rituelle », *Droit, déontologie et soin*, vol. 4, n° 2, juin 2004, p. 209-225.

de maintenir les diverses dimensions de l'identité religieuse, palliant ainsi les effets d'une crise de transmission des identités religieuses en société sécularisée.

#### IV. LE DROIT À L'ÉPREUVE DE LA CIRCONCISION, LA CIRCONCISION À L'ÉPREUVE DU DROIT

Si « légitimités scientifique et religieuse [se sont longtemps adossées] pour stabiliser le traitement normatif de la circoncision rituelle au titre d'une coutume [... Louis-Léon Christians souligne pourtant qu'] une synergie nouvelle entre cognition médicale et sécularisation sociale vient déstabiliser les équilibres antérieurs. Elle ne conduit cependant pas à une clarification des dispositifs judiciaires mais bien à une phase de transition encore peu lisible »<sup>55</sup>. L'argument médical a probablement, dans ce contexte, apporté une justification éthique implicite en permettant au droit de conserver une certaine position de neutralité sans avoir à se prononcer sur la dimension religieuse de la circoncision. Mais cette seule justification, qui fait aujourd'hui l'objet de plusieurs controverses dans le milieu médical lui-même<sup>56</sup>, ne suffit plus.

Nous avons évoqué plus haut le phénomène d'individualisation des croyances et les processus par lesquels les individus valident aujourd'hui les systèmes de sens auxquels ils adhèrent. Avec la judiciarisation croissante de la question religieuse, les tribunaux doivent intégrer dans une large mesure ces justifications individuelles au risque de prendre des positions qui pourraient se trouver en porte-à-faux avec les évolutions de la société.

Pourtant, et si l'on se situe ici en contexte européen, plusieurs auteurs ont rappelé que « la religion reste [...] largement inintelligible aux politiques et aux imaginaires publics en ce qu'elle est historiquement construite, comme catégorie, sur la conviction qu'à l'opposé de la rationalité moderne de l'espace public se vit l'expérience intime et privée du religieux »<sup>57</sup>. Dans la plupart des États européens, les aménagements laïques ont pris corps – et le principe de liberté

55 CHRISTIANS Louis-Léon, « La circoncision rituelle face aux droits contemporains », in BURNET Régis et LUCIANI Didier, *op. cit.*, p. 79.

56 SVOBODA Steven J., 2003, *op. cit.*, sous note 2 ; BENATARA Michael et BENATARA David, « Between Prophylaxis and Child Abuse: The Ethics of Neonatal Male Circumcision », *The American Journal of Bioethics*, vol. 3, n° 2, 2003, p. 35-48 ; LASKAR Patrick, 2014, sous note 46, p. 35.

57 Voir AMIRAUX Valérie, « Le port de la burqa en Europe. Comment la religion des uns est devenue l'affaire publique des autres? », in KOUSSENS David et ROY Olivier, *Quand la burqa passe à l'Ouest. Enjeux éthiques, politiques et juridiques*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, coll. « Sciences des religions », 2014, p. 17.

de conscience et de religion a été garanti – dans des systèmes étatiques où certains cultes étaient, tantôt reconnus, tantôt privilégiés en vertu d'accord de collaboration avec les institutions publiques<sup>58</sup>. En vertu des aménagements laïques, et parce que s'imposent à l'État les nécessités de la protection de la liberté de conscience et de religion, celui-ci est amené à s'immiscer dans le champ religieux dont il va se faire l'interprète. Autrement dit, c'est le principe même de la liberté de conscience et de religion qui implique que l'État laïque n'ignore pas le fait religieux mais, à l'inverse, le prenne en compte afin que les contours de cette liberté soient clairement définis<sup>59</sup>. L'État est dès lors amené à déterminer *a priori* les contours de la religion, afin de garantir *a posteriori* la liberté de conscience et de religion de ceux qui s'en réclament. Dans ce cadre, si les lois nationales européennes envisagent bien la protection de la liberté de conscience dans sa dimension individuelle, elles mettent aussi l'accent sur cette liberté dans sa dimension collective afin de permettre aux Églises de s'organiser selon leurs règles propres. En résulte encore aujourd'hui pour les tribunaux européens une difficulté à appréhender la religion dans sa dimension subjective et de sanctionner l'atteinte à la liberté de religion dans sa dimension uniquement individuelle.

C'est donc bien à cet égard que le religieux en général, et la circoncision en particulier, mettent le droit à l'épreuve<sup>60</sup>, les tribunaux n'étant plus seulement « l'une des scènes sur laquelle sont discutés les équilibres institutionnels régissant les rapports entre les pouvoirs publics et religieux, entre le droit étatique et le droit religieux ou encore l'inscription légitime du religieux dans la cité ; [mais ils constituent aussi] un espace de mise à l'épreuve des modèles nationaux de régulation publique du religieux »<sup>61</sup>. En d'autres mots, si la circoncision met ici le droit à l'épreuve, c'est dans sa capacité, dans un contexte de complexification du champ religieux contemporain, de lire le religieux sans procéder à une simple ethnicisation du rituel et d'en comprendre les manifestations afin de garantir le plus adéquatement la liberté de conscience et de religion.

58 KOUSSENS David, « Les laïcités en Europe », *Prêtre et Pasteur*, avril, 2012, p. 209-215.

59 WOEHRLING Jean-Marie, « Définition juridique de la religion », in MESSNER Francis, PRÉLOT Pierre-Henri et WOEHRLING Jean-Marie, *Traité de droit français des religions*, Paris, Litec, 2003, p. 23 ; KOUSSENS David, « La religion "saisie" par le droit. Comment l'État laïque définit-il la religion au Québec et en France? », *Recherches sociographiques*, vol. 52, n° 3, 2011, p. 811-832.

60 DELGRANGE Xavier et LEROUXEL Hélène, « La circoncision rituelle en Europe : vers une tension entre la liberté de religion des parents et l'intégrité physique des enfants », in KOUSSENS David, ROBERT Marie-Pierre, BERNATCHEZ Stéphane et GÉLINAS Claude, *La religion hors la loi. L'État libéral à l'épreuve des religions minoritaires*, Bruxelles, Bruylant, à paraître.

61 GALEMBERT (DE) Claire et KOENING Mathias, « Gouverner le religieux avec les juges », *Revue française de Science Politique*, vol. 64/4, 2014, p. 633-634.

Nous avons discuté plus tôt de la fonction centrale et régulatrice de la circoncision rituelle dans le processus de transmission de l'identité religieuse. Ce rôle n'est pas et n'a d'ailleurs pas à être pris en considération par les dispositifs juridiques des États laïques. Mais il risque cependant lui-même de se trouver ébranlé, ou à tout le moins questionné, par les justifications éthiques qui seront apportées au soutien de telle mesure de validation ou d'interdiction de la circoncision rituelle. C'est à cet égard que le droit met lui-même la circoncision, et plus largement la religion, à l'épreuve. Car, comme nous l'avons rappelé à partir des travaux de Danièle Hervieu-Léger, le processus de transmission renvoie à la dynamique même de la lignée croyante. Il renvoie donc à la dynamique de la religion.



# La circoncision rituelle est-elle éthiquement admissible ?

ALAIN GRIMFELD

## I. SITUATION DE LA DÉMARCHÉ RÉFLEXIVE

L'actualité du sujet sur la circoncision rituelle en Europe provient de la décision en 2012 d'un tribunal allemand de Cologne, jugeant que la circoncision pour raisons religieuses était condamnable au motif que « le droit fondamental de l'enfant à l'intégrité physique l'emporte sur les droits fondamentaux des parents ». La polémique au sein des institutions représentatives des religions juive et musulmane a été relancée avec la résolution du Conseil de l'Europe du 1<sup>er</sup> octobre 2013 sur « le droit des enfants à l'intégrité physique », qui classe au rang des atteintes à cette intégrité la circoncision des jeunes garçons et invite les États membres à en réglementer la pratique, notamment en s'assurant que l'enfant soit en mesure d'exprimer son consentement.

D'emblée nous nous situons en contexte de tension entre morale religieuse et éthique des sciences de la vie et de la santé : la morale, notamment religieuse, impose de fait un mode de pensée, puis une décision et finalement un type d'action obéissant à un dogme préétabli, parfois ancestral, pratiquement immuable. Dès lors, on peut estimer que cette morale s'adapte peu ou mal aux évolutions sociétales. La démarche éthique, pour sa part, se développe conjointement aux évolutions de nos sociétés, qu'elles soient notamment scientifiques ou politiques,

sans pour autant s'y soumettre ni s'y conformer. Simplement, elle permet de les prendre en compte pour un ensemble de questionnements, notamment dans la perspective d'une décision, en particulier lorsque celle-ci doit être prise en situation d'incertitude. Cette adaptation de la démarche éthique au contexte social, en termes précisément de questionnements séquentiels, lui donne toute légitimité, dans sa forme conclusive, au moment de la prise de décision dans l'intérêt de tous, pour le « mieux vivre » et le « mieux exister ».

Cependant, dans ce cas très particulier de la circoncision rituelle (nous n'envisagerons ici que le cas de la personne de sexe masculin), la réflexion éthique doit dès l'abord prendre en compte les considérants qui suivent.

L'acte de circoncire pour celui qui l'exécute fait partie de l'accompagnement du circoncis, selon les croyances du groupe humain concerné, soit vers une entrée définitive parmi les protégés de Dieu, soit vers la condition affirmée d'homme au sein de son groupe, ou les deux.

Pour le circoncis, le don d'une partie de soi issue d'un organe destiné en premier lieu « naturellement » à procréer, mais aussi à ressentir certaines formes de plaisir, comporte une valeur symbolique affirmée par sa communauté. Il l'identifiera dans son appartenance religieuse, ou le légitimera dans son groupe social, et cela de manière indélébile, définitive. Certains soulignent ainsi la nécessité de prendre en compte, dans le débat, cette dimension symbolique de la circoncision, signe à la fois de filiation dans la lignée paternelle et de filiation au groupe.

La démarche réflexive se situe donc d'emblée dans cet environnement. Elle ne pourra pas se limiter, si l'on peut dire, à prendre appui sur les principes tels que le respect de l'intégrité de la personne, la bienfaisance et la non-malfaisance qui, en première instance, devraient alors interdire la circoncision. Il en serait de même si l'on mettait en avant les principes d'une éthique libertarienne, prônée notamment par Leonard Reed, Robert Nozick, ou encore Murray Rothbard, au nom de laquelle chacun est propriétaire de lui-même, ce qui impliquerait de demander l'avis de l'enfant promis à la circoncision, ou bien encore d'une éthique conséquentialiste portée notamment par John Stuart Mill, qui suppose que l'on devrait tenir compte, avant d'accomplir cet acte, des risques auxquels serait exposé cet enfant, risques vitaux parfois.

## II. MENÉE DE LA RÉFLEXION ÉTHIQUE

Eu égard à ces considérants, quels sont les enjeux éthiques soulevés ? Nous reprendrons pour cela certains des principes d'éthique déjà cités.

## A. LE CADRE RELIGIEUX

Au nom de la bienfaisance et de la non-malfaisance, est-il justifié, selon les buts recherchés, de continuer à pratiquer cet acte ? Suivant l'évolution de notre société et de celle des communautés religieuses concernées, est-il toujours si impératif, pour un garçon, de devoir témoigner par ce don de soi de son adhésion inconditionnelle à sa communauté ? Selon les responsables et représentants religieux habilités, l'affirmation en réponse à cette question reste sans ambiguïté. Donc par ce geste, au nom de la religion, « on fait bien, et on fait le bien » pour le garçon circoncis, et cela pour toute son existence.

Dans le judaïsme, la circoncision est une prescription inscrite dans la Torah (*brit milah*) ; elle incarne « l'alliance perpétuelle », instaurée par Dieu avec son peuple en échange d'une multiple descendance (*Genèse 17,10-12*) ; elle est considérée comme la *mitzvah* (ou commandement) centrale du judaïsme, et continue à être perçue comme la marque de l'identité juive, même par les non-pratiquants ; elle doit être effectuée au huitième jour précisément après la naissance (sauf en cas d'empêchement impérieux, pour raison de santé notamment), ce qui l'inscrit dans une temporalité qui ne peut elle aussi que questionner. Cependant, comme nous l'enseigne le *Deutéronome* (30,6), ce qui est véritablement exigé pour accéder au divin est lié à l'architecture du cœur, pas à une marque inscrite au niveau des parties sexuelles mâles.

Dans l'islam, la circoncision (*khitân*) n'est pas inscrite dans le Coran ; elle est cependant prônée par un *hadith* (*al-Bukhâri*, vol. 7, liv. 72, num. 779) ; elle est habituellement pratiquée entre l'enfance et l'adolescence, en général entre 7 et 15 ans ; le rituel célébré publiquement, dont le vocable évoque aussi le marquage par un sceau, consacre la cohésion du groupe fondée sur l'acceptation d'une blessure commune, toujours au niveau du sexe masculin. Cette pratique, selon l'avis des représentants du culte musulman, n'est pas négociable dès lors qu'elle est recommandée (ce qui n'est pas, semble-t-il, le cas de toutes les communautés musulmanes). En cette circonstance, elle ne peut être remise en question par des non-musulmans, dans le contexte actuel.

Dans les deux cas, la circoncision rituelle étant souvent effectuée sans anesthésie, la douleur ressentie est brutale et ne pourra que laisser des traces sur le plan psychologique et neurocomportemental, et possiblement sur le plan du comportement sexuel. Les formes que prendront ces manifestations seront certes diverses, en fonction de la « qualité » de l'acte, du profil psychologique propre de l'enfant, de l'âge auquel l'acte aura été accompli et des caractéristiques socio-culturelles de son environnement<sup>1</sup>. Une éthique libertarienne, déjà citée,

1 GOLDMAN Ronald, "The psychological impact of circumcision", *BJU International*, 1999, 83, suppl. 1, p. 93-103.

au nom de laquelle chacun est seul propriétaire de son corps et peut donc seul décider de sa disponibilité éventuelle, ou simplement le principe d'autonomie, ne pourraient être invoqués que chez l'enfant capable de comprendre la signification religieuse profonde de l'acte, et de lui laisser le choix. Cependant, en la circonstance, l'acceptation ou non de la circoncision ne serait pas uniquement soumise pour le promis à une analyse des composantes du ou des risque(s) encouru(s), mais au-delà, à la mise en balance entre, respectivement, la volonté ou non d'appartenir à la communauté religieuse, ou sociale, correspondante. En la circonstance, certains en infèrent que ce serait finalement, dans une république laïque, aux parents de prendre la décision, et éventuellement de savoir dire « non ! »<sup>2</sup>.

## B. EN DEHORS DU CADRE RELIGIEUX

Le cadre culturel peut être abordé à partir du texte publié par Paul Lafargue en 1887<sup>3</sup> :

« B. Casatis, qui en qualité de missionnaire résida vingt-trois ans dans le sud de l'Afrique, décrit des cérémonies qui accompagnent la circoncision chez les (garçons) Bassoutos : son récit est confirmé par celui de Livingstone. Comme ce n'est qu'en étudiant les mœurs des sauvages et des barbares, qui, selon l'énergique expression du docteur Letourneau, sont la préhistoire vivante, que l'on pourra reconstituer les premières phases de l'évolution humaine, je résumerai les récits de ces deux voyageurs en les complétant par des observations faites en Australie, nous pourrons ainsi remonter à l'origine probable de cette coutume<sup>4</sup>.

La circoncision se pratique chez les Bassoutos et les Béchouanas vers l'âge de treize à quinze ans ; d'enfants (*pueri*) qu'ils étaient, elle en fait des hommes (*virii*). Cette cérémonie, qui ne revient que tous les cinq ou six ans, est si importante, que les Béchouanas comptent leur histoire par cérémonies de circoncision, comme autrefois les Grecs le faisaient par olympiades.

[...] Le lendemain on construit des cabanes appelées *mapato* (mystère), où après leur circoncision ils doivent demeurer pendant six à huit mois sous la direction d'instructeurs spéciaux qui les exercent au maniement des armes [...]

2 COTTON Marc-André, « Circoncision : c'est aux parents de dire non ! », [www.regardconscient.net/archi13/1301peps2.html](http://www.regardconscient.net/archi13/1301peps2.html).

3 LAFARGUE Paul, « La circoncision, sa signification sociale et religieuse », *Bulletin de la Société d'Anthropologie*, Séance du 16 juin 1887.

4 CASALIS Eugène, *Les Bassoutos*, chap. XIII, Paris, Librairie de Ch. Meyrueis, 1859 ; LIVINGSTONE David, *Missionary travels in south Africa*, London, John Murray, 1857, p. 146-149 ; ANGAS George-French, *Savage life and scenes in Australia and New Zealand*, vol. I, chap. III, vol. II, chap. VII, London, Smith, Elder and Co., 1847.

[...] (Devant se plier à divers rites) Ils endurent leur corps à la fatigue, à la faim, à la douleur ; ils commencent là leur apprentissage d'hommes et de guerriers [...] Les mentors les moralisent : "Amendez-vous ! Soyez hommes ! Fuyez le vol et l'adultère ! Honorez votre père et votre mère ! Obéissez à vos chefs !". Ils ont le droit de tuer le garçon qui essaierait d'échapper à cette terrible discipline sous laquelle les faibles succombent.

[...] Les femmes sont rigoureusement écartées du *mapato*, mais tout homme a le droit d'y venir et de joindre ses coups et ses préceptes à ceux des instructeurs.

[...] Après six à huit mois de ce régime disciplinaire, les jeunes gens, oints de la tête aux pieds, reçoivent des vêtements et *un nom* qu'ils doivent conserver leur vie durant, et retournent dans le village au milieu des danses et des acclamations : le *mapato* est livré aux flammes dès qu'ils l'ont quitté.

[...] Jusqu'à leur mariage, les nouveaux circoncis continuent à vivre ensemble dans des espèces de corps de garde.

[...] Livingstone n'hésite pas à considérer la circoncision "comme une cérémonie civile plutôt que religieuse. Et comme il n'existe pas de chaîne continue entre les Arabes et les Béchouanas, et comme elle n'est pas une cérémonie religieuse, elle ne peut être attribuée à une origine mahométane, ainsi qu'on a l'habitude de le faire".

[...] Les filles de treize à quatorze ans passent aussi par une semblable initiation que certaines tribus désignent du nom de circoncision.

[...] les coups et les mauvais traitements ne leur sont pas épargnés.

[...] Chez les Gallinas de Sierra Leone, les jeunes filles après avoir appris les danses qui accompagnent toutes leurs occupations [...] ont leur clitoris excisé, au milieu de la nuit, quand la lune est pleine ; elles reçoivent ensuite leur nom<sup>5</sup>.

[...] Les cérémonies d'initiation sont spéciales à chaque sexe : il est aussi dangereux pour un homme de se glisser parmi les jeunes filles que pour une femme de pénétrer dans le mystique *mapato* ; tout violeur des mystères de l'initiation risquerait de payer son audace de sa vie. Avant d'être élevés au rang de femmes et d'hommes, les filles vivent ensemble, plus particulièrement sous la direction des femmes ; mais quand ils ont été initiés, ils se séparent et vivent, les filles avec les filles et les garçons avec les garçons, jusqu'à ce que le mariage rapproche de nouveau les sexes ».

Quelle que soit la latitude où est pratiquée la circoncision, une question paraît centrale : au nom de quel précepte, cette partie du corps offerte est-elle la seule pouvant représenter, d'une part dans un cadre religieux, le niveau de valeur

---

5 HARRIS, *Memoirs of the Anthropological Society of London*, 1805, p. 31.

nécessaire pour mériter la reconnaissance de Dieu parmi les siens, d'autre part dans un cadre plus simplement social, culturel, au sein de certaines populations, la reconnaissance des enfants masculins parmi les hommes disons « accomplis » de leur communauté ?

Les textes en ce domaine sont peu informatifs, pauvres ou inexistants.

Rappelons que l'empereur Julien considérait les diverses et épouvantables mutilations pratiquées alors, comme des symboles moraux qui prescrivaient de se « mutiler, non du corps, mais de tous les appétits déraisonnables de l'âme, et de tous les mouvements superflus et inutiles à la cause intelligente »<sup>6</sup>.

Dans son texte, Paul Lafargue fournit beaucoup d'autres exemples de pratiques de la circoncision, plus ou moins accompagnées de rites de violences, mutilations et cruautés diverses, selon les populations chez lesquelles elle est pratiquée. Pour résumer, il écrit :

« La circoncision présente des caractères nettement tranchés suivant les classes et les peuples chez qui on l'observe. Dans les classes sacerdotales de l'Égypte et de l'Asie antérieure, elle est probablement la forme la plus atténuée d'horribles mutilations pratiquées pour honorer les premières déesses. Les peuplades sauvages font de la circoncision un des rites de l'initiation à la classe des guerriers. Chez d'autres peuplades barbares, elle est une cérémonie religieuse, un hommage rendu à la divinité, toujours malfaisante et cruelle, à qui il faut sacrifier une partie pour conserver le reste ; elle est la marque ineffaçable du contrat entre l'homme et Dieu ».

Toutefois, on ne peut tirer des écrits dont nous disposons une réponse suffisamment éclairante sur le plan éthique, loin s'en faut. Dans ces conditions, il est permis d'avancer certaines hypothèses.

### III. HYPOTHÈSES

D'un point de vue religieux, le pénis serait dévolu par essence à une fonction de procréation, si ce n'est de reproduction de l'homme à l'image du Dieu créateur. Rappelons qu'un grand érudit du judaïsme, le philosophe talmudiste médiéval Maïmonide (1135-1204), exprime sans détour que l'ablation du prépuce a pour but de réduire le plaisir<sup>7</sup>, considéré comme impur par toutes les religions. La circoncision pourrait alors être l'acte limitant, évitant empiriquement une certaine dérive vers un usage du pénis pour le plaisir, y compris l'onanisme. Des études récentes, non univoques d'ailleurs dans leurs conclusions,

---

6 JULIEN, *Sur la mère des dieux*, § 4, 8, 10, traduction TALBOT Eugène, Œuvres complètes de l'empereur Julien, traduction nouvelle, Paris, Henri Plon, 1863.

7 MAÏMONIDE Moïse, *Le guide des égarés*, III, ch. 49., trad. de l'arabe par MUNK Salomon, Paris, Verdier, 2012.

révèlent en effet que la circoncision, pour des raisons de modifications anatomiques cutanéomuqueuses, pourrait entraîner une diminution de la sensation érogène du gland chez l'homme, mais également chez la femme au niveau vaginal. La circoncision serait ainsi un moyen de favoriser la vie spirituelle des hommes, en dehors des actes voire des pulsions sexuels, motivés par l'instinct de procréation. Ce serait, par le biais d'une diminution finalement de la libido, une voie permettant de consacrer le temps nécessaire à la méditation, à la spiritualité religieuse, chez les hommes. À ce propos, il est à noter que Paul Lafargue dans son ouvrage cité précédemment, insiste sur la redevance aux déesses à laquelle sont soumis les humains, beaucoup plus qu'aux dieux, au cours de l'histoire de l'humanité. Est-ce là un dû de l'être masculin, considéré alors comme né imparfait (contrairement à ce qu'affirment certains, selon la volonté de Dieu), à la femme pour accéder à l'harmonie du couple ?

Quoiqu'il en soit, dans la religion juive, il n'y a pas d'« explication », au sens notamment de conclusion d'une réflexion exégétique de la circoncision. C'est un commandement. Le mot motivant le rite est celui, dit et redit dans les textes bibliques, d'un acte d'« alliance », scellant le juif à Dieu. Cependant, la circoncision n'est pas la condition *sine qua non* pour être et devenir juif. Pour exemple, légalement, l'identité juive est définie à la fois par la *halachah* (la loi juive) et par la Cour suprême israélienne d'après le statut de la mère de l'enfant : si la mère est juive, l'enfant est juif. La circoncision ne l'emporte pas sur le lignage maternel.

Dans la religion musulmane, comme il a été rappelé plus haut, la circoncision n'est pas inscrite dans le Coran. Elle est citée dans un *hadith*, propos rapporté du Prophète, et peut, selon les interprétations du droit religieux, être soit obligatoire, soit « recommandée » sans plus de contrainte. En fait, face à l'absence de « commandement », à la différence de la prescription juive, l'islam a confié aux juristes de la religion le soin de décider, selon le groupe islamique concerné, de l'obligation ou non de l'accomplissement de l'acte de circoncire.

Dans les populations chez lesquelles la circoncision est le rituel obligatoire de passage de l'enfance, ou de l'adolescence à l'âge adulte, en fait à « l'homme » confirmé, reconnu comme tel par ses proches et ses congénères, il est possible d'envisager une autre finalité. Les rites pratiqués lors de ces cérémonies montrent combien les actes de circoncision doivent être cachés aux yeux des femmes, sous peine de sanctions sévères, sous forme de châtiments corporels, voire de mort. À l'étude de ces rites, il semble qu'on agisse là comme si le sacré résidait dans le mystère. Comme si la différence des sexes, encore visuellement accessible par les jeunes enfants, était exacerbée par la transformation du sexe masculin dont le résultat resterait inconnu par les personnes de « l'autre sexe », créant ainsi et entretenant le mystère de la différence des « genres ». Peut-on imaginer que pour ces peuples, la différence des genres ainsi instituée soit

nécessaire à la bonne conception des générations suivantes ? Et pour cela, sait-on si ultérieurement, dans l'intimité des couples qui se formeront, le mystère ne sera pas respecté, préservé, au cours de l'acte sexuel ?

Une autre raison tenant à l'hygiène a été avancée par certains, y compris pour justifier l'acte religieux ancien, si ce n'est ancestral. Les prêtres d'Égypte, dit Hérodote (II, § 37), se circoncisaient par mesure de propreté :

« mais cette coutume n'était pas confinée aux classes sacerdotales, ainsi que le prouvent les sculptures et les momies ; la circoncision était la marque qui distinguait les Égyptiens de leurs ennemis, et dans la suite, quand l'Égypte se peupla d'étrangers, elle était le signe qui empêchait de confondre l'orthodoxe égyptien avec l'étranger infidèle. Son institution dans le pays remonte à la plus extrême antiquité : on la retrouve établie à la primitive époque dont il reste des monuments, plus de 2500 ans avant notre ère, et elle datait d'une époque antérieure »<sup>8</sup>.

Cette raison hygiéniste ne semble pas (ou plus) occuper une place prépondérante, ou en tout cas justificative. Certaines études récentes semblent montrer certes un moindre risque de contamination vis-à-vis des infections sexuellement transmissibles (IST), notamment par le virus de l'immunodéficience humaine (VIH), chez les hommes circoncis. Ces raisons, en y adjoignant la prévention du phimosis, ont prévalu suffisamment durant un temps pour justifier le taux élevé de circoncisions chirurgicales dans certains pays, notamment aux États-Unis. L'étude du rapport bénéfice/risque et les éventuelles conséquences sur la vie sexuelle de la circoncision, ont considérablement atténué depuis l'engouement pour cette intervention.

Au-delà de ces réflexions, dont le but est de tenter de comprendre « pourquoi ? » la circoncision, le propos n'étant en rien de l'« excuser », certains écartent de parti pris le questionnement pour affirmer l'appartenance de la circoncision à une manifestation de psychose<sup>9</sup> dans des modes d'expression qui sont particulièrement violents et à cet égard discutables. Une avancée récente de criminologie psychiatrique s'intéresse aux agents et aux raisons des mutilations sexuelles. Elle en tire un diagnostic de syndrome de Münchhausen par procuration<sup>10</sup>, trans-générationnel et collectif. Les tenants de cette thèse estiment que,

8 GARDNER WILKINSON John, *Manners and customs of the ancient Egyptians*, I, London, John Murray, 1873, p. 183-184.

9 Par exemple : BERTAUX-NAVOISEAU Michel-Hervé, « La circoncision, une dangereuse folie collective : d'une psychose individuelle à une psychose collective, psychiatrie, psychanalyse et circoncision », <http://independent.academia.edu/MichelHerv%C3%A9BertauxNavoiseau/Circumcision-and-psychoanalysis> (mise à jour 28.12.2014).

10 MEADOW Roy, "Münchhausen Syndrome by Proxy: the Hinterland of Child Abuse", *The Lancet*, 1977, vol. 310, p.343-345 ; MATTEOLI Richard, "Blood Ritual, the Münchhausen complex", *Nunzio press*, 2008, 146 p.



fortement soudés par la complicité ethnique, les auteurs de l'acte en tireraient honneur, gloriole, pouvoir, empathie du groupe et supériorité ethnique. Cela proviendrait non seulement de la mutilation qu'ils infligent à leurs victimes, mais encore de celle qu'ils ont eux-mêmes subie de leurs propres parents. Ils l'estiment donc bénéfique dans cette assertion. Normalement simple signe particulier, la circoncision serait alors sublimée comme signe d'identité collective, impossible à mettre, ou à remettre, en question sans provoquer un tollé, une abjuration. Les mutilations sexuelles frapperaient directement l'organe estimé *a priori* coupable d'éventuels délits moraux inconjurables (« Ce commandement n'a pas été institué pour corriger une déficience congénitale mais une déficience morale »<sup>11</sup>), pour la plus grande satisfaction d'adultes névrosés, culpabilisés et culpabilisateurs. Par là même, la circoncision discrimine l'étranger, voire l'ennemi, comme cela a été évoqué plus haut, et l'incroyant.

Sigmund Freud l'exprime ainsi : « L'hypothèse selon laquelle nous pouvons aussi chercher ici une racine de ces haines des Juifs (*judenhasses*) qui émergent de façon si primaire et génèrent des comportements si irrationnels chez les occidentaux, me paraît incontournable. La circoncision est inconsciemment assimilée à la castration »<sup>12</sup>.

Alice Miller ajoute : « Les pratiques rituelles de circoncision et d'excision ont des effets qui atteignent non seulement l'individu et sa descendance, mais même les autres hommes »<sup>13</sup>.

Selon Moïses Tractenberg, « Une autre conséquence psychologique de la circoncision précoce est qu'elle imprime dans l'esprit du nouveau-né une situation agressive et traumatique [...] L'impossibilité d'appréhender une aussi effroyable introjection d'agression dirigée vers l'intérieur peut conduire, *a posteriori*, à l'émergence de comportements psychopathes et violents ou, dans de nombreux cas, à l'émergence d'un masochisme extrême »<sup>14</sup>.

Parmi les auteurs précédents, certains vont encore plus loin, et accusent. Ils disent et écrivent que les conséquences de ce racisme réciproque sont dramatiques.

Enfin d'après une récente étude danoise, dont nous soulignons le caractère controversé, la circoncision chez les enfants de moins de cinq ans serait à l'origine d'une augmentation de 46% des risques d'autisme et de troubles du déficit

11 MAÏMONIDE Moïse, *op. cit.*

12 FREUD Sigmund, *L'homme Moïse et la religion monothéiste*, Paris, Gallimard, 1986, p. 184.

13 MILLER Alice, *La connaissance interdite : affronter les blessures de l'enfance par la thérapie*, Paris, Aubier, 1990.

14 TRACTENBERG Moïses, *Psychoanalysis of circumcision. Male and female circumcision*, New York, Denniston *et al.*, Plenum publishers, 1999.

de l'attention avec ou sans hyperactivité. Selon les chercheurs, la douleur et le stress causés par l'acte en seraient la cause majeure<sup>15</sup>.

Au plan éthique, il faut examiner ces données avec beaucoup de circonspection, et les proposer à un débat contradictoire.

Cependant, face à ce débat émergent et extensif, n'est-il pas possible d'appeler à une **Éthique de la discussion**, telle que prônée notamment par Jürgen Habermas et Karl-Otto Apel, pour amener à revoir les termes de cette obligation rituelle ouvrant à la « bénédiction », religieuse ou non ? Une solution se dessinerait, dont un exemple pourrait être emprunté à certains représentants de la religion juive, d'un rituel non sanglant d'« alliance sans coupure » (*brit shalom*) pour mériter sa place dans sa communauté religieuse, ou se faire un nom dans sa société.

Miriam Pollack, mère juive qui, face à la pratique de la circoncision, pose les questions fondamentales d'identité, de genre et de pouvoir, écrit : « Sans compromettre, soit l'identité de nos enfants, soit la survie de notre peuple, nous pouvons inviter tous nos enfants juifs, nos bébés filles et nos bébés garçons, à un *brit b'lee milah*, une alliance sans circoncision, et leur enseigner la sagesse, l'amour et la beauté de la tradition juive. [...] seul le pénis a besoin de rédemption (au sens conditionnel, d'après l'auteure). La vérité est que le bébé tout entier est pur, corps et âme, y compris ses tendres parties sexuelles, et c'est à la fois une *mitzvah* et notre devoir le plus sacré de la protéger »<sup>16</sup>, sous-entendu sans obligation d'effraction corporelle.

Quoiqu'il en soit, puisque le sujet de la circoncision rituelle a été soulevé (une nouvelle fois) à l'occasion d'une décision judiciaire, ouvrons la discussion, si possible sur de nouvelles bases, munis de nouvelles données, avant que nous ne soyons débordés par des attitudes et des comportements extrêmes, sinon extrémistes.

15 FRISCH Morten, SIMONSEN Jacob, "Ritual circumcision and risk of autism spectrum disorder in 0-to-9-year-old boys: national cohort study in Denmark", *Journal of the Royal Society of Medicine*, 8 janvier 2015.

16 POLLACK Miriam, "Circumcision: Identity, Gender and Power", *Tikkun*, 26(3), 2011. [http://archives-lepost.huffingtonpost.fr/article/2011/10/30/2626137\\_circoncision-identite-genre-pouvoir](http://archives-lepost.huffingtonpost.fr/article/2011/10/30/2626137_circoncision-identite-genre-pouvoir).

# L'éthicisation du droit en matière religieuse : application à la circoncision rituelle

STÉPHANE BERNATCHEZ

Telle qu'elle est ici posée, la question ne consiste pas à déterminer si la circoncision rituelle, ou son interdiction, est éthique ou non, mais plutôt de savoir quelle éthique est en cause derrière tel ou tel choix, derrière tel ou tel argument. Il n'y a pas de sens à parler d'une action ou d'une décision qui serait contraire à l'éthique, puisqu'une action ou une décision mobilise toujours une éthique ; la question est plutôt de savoir laquelle. L'éthique est plutôt envisagée ici comme « une pratique qui s'incarne dans l'exercice du jugement pratique, par opposition à la morale ou à d'autres formes de régulation sociale qui seront associées à des prescriptions comportementales et s'incarneront souvent dans des écrits, des normes et des prescriptions administratives de toutes sortes »<sup>1</sup>. L'éthique est donc cette pratique consistant à réfléchir, de manière compréhensive, critique et réflexive, sur les normes et les valeurs qui fondent les choix, les décisions et les actions.

---

1 LACROIX André, « Quelle éthique pour quelle organisation ? », in BÉGIN Luc (dir.), *Cinq questions d'éthique organisationnelle*, Montréal, Nota Bene, 2014, p. 15-23.

Pour examiner les enjeux éthiques de la circoncision rituelle, il convient de distinguer les arguments invoqués dans ce débat<sup>2</sup> sur l'encadrement juridique de la circoncision (interdiction ou illégalité, imposition de conditions sanitaires ou médicales particulières, absence d'intervention étatique ou « alégalité »<sup>3</sup>) selon une typologie assez classique en éthique ou en philosophie morale, retenue également pour situer les courants en philosophie politique<sup>4</sup>, soit le conséquentialisme, le déontologisme, l'éthique des valeurs et l'éthique téléologique de la vertu.

L'analyse de la question de la circoncision qui est ici proposée ne vise nullement à se substituer aux analyses proprement juridiques que les juristes en ont faites<sup>5</sup>. La question des rapports entre le droit et l'éthique a toujours occupé une place importante en philosophie du droit<sup>6</sup>. Plus particulièrement, la présente contribution entend se concentrer sur l'hypothèse de l'éthicisation du droit, développée par Georges Legault et Louise Lalonde<sup>7</sup>.

Cette hypothèse est fondée sur le constat que le droit s'éthicise, ce qui est particulièrement le cas en matière religieuse<sup>8</sup>. Indépendamment de tout jugement sur la validité d'un tel recours ou renvoi à l'éthique philosophique ou appliquée, il appert que le discours juridique, tant législatif que judiciaire ou doctrinal, tend de plus en plus soit à emprunter conceptuellement à l'éthique,

2 Voir notamment CHEBEL Malek, *Histoire de la circoncision des origines à nos jours*, Paris, Balland, 1992.

3 Dans ce dernier sens, la circoncision rituelle serait hors la loi : DELGRANGE Xavier et LEROUXEL Hélène, « La circoncision rituelle en Europe : vers une tension entre la liberté de religion des parents et l'intégrité physique de l'enfant? », in KOUSSENS David, ROBERT Marie-Pierre, GÉLINAS Claude et BERNATCHEZ Stéphane (dir.), *La religion hors-la-loi : l'État libéral à l'épreuve des religions minoritaires*, Bruxelles, Bruylant, 2016 (à paraître).

4 SANDEL Michael, *Justice. What's the right thing to do?*, New York, FSG, 2009.

5 À titre d'exemples, voir FORTIER Vincente, « Les incertitudes juridiques de l'identité religieuse », *R.D.U.S.*, 38, 2008, p. 385 ; CHRISTIANS Louis-Léon, « La circoncision rituelle face aux droits contemporains », in BURNET Régis et LUCIANI Didier (dir.), *La circoncision aujourd'hui*, Paris, Beauschesne, 2014, p. 65.

6 Voir notamment PERELMAN Chaïm, *Éthique et droit*, Bruxelles, Éd. de l'ULB, 1990; DERMANGE François et FLACHON Laurence (éd.), *Éthique et droit*, Genève, Labor et Fides, 2002.

7 LEGAULT Georges A., *L'hypothèse de l'éthicisation du droit, Les modes de règlement des différends : vers une autre « justice » ?*, coll. « Essais et conférences », Document 11, Chaire d'éthique appliquée, Université de Sherbrooke, Éditions G.G.C., 45 p. ; LEGAULT Georges A., « Les nouveaux modes de règlement des différends et la transformation de la fonction de juger : vers une justice renouvelée », *Éthique publique*, 3, 2001, p. 69 ; LALONDE Louise, « Les modes de PRD : vers une nouvelle conception de la justice? », *Revue de Prévention et de Règlement des Différends*, 2003, p. 1-17.

8 BERNATCHEZ Stéphane, « L'éthicisation du droit en matière religieuse », *Lex Electronica*, 2015 (à paraître).

sans doute en raison des « limites du droit »<sup>9</sup> pour penser certaines questions complexes, soit encore à renvoyer procéduralement à l'éthique. Selon la conception de l'éthicisation du droit qui est adoptée ici, lorsqu'il renvoie à l'éthique ou qu'il réfère à des notions développées en éthique philosophique ou en éthique appliquée, le droit n'instrumentalise pas l'éthique, mais il reconnaît plutôt ses propres limites sous la forme d'une reconnaissance de l'éthique, conçue comme complément ou même, comme compétence<sup>10</sup>. Selon l'hypothèse de l'éthicisation du droit, le droit s'en remet à l'éthique, et notamment à l'éthique appliquée, en interprétant et appliquant des normes axiologiques<sup>11</sup>, en permettant la « contextualisation croissante des procédures d'élaboration et d'application des règles »<sup>12</sup>, en autorisant « l'appréhension de l'internormativité » et en favorisant la construction d'une norme au départ du monde vécu<sup>13</sup>. Puisque « les concepts philosophiques doivent nous aider à comprendre le réel »<sup>14</sup>, les juristes y ont recours non seulement dans l'élaboration de leur théorie, mais également dans la pratique du droit.

Depuis longtemps déjà, il a été démontré que les déclarations des droits, en raison de l'indétermination axiologique des droits et libertés, amenaient les juges à recourir à l'éthique dans leur raisonnement<sup>15</sup>. Ainsi, il est assez rapidement apparu dans la jurisprudence que l'analyse conceptuelle des droits et libertés de la personne, plus particulièrement pour les fins de leur interprétation et de leur délimitation, exigeait de recourir à la philosophie afin de déterminer le

9 LACROIX André, « L'éthique et les limites du droit », *R.D.U.S.*, 33, 2002-03, p. 195.

10 LACROIX André, « L'insuffisance du droit en matière d'éthique ou les lois sur l'éthique : voyage au pays de l'absurde ! », *Éthique publique*, 13, 2011, p. 95 ; BÉGIN Luc, « La compétence éthique : la comprendre, la valoriser », in BÉGIN Luc (dir.), *Cinq questions d'éthique organisationnelle*, Montréal, Nota Bene, 2014, p. 173.

11 LEGAULT Georges A., « Les nouveaux modes de règlement des différends », précité, note 7.

12 LENOBLE Jacques, « Idéal de la raison et raison procédurale », in BOULAD-AYOUB Josiane, MELKEVIK Bjarne et ROBERT Pierre (dir.), *L'amour des lois. La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques*, Québec/Paris, PUL/ L'Harmattan, 1996, p. 257-287.

13 LALONDE Louise, précité, note 7, p. 30 et s.

14 WEINSTOCK Daniel M., *Profession : Éthicien*, Montréal, P.U.M., 2006, p. 12.

15 LEGAULT Georges A., « La fonction éthique des juges de la Cour suprême du Canada », *Ethica*, 1, 1989, p. 95 ; BISSON Alain-François, « Aristote, rue Wellington, ou des philosophes et des juges », *R.G.D.*, 20, 1989, p. 391 ; BRUNELLE Christian, « L'interprétation des droits constitutionnels par le recours aux philosophes », *R. du B.*, 50, 1990, p. 353 ; BÉGIN Luc, « L'intervention du droit et des juges dans la définition de notre éthique collective », in LEGAULT Georges A., RADA-DONATH Alejandro et BOURGEOULT Guy (dir.), *Éthique de société*, Sherbrooke, Éditions G.C.C., 1999, p. 221.

sens de la liberté<sup>16</sup>, de la dignité<sup>17</sup>, de l'égalité<sup>18</sup>, de la société libre et démocratique<sup>19</sup>, etc. Comme l'a reconnu la Cour suprême du Canada, l'analyse conceptuelle du droit nécessite souvent un « éclaircissement philosophique »<sup>20</sup>.

De nombreuses manifestations récentes de cette éthicisation du droit peuvent être constatées. Pour ne mentionner qu'un exemple, qu'il suffise de penser au recours récent à la notion de vivre-ensemble, un thème cher à l'éthique, pour penser le religieux en modernité avancée<sup>21</sup>. Au Québec, le rapport de la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles, coprésidée par l'historien et sociologue Gérard Bouchard et le philosophe Charles Taylor, a maintes fois fait usage de cette notion<sup>22</sup>. Dans un arrêt récent de la Cour européenne des droits de l'Homme, portant sur l'interdiction législative de porter une tenue destinée à dissimuler le visage dans l'espace public français, la Grande Chambre de la Cour a jugé que cette interdiction peut être justifiée dans son principe dans la seule mesure où elle vise à garantir les conditions du « vivre ensemble »<sup>23</sup>.

16 BERNATCHEZ Stéphane, « La signification du droit à la liberté d'expression au crépuscule de l'idéal », *CdeD*, 53, 2012, p. 687.

17 PROULX Daniel, « Le concept de dignité et son usage en contexte de discrimination : deux Chartes, deux modèles », *Revue du Barreau Numéro spécial*, 2003, p. 487 ; BRUNELLE Christian, « La dignité dans la Charte des droits et libertés de la personne : de l'ubiquité à l'ambiguïté d'une notion fondamentale », *Revue du Barreau Numéro thématique hors-série*, 2005, p. 143. L'auteur cite LAURENT Catherine, *Bioéthique et ordre public*, thèse de doctorat, Faculté de droit, Université de Montpellier 1, Lille, Atelier de production des thèses, 2002, p. 219 : « Le droit éprouve une certaine difficulté à définir la dignité humaine car il faut pour trouver son contenu définir ce qui fait l'humanité d'un être humain, or, cette réponse est essentiellement philosophique. Les contours juridiques du principe de dignité restent assez incertains. La notion a un sens multiple. »

18 PROULX Daniel, « Les valeurs et intérêts protégés par l'égalité », in BEAUDOIN Gérard-A. (dir.), *Vues canadiennes et européennes des droits et libertés*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, p. 61 ; MONTPETIT Manon et BERNATCHEZ Stéphane, « La valse-hésitation du droit à l'égalité pour le bal des dix ans de la Cour McLachlin », *Revue nationale de droit constitutionnel*, 26, 2010, p. 231.

19 LAJOIE André et al., « Les représentations de « société libre et démocratique » à la Cour Dickson, la rhétorique dans le discours judiciaire canadien », *Osgoode Hall Law Journal*, 32, 1994, p. 295.

20 *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483, § 22.

21 LANGUILLE Constantin, *La possibilité du cosmopolitisme : burqa, droits de l'homme et vivre-ensemble*, Paris, Gallimard, 2015.

22 Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles, *Fonder l'avenir. Le temps de la réconciliation*, Rapport BOUCHARD Gérard et TAYLOR Charles, Gouvernement du Québec, 2008, aux p. 91, 105, 108, 109, 123, 135, 141, 150, 160, 164, 251.

23 CEDH, Grande Chambre, 1<sup>er</sup> juillet 2014, n° 43835/11, *S.A.S. c. France*.

Le présent texte ne se concentre pas sur le discours judiciaire, mais sur les positions avancées récemment concernant le traitement juridique à accorder à la circoncision. Analysé sous l'angle de l'éthique, le débat sur la circoncision contient des arguments qui empruntent à différentes éthiques, de type conséquentialiste (I), déontologique (II), axiologique (III) et téléologique (IV).

## I. L'ÉTHIQUE CONSÉQUENTIALISTE

Le *Journal of Medical Ethics* a publié en 2013 un numéro consacré à la circoncision. Cette publication faisait suite à certains événements<sup>24</sup> : premièrement, le décès en 2012, dans la ville de New-York, d'un bébé ayant contracté le virus de l'herpès suite à la pratique d'une circoncision dite *metzitzah b'peh*, laquelle implique la succion buccale du sang par le *mohel*<sup>25</sup>. Deuxièmement, en mai 2012, une décision d'un tribunal allemand, le tribunal de grande instance de Cologne, a considéré que la circoncision rituelle pratiquée sur un enfant incapable d'y consentir méconnaît ses droits. Cette décision a été suivie d'une nouvelle loi reconnaissant le droit de pratiquer la circoncision pour des raisons religieuses. Troisièmement, la parution en septembre 2012, d'un rapport et d'une politique par l'*American Academy of Pediatrics* (AAP), qui a conclu, sur la base d'une analyse conséquentialiste de type utilitariste, que les bénéfices de la

---

24 FODDY Bennett, "Medical, religious and social reasons for and against an ancient rite", *Journal of Medical Ethics*, 2013, 39, p. 415.

25 Selon le *New York City Department of Health and Mental Hygiene* (NYCDH), 11 enfants auraient contracté le virus de l'herpès (HSV-1) depuis 2004, deux en seraient décédés (aussi deux décès dans l'État voisin du New Jersey) et deux souffriraient de dommages cérébraux permanents : DAVIS Dena S., "Ancient rites and new laws : how should we regulate religious circumcision of minors?", *Journal of Medical Ethics*, 39, 2013, p. 456. Depuis, la commission de la santé requiert la signature d'un consentement parental, procédure qui informe quant aux risques pour la santé. Cette procédure s'avère peu efficace, selon Davis, pour protéger les enfants.

circoncision pour la santé, notamment en termes de protection contre le VIH<sup>26</sup>, sont plus importants que les risques et les coûts de cette pratique<sup>27</sup>.

Based on the scientific review outlined above, the Task Force found that male circumcision has been shown to have significant health benefits which include: a lower risk of acquiring HIV, syphilis, human papillomavirus and genital herpes; a lower risk of cervical cancer in sexual partners; a lower risk of penile cancer over a lifetime; and a lower risk of urinary tract infection in the first year of life. These benefits were felt to outweigh the risks of the procedure<sup>28</sup>.

Les membres du groupe de travail de l'*American Academy of Pediatrics* ont jugé que les résultats de leur étude n'étaient cependant pas suffisamment irréfutables pour recommander la pratique routinière de la circoncision néonatale. Ils ont considéré que les bénéfices étaient néanmoins assez substantiels pour autoriser les parents à prendre leur propre décision concernant leur garçon<sup>29</sup>.

Dans le même sens, la *Canadian Pediatric Society* ne recommande pas que la circoncision soit une pratique de routine, puisque les bénéfices et les préjudices sont si équitablement balancés<sup>30</sup>. Malgré ces avantages de la circoncision (« le taux de cancers du pénis, et les risques d'infections par le VIH ou autrement

- 
- 26 Sur ce point, voir notamment les études citées par BENATAR David, "Evaluations of circumcision should be circumscribed by the evidence", *Journal of Medical Ethics*, 39, 2013, p. 431 ; AUVERT Bertran *et al.*, "Randomized, controlled intervention trial of male circumcision for reduction of HIV infection risk: the ANRS 1265 trial", *PLoS Med*, 2, 2005, p. 1112 ; BAILEY Robert C. *et al.*, "Male circumcision for HIV prevention in young men in Kisumu, Kenya: a randomized controlled trial", *Lancet*, 369, 2007, p. 643 ; GRAY Ronald H. *et al.*, "Male circumcision for HIV prevention in men in Rakai, Uganda: a randomised trial", *Lancet*, 369, 2007, p. 657. Pour une critique de ces études, notamment quant à leurs limites contextuelles, voir SVOBODA Steven J. et VAN HOWE Robert S., "Out of step: fatal flaws in the latest AAP policy report on neonatal circumcision", *Journal of Medical Ethics*, 39, 2013, p. 434 et 437. Les auteurs invoquent entre autres que le contexte américain se distingue des cas étudiés dans la mesure où la transmission se fait largement par l'injection de drogues.
- 27 American Academy of Pediatrics, "Task Force on Circumcision. Technical Report: male circumcision", *Pediatrics*, 103, 2012, p. 756-785 ; voir aussi "The AAP Task Force on Circumcision 2012, A call for Respectful Dialogue", *Journal of Medical Ethics*, 39, 2013, p. 442-443.
- 28 "The AAP Task Force on Circumcision 2012, A call for Respectful Dialogue", *Journal of Medical Ethics*, 39, 2013, p. 442.
- 29 *Ibid.* "Although Task Force members did not find the data sufficiently compelling to justify a recommendation for routine neonatal circumcision, we did not find that the benefits are substantial enough to allow parents to make this decision for their male children".
- 30 KOURI Robert P. et PHILIPS-NOOTENS Suzanne, *L'intégrité de la personne et le consentement aux soins*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2012, 3<sup>e</sup> éd., p. 539, § 605. Fetus and Newborn Committee, Canadian Pediatric Society, "Neonatal Circumcision Revisited", *C.M.A.J.*, 154, 1996, p. 769 : "The overall evidence of benefits and harms of circumcision is so evenly balanced that it does not support recommending circumcision as a routine procedure for newborns".



sont moins élevés chez les mâles circoncis », « il n'est pas juste de qualifier dans tous les cas cette opération de thérapie »<sup>31</sup>.

À la suite de la parution de ce rapport américain, de nombreux philosophes, éthiciens, juristes et autres spécialistes ont été appelés à réfléchir aux justifications religieuses et culturelles, ainsi qu'aux considérations médicales et non-médicales relatives aux bénéfices et aux préjudices. En réponse à certaines critiques<sup>32</sup>, les membres du groupe de travail ont défendu leur étude, en insistant notamment sur la méthodologie suivie<sup>33</sup> : il leur était notamment reproché de s'être appuyés sur des études datant de quelques années, d'avoir fait une sélection biaisée de leurs sources en ayant exclues les études qui ne concluaient pas aux avantages de la circoncision<sup>34</sup>.

## A. LES ARGUMENTS CONSÉQUENTIALISTES

Soulignant qu'environ le tiers des hommes sont circoncis et que la circoncision est probablement l'intervention chirurgicale la plus pratiquée, le philosophe oxfordien Julian Savulescu<sup>35</sup> est d'avis que ce serait une erreur d'interdire la circoncision considérant l'importance qu'a cette pratique pour tant de gens. Il craint de plus que l'interdiction ait pour effet d'accroître l'émergence d'une dangereuse pratique illégale, souterraine ou clandestine. En conséquence, la meilleure politique, selon Savulescu, en serait une de réduction du préjudice et non de prohibition. Dans cette perspective, la religion doit embrasser les perspectives modernes de la médecine et de la chirurgie pour protéger les enfants :

Many of the risks of circumcision, such as penile injury, herpetic infection and pain, are almost entirely avoidable with modern surgery. What seems ethically clear is that male circumcision in developed countries should only be performed by a properly qualified surgeon in a hospital setting, with appropriate analgesia. Where religion requires that circumcision be conducted by a religious official, that official should be surgically trained or participate in the surgical procedure in a way that does not compromise the interests of the infants<sup>36</sup>.

Le professeur Savulescu rejette la pertinence de l'argument selon lequel l'ablation du prépuce doit être interdite au motif qu'elle n'est pas naturelle.

31 KOURI Robert P. et PHILIPS-NOOTENS Suzanne, précité, note 30, p. 539, § 605.

32 Voir notamment FRISCH Morten *et al.*, "Cultural bias in AAP's 2012 technical report and policy statement on male circumcision", *Pediatrics*, 131, 2013, p. 796.

33 "The AAP Task Force on Circumcision 2012", précité, note 28, p. 442-443.

34 SVOBODA Steven J. et VAN HOWE Robert S., précité, note 26, p. 436.

35 SAVULESCU Julian, "Male circumcision and the enhancement debate: harm reduction, not prohibition", *Journal of Medical Ethics*, 39, 2013, p. 416.

36 *Ibid.*

La médecine non plus ne l'est pas, ajoute-t-il, tout comme la vaccination et le contrôle de la douleur. De plus, il existe déjà des moyens de reproduire la nature pour éviter la perte de sensibilité ou sensibilité sexuelle, avec des prépuces artificiels<sup>37</sup>. En guise de compromis, il invoque également la possibilité d'une circoncision moins lourde afin de préserver les fonctions protectrice et lubrifiante du prépuce. La meilleure pratique consisterait, à son avis, à encourager le dialogue entre les médecins et les parents quant aux risques et aux bénéfices de la circoncision, peut-être dans le but de décourager le recours à l'intervention. Pareille obligation de consultation non-neutre a déjà été considérée valide dans le cas de l'avortement<sup>38</sup>.

À l'opposé, l'éthicien Brian Earp explique que si la pratique de la circoncision est assez répandue aux États-Unis, qu'elle s'avère une habitude culturelle même à l'extérieur de tout contexte religieux, c'est principalement en raison de la méconnaissance de la complexité et des fonctions sexuelles du prépuce<sup>39</sup>. Selon Earp, même si les sociétés occidentales étaient justifiées d'interdire cette pratique, comme elles l'ont fait avec un certain nombre d'autres pratiques traditionnelles en conflit avec les développements modernes du droit et de la moralité, il serait prématuré et même contre-productif d'adopter en ce moment une législation prohibant la circoncision. Il suggère davantage de débats, tant dans les milieux académique que public. Des réformes graduelles seraient à son avis mieux adaptées. C'est aussi l'opinion du philosophe Hanoch Ben Yami, qui propose l'administration obligatoire d'une anesthésie et l'interdiction de pratiquer une circoncision avec succion buccale du sang (*metzitzah b'peh*). L'objectif serait ainsi d'amener une transformation plus large de la culture à plus long terme. À cet égard, l'évolution la plus marquante pourrait venir de l'intérieur des religions, c'est-à-dire des penseurs et des associations au sein des différentes communautés religieuses<sup>40</sup>, qui suggèrent des alternatives symboliques à l'amputation du prépuce<sup>41</sup>.

Pour d'autres, cette intervention inutile cause annuellement des morts, ce qui justifie de l'interdire<sup>42</sup>. Le plus souvent, c'est l'argument de la fonction sexuelle du prépuce qui est invoqué comme principal inconvénient de la

37 L'auteur donne l'exemple de SenSlip.

38 *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 112 S.Ct. 2791 (1992).

39 Voir aussi SVOBODA S.J. et VAN HOWE R.S., précité, note 26.

40 Par exemple : Jews Against Circumcision.

41 EARP Brian D., "The ethics of infant male circumcision", *Journal of Medical Ethics*, 39, 2013, p. 18.

42 SVOBODA Steven J. et VAN HOWE Robert S., précité, note 26, p. 438.

circoncision. De nombreux auteurs soulignent la perte de sensibilité génitale causée par cette intervention<sup>43</sup>.

## B. LES LIMITES DU CONSÉQUENTIALISME

L'éthique conséquentialiste, qui est fondée sur un calcul des avantages et des inconvénients, permet l'élaboration d'arguments favorables et défavorables à la circoncision rituelle. Comme l'a écrit Michael Sandel<sup>44</sup>, une telle approche pose différents problèmes : d'une part, il est difficile d'évaluer les coûts et les bénéfices, de les mesurer, de les pondérer ; d'autre part, une telle approche laisse les préférences non interrogées<sup>45</sup>, elle peut difficilement servir à fonder une norme, quelle qu'elle soit. L'éthique utilitariste omet au surplus de tenir compte des droits et des autres arguments de principe, conformément à l'éthique déontologique. Selon cette conception, l'argument du préjudice serait insuffisant pour trancher le débat :

Indeed, harm alone is an adequate standard for judging interventions on children's bodies because there are no generally accepted benchmarks for assessing harm; it is simply too subjective and vulnerable to deck-standing. In other words, no matter what it is that adults want to do to a child's body, all they have to do is to define harm in such a way that the intervention is categorised as harmless of insufficiently harmful to warrant ethical (let alone legal) concern<sup>46</sup>.

La principale critique adressée à la théorie conséquentialiste de la justice est qu'elle peut justifier la tyrannie de la majorité et brimer les droits individuels de certains. Selon John Rawls, ces insuffisances de l'utilitarisme justifient le passage à une théorie de la justice déontologique<sup>47</sup>.

---

43 FRISCH Morten *et al.*, "Male circumcision and sexual function in men and women: a survey-based, cross-sectional study in Denmark", *International Journal of Epidemiology*, 40, 2011, p. 1367 ; SORRELLS M.L., *et al.*, "Fine-touch pressure thresholds in the adult penis", *British Journal of Urology International*, 99, 2007, p. 864 (cités dans MERKEL Reinhard et PUTZKE Holm, "After Cologne: male circumcision and the law. Parental right, religious liberty or criminal assault?", *Journal of Medical Ethics*, 39, 2013, p. 444-445.

44 SANDEL Michael, précité, note 4.

45 HUNYADI Mark va plus loin encore lorsqu'il explique que l'éthique laisse trop souvent intacts les modes de vie : HUNYADI Mark, *La tyrannie des modes de vie, Sur le paradoxe moral de notre temps*, Lormont, Le bord de l'eau, 2015.

46 VAN HOWE Robert S., "Infant circumcision: the last stand for the dead dogma of parental (sovereign) rights", *Journal of Medical Ethics*, 39, 2013, p. 475 et 479.

47 RAWLS John, *Theory of Justice*, Cambridge, Mass., The Belknap Press of Harvard University Press, 1971.

## II. AU-DELÀ DE L'APPROCHE PRINCIPISTE EN ÉTHIQUE ET EN DROIT

Dans cette deuxième partie, il s'agit de montrer que, tout comme l'approche conséquentialiste, l'approche principiste qui a longtemps prévalu en éthique, puis en droit, semble de plus en plus céder du terrain face à ses concurrentes.

### A. LES ARGUMENTS DE PRINCIPES

Suivant cette approche principiste, il s'agirait en l'espèce d'examiner ce que des principes comme l'autonomie, le consentement, l'intégrité, la protection des enfants ou la dignité impliquent comme solution au problème de la circoncision rituelle. Ou encore, de montrer qu'au-delà des droits (souverains) des parents, une obligation de protéger les droits de leurs enfants leur incombe<sup>48</sup>. En philosophie contemporaine, l'approche principiste a principalement été développée dans le domaine de la bioéthique<sup>49</sup>. L'éthique biomédicale a par ailleurs fait l'objet de critiques importantes<sup>50</sup>.

Sur le plan juridique, l'approche principiste de type déontologique consiste à affirmer la priorité de certains droits dans le débat sur la circoncision. S'opposent ici les droits des parents, notamment à la liberté de religion, aux droits de l'enfant. La décision allemande a affirmé la priorité des droits de l'enfant à l'intégrité physique et à l'auto-détermination<sup>51</sup>.

Suivant l'approche déontologique, certains invoquent également le droit de l'enfant à un futur ouvert<sup>52</sup>. En appliquant le principe du droit à un futur ouvert, proposé par le philosophe Joel Feinberg et la bioéthicienne Dena Davis, à la circoncision non-thérapeutique, Robert Darby conclut que la circoncision non-thérapeutique viole ce droit de l'enfant à un futur ouvert. Feinberg définit un tel droit comme étant un droit qui doit être protégé pour l'enfant jusqu'à ce qu'il ne devienne un adulte, mais qui pourrait être violé à l'avance, c'est-à-dire avant que l'enfant ne puisse l'exercer lui-même<sup>53</sup>. C'est le fait que l'enfant découvre ultérieurement que des choix possibles lui ont déjà été fermés

48 VAN HOWE Robert S., précité, note 46.

49 BEAUCHAMP Tom et CHILDRESS James, *Principles of Biomedical Ethics*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 6e éd.

50 Voir notamment LAJEUNESSE Yvette et SOSOE Lukas K., *Bioéthique & culture démocratique*, Montréal, Harmattan, 1996.

51 Voir aussi l'approche fondée sur les droits défendue par SVOBODA Steven J. et VAN HOWE Robert S., précité, note 26.

52 FEINBERG Joel, "The child's right to an open future", in FEINBERG Joel (dir.), *Freedom and Fulfillment*, Princeton, Princeton University Press, 1992, p. 76.

53 *Ibid.*, p. 76, 77, 79, 88, 89.

qui constitue une atteinte à ce droit<sup>54</sup>. Les éthiciens s'appuient largement sur le principe du futur ouvert pour fonder leur position – l'enfance est plus une étape qu'un statut : « Parents do not own their children, but are only guardians on their behalf. It follows that a child's scope of future must be protected »<sup>55</sup>.

Par ailleurs, dans cette approche déontologique, le droit pénal est également invoqué comme mode de régulation pouvant imposer une certaine normativité reposant sur l'ordre et la sanction : « La circoncision est une mutilation sexuelle et son fondement religieux n'y change rien. À ce titre, elle devrait encourir les foudres du droit pénal »<sup>56</sup>.

## B. LES LIMITES DU PRINCIPISME

L'approche conséquentialiste de type utilitariste critique l'approche déontologique. S'opposant à la logique déontologique selon laquelle les droits seraient déterminants dans ce débat sur la circoncision, Joseph Mazor, du département de philosophie de la *London School of Economics*, prétend que, plutôt que d'en appeler aux droits, une analyse morale de la pratique de la circoncision requiert plutôt un examen des intérêts de l'enfant. Commentant l'approche adoptée par Mazor, le philosophe David Benatar souligne que ce dernier a su éviter le piège d'en appeler seulement à des principes généraux<sup>57</sup> : « He correctly argues that it is not sufficient to invoke a child's right to bodily integrity or to self-determination »<sup>58</sup>. Plus encore, il prétend que si la circoncision a un effet médical bénéfique, par exemple la protection contre le VIH, les parents ne briment pas les droits de l'enfant à l'intégrité corporelle et à l'auto-détermination en faisant circoncire leur fils. Benatar ajoute que si Mazor a raison d'exclure tout appel aux droits religieux ou culturels des parents pour réfléchir à ce problème, il demeure toutefois insuffisamment prudent dans ses considérations empiriques, notamment dans l'usage qu'il fait de l'une des études réalisées par Benatar lui-même.

Mazor prétend que de fonder la solution du problème sur les droits de l'enfant, comme l'a fait récemment le tribunal allemand, est erroné dans la mesure où l'enfant ne posséderait pas un droit à l'intégrité physique au sens de

54 DARBY Robert J.L., "The child's right to an open future: is the principle applicable to non-therapeutic circumcision?", *Journal of Medical Ethics*, 39, 2013, p. 463-464.

55 NUNES Rui, "Deafness, genetics and dysgenics", *Med Health Philos*, 9, 2006, p. 25 et 31.

56 FORTIER Vincente, précité, note 5, p. 399.

57 BENATAR David, précité, note 26.

58 *Ibid.*

Dworkin<sup>59</sup>, c'est-à-dire un droit-atout susceptible de l'emporter sur tout autre intérêt. Souhaitant apporter une clarification conceptuelle, Mazor mentionne que la conception plus absolue du droit à l'intégrité physique de l'enfant interdirait les vaccinations et les autres interventions chirurgicales nécessaires pour protéger la santé. Un droit fort à l'intégrité physique, défendu notamment par certaines théories de la justice, dont celle du libéralisme, refuse qu'un être humain puisse servir de moyen pour les fins d'une autre personne<sup>60</sup>. Selon Mazor, dans le cas de la circoncision, le corps de l'enfant ne serait pas utilisé comme moyen pour autrui, les parents soutenant qu'ils agissent dans l'intérêt de l'enfant. Il prétend de plus que le droit à l'auto-détermination dont parle Mill dans *On Liberty*, ne saurait non plus s'appliquer en l'espèce. Dans la balance des intérêts à laquelle il se livre, Mazor soutient qu'il n'existe pas de preuve médicale concluante quant à la diminution du plaisir sexuel causée par la circoncision. Cette conclusion est fortement contestée par David Lang, du département de philosophie du *Boston College*, dans sa réplique à l'article de Mazor<sup>61</sup>. Invoquant l'importante perturbation qui pourrait être causée à la vie familiale et communautaire, Mazor tente de mesurer l'impact que pourrait avoir le choix de la personne qui déciderait de recourir à la circoncision une fois adulte, ce qui entraînera des coûts supplémentaires. Dans la communauté juive orthodoxe, il lui apparaît qu'une fois les différentes considérations mises en balance, la circoncision de l'enfant est plus bénéfique. Ce que le débat Mazor<sup>62</sup>-Lang-Benatar démontre, c'est qu'il existe un désaccord profond, sur le plan empirique, quant aux droits et aux effets médicaux de la circoncision.

L'approche déontologique fait également l'objet d'une critique de la part de l'éthique pragmatique. Si l'éthique appliquée a, depuis toujours, posé la question de la possibilité d'appliquer l'éthique, l'interrogation est aujourd'hui portée au niveau de la philosophie elle-même. Invité à réfléchir à ce tournant pratique dans un récent ouvrage consacré à la philosophie pratique, un kantien aussi important qu'Alain Renaut a récemment proposé de dépasser Kant, ou de compléter son travail pour penser ce problème de l'application : « Venant d'un des principaux traducteurs et spécialiste de Kant dans la francophonie, l'invitation

59 DWORKIN Ronald, "Rights as Trumps", in WALDRON Jeremy (dir.), *Theories of Rights*, New York, Oxford University Press, 1984, p. 153.

60 NOZICK Robert, *Anarchy, State, and Utopia*, New York, Basic Books, 1974 ; QUINN Warren S., "Actions, intentions, and consequences: the doctrine of double effect", *Philosophy Public Affairs*, 18, 1989, p. 334.

61 LANG David P., "Circumcision, sexual dysfunction and the child's best interests: why the anatomical details matter", *Journal of Medical Ethics*, 39, 2013, p. 429.

62 Voir la réponse de Mazor à ces critiques : MAZOR Joseph, "What philosophers can contribute in the face of fundamental empirical disagreement: a response to Benatar and Lang", *Journal of Medical Ethics*, 39, 2013, p. 432.

est lourde de sens »<sup>63</sup>. Pensant la philosophie politique et l'éthique appliquées avec Kant contre Kant, Renaut propose « d'imprimer à la philosophie pratique une sorte de révolution copernicienne, c'est-à-dire de révolution dans la méthodologie de son discours » :

Longtemps, l'on a considéré – y compris dans la théorie kantienne la plus connue de l'application – que nos choix éthiques et politiques devaient se régler d'après des principes supposés constituer des points de clivage entre les positions en présence, pour ensuite en tirer les maximes de nos actions, fût-ce par ajout de dimension d'empiricité. Ne réussissons-nous pas mieux à voir ce qui peut donner lieu à des choix pratiques (éthiques ou politiques) si nous partions, selon la logique du jugement réfléchissant, des contextes d'action ? Et si, en examinant les positions en présence dans ces contextes, nous cherchions à les éclairer en remontant de là aux choix de valeurs, en un sens, aux principes qui s'y appliquent ou qui s'y expriment ?<sup>64</sup>

Cette proposition de « prendre congé des principes ou transformer le kantisme » inscrit le jugement pratique dans la logique du jugement réfléchissant, une orientation déjà prise par la double opération d'interprétation et d'application du droit<sup>65</sup>. Renaut s'interroge néanmoins sur l'avenir de la philosophie pratique sur cette voie : « La philosophie politique, délaissant le cher terrain de nos principes, ne risque-t-elle pas en effet d'y perdre son âme, en brouillant elle-même ses marques distinctives vis-à-vis d'autres disciplines, notamment la sociologie ? »<sup>66</sup> Alain Renaut propose d'inverser l'approche principiste traditionnelle, en faveur de la logique du jugement réfléchissant. Comme le résumait André Lacroix, il s'agit ainsi de « partir des contextes d'action pour remonter aux choix de valeurs pour expliquer et justifier tout à la fois nos actions »<sup>67</sup>. Comme le dit Renaut, cela équivaut à penser aujourd'hui, en philosophie politique et en éthique appliquées, avec Kant contre Kant, la dimension même de l'application<sup>68</sup>. Pour Alain Renaut, entre le principisme et la casuistique, une troisième possibilité se dessine donc, fondée sur un apport du kantisme fourni par la *Critique de la faculté de juger* et par la théorie qu'elle développe du jugement réfléchissant<sup>69</sup>.

63 LACROIX André, « État des lieux et défis pour une philosophie pratique... appliquée ! », in LACROIX André (dir.), *Quand la philosophie doit s'appliquer*, Paris, Hermann, 2014, p. 5-9.

64 RENAUT Alain, « De l'application en philosophie politique », in LACROIX André (dir.), *ibid.*, p. 55-77.

65 LENOBLE Jacques et BERTEN André, *Dire la norme. Droit, politique et énonciation*, Paris/Bruxelles, L.G.D.J./Bruylant, 1990.

66 RENAUT Alain, précité, note 64, p. 55-56.

67 LACROIX André, précité, note 63, p. 10.

68 RENAUT Alain, précité, note 64, p. 77.

69 *Ibid.*, p. 76.

Comme nous le verrons plus loin, pareil questionnement est aujourd'hui possible en ce qui concerne le droit qui délaisse, en matière de droits et libertés, l'approche principiste.

Il existe donc deux manières d'envisager l'éthique appliquée : « 1) comme une éthique qui applique des principes à des situations ou 2) une éthique qui s'applique au particulier et qui reconstruit une réflexion à partir de cette singularité »<sup>70</sup>. Selon l'éthicien André Lacroix, « la première conception est essentiellement kantienne et fichtéenne, donc normative et principiste. Elle appartient au passé, à un moment de l'histoire où l'on croyait pouvoir imposer le respect de certaines conduites au nom d'une compréhension du monde, au nom d'une représentation du monde, au nom d'une certaine représentation du bien et du juste »<sup>71</sup>. Quant à la seconde approche, elle est « en bonne partie pragmatique au sens d'une enquête qui n'est rien d'autre qu'un questionnement portant sur les valeurs et les normes qui caractérisent les situations »<sup>72</sup>.

Selon Marc Hunyadi, non seulement l'éthique principiste est insatisfaisante pour résoudre un conflit, mais elle s'avère au surplus insuffisante lorsque jugée du point de vue de l'éthique philosophique<sup>73</sup>. En effet, elle conduit à ce qu'il appelle une éthique minimale<sup>74</sup>. L'éthique des principes serait insuffisante en ce qu'elle laisse intacts, paradoxalement (puisque l'éthique est omniprésente), les modes de vie sur lesquels il serait souhaitable qu'elle émette un jugement : « Centrée sur les principes, l'éthique s'est retirée du monde alors même que c'est ce monde, globalisé et impérial, qui requerrait de toute urgence un jugement éthique global »<sup>75</sup>. Au cœur de cette éthique et de ses standards minimaux se trouvent les droits individuels : « Au final, il en résulte une éthique de la protection des individus, une éthique de l'intégrité centrée sur la non-discrimination et la non-intrusion, une éthique de l'absence de torts infligés et de l'égal respect des préférences de chacun pour peu qu'elles n'entravent pas l'exercice des préférences des autres ; en somme, une éthique de la civilité taillée à la mesure des comportements individuels, une éthique des principes centrée sur le respect de l'intégrité personnelle »<sup>76</sup>.

L'éthique des principes pourrait être invoquée à la fois pour accepter le *statu quo* ou pour condamner la pratique de la circoncision rituelle. Ce que suggère

70 LACROIX André, « La nouvelle contingence humaine », in LACROIX André (dir.), *Redéployer la raison pratique. Pour une éthique pragmatique*, Montréal, Liber, 2011, p. 115-128.

71 *Ibid.*

72 LACROIX André, « La philosophie en action », in LACROIX André (dir.), *Quand la philosophie doit s'appliquer*, Paris, Hermann, 2014, p. 79-109.

73 HUNYADI Marc, précité, note 45.

74 OGIEN Ruwen, *L'éthique aujourd'hui. Maximalistes et minimalistes*, Paris, Gallimard, 2007.

75 HUNYADI Marc, précité, note 45, p. 8.

76 *Ibid.*



Hunyadi, c'est de poser autrement la question, en nous demandant si c'est bien de ce monde que nous voulons, ce qui soulève un questionnement éthique plus fondamental. L'éthique des principes et des droits individuels entend demeurer neutre par rapport à un tel questionnement : « Car en réalité, l'éthique restreinte à quelques principes laisse tout en l'état, en gardant bien d'interroger ce qui importe le plus, les modes de vie dans lesquels nous tournons désormais comme dans une roue de hamster »<sup>77</sup>.

Le kantien se cantonnera à défendre la dignité humaine, l'utilitariste l'utilité, le libertarien la liberté, le communautarien la communauté, l'habermassien la communication ; une fois ces biens assurés contre tous les torts correspondants [pour le kantien l'hétéronomie, pour l'utilitariste les torts infligés, pour le libertarien la servitude, pour le communautarien l'atomisme, pour le habermassien les distorsions de la communication], chacune de ces éthiques laisse le monde poursuivre son cours. Autrement dit, la puissance critique de ces éthiques captives de leurs principes s'épuise entièrement dans la parcelle de réalité régie par ces principes, et laisse le reste du monde subsister tel qu'il est. Le principe de précaution se soucie des risques et laisse faire la fuite en avant technologique ; l'éthique kantienne se soucie de l'autonomie des décisions individuelles mais non de la vie bonne de ces mêmes individus ; l'éthique des droits de l'homme, kantienne dans son esprit, se soucie de la protection des individus mais laisse se déployer des modes de vie qui peuvent être par ailleurs détestables<sup>78</sup>.

En opposition à l'éthique kantienne du principisme, Lacroix qualifie la seconde éthique de pragmatique, en ce qu'il s'agit d'une conception du monde qui n'est pas figée mais plurielle, et repose sur une représentation du sujet capable de formuler des choix ancrés dans diverses réalités sociales, désormais également plurielles :

Dans la perspective pragmatiste, l'éthique appliquée procède par approche situationniste et contextualiste, et établit un rapport à la vérité qui passe par le sujet et ses besoins, mais aussi par une nécessaire enquête sur la réalité à laquelle il est confronté. Elle implique par conséquent une construction intersubjective du sens, une compréhension du sens qui s'élabore dans l'interstice social, là où les sujets sociaux développent leur manière de penser, là où l'action s'esquisse. Enfin, une telle éthique est, par définition, réflexive puisqu'elle mobilise constamment la capacité de réfléchir du sujet, dont la justification des choix ne peut plus reposer sur la compréhension d'un seul principe applicable ensuite à toutes les situations, mais sur la compréhension d'un contexte d'action selon la compréhension partagée par les sujets. De telles considérations obligeront ensuite le sujet à construire lui-même sa « vérité », soit les critères et la manière dont la communauté envisagera d'accepter une réponse, de légitimer un choix, une action ou un comportement<sup>79</sup>.

77 *Ibid.*

78 *Ibid.*, p. 28.

79 LACROIX André, précité, note 70, p. 129.

Citant un ouvrage d'Albert Jonsen et Stephen Toulmin<sup>80</sup>, Alain Renaut mentionne que, « contre la “tyrannie des principes”, on évoque volontiers la fécondité, par exemple dans des dossiers aussi complexes que celui de l'avortement ou celui de la fin de vie, d'une démarche moins obsédée par les “règles générales” et plus attentive aux cas et situations particulières de la vie réelle »<sup>81</sup>.

Selon Jonsen et Toulmin, les principes n'ont qu'« un rôle limité et conditionnel en éthique » : « voilà longtemps que l'expérience humaine a développé une série raisonnable de procédures pratiques afin de résoudre les problèmes moraux qui surgissent dans les conditions particulières de la vie réelle »<sup>82</sup>. Pour Toulmin, auquel se réfère Renaut, c'est la pratique médicale qui, après la démarche partant des principes, fournit le modèle du raisonnement pratique : « le clinicien dispose de connaissances scientifiques générales, mais doit examiner chaque patient dans ce qu'il a de particulier : l'application des connaissances de l'expert ne peut donc, pour le clinicien comme pour le casuiste, se déployer qu'en termes d'observation et de résolution de cas »<sup>83</sup>.

Traitant de cette « propension à prendre congé des principes »<sup>84</sup>, Renaut soulève la question : « la considération éthique ou politique des cas doit-elle véritablement être considérée aujourd'hui comme une alternative aux décisions fondées sur des principes ? »<sup>85</sup> À son avis, cette question de la méthode d'application doit s'apprécier dans le contexte pluraliste des sociétés démocratiques. C'est précisément ce fait du pluralisme qui a conduit, non seulement l'éthique appliquée, mais également la philosophie politique et la philosophie du droit à s'interroger sur leurs fondements :

dans des sociétés qui ont fait le choix de respecter la pluralité des conceptions du bien et qui ont redoublé ce choix par celui de la pluralité des cultures rassemblées en leur sein, l'accord sur les fondements ultimes de la raison pratique est sans doute devenu impossible. Si un consensus doit survenir avec d'autres que nous dans nos interrogations sur des choix pratiques, ce consensus ne peut que prendre la forme d'un consensus par recoupement : en ce sens, ce que Rawls a identifié comme constitutif du libéralisme politique pourrait tout aussi bien l'être du libéralisme moral<sup>86</sup>.

80 JONSEN Albert R. et TOULMIN Stephen, *The Abuse of Casuistry. A History of Moral Reasoning*, Berkeley et Los Angeles, University of California Press, 1990.

81 RENAUT Alain, précité, note 64, p. 68. JONSEN Albert R. et TOULMIN Stephen., *ibid.*

82 RENAUT Alain, *ibid.*

83 *Ibid.*, p. 73. Voir TOULMIN Stephen, “How medicine saved the life of ethics”, in DEMARCO Joseph P., FOX Richard W. et BAYLES Michael D., *New Directions in Ethics: The Challenge of Applied Ethics*, New York, Routhledge et Kegan Paul, 1986, p. 265.

84 Selon le titre de l'ouvrage de MARQUARD Odo, *Abschied von Prinzipziellen*, Reclam, 1981.

85 RENAUT Alain, précité, note 64, p. 74.

86 *Ibid.*

Dans ces circonstances du pluralisme moral et politique, le droit permet tout au plus d'élaborer des « accords non-entièrement théorisés »<sup>87</sup> : « [...] people can often agree on constitutional *practices*, and even on constitutional rights, when they cannot agree on constitutional *theories*. In other words, well-functioning constitutional orders try to solve problems, including problems of deliberative trouble, through reaching *incompletely theorized agreements* »<sup>88</sup>.

La difficulté d'établir une norme fondée sur le principisme, c'est que celle-ci risque de ne satisfaire que les personnes qui partagent la conception de vie bonne sur laquelle s'appuie le principe retenu : droits des parents *versus* droits de l'enfant ? Comme dans la fameuse opposition entre les droits de la femme et ceux du fœtus dans le débat sur l'avortement, « chacune des deux attitudes est respectable comme choix individuel, aucune n'est praticable comme choix de société », ce qui conduit à chercher à fonder philosophiquement une position intermédiaire, un juste milieu<sup>89</sup>.

### III. L'ÉTHIQUE DES VALEURS

Selon la thèse de la modestie en droit<sup>90</sup>, « le droit est en mesure de reconnaître le fait que les individus sont légitimement attachés à des valeurs différentes, et que le droit ne peut pas prétendre en toutes circonstances que ce sont les valeurs proprement juridiques qui devraient avoir préséance dans le raisonnement pratique de tout agent autonome et responsable »<sup>91</sup>.

Pour montrer, d'une part, les limites de l'approche principiste en droit et, d'autre part, comment ce dernier a été transformé par ce que John Rawls a appelé le « fait du pluralisme », il convient de se tourner vers cette voie ouverte récemment dans la réflexion constitutionnelle et qui consiste à comprendre l'application des droits et libertés suivant l'arrière-plan pluraliste de la société démocratique et l'opération du jugement juridique selon un exercice d'optimisation

87 SUNSTEIN Cass R., "Incompletely Theorized Agreements", *Harvard Law Review*, 108, 1995, p. 1733.

88 SUNSTEIN Cass R., *Designing Democracy. What Constitutions Do*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 50.

89 FAGOT-LARGEAULT Anne et DELAISI DE PARSEVAL Geneviève, « Les droits de l'embryon (fœtus) humain, et la notion de personne humaine potentielle », *Revue de Métaphysique et de Morale*, 3, 1987, p. 361 et 376.

90 BROWNLEE Kimberley, *Conscience and Conviction: The Case for Civil Disobedience*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

91 WEINSTOCK Daniel, « Occupy, Indignados, et le Printemps Érable : vers un agenda de recherche », *McGill Law Journal*, 58, 2012, p. 243 et 258.

des valeurs en conflits. Il s'agit à nouveau d'une remise en question du modèle libéral.

## A. LE PASSAGE AU PLURALISME

Le libéralisme politico-juridique avait proposé, pour expliquer le rôle et l'importance des droits et libertés dans la société politique, de les concevoir comme étant des atouts que toute personne peut faire valoir à l'encontre des décisions majoritaires et collectives<sup>92</sup>. Selon cette logique individualiste, les droits constituent des principes déontologiques qui l'emportent contre toute considération conséquentialiste ou utilitariste susceptible d'être invoquée sous la forme de l'intérêt général, du bien-être général ou du plus grand bonheur du plus grand nombre. Dans le débat sur la circoncision, d'aucuns prétendent que le droit à un futur ouvert jouirait d'une telle priorité par rapport aux autres considérations<sup>93</sup>. D'autres encore invoquent le droit à l'intégrité physique comme un droit quasi absolu<sup>94</sup>.

Dans un texte récent, l'un des tenants de la théorie dworkinienne du droit, le professeur Luc B. Tremblay, a effectué un virage important, passant du libéralisme au pluralisme comme schème explicatif du jugement en matière constitutionnelle<sup>95</sup>. Ce revirement théorique et doctrinal découle d'une réflexion sur le principe de proportionnalité qui constitue le principe dominant du processus de contrôle judiciaire dans plusieurs démocraties constitutionnelles contemporaines.

Ce déplacement semble justifié, d'un point de vue normatif, par « l'engagement des sociétés démocratiques envers le principe d'égalité morale des personnes dans un environnement juridique, social et politique qui valorise le pluralisme et le multiculturalisme »<sup>96</sup>. Tremblay ajoute cependant :

Or, les constitutions ne peuvent honorer l'égalité morale des personnes que si leur contenu (institutions, procédures, valeurs et principes) résulte lui-même d'un

92 DWORKIN Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1978, p. xi. Voir aussi DWORKIN Ronald, "Rights as Trumps", précité, note 53.

93 DARBY Robert J.L., "The child's right to an open future: is the principle applicable to non-therapeutic circumcision?", *Journal of Medical Ethics*, 39, 2013, p. 463 et 466.

94 SVOBODA Steven, "Circumcision of male infants as a human rights violation", *Journal of Medical Ethics*, 39, 2013, p. 469.

95 TREMBLAY Luc B., « Le principe de proportionnalité dans une société démocratique égalitaire, pluraliste et multiculturelle », *R.D. McGill*, 57, 2012, p. 429.

96 *Ibid.*, p. 452.

processus conforme au principe d'impartialité, et ceci quelle que soit la nature de ce processus<sup>97</sup>.

Dans ce contexte d'impartialité processuelle, l'élaboration et l'interprétation constitutionnelles ne peuvent conférer une priorité à certains intérêts ou à certaines revendications. Pendant longtemps, on a cru que le modèle libéral de la priorité des droits respectait cette impartialité morale, qu'il « affichait une neutralité à l'égard des différentes conceptions du bien que les citoyens pouvaient épouser »<sup>98</sup>. Or, la philosophie politique contemporaine a bien mis en lumière le « fait du pluralisme »<sup>99</sup>, en vertu duquel il existe, dans les sociétés démocratiques, « une pluralité de conceptions du bien, de visions du monde, de modes de vie et de cultures (de langages ou de schèmes conceptuels) »<sup>100</sup>. Le débat sur la circoncision rituelle montre bien ce fait du pluralisme axiologique.

En postulant la priorité du juste sur le bien, ou la définition du juste indépendamment du bien, le modèle de la priorité des droits postule une conception libérale de l'être humain et de ses intérêts, besoins, valeurs et revendications, qui n'est pas susceptible d'assurer la neutralité et l'impartialité requises constitutionnellement. Il semble difficile de proposer, comme a cherché à le faire le libéralisme, une théorie de la justice unifiée : « Non seulement les humains n'adhèrent pas tous aux mêmes valeurs, mais chacun d'entre nous adhère à plusieurs valeurs qui sont parfois antinomiques, puisque la réalisation de certaines d'entre elles rend plus difficile celle de certaines autres. Il est par conséquent impossible de faire une théorie de la justice unifiée »<sup>101</sup>.

Selon le modèle de la priorité des droits, « en cas de conflit entre un droit garanti et une valeur ou un intérêt concurrent, le droit doit l'emporter en principe »<sup>102</sup>. S'il en est ainsi, c'est parce qu'il « existe un ordre de priorité relative, lexical ou autre, entre les divers types de valeurs constitutionnelles. En principe, les droits garantis ont priorité sur les valeurs concurrentes, telles que les buts collectifs, le bien-être général, les objectifs gouvernementaux perfectionnistes ou centrés sur l'efficacité économique »<sup>103</sup>. Les droits constitutionnellement garantis sont considérés comme des « atouts », selon la fameuse thèse des « rights as

97 *Ibid.*, p. 455-456.

98 *Ibid.*, p. 456.

99 RAWLS John, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993.

100 TREMBLAY Luc B., précité note 95, p. 457.

101 DERRIENNIC Jean-Pierre, *Essai sur les injustices*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2015, p. 40.

102 TREMBLAY Luc B., précité note 95, p. 434.

103 *Ibid.*

trumps »<sup>104</sup>, que leurs titulaires peuvent opposer aux actions gouvernementales dont la justification est en principe insuffisante :

Les droits individuels sont des atouts politiques détenus par les individus. Les individus ont des droits quand, pour une raison ou une autre, un but commun n'est pas une justification suffisante pour les priver de ce qu'ils désirent, en tant qu'individus, obtenir ou accomplir ; ou lorsqu'il ne constitue pas une justification suffisante pour leur imposer une perte ou un tort<sup>105</sup>.

Pour être efficient, ce modèle de la primauté des droits exige toutefois « l'élaboration ou la reconnaissance par les juges d'une théorie substantielle des droits constitutionnels »<sup>106</sup>, qui repose sur « un ordre normatif substantiel établissant dans l'abstrait les droits qui, en principe, ont priorité sur les valeurs et les intérêts concurrents, ainsi que les valeurs et les intérêts concurrents qui, en principe, peuvent légitimement justifier des restrictions à ces mêmes droits »<sup>107</sup>. C'est précisément cette possibilité d'élaborer une telle théorie substantielle des droits qui est rendu inaccessible par le fait du pluralisme qui caractérise les sociétés démocratiques contemporaines. Ainsi,

toutes les valeurs constitutionnelles concurrentes ont le même statut dans l'ordre constitutionnel et, conséquemment, dans l'argumentation constitutionnelle. Il n'y a aucun ordre de priorité, lexical ou autre, entre elles. En principe, toutes les valeurs constitutionnelles ont le même poids. Les droits constitutionnels n'ont donc aucune priorité normative sur les valeurs concurrentes, ni même sur les buts collectifs, le bien-être général, les objectifs perfectionnistes ou l'efficacité administrative<sup>108</sup>.

## B. LE MODÈLE DE L'OPTIMISATION DES VALEURS EN CONFLIT

Dans un tel contexte pluraliste, une deuxième conception du principe démocratique s'est développée, soit le modèle de l'optimisation des valeurs en conflit. Ce dernier modèle cherche à répondre au problème de la neutralité axiologique : le modèle libéral de la priorité des droits n'est pas neutre entre

104 DWORKIN Ronald, *Taking Rights Seriously*, précité, note 92, p. xi; DWORKIN Ronald, "Rights as Trumps", précité, note 59.

105 DWORKIN Ronald, *Prendre les droits au sérieux*, Paris, PUF, 1995, p. 44. Version originale anglaise (*Taking Rights Seriously*, précité, note 92, p. xi): "Individual rights are political trumps held by individuals. Individuals have rights when, for some reason, a collective goal is not a sufficient justification for denying them what they wish, as individuals, to have or to do, or not a sufficient justification for imposing some loss or injury upon them".

106 TREMBLAY Luc B., précité, note 95, p. 436.

107 *Ibid.*, p. 435.

108 *Ibid.*, p. 442.

les différentes conceptions du bien<sup>109</sup>. Le modèle de l'optimisation des valeurs en conflit « ne confère aux droits garantis aucune forme de priorité normative sur les valeurs ou les intérêts concurrents que peut chercher à réaliser le gouvernement, ni même sur les buts sociaux fondés sur l'utilité, l'intérêt général, la perfection des individus ou la commodité administrative »<sup>110</sup>. La difficulté consiste ici à optimiser une valeur sans que cela soit inacceptable pour les tenants d'autres valeurs<sup>111</sup>.

Selon l'optimisation des intérêts, « en cas de conflit entre deux valeurs constitutionnelles, disons entre la liberté d'expression et l'esthétique d'une place publique, ni l'une ni l'autre ne l'emporte en principe. Les droits ne possèdent donc aucune force spéciale par rapport aux autres valeurs »<sup>112</sup>. Comme Tremblay lui-même l'écrit :

Il s'ensuit que la recherche de l'interprétation « correcte » de la constitution ou de la « bonne » méthode d'interprétation constitutionnelle, la recherche des « bons » critères de déférence judiciaire, la clarification des catégories et des concepts juridiques formels, le raffinement des thèses doctrinales, la délimitation de la portée des précédents, l'évaluation de la force des raisonnements analogiques, la démonstration que certaines valeurs morales sont « objectives » ou qu'un certain équilibre entre les valeurs et les droits est « juste » et « bon » n'ont à peu près pas de pertinence. On n'y discute à peu près pas des questions épistémologiques relatives au sens « véritable » des valeurs ou des normes de la constitution ou de la morale politique. Le contenu des textes constitutionnels est dès lors très flexible : les valeurs et les intérêts qu'ils sont censés enchâsser peuvent varier et se multiplier avec le temps<sup>113</sup>.

La méthode juridique est, dès lors, complètement différente : « elle est pragmatique et contextuelle. Elle se fonde exclusivement sur les conséquences empiriques probables de la restriction sur les valeurs constitutionnelles en conflit dans le contexte d'une affaire particulière »<sup>114</sup>. Il s'agit bien là non seulement d'une nouvelle méthodologie juridique, mais aussi d'une épistémologie différente de la Charte. Chaque valeur en conflit doit, ainsi, être réalisée autant que possible, ce qui implique qu'« aucune ne peut être totalement réalisée au détriment de celles avec lesquelles elle est en conflit »<sup>115</sup>. Les valeurs doivent être « ajustées les unes aux autres : elles doivent être mutuellement limitées afin de

109 *Ibid.*, p. 459.

110 *Ibid.*, p. 441-442.

111 DERRIENNIC Jean-Pierre, précité, note 101, p. 40.

112 TREMBLAY Luc B., précité, note 95, p. 442.

113 *Ibid.*, p. 443.

114 *Ibid.*

115 *Ibid.*

permettre à chacune d'elle d'atteindre son effet optimal »<sup>116</sup>. Le principe de proportionnalité, qui est central dans le raisonnement juridique relatif aux droits conférés par la Charte, prend, dès lors, la forme d'un équilibre entre les valeurs en conflit<sup>117</sup>.

Le test de proportionnalité, avec ses sous-critères, peut ainsi être relu sur la base de ce modèle de l'optimisation des valeurs. La justification des restrictions aux droits n'est plus une question qui relève de la légitimité de l'objectif législatif poursuivi, comme l'explique Tremblay, mais plutôt de la réalisation optimale des valeurs opposées. Ce modèle de l'optimisation des valeurs en conflit pose problème lorsque les valeurs en conflit ne sont pas de la même importance, par exemple, lorsqu'il s'agit d'un droit fondamental qui s'oppose à un intérêt non constitutionnellement protégé.

En matière de circoncision rituelle, une telle approche de conciliation des valeurs en conflits a été examinée par Xavier Delgrange et Hélène Lerouxel qui ont cherché à savoir « comment (ré)concilier les valeurs en présence ». La conciliation des valeurs en balance exige une application rigoureuse du principe de proportionnalité, ce que le tribunal de Cologne n'aurait pas fait, à leur avis, en reconnaissant que l'intérêt supérieur de l'enfant ne tolère aucune restriction<sup>118</sup>. L'enjeu est ici d'équilibrer la protection de l'intégrité physique de l'enfant et la protection de la liberté religieuse de ses parents. Selon Delgrange et Lerouxel, la circoncision « ne saurait marquer aucun choix clair ou définitif »<sup>119</sup>, dans la mesure où selon l'OMS la population mondiale circoncise est d'environ 30 % : « 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 »<sup>120</sup>.

Quant à la valeur de l'intégrité physique de l'enfant, qui ne peut consentir à son atteinte en raison de son bas âge, elle serait en partie protégée lorsque la circoncision est « réalisée par une personne spécialement formée, dans un environnement sanitaire irréprochable, et dans le souci de traiter la douleur occasionnée par l'acte »<sup>121</sup>. Delgrange et Lerouxel font remarquer toutefois que « Si les musulmans s'accommodent d'une circoncision pratiquée en milieu

116 *Ibid.*, p. 443-444.

117 *Ibid.*, p. 444.

118 DELGRANGE Xavier et LEROUXEL Hélène, précité, note 3, p. 17 version originale.

119 *Ibid.*, p. 18 version originale. Pour une position contraire, voir FORTIER Vincente, précité, note 5, p. 400 : « Et pourtant, la circoncision rituelle, geste irréversible et discriminant, ne fait pas que guider l'enfant dans le choix d'une religion, prérogative parentale, mais plutôt lui impose pour la vie entière une inscription religieuse dans son corps ».

120 DELGRANGE Xavier et LEROUXEL Hélène, précité, note 3, p. 18, version originale.

121 *Ibid.*, p. 20, version originale.



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* »<sup>122</sup>. En définitive, ils estiment que « 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 »<sup>123</sup>.

Cette tentative de réconcilier les droits est toutefois jugée impossible par d'autres, qui suggèrent plutôt de s'en remettre à une éthique conséquentialiste pour décider du traitement juridique à accorder à la circoncision rituelle :

So which right is more important : the right to bodily integrity or the right to be raised in a community with all its constitutive customs and beliefs ? And how could one balance between the significance of infringing on this or that right? I have no idea how this can be done in the present case, or even *whether* it can be done at all. I therefore think that approaching the issue from the perspective of human rights would not help us to decide on the desirable policy towards circumcision<sup>124</sup>.

En conséquence, Hanoch Ben-Yami, professeur de philosophie à Budapest, propose d'opter plutôt pour des moyens de réduire le préjudice causé par la pratique de la circoncision : exiger une anesthésie locale, interdire le *Metzitzah b'peh* et limiter à 6 mois l'âge auquel la circoncision non-thérapeutique peut être réalisée. En d'autres termes, Ben-Yami recourt à l'approche conséquentialiste en raison des insuffisances de l'approche fondée sur les droits.

#### IV. L'ÉTHIQUE TÉLÉOLOGIQUE

La présente partie est fondée sur l'idée suivante que « si l'éthique a un rôle à jouer, ce ne peut être seulement l'évocation des principes et valeurs dont les citoyens constituent les sources légitimes, mais bien plutôt la création d'un espace intersubjectif de règlement des problèmes de coordination que posent la dynamique des droits et libertés et de l'égalité, nos compétences, individuelles et professionnelles, nos convictions, valeurs et actions en l'absence de toute autorité, de toute tradition »<sup>125</sup>.

122 *Ibid.*, p. 20, version originale.

123 *Ibid.*, p. 21, version originale.

124 BEN-YAMI Hanoch, "Circumcision: What should be done?", *Journal of Medical Ethics*, 39, 2013, p. 459-460.

125 LAJEUNESSE Yvette et SOSOE Lukas K., précité, note 50.

Dans son célèbre ouvrage sur la justice<sup>126</sup>, Michael Sandel explique que l'une des insuffisances de la conception déontologique est précisément de laisser non-questionnés les intérêts qui sous-tendent les droits que l'on veut faire valoir<sup>127</sup>. Tout comme la logique utilitariste qui accepte les préférences telles qu'elles sont formulées *ab initio*, sans aucun processus de révision de celles-ci, la logique des règles déontologiques serait insuffisamment réflexive ; il manque à une justice déontologique fondée sur les règles une instance de réflexivité, qui amènerait les acteurs à s'interroger sur leur position de départ respective, de manière à la dépasser, pour chercher, ensemble, une solution susceptible d'assurer une forme de vivre-ensemble. C'est pourquoi Sandel manifeste une préférence pour une justice plus perfectionniste fondée sur un jugement relatif au bien, d'origine aristotélicienne, qui oblige à déterminer l'excellence ou l'*arété* : la vertu morale d'un œil, dans ce sens, est de bien voir. Construite sur cette base, la justice conduit à déterminer la finalité poursuivie : quelle vertu veut-on honorer en autorisant ou en interdisant la circoncision rituelle ?

Dans cette même perspective, il est possible de s'interroger sur la vertu du conflit<sup>128</sup>, puisqu'il s'agit ici, comme on l'a vu à la partie précédente, d'optimiser les valeurs en conflit. Dans sa réflexion fondée notamment sur Wittgenstein, Marc Hunyadi suggère que la vertu du conflit est précisément d'agir comme révélateur de la validité ou de la normativité de la norme en cause : « c'est le conflit qui, révélant un désaccord au sujet de la règle telle qu'elle vaut effectivement (sa positivité), met en évidence sa normativité »<sup>129</sup>. En ce sens, le conflit devient l'enjeu de l'éthique, puisqu'il active la normativité de la norme. C'est ainsi que, suivant cette approche, *tout conflit doit être abordé ou résolu au niveau de normativité qui est le sien*<sup>130</sup>.

Dès lors que la normativité de la règle est activée par le conflit, que la force heuristique de celui-ci réside donc dans sa capacité à manifester le niveau de l'intersubjectivité concrète où s'enracine l'accord qui les valide, c'est le conflit en tant qu'il manifeste des aspirations divergentes qui devient l'enjeu par excellence de la morale<sup>131</sup>.

Le conflit ne fait toutefois pas qu'activer la normativité de la norme, il active aussi la normativité du contexte normatif. En ce sens, il est « donc insuffisant

126 SANDEL Michael J., précité, note 4.

127 *Ibid.*, p. 260-261.

128 HUNYADI Marc, *La vertu du conflit. Pour une morale de la médiation*, Paris, Cerf, 1995, p. 7-8 (sur cette approche pragmatiste).

129 *Ibid.*, p. 8.

130 Dans la formulation de HUNYADI, *ibid.*, p. 89 : « Tout litige portant une règle doit pouvoir être résolu au niveau de normativité qu'impose la nature de cette règle ».

131 *Ibid.*, p. 85.

de dire qu'un conflit réactive la normativité de la règle litigieuse [...] ; en même temps que la normativité de la règle litigieuse, il réactive la normativité du contexte normatif d'arrière-plan dans lequel il s'inscrit »<sup>132</sup>. Hunyadi, qui ajoute ainsi à ce qu'il écrivait plus de dix ans plus tôt dans *La vertu du conflit*, explique comme suit comment joue cet arrière-plan contextuel :

[...] il faut dire qu'un problème moral émerge toujours sur le fond d'un arrière-plan contextuel normatif déjà donné. Cela veut dire simultanément et indissolublement que si le problème doit être résolu, l'arrière-plan normatif dont il se détache doit lui-même être en quelque manière modifié ; sans quoi le problème n'aurait pas émergé : il se serait fondu dans l'arrière-plan et ne serait justement pas apparu en tant que problème. Donc un problème réactive nécessairement la relation complexe entre la situation litigieuse et son contexte d'émergence, c'est-à-dire l'arrière-plan qui à la fois le définit et dont elle se détache<sup>133</sup>.

Il est donc nécessaire de recomposer cet arrière-plan normatif, qui est nécessairement interpellé par toute situation conflictuelle. Mais le contexte fait plus encore, en ce qu'il permet une certaine contrefactualité contextuelle, laquelle a souvent, presque toujours en fait, été cherchée dans une verticalité extérieure pour assurer l'objectivité du point de vue moral : « car une part importante de notre contexte est constitué par des normes qui, bien que valant factuellement (au sens où elles sont en vigueur), énoncent immédiatement et indissolublement le point de vue contrefactuel de ce qui n'est pas le cas ; c'est là l'inévitable structure binaire de toute norme en vigueur, son visage de Janus comme le dit d'ailleurs Habermas »<sup>134</sup>.

La morale de la médiation, au sens où Hunyadi emploie cette expression, ne consiste pas à fournir une nouvelle règle substantielle capable d'orienter le comportement, ni un bien suprême, ni d'imposer un devoir, encore moins de fournir un critère matériel tel l'utilité, ni du reste un critère formel qui, à l'instar de l'impératif catégorique, permettrait de tester pour soi-même si une maxime est digne de participer au règne des fins<sup>135</sup>; la pragmatique de la médiation permet bien plutôt de situer, en fonction de la normativité de la norme et du contexte normatif d'arrière-plan, le niveau et le lieu de l'intersubjectivité, c'est-à-dire là où se concrétise la relation intersubjective inhérente aux pratiques<sup>136</sup>.

Il ne s'agit plus, à l'âge de la pluralisation, d'imposer une vision morale du monde, ni de distinguer comme normativement pertinentes telles qualités ou caractéristiques morales ; il s'agit au contraire, de trouver un point de vue moral

132 HUNYADI Marc, *Morale contextuelle*, Québec, PUL, 2008, p. 28.

133 *Ibid.*, p. 28.

134 *Ibid.*, p. 16.

135 HUNYADI Marc, précité, note 128, p. 87.

136 *Ibid.*, p. 87-88.

susceptible de rendre possible la coexistence des prétentions aspirant à la reconnaissance intersubjective<sup>137</sup>. Ce point de vue ne peut être que procédural :

Toute autre conception que procédurale réprime nécessairement et *a priori* certains intérêts (et donc : les personnes en tant qu'elles sont porteuses de ces intérêts), dont on ne peut pas préjuger sous les conditions de pluralisation qui prévalent aujourd'hui, qu'ils n'ont pas voix au chapitre.

Concrètement, cela revient non à légiférer dans un sens substantiel, mais à requérir à chaque fois des procédures de médiation : de la sorte, la légitimité d'une décision ne résultera pas de son adéquation à une fin donnée d'avance, mais de l'établissement intersubjectif, cas par cas, d'une règle au niveau de normativité qui est le sien, c'est-à-dire par le cercle de tous les destinataires<sup>138</sup>.

Ce faisant, les acteurs peuvent se réappropriier leur espace normatif : le poids des aspirations ne peut être défini *a priori* en fonction de critères préexistants, mais doit à chaque fois être évalué au sein d'une procédure de médiation<sup>139</sup>. L'intersubjectivité permet d'échapper au mentalisme : « c'est *tout autre chose* de prendre une décision à la suite d'une procédure de médiation, aussi parcellaire voire inchoative soit-elle, que de la prendre dans le for intérieur d'un esprit souverain »<sup>140</sup>.

Constituer un point de vue moral sur les seules bases endogènes de la normativité que recèle la règle litigieuse elle-même, refuser donc que la légitimité d'une norme provienne *a priori* de sa conformité à une vision morale du monde, et traduire cette exigence dans les termes de procédures intersubjectives – tels sont les jalons essentiels d'une morale qui se veut à la hauteur des défis qui s'imposent à la raison pratique, la morale de la médiation<sup>141</sup>.

En ayant pour objet « *la normativité elle-même, c'est-à-dire cette dimension inhérente à toute règle où se trouve mise en question sa validité* »<sup>142</sup>, l'éthique de la médiation doit s'ouvrir à la question de l'internormativité, puisque bien comprise, la médiation y renvoie<sup>143</sup>.

Dans le problème du traitement juridique à accorder à la circoncision rituelle, les normativités nombreuses et diversifiées se superposent. Elles militent tantôt en faveur de l'interdiction de la circoncision rituelle, tantôt elles en permettent la reconnaissance légale ou le silence de la loi. Les deux positions

137 *Ibid.*, p. 89.

138 *Ibid.*, p. 101.

139 *Ibid.*, p. 107.

140 *Ibid.*, p. 111.

141 *Ibid.*, p. 111-112.

142 *Ibid.*, p. 86.

143 LALONDE Louise, précité, note 7.

se réclament de certaines justifications médicales, de certains droits, des enfants et/ou des parents :

au plan religieux : les normes qu'imposent les préceptes religieux;

au plan médical : le contrôle de la douleur et des conditions médicales ainsi que la protection contre certaines maladies transmissibles sexuellement sont invoqués en faveur de la circoncision, alors que la perte de sensibilité sert à la condamner;

au plan juridique : la liberté de religion des parents, le droit à la liberté, s'opposent au droit à la sécurité et à l'intégrité physique des enfants, au droit à l'égalité et au droit à un futur ouvert;

au plan moral et de l'éthique principiste : les principes d'autonomie, d'intégrité, de protection, de prévention, [...].

L'approche pragmatique de la médiation reconnaît cette internormativité<sup>144</sup>. La perspective ouverte par Wittgenstein consiste à adopter une approche pragmatique pour régler le problème qui a toujours été conçu comme un problème sémantique. La théorie du droit en est l'exemple parfait. Suite à la critique réaliste de l'indétermination sémantique du langage juridique, suivant la variante herméneutique du tournant linguistique, la solution envisagée n'a consisté qu'à s'en remettre à l'interprétation du juge. Wittgenstein a, dans la variante analytique, proposé une explication pragmatique : « c'est l'usage qui détermine la signification, et non la signification qui détermine l'usage »<sup>145</sup>. C'est sur cette base pragmatique que Hunyadi s'intéresse à la « pragmatique de la médiation », qui permet de « désigner le lieu où se concrétise la relation intersubjective inhérente aux pratiques (les règles), et l'enjeu que recèle un conflit moral sur ces pratiques (l'aspiration à la reconnaissance de prétentions litigieuses) »<sup>146</sup>.

Hunyadi insiste donc sur l'intersubjectivité, puisqu'elle est révélatrice du niveau de normativité de la norme. Devenue l'une des bases de la justice, avec Habermas bien sûr, mais aussi Honneth<sup>147</sup> – pour lequel la reconnaissance intersubjective est une condition de possibilité de la justice –, l'intersubjectivité est au fondement d'une telle éthique de la médiation : « la médiation apparaît davantage comme un lieu de co-construction de relations intersubjectives dans

144 LALONDE Louise, « La médiation, une approche «internormative» des différends ? », *R.D.U.S.*, 33, 2002-03, p. 97.

145 HUNYADI Marc, précité, note 128, p. 8.

146 *Ibid.*, p. 88.

147 ST-HILAIRE Maxime, *La lutte pour la pleine reconnaissance des droits ancestraux. Problématique juridique et enquête philosophique*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2015.

lesquelles s'inscrit la résolution des litiges plutôt qu'un ethos construit, source de la solution au litige »<sup>148</sup>.

Toute décision se prend dans un contexte intersubjectif du vivre-ensemble qui seul permet l'interpellation éthique. La portée de l'interpellation éthique permet de comprendre l'importance du contexte dans la délibération éthique<sup>149</sup>.

Selon une approche génétique du concept de droit, « élucider le phénomène juridique revient à comprendre la pratique par laquelle un groupe social produit une signification normative partagée »<sup>150</sup>. La question de la signification étant à relier à celle de la validité, comme l'a montré Habermas, l'enjeu devient dès lors celui de la reconnaissance par les membres du groupe social : comment s'opère la reconnaissance de la normativité de la norme, normativité qui détermine l'existence et la validité de toute norme ?<sup>151</sup>

Dans un monde postmétaphysique, où il ne s'agit plus d'imposer, sur la base d'un critère substantiel, une vision morale du monde, c'est plutôt l'entente intersubjective qui rend la règle valide : « la seule base normative que l'on puisse donner à la validité est l'entente. Tel est l'effet de déflation qu'opère le modèle de la médiation »<sup>152</sup>. Prenant l'exemple de l'avortement, Hunyadi explique qu'il ne s'agit pas d'imposer, par une législation nationale, une norme fondée sur un critère substantiel : « une morale à la hauteur des défis modernes où, en l'absence de toute homogénéité axiologique, aucune vision morale du monde ne peut valoir *a priori*, ne peut que se limiter à la modeste tâche d'assurer une juste régulation des conflits »<sup>153</sup>. Dans une société pluraliste, « la question ne se pose pas tant dans les termes substantiels de son autorisation ou de son interdiction que dans ceux, procéduraux, d'une *garantie assumée d'offrir la possibilité de s'accorder sur une règle* » :

Il s'agit donc d'offrir [...] les cadres d'une médiation équitable entre des aspirations qui ont au départ la présomption de légitimité ; il appartient ensuite aux concernés – c'est-à-dire au cercle de ceux qui aspirent à la reconnaissance, puis le cas échéant à la satisfaction de leurs revendications – de donner corps à cette médiation, en adoptant telle règle qui satisfasse leurs aspirations et, à travers elles, leur personne.

148 LEGAULT Georges A., « La médiation et l'éthique appliquée en réponse aux limites du droit », *R.D.U.S.*, 33, 2002-03, p. 153-182.

149 *Ibid.*, p. 170.

150 LENOBLE Jacques, « Au-delà des approches herméneutique et pragmatiste à une approche génétique du concept de droit », *European journal of Legal Studies*, 1, 2007, p. 1-3.

151 LENOBLE Jacques, « Concept de droit et théorie de la gouvernance », in LALONDE Louise et BERNATCHEZ Stéphane (dir.), *La place du droit dans la nouvelle gouvernance étatique*, Sherbrooke, Éd. Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2009, p. 1.

152 HUNYADI Marc, précité, note 128, p. 95-96.

153 *Ibid.*, p. 100.

[...] Concrètement, cela revient non à légiférer dans un sens substantiel, mais à requérir à chaque fois des procédures de médiation : de la sorte, la légitimité d'une décision ne résultera pas de son adéquation à une fin donnée d'avance, mais de l'établissement intersubjectif, cas par cas, d'une règle au niveau de normativité qui est le sien, c'est-à-dire par le cercle de tous les concernés<sup>154</sup>.

Cela signifie que tout jugement (donc aussi toute norme) ne peut s'appliquer et produire une signification (et, donc, des effets dans le réel) qu'au terme d'une opération complexe qui est un échange entre les effets « attendus » par la norme posée « abstraitement », d'une part, et, d'autre part, les effets rendus possibles par les cohérences propres aux « formes de vie existantes ». Ceci montre déjà l'opération réversible de ce renvoi à un arrière-plan. Mais, [...] cet arrière-plan – c'est-à-dire le contexte – doit lui-même être construit « réflexivement » à peine de le supposé « donné »<sup>155</sup>.

À défaut de construire ou reconstruire réflexivement le contexte d'arrière-plan, la « forme de vie potentialisante », c'est-à-dire celle visée par la norme que l'on souhaite mettre en place pour régir le vivre-ensemble, ou la visée d'intentionnalité de la norme souhaitée pour réguler la pratique du vivre-ensemble, sera non seulement ineffective, mais illégitime : « un problème ne se définit que par rapport à un contexte d'émergence dont il se détache, et à l'inverse, les caractéristiques normatives d'un contexte d'émergence sont mises en lumière que par l'apparition d'un problème, qui les réactive »<sup>156</sup>. Pour que la nouvelle forme de vie puisse être mise en place, il faut transformer la forme de vie existante (comprise comme contexte factuel et normatif d'arrière-plan).

La réalisation de la forme de vie « idéale » appelée par la norme est conditionnée par autre chose que par la seule « validité » formelle de la règle. La norme ne peut s'inscrire dans le réel et y prendre « sens » qu'en s'appuyant, en mobilisant, en « faisant retour » (réflexivité) sur les perceptions de formes de vie vécues et effectivement acceptées par les destinataires de la règle<sup>157</sup>.

Enfin, on ne peut imaginer les formes de vie potentialisantes, ou les formes de vie qu'il est possible de concevoir, sans connaître ce que les formes de vie existantes permettent. Comme l'écrit Louise Lalonde :

Le contexte est donc un élément majeur et prometteur dans la réalisation d'une construction nouvelle de la justice. Sans oser référer directement à sa forme de vie

154 *Ibid.*, p. 100-101.

155 LENOBLE Jacques et MAESSCHALCK Marc, *L'action des normes. Éléments pour une théorie de la gouvernance*, Sherbrooke, Éd. Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2009, p. 113.

156 HUNYADI Marc, précité, note 132, p. 29.

157 LENOBLE Jacques et MAESSCHALCK Marc, précité, note 155, p. 119.

potentialisante, comme le présente Jacques Lenoble. [...] Les enjeux de cette réalisation sont contenus dans le processus lui-même, et le germe de la transformation se révèle dans l'appréhension élargie du conflit, non seulement en termes communicationnels en référence aux besoins et intérêts des parties, mais en regard des valeurs et normes qui le composent et se conjuguent parfois pour sous-tendre ces mêmes besoins et intérêts. Ces valeurs et normes permettent aussi et surtout de légitimer et de rendre efficiente la construction des consensus individuels de la décision<sup>158</sup>.

Selon une telle approche contextuelle, élaborer une norme c'est définir une forme de vie et un nouveau contexte normatif d'arrière-plan. Pour rendre possible ce retour sur le contexte factuel et normatif d'arrière-plan ainsi que sur les perceptions de formes de vie vécues et effectivement acceptées, il importe de mettre en place les dispositifs de gouvernance nécessaires. À titre d'exemple, les modes de prévention et de règlements de conflits constituent un tel mode de gouvernance<sup>159</sup>, en ce qu'ils assurent une construction commune du contexte. En ce sens, la réflexion sur les modes de prévention et règlement des différends (PRD) et les dispositifs de gouvernance, porte sur l'une des questions les plus importantes à laquelle l'éthique contemporaine a aujourd'hui à faire face, soit celle des institutions<sup>160</sup>. Parmi les tâches de cette analyse institutionnelle, Daniel Weinstock identifie notamment celle-ci : « Certaines controverses morales sont indécidables dans une société démocratique. Leur gestion exige que nous disposions d'institutions permettant de prendre des décisions malgré nos différends, plutôt que de surmonter ces différends »<sup>161</sup>.

Appliquée au cas de la circoncision rituelle, cela signifie que l'enjeu réside moins dans l'interdiction ou l'autorisation de la circoncision rituelle que dans la détermination d'une procédure par laquelle les personnes concernées pourront s'accorder sur une norme ou une forme de vie. Dans un contexte où il n'existe pas de consensus, où les positions des uns et des autres s'appuient sur des fondements irréconciliables, le droit permet néanmoins d'en arriver à des accords non-entièrement théorisés<sup>162</sup>.

158 LALONDE Louise, précité, note 7, p. 31. L'auteure se réfère à LENOBLE Jacques, « L'efficience de la gouvernance par le droit – Pour une procéduralisation contextuelle du droit », *R.D.U.S.*, 33, 2002-03, p. 13.

159 LALONDE Louise, « La médiation organisationnelle, un dispositif institutionnel de gouvernance ? », in MAESSCHALCK Marc (dir.), *Éthique et gouvernance : Les enjeux actuels d'une philosophie des normes*, Belgique, OLMS, 2009, p. 207 ; LEGAULT Georges A., « L'éthique appliquée, la médiation et l'insuffisance du droit : enjeux de gouvernance », in LALONDE Louise et BERNATCHEZ Stéphane (dir.), précité, note 151, p. 19.

160 WEINSTOCK Daniel M., *Profession : Éthicien*, Montréal, PUM, 2006, p. 25. Pour une conception de la justice qui insiste moins sur les institutions, voir SEN Amartya, *L'idée de justice*, Paris, Flammarion, 2009.

161 WEINSTOCK Daniel M., *ibid.*

162 SUNSTEIN Cass R., précité, note 87.





# Conclusion générale

VINCENTE FORTIER

« [...] ce sont nos lois noires d'encre qui nous font trouver dans les signes du droit une espèce d'amitié ».  
Jean Carbonnier<sup>1</sup>

D'un point de vue strictement juridique, le constat semble sans appel : quel que soit le système juridique national, la circoncision rituelle entre en confrontation avec le droit et ses différentes branches (droit civil, médical, pénal). Son statut, sa qualification, sa validité posent question. En outre, même lorsque des lois à propos de la circoncision rituelle ont été adoptées, elles portent encore une part d'incertitude. Seuls, les pays ayant conclu des conventions particulières avec les religions concernées par la circoncision rituelle et principalement avec le judaïsme apparaissent mieux « protégés » contre les assauts dont le rite est l'objet.

Ces zones d'ombre, qui ne sont pas levées par le droit supra national, entretiennent la confusion, l'embarras, le flou et, à tout le moins, l'inconfort de la doctrine juridique à qui revient, en dernière analyse, la responsabilité de mettre de l'ordre et de suggérer la règle, mais une règle *raisonnable*.

Que proposer dès lors au terme de cette étude, pour sortir de l'impasse et résoudre ce dilemme entre le laisser-faire ou l'interdiction ? Chacune des deux

---

<sup>1</sup> CARBONNIER Jean, « Préface », in GRIDEL Jean-Pierre, *Le signe et le droit*, Paris, LGDJ, 1979, p. i.

branches de l'alternative est génératrice d'effets pervers. Ainsi, ne doit-on pas redouter que la prohibition favorise la clandestinité et engendre des conséquences néfastes pour l'enfant ? Quant à l'attitude consistant à « fermer les yeux », est-elle encore tenable dans le contexte actuel ? Elle ne peut en aucun cas faire cesser la polémique.

Dans un entretien à *Philosophie Magazine*<sup>2</sup>, Martha Nussbaum souligne la nécessité de promouvoir ce qu'elle appelle une *imagination empathique* : « soit la capacité à concevoir le monde tel qu'il est vécu par quelqu'un d'autre. En tant que citoyens, nous sommes invités à nous prononcer sur les questions relatives à l'appartenance ethnique et à l'orientation sexuelle, mais aussi à porter des jugements sur d'autres pays. Pour y parvenir, il ne suffit pas de s'en tenir aux faits bruts : il faut être capable de comprendre comment le monde est perçu par quelqu'un placé dans une position différente et ce que la position que vous défendez a comme conséquence pour les autres ».

C'est à une telle attitude que théologiens, historiens, anthropologues, sociologues, éthiciens, invitent également dans cet ouvrage.

Nous inscrivant dans cette démarche constructive, réflexive, dénuée de préjugés, et qui caractérise cette longue réflexion pluridisciplinaire sur la circoncision rituelle que nous avons conduite, il nous semble qu'il faille replacer au centre du débat, celui-là même dont le corps est la preuve et l'épreuve du religieux, l'enfant, sans que nous nous en disputions de manière exclusive la protection et le bien-être ; l'enfant, point de départ de notre introduction mais également point d'arrivée de notre réflexion.

Mais un enfant nécessairement *situé* dans un environnement qui, « par sa vocation de transmission d'habitudes et de traditions, favorise la sédimentation des comportements et la construction des identifications indispensables à l'éclosion de la personnalité »<sup>3</sup>. Ceci ne signifie pas pour autant qu'il faille privilégier le milieu familial de l'enfant en toutes circonstances, ce qui conduirait à des excès au détriment de l'enfant lui-même. Une vigilance certaine est requise eu égard à la vulnérabilité intrinsèque de l'enfant, et qu'il convient de protéger parfois contre ses parents.

Quel modèle pourrait-on dès lors adopter qui permettrait la conciliation des différents intérêts en présence, en gardant à l'esprit que celui qui doit prévaloir est l'intérêt de l'enfant ?

Travaillant sur la question des nouveaux mouvements religieux, Rik Torfs<sup>4</sup> a proposé trois modèles représentatifs des attitudes possibles à leur égard. Parmi

2 *Philosophie Magazine*, août 2013.

3 GUTMANN Daniel, *Le sentiment d'identité, Étude de droit des personnes et de la famille*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 327, 2000, p. 69.

4 TORFS Rik, « Synthèse des travaux », in MESSNER Francis (dir.), *Les « sectes » et le droit en France*, coll. « Politique d'aujourd'hui », Paris, PUF, 1999, p. 301 et s.

ceux-ci, il en est un qui nous paraît répondre à notre questionnement : le *modèle de confiance*, qui, selon Rik Torfs, s'appuie à la fois sur une définition ouverte de la liberté de religion et sur une confiance bien enracinée en la législation telle qu'elle existe aujourd'hui. Ce modèle nous semble apte à sauvegarder les droits invoqués, à condition d'adapter la pratique de la circoncision aux exigences nouvelles qu'il s'agisse, par exemple, du respect de l'intégrité physique du mineur ou de la prise en compte de sa parole.

En effet, interdire le rite est une voie sans issue, impraticable, pour toutes les raisons légitimes invoquées dans certaines contributions de cet ouvrage. Mais son encadrement légal dans les modalités de son accomplissement est indispensable.

C'est ainsi que déjà, la douleur de l'enfant doit être absolument prise en compte : une anesthésie efficace est une des premières exigences à mettre en œuvre. Il convient, ensuite, de prohiber fermement toutes les pratiques susceptibles de mettre la vie ou l'avenir de l'enfant en danger. Tel est le cas, par exemple, de la succion du pénis de l'enfant, dont on sait aujourd'hui qu'elle perdure dans certaines communautés, malgré les risques encourus par l'enfant. Garantir, également, un accomplissement de la pratique dans des conditions sanitaires irréprochables afin d'éviter là encore les accidents. Dans cette perspective, se pose la question de la personne en charge de la réalisation de la circoncision. Celle-ci doit-elle être seulement confiée à des médecins et/ou à des personnes qualifiées par les autorités religieuses ? Cette dernière voie peut être empruntée à condition que les personnes habilitées remplissent un cahier des charges élaboré de concert entre les autorités religieuses et les pouvoirs publics. Enfin, la parole de l'enfant ayant atteint l'âge du discernement doit être entendue. Toutefois, ici, une précaution s'impose : cette parole doit être dans toute la mesure du possible, libre de toute influence. Il ne s'agit pas de faire miroiter à l'enfant un certain nombre d'avantages (cadeaux par exemple) auxquels il peut, bien naturellement, être sensible et qui l'inclineraient à accepter le rite. En d'autres termes, l'enfant ne doit jamais être instrumentalisé.



## Liste des auteurs

**ABOU RAMADAN** Moussa

Professeur invité de droit musulman et d'islamologie à l'Université de Strasbourg - UMR DRES 7354.

**ANGELUCCI** Antonio

Chercheur Post-doctoral - Université de l'Insubrie au Département de Droit, Économie et Cultures.

**BERNATCHEZ** Stéphane

Professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. Chercheur au sein du Centre de recherche Société, Droit et Religions de l'Université de Sherbrooke (SoDRUS). Assesseur au Tribunal des droits de la personne (2006-2011).

**BRIONES** Irene

Profesor Titular de Universidad. Acreditada como Catedrática. Facultad de derecho de la Universidad Complutense, Madrid-España.

**CHRISTIANS** Louis-Léon

Professeur titulaire de la Chaire de droit des religions - Université catholique de Louvain. Président de l'Institut de recherche pluridisciplinaire Religions, Spiritualités, Cultures, Sociétés. Membre du bureau du Centre interdisciplinaire d'étude de l'islam dans le monde contemporain.

**CURTIT** Françoise

Ingénieure d'études CNRS, UMR 7354 DRES (CNRS/Université de Strasbourg). Chef de projet pour la production et la diffusion des connaissances et résultats de la recherche en droit des religions.

DALSACE Yeshaya

Rabbin de la communauté DorVador (Paris).

DELGRANGE Xavier

Premier auditeur chef de section au Conseil d'État. Chargé d'enseignement aux facultés universitaire Saint-Louis et Maître de conférences à l'Université libre de Bruxelles.

DUGNE Juliette

Doctorante en droit de la santé - Centre Européen d'Études et de Recherche en Droit et Santé. Attachée temporaire d'enseignement et de recherche à la Faculté de droit et de sciences politiques de l'Université Montpellier.

FORTIER Vincente

Directeur de recherche - CNRS/Université de Strasbourg. Directrice-adjointe de l'UMR DRES 7354. Responsable scientifique du projet CIRIT (IdEx 2014).

FOX Marie

Professor of Socio-Legal Studies, Birmingham Law School, University of Birmingham.

FRIEDNER Lars

LLM. Presiding judge of appeal, Göta Appeal Court, Jönköping, Sweden. Member of European Consortium for Church and State Research.

GIBSON Matthew

Lecturer in Law, Liverpool Law School, University of Liverpool.

GONZALEZ Gérard

Professeur à l'Université de Montpellier, Institut de Droit Européen des Droits de l'Homme - IDEDH (EA 3976).

GONZALEZ-RAYMOND Anita

Professeur des Universités, Langues, Littératures, Arts et Cultures des Suds, Civilisation espagnole - Université Paul Valéry (Montpellier).

GRIMFELD Alain

Médecin. Professeur honoraire de pédiatrie - Université Pierre et Marie Curie, Paris VI. Président d'honneur du Comité Consultatif National d'Éthique. Président du Comité d'éthique de l'association ADEF-Résidences.

KARTAL Pinar

Professeure associée à la Faculté de droit de l'Université de Galatasaray, département droit pénal et procédure pénale.

KOUSSENS David

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. Titulaire de la Chaire de recherche Droit, religion et laïcité. Directeur du Centre universitaire sur l'étude du religieux contemporain. Directeur de la Revue de droit de l'Université de Sherbrooke. Membre régulier du Centre de recherche Société, Droit et Religion de l'Université de Sherbrooke (SoDRUS).

KRESSE Bernhard

Docteur habilité en droit, privat-docent à la FernUniversität in Hagen, Maître en droit.

LANGLAUDE Sylvie

Lecturer, School of Law, Queen's University Belfast.

LELIEUR Juliette

Maître de conférences à l'Université de Strasbourg. Habilitée à diriger des recherches. Membre de l'UMR 7354 DRES.

LEROUXEL Hélène

Assistante à l'Université Saint-Louis-Bruxelles. Juriste au Conseil d'État.

LUCIANI Didier

Professeur d'exégèse de l'Ancien Testament et Vice-doyen de la Faculté de théologie de l'Université catholique de Louvain.

METZGER Marcel

Professeur émérite. Doyen de la Faculté de théologie catholique (1991-1996) et Directeur de l'Institut de Droit canonique (1996-2005) de l'Université de Strasbourg.

NAVENNEC Corentine

Doctorante en études du religieux contemporain à l'Université de Sherbrooke et assistante de recherche à la Chaire de recherche Droit, Religion, Laïcité.

OBADIA Lionel

Professeur des Universités en anthropologie - Université Lumière Lyon 2. Membre du Laboratoire de Recherches Historiques Rhône-Alpes (LARHRA, UMR 5190). Fellow de l'Institut d'Études Avancées de l'Université de Strasbourg (USIAS).

ROBERT Marie-Pierre

Professeure agrégée à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. Vice-doyenne à l'enseignement, codirectrice du Centre de recherche Société, Droit et Religions de l'Université de Sherbrooke (SoDRUS)



et codirectrice du Diplôme de 2<sup>e</sup> cycle en pratique du droit criminel et pénal.

VIALLA François

Professeur des Universités - Faculté de droit et de sciences politiques de l'Université de Montpellier. Fondateur et directeur du Centre Européen d'Études et de Recherche Droit et Santé, des Masters en Droit et gouvernance des établissements de santé, droit international et humanitaire de la santé (Université de Montpellier). Coordonnateur de la SFR ASMES en Santé. Fondateur et Directeur scientifique de la *Revue Droit & Santé*.

# Table des matières

Sous la direction de Vincente FORTIER ..... 3

## **Avant-propos**

Vincente FORTIER ..... 5

## **Introduction**

Vincente FORTIER ..... 7

### *PREMIÈRE PARTIE*

### **LES FONDAMENTAUX**

#### Chapitre 1

#### **La circoncision, une prescription religieuse**

##### **La circoncision dans le judaïsme**

Yeshaya DALSACE ..... 19

I. PRÉSENTATION INTRODUCTIVE ..... 19

II. LA PRATIQUE ..... 20

III. CRITIQUES POSSIBLES ..... 21

IV. AMÉLIORATION ET LÉGISLATION ..... 22

**Les débats sur la circoncision en droit musulman classique et contemporain**

Moussa ABOU RAMADAN ..... 25

I. LES DÉBATS SUR LA CIRCONCISION EN DROIT MUSULMAN CLASSIQUE ..... 26

    A. Le statut de la circoncision : obligation ou recommandation ? ..... 26

    B. L'âge de la circoncision ..... 32

    C. Les cas spécifiques. .... 33

II. LA POSITION DES MUSULMANS À L'ÉPOQUE CONTEMPORAINE ..... 35

    A. Les *fatwas* contemporaines ..... 35

    B. Les coranistes ..... 36

CONCLUSION. .... 37

**Chapitre 2**

**L'inscription théologique de la circoncision**

**La circoncision, parcours biblique**

Didier LUCIANI ..... 41

I. LA BIBLE HÉBRAÏQUE (OU ANCIEN TESTAMENT). .... 42

    A. L'alliance ..... 44

    B. La circoncision ..... 47

    C. L'intégrité ..... 49

II. LE NOUVEAU TESTAMENT. .... 51

**Origines chrétiennes : l'abandon des observances juïques et le respect de l'intégrité physique**

Marcel METZGER ..... 55

I. LA CIRCONCISION ..... 57

II. LA CASTRATION ..... 61

III. LE CHRISTIANISME ANTIQUE ET LE REFUS DES ARTIFICES,  
 PAR RESPECT POUR LA CRÉATION DE DIEU . . . . . 63  
 CONCLUSION . . . . . 64

**Pour aller plus loin**

**L'infâme coupure : l'Inquisition espagnole et la circoncision  
 entre les xv<sup>e</sup> et xvii<sup>e</sup> siècles**

Anita GONZALEZ-RAYMOND . . . . . 67  
 I. LES JUDÉO-CONVERS : HÉTÉROGÉNÉITÉ DE LA PRATIQUE . . . . . 73  
 II. LE CAS DES MORISQUES . . . . . 77  
 III. LES CHRÉTIENS RENÉGATS . . . . . 82

**Une perspective anthropologique sur les alliances,  
 obligations et observances religieuses**

Lionel OBADIA . . . . . 88  
 I. DU PRÉSENT AU PASSÉ...  
 ACTUALITÉS DE LA CIRCONCISION RELIGIEUSE . . . . . 89  
 II. LE PLUS ANCIEN DES RITES ? . . . . . 90  
 III. AVANT LE JUDAÏSME . . . . . 91  
 IV. DANS LE JUDAÏSME . . . . . 92  
 V. APRÈS LE JUDAÏSME . . . . . 93  
 VI. FONCTIONS ET SIGNIFICATIONS D'UN RITE ANCIEN . . . . . 95  
 VII. ACTUELLEMENT... . . . . 96  
 VIII. APPROCHES PHILO-PSYCHO ET SOCIO-ANTHROPOLOGIQUES . . . . . 97  
 IX. PERMANENCES ET MUTATIONS . . . . . 99  
 X. CIRCONCISION : L'AVENIR D'UN PASSÉ ? . . . . . 101  
 CONCLUSION . . . . . 103

*DEUXIÈME PARTIE*  
**LA PROBLÉMATIQUE JURIDIQUE**

Chapitre 1

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

Gérard GONZALEZ

Françoise CURTIT . . . . . 107

I. LES SOURCES INTERNATIONALES APPLICABLES À LA CIRCONCISION  
EN TANT QUE RITE RELIGIEUX . . . . . 108

II. LES SOURCES INTERNATIONALES PROTECTRICES  
DE L'INTÉGRITÉ DE L'HUMAIN . . . . . 113

III. LA COLLISION AVEC L'INTÉRÊT SUPÉRIEUR DE L'ENFANT . . . . . 116

A. L'autonomie de l'enfant mineur par rapport à ses parents . . . . . 117

B. La question de la liberté de religion . . . . . 118

C. La santé de l'enfant . . . . . 122

Chapitre 2

**Le choix d'une législation nationale : le pragmatisme incertain**

**La circoncision rituelle au regard du droit allemand**

Bernhard KRESSE . . . . . 127

I. L'INTERPRÉTATION DU § 1631d BGB . . . . . 129

A. L'insertion du § 1631d BGB dans le droit de la famille . . . . . 130

B. Les éléments du § 1631d BGB . . . . . 135

II. LES IMPLICATIONS CONSTITUTIONNELLES DU § 1631d BGB . . . . . 148

A. Les droits fondamentaux de l'enfant en cause . . . . . 148

B. Les droits fondamentaux des parents . . . . . 149

C. La mise en balance des droits de l'enfant et du droit  
parental . . . . . 151

CONCLUSION . . . . . 152

**La circoncision en Scandinavie**

Lars FRIEDNER . . . . . 153

I. SUÈDE . . . . . 153

    A. Repères historiques. . . . . 153

    B. Situation actuelle . . . . . 157

II. DANEMARK . . . . . 157

III. NORVÈGE . . . . . 158

**La circoncision rituelle en droit belge**

Louis-Léon CHRISTIANS  
Xavier DELGRANGE  
Hélène LEROUXEL. . . . . 160

I. LES ENJEUX DU DROIT COMMUN . . . . . 162

    A. Nature de l’atteinte et responsabilité pénale ou civile. . . . . 163

    B. Le consentement et le droit de la famille . . . . . 166

II. ANALOGIES, INCERTITUDE COGNITIVE  
ET RÉPONSES PRAGMATIQUES DU DROIT BELGE. . . . . 168

    A. Incertitudes cognitives . . . . . 169

    B. Mutations des surdéterminations culturelles . . . . . 171

    C. Dispositifs pragmatiques d’accompagnement :  
        nouvelles lectures de vieilles recettes. . . . . 172

CONCLUSION. . . . . 175

### Chapitre 3

## La voie de la régulation judiciaire : le compromis instable

### La circoncision rituelle au regard du droit français

Vincente FORTIER

Juliette DUGNE

Juliette LELIEUR

François VIALLA . . . . . 179

I. L'INVOLABILITÉ DU CORPS HUMAIN . . . . . 180

A. La finalité de l'acte portant atteinte à l'intégrité  
du corps : la finalité médicale . . . . . 182

B. La qualification d'acte médical non thérapeutique . . . . . 183

C. La nécessité médicale de l'acte . . . . . 184

D. L'exigence du consentement . . . . . 186

II. LA RELIGION DE L'ENFANT : UNE PRÉROGATIVE PARENTALE . . . . . 189

A. La qualification de la circoncision rituelle . . . . . 191

B. La circoncision rituelle : une co-décision parentale . . . . . 194

III. LA RÉPARATION DES CONSÉQUENCES DOMMAGEABLES  
DE L'ACTE DE CIRCONCISION . . . . . 197

IV. LA REMISE EN CAUSE INDIRECTE DE L'IMPUNITÉ  
DE LA CIRCONCISION RITUELLE . . . . . 203

CONCLUSION . . . . . 207

### Ritual male circumcision in the United Kingdom

Marie FOX

Matthew GIBSON

Sylvie LANGLAUDE . . . . . 208

I. GENERAL INTRODUCTION . . . . . 208

II. CRIMINAL LAW . . . . . 209

A. Introduction . . . . . 209

B. Criminal law and circumcision . . . . . 210

C. Bodily harm . . . . . 210

D. Consent and criminal law . . . . . 213

E. Conclusion . . . . .	216
III. FAMILY LAW . . . . .	217
A. Introduction . . . . .	217
B. Parental responsibility and the religious upbringing of children . . . . .	218
C. The courts' approach to defining circumcision . . . . .	219
D. Arguments based on the environment of the child's upbringing and socialisation . . . . .	221
E. The child's age and consent to ritual circumcision . . . . .	223
F. The harm, medical risks and irreversibility of circumcision . . . . .	223
G. Circumcision in adoption, foster care and care cases . . . . .	225
H. Conclusion . . . . .	225
IV. HEALTH LAW . . . . .	227
A. Introduction . . . . .	227
B. Professional guidance . . . . .	228
C. Assessing harms and benefits . . . . .	230
D. The question of consent . . . . .	231
E. Regulating the circumstances in which male circumcision can be performed . . . . .	233
F. Responding to harm caused by circumcision . . . . .	236
G. Conscientious objection . . . . .	237
H. Conclusion . . . . .	238
CONCLUDING THOUGHTS . . . . .	238

## Chapitre 4

### L'existence d'une coopération particulière entre l'État et les religions

#### La circoncision en Italie

Antonio ANGELUCCI . . . . .	241
I. PRÉAMBULE . . . . .	241
II. L'IMPORTANCE SOCIALE DU PHÉNOMÈNE EN ITALIE . . . . .	244



III. LA CIRCONCISION DANS LE CADRE DES PRINCIPES CONSTITUTIONNELS . . . . .	246
IV. LA CIRCONCISION DANS LE CADRE DES PRINCIPES CONSTITUTIONNELS ET DANS LA RÉGLEMENTATION CONVENTIONNELLE . . . . .	248
V. LA CIRCONCISION DANS LA JURISPRUDENCE . . . . .	251
VI. CIRCONCISION, BIOÉTHIQUE ET SANTÉ. . . . .	256
CONCLUSION. . . . .	259

**La circoncision rituelle en Espagne**

Irene BRIONES . . . . .	262
I. DROITS ET DEVOIRS CONSTITUTIONNELS DANS LE DOMAINE DE LA FAMILLE ET DE LA LIBERTÉ RELIGIEUSE DES MEMBRES QUI LA COMPOSENT . . . . .	262
A. La famille et la vie familiale . . . . .	262
B. Fondement, protection et droits résultant de la reconnaissance de la liberté religieuse . . . . .	264
C. La protection constitutionnelle de la vie et de l'intégrité physique. . . . .	265
D. Les garanties légales et judiciaires des droits fondamentaux. . . . .	266
II. LÉGISLATION CONCERNANT LA PROTECTION DES MINEURS . . . . .	267
A. La loi organique 1/1996 du 15 janvier 1996 relative à la protection juridique des mineurs, à la modification du Code civil et du Code de procédure civile. . . . .	267
B. Législation des communautés autonomes . . . . .	269
III. CONSÉQUENCES POSSIBLES DE LA CIRCONCISION DANS LE CHAMP DU DROIT CIVIL . . . . .	270
IV. L'IMPUTATION PÉNALE D'UNE PRATIQUE RITUELLE . . . . .	273
A. La religion ou la foi, des causes exonératoires ? . . . . .	273
B. La circoncision et le délit de lésions en Espagne . . . . .	275
V. LIBERTÉ RELIGIEUSE ET RELIGIONS EN ESPAGNE . . . . .	280
A. Constitution, non-confessionnalité et principe de coopération . . . . .	280

B. La place juridique de la circoncision dans les accords de coopération entre les communautés religieuses et l'État espagnol ..... 282

C. Aspects d'une approche raisonnable et souple en vue d'une proposition de loi ..... 283

## Chapitre 5

### La prévalence de l'acceptation sociale

#### Le cadre juridique de la circoncision en droit turc

Pinar KARTAL ..... 289

I. LES DISPOSITIONS CONSTITUTIONNELLES TURQUES EN MATIÈRE DE LIBERTÉS ET DROITS FONDAMENTAUX ..... 290

    A. La circoncision dans le cadre des droits et devoirs fondamentaux ..... 291

    B. La circoncision dans le cadre des droits et devoirs d'une personne ..... 292

    C. Le cadre constitutionnel des droits des enfants ..... 294

II. L'ÉVALUATION DE LA CIRCONCISION EN DROIT CIVIL ..... 295

III. LA CIRCONCISION DANS LE DROIT PÉNAL TURC ..... 297

    A. La circoncision en tant qu'intervention médicale ..... 298

    B. La circoncision dans le cadre de l'acceptation sociale de l'acte ..... 299

CONCLUSION ..... 300

#### La circoncision rituelle au Canada

Marie-Pierre ROBERT ..... 302

I. INTRODUCTION ..... 302

II. DROIT DES PERSONNES ET DE LA FAMILLE ..... 303

    A. Consentement aux soins ..... 303

    B. Intérêt de l'enfant dans le contexte religieux ..... 308

III. RESPONSABILITÉ MÉDICALE . . . . .	310
A. Responsabilité civile . . . . .	310
B. Droit disciplinaire . . . . .	311
IV. DROIT PÉNAL . . . . .	313
A. Voies de fait . . . . .	313
B. Moyens de défense potentiels . . . . .	316
V. DROIT CONSTITUTIONNEL . . . . .	317
A. Protection des droits et libertés . . . . .	318
B. Justification de la restriction d'un droit ou d'une liberté . . . . .	323
CONCLUSION . . . . .	324

## Pour aller plus loin

### Circoncision rituelle et transmission des identités religieuses en société sécularisée

David KOUSSENS

Corentine NAVENNEC. . . . . 329

I. INTRODUCTION . . . . . 329

II. CIRCONCISION RITUELLE ET DÉRÉGULATION DU CROIRE . . . . . 331

III. CIRCONCISION RITUELLE ET TRANSMISSION DE L'IDENTITÉ RELIGIEUSE . . . . . 334

IV. LE DROIT À L'ÉPREUVE DE LA CIRCONCISION, LA CIRCONCISION À L'ÉPREUVE DU DROIT . . . . . 339

### La circoncision rituelle est-elle éthiquement admissible ?

Alain GRIMFELD. . . . . 342

I. SITUATION DE LA DÉMARCHÉ RÉFLEXIVE . . . . . 342

II. MENÉE DE LA RÉFLEXION ÉTHIQUE . . . . . 343

    A. Le cadre religieux . . . . . 344

    B. En dehors du cadre religieux . . . . . 345

III. HYPOTHÈSES . . . . .	347
<b>L'éthicisation du droit en matière religieuse : application à la circoncision rituelle</b>	
Stéphane BERNATCHEZ. . . . .	352
I. L'ÉTHIQUE CONSÉQUENTIALISTE . . . . .	356
A. Les arguments conséquentialistes . . . . .	358
B. Les limites du conséquentialisme . . . . .	360
II. AU-DELÀ DE L'APPROCHE PRINCIPISTE EN ÉTHIQUE ET EN DROIT. . . . .	361
A. Les arguments de principes . . . . .	361
B. Les limites du principisme. . . . .	362
III. L'ÉTHIQUE DES VALEURS . . . . .	368
A. Le passage au pluralisme . . . . .	369
B. Le modèle de l'optimisation des valeurs en conflit . . . . .	371
IV. L'ÉTHIQUE TÉLÉOLOGIQUE . . . . .	374
<b>Conclusion générale</b>	
Vincente FORTIER . . . . .	383
<b>Liste des auteurs . . . . .</b>	<b>387</b>
<b>Table des matières . . . . .</b>	<b>391</b>

Achevé d'imprimer en avril 2016

Dépôt légal : avril 2016