

**

L'essentiel

La circoncision est une mutilation légère, pratiquée sur un enfant qui n'y a sans doute pas consenti. Est-ce assez pour l'interdire, alors qu'elle figure parmi les traditions essentielles à deux religions du Livre ? Un tribunal de Cologne l'a estimé dans une décision récente, qui a remis en question la retenue traditionnelle du droit étatique à l'égard des règles religieuses. S'il devient invasif, plus qu'il ne l'était, on se retient mal de penser que c'est parce que l'idéologie des droits de l'homme exige de soumettre toute règle à son arbitrage, aussi éprouvée fût-elle. Il y aurait pourtant d'excellentes raisons de tenir certaines d'entre elles hors du contrôle étatique, si l'on excepte les hypothèses d'incompatibilité flagrante.

Une décision rendue le 7 mai 2012 par le tribunal de grande instance de Cologne a suscité un trouble intense dans les religions qui considèrent la circoncision des jeunes garçons comme une nécessité confessionnelle ou coutumière. Le tribunal a en effet estimé, pour faire vite, que, l'acte s'analysant en une « atteinte à l'intégrité corporelle », tout médecin qui la pratiquerait devrait dorénavant savoir qu'il s'expose à la commission d'un délit pénal. Il est en effet désormais acquis, en droit allemand, que le geste est suspect en l'absence de justification médicale ou d'accord dûment donné de la personne, alors qu'il n'en était rien jusqu'à présent.

Telle est d'ailleurs la raison de l'importance aussitôt acquise par la décision. Ordinairement, on n'accorde qu'une attention polie à une décision de fond, en attendant qu'un dialogue de juges s'engage qui aboutisse à une position consensuelle. Mais en déclarant que la circoncision volontaire, sans justification médicale, posait un problème de légalité dont tout médecin devait désormais être conscient, le tribunal de Cologne a provoqué une modification de la situation objective (1). Le message a d'ailleurs été immédiatement reçu en Allemagne, puis en Suisse, où les établissements chirurgicaux ont annoncé qu'ils renonçaient à effectuer des circoncisions dépourvues de justification médicale, en attente d'une clarification de la situation juridique.

Un connaisseur du droit allemand pourrait se livrer à une analyse fine de la décision, qui excède nos moyens. On se bornera à relever que, pour rendre sa décision, le tribunal a dû résoudre un conflit de droits fondamentaux. Sur fond de liberté religieuse, il opposait, d'un côté, la liberté éducative des parents, et de l'autre, le droit de l'enfant au respect de son intégrité corporelle. Or la conciliation opérée est quelque peu troublante, tant les motifs de la décision laissent à désirer par leur logique d'ensemble. Il n'est pas contestable que le tribunal analyse la circoncision comme une modification corporelle permanente et irréversible, puisqu'elle consiste dans l'ablation du prépuce. Mais il est choquant qu'il ajoute : « cette modification est contraire à l'intérêt de l'enfant, qui réside dans la possibilité de décider lui-même, plus tard, de son appartenance religieuse » (2). Affirmation regrettable, car la circoncision ne marque aucun choix clair ou définitif : l'enfant restera libre de choisir sa foi comme la religion qu'il pratiquera, et la circoncision ne lui imposera rien en ce qu'elle peut procéder de causes diverses, confessionnelles comme médicales, voire esthétiques. A ce compte, on pourrait aussi bien interdire le baptême des nouveaux-nés, au motif que l'onction place l'enfant dans les rangs d'une Eglise sans requérir son consentement préalable (3). Par ailleurs, la portée de la décision est assurément paradoxale. Le tribunal a considéré qu'un médecin ne pouvait pratiquer l'acte, mais n'a rien dit de l'intervention d'un circonciseur rituel : un raisonnement *a pari* la considérerait comme également critiquable, mais le tribunal est demeuré muet. Or il est fréquent que les enfants nés fragiles soient circoncis dans des établissements médicaux au mépris des exigences religieuses, quand les parents ne veulent les exposer à aucun risque. En rendant cette précaution illicite, le tribunal adopte une démarche curieuse, puisqu'elle est susceptible de mettre en danger la santé de ces enfants au moment même où la Justice prétend protéger leurs intérêts fondamentaux.

Peu importent ces critiques, qui ne concernent que les contours du droit allemand. Ce qui est intéressant dans la décision, pour nous, c'est l'émotion qu'elle a suscitée bien au-delà du pays où elle a été rendue. Emotion qui se comprend d'ailleurs : des représentants de différentes religions ont eu le sentiment que l'Etat avait décidé de s'immiscer dans des pratiques ancestrales qui existaient bien avant lui, au risque de perturber leurs exigences les plus fondamentales (4). Au-delà, la décision ouvre sur la question du pluralisme : est-il légitime que le droit étatique prétende régir toutes les situations, sans respecter aucune zone d'exclusion où il laisserait les individus libres de s'organiser à leur guise ? Le pire est que, avec l'intervention des droits fondamentaux, l'effet invasif du droit, jusqu'ici contenu par la bienveillance relative de l'Etat, risque de se révéler bien plus radical. Atteinte corporelle sur mineur (I) longtemps tolérée par le droit étatique (II), la circoncision est désormais suspectée au nom des droits de l'homme (III).

I - Une atteinte corporelle sur mineur

Il y a dans l'émotion suscitée par la décision un aspect injustifiable qui tient au rejet de la qualification retenue. Nombre de personnes se sont émues de ce que l'on ait qualifié la circoncision « d'atteinte à l'intégrité corporelle » - en français, on emploierait plus volontiers le mot de « mutilation » -, alors même que c'est une qualification qui s'impose sans hésitation particulière (5). L'ablation définitive d'un élément corporel, fût-il d'une utilité dérisoire, peut difficilement recevoir une autre qualification. Ce qui caractérise la mutilation, c'est cette atteinte corporelle irréversible, dans la mesure où ce qui est enlevé est insusceptible de régénération (6). Qui aurait le moindre doute quant à une pratique consistant à trancher le bout du nez, ou la terminaison d'une phalange ? Alors même que l'ablation n'aurait guère de conséquence fonctionnelle, nous la verrions spontanément comme une mutilation - et pas seulement parce qu'elle serait visible. Il n'y a donc aucune raison pour que, sur le plan juridique, nous hésitions à qualifier la circoncision volontaire de « violence ayant entraîné une mutilation », prévue par l'article 222-9 du code pénal !

On en revient ainsi aux conditions juridiques de toute atteinte au corps humain, que l'article 16-3 du code civil précise avec exactitude : « 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 ». Justifiée par des raisons médicales, l'atteinte corporelle ne soulève guère de difficultés, à condition qu'elle ait été autorisée par la personne qui la subit : le chirurgien qui pratique une intervention nécessaire ne saurait être inquiété, même si les conséquences en sont définitives. Les choses sont plus complexes quand il y a une atteinte corporelle inutile, mais voulue par l'intéressé : c'est tout le statut de la chirurgie esthétique qui se joue, quand elle est de pure

complaisance. Le chirurgien est susceptible d'engager sa responsabilité non pour faute médicale, mais par cela seul qu'il a procédé à l'intervention. Avec la circoncision, la question est plus délicate encore : justifiée par des raisons confessionnelles, elle ne l'est par aucune exigence médicale ; voulue par les parents, elle ne fait l'objet d'aucun consentement de l'enfant (7) ! Et aucun intérêt reconnu par le système juridique ne peut venir servir de justification de bon sens, cet intérêt ne fût-il que d'ordre esthétique - ce qui est le cas dans les hypothèses de rectification d'un strabisme léger, de recollement d'oreilles ou éventuellement d'un percement destiné à faire passer des boucles. En quoi la circoncision religieuse soulève un certain embarras : sa seule justification est confessionnelle, qui échappe par là même aux raisons d'une République laïque.

Si l'on réunit ces différents types d'intervention, auxquels il faudrait évidemment ajouter l'excision, ce n'est pas pour choquer. Une saine démarche commence par qualifier les atteintes en cause, avant d'examiner l'existence de possibles faits justificatifs. Or ce qui frappe en la matière, c'est le désaccord entre l'analyse juridique et la sensibilité des sujets de droit. Si le mot de mutilation a fait bondir (8), c'est parce qu'il dévoilait à nu ce qu'est la circoncision, comme toutes les atteintes qui laissent une trace indélébile sur le corps ; avec ce caractère aggravant que la mutilation est sexuelle, et touche ainsi à une intimité symboliquement chargée (9). Pourtant, tous les actes que l'on a évoqués constituent pareillement des mutilations, qui doivent tous être tenus pour inacceptables d'un point de vue juridique - sauf existence de faits justificatifs attentivement examinés par la matière pénale. C'est d'ailleurs à ce point que la sensibilité commune porte à faux : pour juger de sa légitimité, elle examine la profondeur corporelle de l'atteinte, ses conséquences futures, ainsi que son caractère apparent ou dissimulé. Sur une échelle d'acceptabilité, on dirait à cet égard que le recollement d'oreilles est bon, qui améliore l'harmonie d'un visage disgracié par une modification permanente, mais peu visible ; que la circoncision est neutre en ce que le prépuce est inutile et que son ablation n'est pas ostensible, quoiqu'il s'agisse tout de même d'une atteinte sexuelle ; que l'excision est détestable, qui s'analyse en une mutilation sexuelle susceptible, dans ses formes extrêmes, de priver une femme de tout plaisir futur. Il reste que cette perception commune, qui n'est pas critiquable en soi, est inapte à venir informer le droit. Ce n'est pas parce qu'une atteinte paraît légère qu'elle est admissible. D'ailleurs, il faut bien reconnaître que notre sensibilité est fortement marquée par la culture : le percement d'oreilles est plus facilement admis que celui de toute autre chair, alors qu'il ne s'agit toujours que d'y faire passer un anneau ! Revenons aux éléments de base de l'analyse juridique : ce n'est pas parce qu'elle est dépourvue de conséquences lourdes qu'une atteinte au corps humain devient légitime, surtout quand elle concerne un enfant !

Au regard de la rationalité juridique, seule en cause devant les tribunaux, la question se déplace de la qualification - qui peut d'ailleurs dépendre de la gravité de l'atteinte - à l'existence d'un éventuel fait justificatif. En l'occurrence, faute de disposer d'une exigence médicale, on ne saurait le trouver que dans ce que les pénalistes nomment « l'autorisation des usages et de la coutume » (10). Précisément, il semble que ce soit là un fondement faible, fragile en tout cas, tant il est vrai qu'il ne saurait faire accepter des pratiques *contra legem*. Un Etat comme le nôtre n'attribue aucune valeur à la tradition - du moins quand elle n'est pas républicaine ! Du reste, en matière d'excision, il est tout à fait certain que les tribunaux n'ont jamais reconnu l'existence de faits justificatifs (11), quoique les condamnations pénales ne soient généralement pas très lourdes (12). Sur le plan des principes, pourquoi agiraient-ils autrement en matière de circoncision ?

II - Une atteinte longtemps tolérée par le droit étatique

Il faut prendre au sérieux la revendication de liberté exprimée par les différentes confessions à l'encontre de la décision de Cologne. Sans en avoir une claire conscience, elles formulent une demande qui plonge de profondes racines dans la théorie du droit : le respect d'un certain pluralisme. On connaît l'idée, qui tend à combattre le fait que l'Etat serait le seul producteur légitime de droit. En dépit de son assise territoriale, qui marque assurément sa singularité en tant qu'ordre juridique, il doit accepter qu'un certain nombre de zones particulières soient soustraites à son autorité parce que des individus ont voulu se soumettre à une autre forme de régulation. Or la réponse de l'Etat est ambivalente : en apparence, il refuse toute restriction à sa capacité juridique plénière ; dans le détail, son attitude est plus nuancée en ce qu'il admet une certaine dose d'autorégulation, dès lors qu'aucune règle de droit sensible - ce qui va au-delà des seules règles d'ordre public - n'est méconnue.

Dans son principe, la revendication pluraliste objecte ainsi à la conception juridique de l'Etat, totalisante car moniste. Il reste que le maillage du droit étatique n'est pas aussi serré que la doctrine le proclame à l'envi : des sphères de liberté existent, mais de façon toujours diffuse, procédant de dérogations reconnues chaque fois à titre d'exception, comme par réticence. Carbonnier s'était jadis plu à inventorier quelques-unes de ces zones où la pression du droit étatique diminuait (13). On peut proposer d'autres exemples en procédant selon les ordres juridiques admis à déroger. Si les associations sont reconnues depuis 1901 - après que la réunion de vingt personnes a constitué un acte délictueux tout le long du XIX^e siècle (14) -, l'Etat veut être informé de leur création pour savoir s'il en poursuivra la dissolution ; et ce sont ses tribunaux qui interviendront en dernier ressort pour contrôler ces organisations possiblement séparatistes. De même, si la famille fut jadis une zone franche où s'exerçait l'autorité du *pater familias*, il est bien évident que le droit étatique la conteste de plus en plus (15), que ce soit entre mari et femme (16), ou à l'égard des enfants (17). Mais c'est avec la religion, ce vieil adversaire de l'Etat, que les accommodements ont été les plus poussés, jadis. Ce sont ainsi certaines institutions catholiques qui perdent leur emprise, après avoir joué un rôle prééminent dans l'histoire du droit français : le droit étatique refuse que le secret de la confession lui soit opposé, notamment dans les affaires d'abus sexuel (18) ; il ne reconnaît pas le droit d'asile dans les lieux de culte, pourtant immémorial (19) ; et ce sont même les cloches des églises rurales dont il commence de refuser l'excessive sonorité (20). Et si certaines particularités catholiques ont pu être laïcisées pour rendre la République compatible avec la religion dominante - le jour du seigneur reconnu comme férié, la transposition des modes d'assouplissement canoniques du mariage dans la législation civile, séparation de corps ou nullité -, on sent bien que ces zones de partage sont contestées à mesure que d'autres religions veulent faire entendre leur particularisme. Il existe ainsi des poches de séparatisme juridique qui vont s'effilochant, dont l'importance est résiduelle et la cause variable (21).

On perçoit ainsi les embarras de la position de l'Etat, toujours quelque peu trompeuse. Le monisme est une affirmation de principe, *a priori* aussi indiscutée qu'indiscutable : l'Etat exerce une domination territoriale, moyennant quoi rien ne doit lui échapper. Mais parce qu'il est un phénomène historique d'apparition somme toute récente, il tolère les poches de droit qui l'ont précédé, comme si sa suprématie s'était établie contre des organisations progressivement marginalisées auxquelles il persistait à garantir un statut minimal. Peut-être la conjecture est-elle discutable, mais la situation de l'excision serait à peu près celle de la circoncision si des communautés africaines l'avaient pratiquée en France depuis longtemps (22). Car s'il y a bien quelque chose d'étonnant avec la circoncision, c'est bien la retenue du parquet : depuis Napoléon et l'octroi d'une pleine capacité à la population juive de France, il est incompréhensible qu'il n'y ait pas eu de poursuites, ne serait-ce que parce qu'il s'agit là d'un acte invasif, parfois effectué par des circonciseurs qui ne sont pas médecins (23), qui peut mal tourner (24) ! Précisément, la retenue du parquet est un indice de la volonté française de laisser certaines populations libres de s'organiser - pourvu que cela ne débouche pas sur un problème de santé publique.

C'est bien ce qui a pu susciter une considérable émotion face à la décision de Cologne : le sentiment d'une rupture de ce pacte ancien. Car, dans l'espèce, la santé de l'enfant n'avait pas été altérée, un court séjour à l'hôpital ayant fait cesser les saignements. L'initiative du parquet de Cologne, jusque dans la décision de faire appel, traduit une volonté obstinée de soumettre la circoncision aux tribunaux, tenus par des règles de droit générales et abstraites dont la mise en oeuvre ne pouvait être favorable à une pratique invasive exercée sur mineur, hors de toute justification. Fallait-il pour autant que le tribunal aille au-delà du cas d'espèce, auquel il aurait pu se limiter ? Fallait-il qu'il prenne la question de si haut qu'il

provoque une réaction législative, dont on voit mal comment elle pourrait être satisfaisante ? Pour l'avenir, c'est en effet de deux choses l'une : si l'Allemagne légitime la circoncision, il faudra que l'Etat fasse l'aveu d'un certain pluralisme, ce qui lui coûtera (25) ; et dans le cas contraire, ce sont deux religions du Livre qui se sentiront visées par une réglementation qui piétinera leurs traditions - ce qui mettra l'Allemagne cruellement en cause, de façon sans doute imméritée.

III - Une atteinte suspecte au regard des droits fondamentaux

N'incriminons pas trop vite cet Etat, dont on peut penser qu'il est aujourd'hui plus qu'embarrassé par le zèle combiné du parquet et de la justice. Jusque-là, le droit étatique s'était montré plutôt neutre en laissant prospérer la circoncision à l'ombre de tout contrôle. On éprouve ainsi le sentiment diffus que si le parquet de Cologne, et donc l'Etat, a voulu poursuivre, et s'est même entêté après une première relâche, c'est parce que l'arme nouvelle des droits de l'homme lui donnait un moyen de faire pièce au pluralisme sans avoir l'air d'empiéter sur des poches de régulation traditionnellement préservées.

Dans la conjoncture nouvelle où nous sommes, l'ancienne retenue du droit n'est plus de mise. Il faut dire que l'Etat avait quelque chose à se faire pardonner : son obstination dans la conquête de tous les leviers du pouvoir. Ce qui n'est pas le cas des droits de l'homme, nouveaux venus sur la scène juridique depuis le milieu des années soixante-dix (26), qui sont portés par des vents étonnamment favorables. Or, pour cette technique de raisonnement juridique, l'universalisme est une nécessité constitutive : l'homme protégé est une abstraction, une transcendance, que tout échantillon de l'humanité est apte à venir incarner le temps d'une avancée. C'est ainsi que cette idéologie ne peut trouver sa perfection que dans son plein emploi. Pourtant, cette démarche entre en contradiction avec la notion même de droit : l'activité juridique consiste dans le tracé de limites, dans la pose de bornes aux actes individuels pour éviter qu'ils ne deviennent excessifs - au point de compromettre toute vie sociale. Voici néanmoins la première idéologie juridique qui ne se soucie pas de la société, de son homogénéité, de son délicat vivre-ensemble, pour ne s'intéresser qu'aux réalisations individuelles de divers corps de libertés. Pourtant, l'individu n'est pas un isolat : l'homme vit en société, et l'a toujours fait depuis les hordes de grands singes dont nous sommes les lointains descendants. Comment concevoir les droits de l'homme sans les référer à cette collectivité sans laquelle il déperit ? Dans tout équilibre juridique, il y a la part qui revient à l'épanouissement individuel, et celle qui relève des besoins sociaux. Chaque époque modifie cette ligne de partage, ce qui lui confère une allure propre ; mais on ne voit pas que, dans cette voie, on puisse totalement sacrifier l'intérêt collectif.

Là où le droit étatique pouvait tolérer de laisser quelques espaces à la liberté de certains groupes, l'idéologie des droits de l'homme ne le peut pas - sauf à se nier. D'où un caractère invasif, d'autant plus intimidant qu'il procède non seulement avec bonne conscience, mais animé du sentiment qu'agir autrement entraverait la marche d'une idéologie dont la légitimité n'est jamais à établir. D'où encore l'étrange accomplissement de ces droits : il n'y a jamais de conception d'une liberté, en soi, mais une réalisation plénière à laquelle on aspire, qui ne peut être entravée que par le surgissement d'une autre liberté (27). Sans volonté de provocation, on dirait volontiers que les droits de l'homme ne pensent pas leur contenu : chacun d'eux exige une réalisation propre, qui n'est jamais examinée au regard de son utilité. Ce qui crée une situation de « progrès constant », dont on se demande s'il tend vers un but autre que l'absolu - ce qui n'a guère de signification en matière juridique ! Pour tout raisonnement, il ne s'agit que de tenir le compte des avancées en enregistrant la marche du mieux-disant humanitaire ; ce qui aboutit d'ailleurs à accuser le retard des tenants de la tradition, critiqués non pour la teneur de leurs conceptions mais pour leur absence de participation au mouvement. Ainsi le droit à l'intégrité sera-t-il réalisé quand aucune atteinte corporelle n'existera plus : aucune atteinte forcée aujourd'hui ; et peut-être aucune atteinte consentie demain, tant il est vrai que l'individu n'est somme toute qu'un enfant qui ignore ce qui est bon pour lui (28). Héritière des lumières, l'idéologie des droits fondamentaux finit ainsi par se retourner contre la capacité de l'homme lui-même - qui était pourtant la raison de son développement.

Cependant, on pourrait aisément argumenter en faveur de la circoncision, et cela au nom même du principe de proportionnalité. Car, contrairement à ce qu'a prétendu le tribunal de Cologne, il n'y a là aucune atteinte disproportionnée aux libertés : ni à l'intégrité corporelle - car l'ablation du prépuce n'est constitutive d'aucune entrave fonctionnelle ; ni à la liberté religieuse - car la circoncision, tout comme le baptême des nouveaux-nés, ne constitue qu'une situation de départ qui laisse entière la liberté religieuse de l'intéressé. Où donc se trouve la disproportion stigmatisée ? Si la discussion est en réalité plus difficile qu'on ne la présente ici, c'est en raison de la confrontation souvent proposée de la circoncision avec l'excision - si l'on peut évoquer d'un mot un ensemble de pratiques différenciées (29). La comparaison a souvent été faite entre les deux pratiques, parentes jusque dans leur étymologie (30). Depuis van Genneep, il est habituel de les considérer comme des rites de passage (31), même si l'ethnologie semble désormais procéder avec plus de nuances (32). Et la psychanalyse les présente souvent comme complémentaires, au sens où elles seraient le miroir l'une de l'autre (33). Or cette confrontation constitue un piège redoutable, qu'il faut absolument éviter si l'on ne veut pas rendre toute solution impossible à la difficulté soulevée à Cologne. Car, si on les rapproche - par exemple en ce qu'elles relèvent toutes deux de particularismes culturels -, la circoncision fera aussitôt l'objet de la même réprobation sans concession que l'excision : bien au-delà d'une mutilation sexuelle à caractère symbolique, cette dernière est aujourd'hui qualifiée d'acte de torture par nombre d'instances internationales (34). Et si l'on prétend les dissocier - par exemple au regard de leurs effets sur la sensibilité, indifférents pour la circoncision mais non pour l'excision, qui peut aller jusqu'à la privation de tout plaisir sexuel -, c'est alors à l'idée pluraliste que l'on renonce : on requiert le maintien de la circoncision en ce qu'elle est bénigne, plutôt qu'au nom du respect que le droit doit par principe aux particularismes établis et reconnus, qu'ils soient culturels ou religieux.

On le voit, la décision de Cologne ouvre sur nombre d'incertitudes. Nos sociétés sont encombrées d'institutions de détail, héritières de traditions maintenues qui ne résistent pas à l'épreuve des droits de l'homme. Utilisée de façon radicale, cette rhétorique nouvelle perfectionne les armes de l'Etat dans sa lente conquête d'un pouvoir absolu - qu'il ne désire peut-être plus, tant il est désormais acquis dans son principe. Toujours est-il que, à côté de l'Etat, il y a les dévots de cette religion nouvelle qui veulent lui conférer une extension absolue, en débarrassant nos droits de tout relief d'archaïsme. Avec cette façon de concevoir l'étendue de la régulation, il ne restera bientôt plus aucun espace pour la différence, pour la singularité. Et plus gravement peut-être, face à ce jusnaturalisme à présent bien établi, on a le sentiment qu'il n'y a plus de lieu prévu pour la discussion, pour la délibération sociale autrefois accoucheuse du droit (35). A ce point, c'est Carbonnier qui vient à notre secours : « c'est l'injustice qui peut rétablir la justice en poussant à agir. Le droit des droits, s'il en est un, est celui qui appelle à la révolte - émotion, émeute - contre l'injustice, l'injustice du droit positif » (36).

Mots clés :

DRUIT ET LIBERTE FONDAMENTAUX * Liberté de religion * Circoncision * Pluralisme * Droits de l'homme


(1) Dans l'espèce, un médecin avait procédé à la circoncision d'un enfant musulman, pour des raisons confessionnelles. En dépit de la suture des plaies, d'inquiétants saignements s'étaient produits qui avaient conduit l'enfant à l'hôpital, sur les conseils du praticien qui avait assuré le suivi de l'intervention. Son état s'améliora aussitôt, mais le praticien fut poursuivi par le parquet de Cologne du chef d'atteinte à la santé d'autrui au moyen d'un instrument dangereux. Le praticien fut relaxé en première instance, mais le parquet fit appel du jugement, ce qui mène à la présente décision. Le médecin se trouve encore relaxé, ce qui n'allait pas de soi : aucune faute médicale ne peut certes lui être reprochée ;


mais le tribunal s'interroge sur le fait même d'avoir procédé à une circoncision médicalement injustifiée, et ne relève le praticien de cette faute originelle qu'au motif qu'il a pu commettre une erreur invincible quant à l'état de la législation en croyant la circoncision autorisée. En quoi la décision vaudra dorénavant comme une sorte de précédent, au sens où tout praticien connaîtra désormais les risques juridiques d'une circoncision dépourvue de finalité médicale.





(2) Ce qui conduit le juge à estimer que l'acte doit être soumis à l'acceptation de l'enfant, une fois qu'il aura atteint un âge où il sera psychologiquement apte à consentir.

(3) L'Eglise catholique conserve d'ailleurs la mémoire des baptêmes, ne serait-ce que par l'intermédiaire des registres paroissiaux. A défaut d'être inscrite dans la chair de l'enfant, l'onction figure dans divers registres où elle ne peut avoir aucune autre signification que confessionnelle !

(4) Rappelons que dans la religion juive la circoncision n'est rien moins que le signe de l'alliance avec Dieu, convenu avec Abraham après qu'il a épargné son fils Isaac, *in extremis*, dont le sacrifice avait été premièrement requis. Comment renoncer à un symbole aussi fort ?

(5) V. la note riche et intéressante de C. Choain sous Civ. 1^{re}, 26 janv. 1994, D. 1995. 226 .

(6) *A contrario*, une intervention réversible, telle la ligature des trompes non consentie, n'est pas qualifiée de mutilation : Crim. 19 janv. 2005, Dr. pénal 2005, § 55, note M. Véron ; D. 2006. 1205 , obs. J.-C. Galloux.


(7) La question du consentement à l'acte est délicate. Par deux fois, des cours d'appel françaises ont considéré qu'une circoncision ne pouvait pas être pratiquée à la demande d'un seul parent, l'autre étant tenu dans l'ignorance de l'intervention ou y étant hostile (Paris, 29 sept. 2000, D. 2001. 1585 , note C. Duvert ; RTD civ. 2001. 126 , obs. J. Hauser ; RDSS 2001. 151 , obs. F. Monéger ; Lyon, 25 juill. 2007, RTD civ. 2008. 99 , obs. J. Hauser ; sur la même question, mais pour des faits bien surprenants, V. TGI Paris, 6 nov. 1973, Gaz.-Pal. 1974. 1. 299, note P. Barbier). Mais de ce que l'acte doit être autorisé par les deux parents, s'ensuit-il que ce double consentement suffise et supplée à celui de l'enfant ?

(8) Employé par les médias, non par la décision allemande qui se borne à l'incrimination d'atteinte à la santé d'autrui au moyen d'un instrument dangereux.

(9) V. par ex. J. Derrida, *Circonfession*, in G. Bennington, Jacques Derrida, Seuil, 1991.

(10) La doctrine en signale l'existence, tout en s'efforçant de montrer que cette autorisation est très limitée. V. par ex. R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, t. 1, 7^e éd., Cujas, 1997, n° 472, p. 596 ; F. Desportes et F. Le Guehrec, *Droit pénal général*, 16^e éd., Economica, 2009, n° 712, p. 686.

(11) Qui ont néanmoins été invoqués. Dans une décision d'incompétence rendue en 1987 par le tribunal correctionnel de Paris, le ministère public avait considéré que, en matière d'excision, l'élément intentionnel de la mutilation était introuvable puisqu'il s'agissait « d'excisions rituelles pratiquées à la demande des parents de nationalité malienne, subissant l'empreinte de leur culture ancestrale », tout en admettant que « l'application d'une coutume étrangère ne fait pas disparaître l'intention coupable ». Ce fait justificatif est nettement écarté par le tribunal : « vainement, le prévenu, qui ne discute pas le caractère volontaire des agissements, invoquerait-il la coutume ancestrale africaine, alors que, selon l'ordre public français, le mobile n'influe juridiquement ni sur l'existence de l'infraction et en particulier pas sur celui de l'intention, ni sur sa qualification » (Paris, 10 juill. 1987, D. 1987. IR 197 ; RSC 1989. 109, obs. G. Levasseur).

(12) Crim. 20 août 1983, Bull. crim. n° 229 ; RSC 1984. 73, obs. G. Levasseur ; 22 avr. 1986, Bull. crim. n° 136 ; RSC 1986. 851, obs. G. Levasseur ; 3 mai 1988, Bull. crim. n° 188 ; RSC 1989. 108, obs. G. Levasseur ; 9 mai 1990, Dr. pénal 1991, § 291, note M. Véron ; RSC 1991. 565 , obs. G. Levasseur.



(13) J. Carbonnier, *L'hypothèse du non-droit, Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., LGDJ, 2001, p. 25.

(14) Faute d'autorisation expresse émanant de l'administration, tout regroupement de plus de vingt membres constituait un délit pénal - prévu par les art. 291 et 292 c. pén. de 1810 - et devait être aussitôt dissous. Pour faire bonne mesure, on ajoutera qu'aucune procédure d'autorisation n'était alors prévue : les associations non autorisées étaient illicites, mais elles ne pouvaient pas être autorisées car aucune procédure n'était établie à cette fin !

(15) Un indice parmi d'autres : l'absence de vol au sein d'une famille, prévu par l'art. 311-12 c. pén. dans sa double dimension du couple ou de la descendance, commence d'être rognée : « les dispositions du présent article ne sont pas applicables lorsque le vol porte sur des objets ou documents indispensables à la vie quotidienne de la victime, tels que des documents d'identité, relatifs au titre de séjour ou de résidence d'un étranger, ou des moyens de paiement ».

(16) Par un arrêt de 1923, la Cour considère que la pratique de la correction de l'épouse par son mari ne doit pas être admise (Crim. 9 févr. 1923, DP 1924. 1. 114), alors que la position du XIX^e siècle paraissait plus tolérante, au nom de la puissance maritale (Jur. gén. Dalloz, v° *Crimes et délits contre les personnes*, où le droit de correction semble admis au n° 168, pour être refusé au n° 170). Sans compter l'admission jurisprudentielle du viol entre époux, longtemps tenu en échec par la présomption de consentement de la femme (à partir de Crim. 17 juill. 1984, Bull. crim. n° 260 ; D. 1985. 7, note D. Mayer, rompant avec une jurisprudence établie par Crim. 19 mars 1910, Bull. crim. n° 153).

(17) La prohibition des mauvais traitements a toujours été admise, ce qui n'entravait pas le droit des parents aux corrections éducatives, du moment qu'elles fussent modérées. On a tout de même le sentiment d'un retournement pervers dès lors que l'on considère, comme il en est désormais question, tout châtement corporel comme un traitement inacceptable qui pourrait demain tomber sous le coup de la loi.

(18) M.-E. Cartier, *Le secret religieux*, RSC 2003. 485  ; H. Moutouh, *Secret professionnel et liberté de conscience : l'exemple des ministres des cultes*, D. 2000. 431 .

(19) O. Beaud, *Propos inactuels sur le droit d'asile : asile et théorie générale de l'Etat*, LPA 13 oct. 1993. 16.







(20) R. Hanicotte, *Clochermerle au tribunal administratif*, Gaz. Pal. 15 déc. 2011. 6. Et pourtant, ces cloches ont eu une importance essentielle tout au long du Moyen Age, car cet appel à la prière était aussi l'incarnation de la mesure du temps, détenue par l'Eglise. Ce rythme public du temps n'a été remplacé, dans les consciences, que par le déclenchement des sirènes des mariées les premiers mercredis de chaque mois, à midi - qui servent en réalité à tester le bon fonctionnement des signaux d'alerte.

(21) Un exemple encore parmi d'autres. La taumachie peut être vue comme une souffrance publiquement exercée à

l'encontre d'un animal, ce qui est interdit par l'art. 521-1 c. pén. Cela n'empêche pas le législateur de la tolérer « lorsqu'une tradition locale ininterrompue peut être invoquée » (art. 521-1, al. 5), c'est-à-dire de tabler sur l'essoufflement de l'institution.

(22) La question est suggérée par P. Boinot, *Sectes religieuses et droit pénal*, RSC 1983. 409, et spéc. n^{os} 17 et 18, p. 418.















(23) La situation est en réalité plus complexe. Les circonciseurs doivent désormais être habilités par le Consistoire, alors qu'une ordonnance du 25 mai 1844 avait jadis réglementé l'accès à la fonction de circonciseur rituel (*mohe*). Elle a été rapportée par l'art. 44, 3^o, de la loi du 9 déc. 1905, portant séparation des Eglises et de l'Etat. C'est désormais le Consistoire qui définit des exigences d'accès à la fonction, qui sont somme toute raisonnables (R. Berg et M. Urbah-Bornstein, *Les Juifs devant le droit français*, préf. J.-P. Lévy, Les Belles Lettres, 1984, n^o 43, p. 51).

(24) Encore que les accidents ne paraissent guère documentés dans la jurisprudence. On cite souvent, mais à tort, CE 3 nov. 1997, *Hôpital Joseph-Imbert d'Arles*, n^o 153686 , RFDA 1998. 90, concl. V. Pécresse  ; AJDA 1997. 959 , chron. T.-X. Girardot et F. Raynaud ; D. 1998. 146 , note P. Chrestia, et 1999. 45, obs. P. Bon et D. de Béchillon ; RDSS 1998. 519, note C. Clément , où un enfant était décédé par arrêt cardiaque au cours de l'anesthésie générale, qui était préalable à la circoncision. De façon plus probante : Paris, 12 févr. 1992, D. 1993. Somm. 27 , obs. J. Penneau, où la plus grande partie de la verge s'est nécrosée à la suite de l'acte, effectué par un stomatologiste faisant office de circonciseur, habilité par le Consistoire.

(25) Notamment parce que ce pluralisme sera aussitôt revendiqué par les communautés qui pratiquent l'excision des petites filles - contre laquelle l'Allemagne se prépare à durcir sa position.

(26) Sur la situation française et l'établissement de l'idéologie des droits de l'homme, V. R. Libchaber, *L'impossible rationalité de l'ordre juridique*, Mélanges B. Oppetit, Litec, 2010, p. 505.

(27) Aussi bien les juges allemands ont-ils tenté d'examiner si la liberté éducative des parents pouvait faire pièce au droit de l'enfant à son intégrité corporelle. Mais ils ont estimé que l'atteinte qui y était portée, à la supposer nécessaire, était néanmoins disproportionnée.

(28) La CEDH semble avoir évité d'aller trop loin dans le refus de prendre en compte le consentement. En matière de sadomasochisme, elle a commencé par justifier les poursuites étatiques en dépit du consentement de la victime (CEDH 19 févr. 1997, *Laskey, Jaggard et Brown c/ Royaume-Uni*, D. 1998. 97 , note J.-M. Larralde ; RSC 1998. 385, obs. R. Koering-Joulin  ; RTD civ. 1997. 1013, obs. J.-P. Marguénaud ). Elle est revenue sur cette position en admettant le jeu de la notion d'autonomie personnelle (découverte dans CEDH 29 avr. 2002, *Pretty c/ Royaume-Uni*, AJDA 2003. 1383 , note B. Le Baut-Ferrarese ; D. 2002. 1596, et les obs.  ; RDSS 2002. 475, note P. Pedrot  ; RSC 2002. 645, obs. F. Massias  ; RTD civ. 2002. 482, obs. J. Hauser , et 858 , obs. J.-P. Marguénaud ), qui permettait de prendre en considération le consentement de la victime de pratiques cruelles - si tant est qu'il soit effectivement constaté (CEDH 17 févr. 2005, *K. A. et A. D. c/ Belgique*, D. 2006. 1206 , obs. J.-C. Galloux  ; RTD civ. 2005. 341, obs. J.-P. Marguénaud ). Les commentateurs se sont montrés très critiques de la solution (V. par ex. M. Fabre-Magnan, *Le sadisme n'est pas un droit de l'homme*, D. 2005. 2973 ). Encore peut-on se demander si c'est la notion d'autonomie personnelle qui doit être ici mise en oeuvre, plutôt que celle de dignité qui paraît plus efficace - mais que la Convention européenne ne pratique guère.

(29) Une classification quadripartite de l'ensemble de ces mutilations est proposée par l'OMS, qui fait désormais référence : V. par ex. : « Mutilations sexuelles féminines », Aide-mémoire n^o 241, févr. 2012. Pour une étude émanant d'un médecin ayant longtemps pratiqué la gynécologie à Djibouti : M. Erlich, *La femme blessée. Essai sur les mutilations sexuelles féminines*, préf. M. Augé, Paris, 1986.


(30) Parenté par ascendance, semble-t-il. D'après les relevés ethnographiques, il apparaît qu'aucune société pratiquant l'excision n'ignore la circoncision. En revanche, l'inverse se retrouve assez fréquemment. D'où le sentiment que l'excision a pu être conçue comme la contrepartie féminine d'une pratique d'abord destinée aux hommes.

(31) A. van Gennep, *Les rites de passage*, Paris, 1909.

(32) V. les remarques attentives de N. Sindzingre, *Un excès par défaut : excision et représentations de la féminité*, *L'Homme* 1979, n^{os} 3-4, p. 171 ; *Le plus et le moins : à propos de l'excision*, *Cahiers d'études africaines* 1977. 65.

(33) B. Bettelheim, *Les blessures symboliques, Essai d'interprétation des rites d'initiation*, Paris, 1962, qui considère, sur la base des mythes Dogons (M. Griaule, *Dieu d'eau*, Paris, 1948, vingt-quatrième journée, « La double âme et la circoncision »), que la circoncision enlève à l'homme sa part féminine, comme l'excision à la femme sa part masculine.

(34) Sur cette réprobation frontale, V. T. Locoh, *Pratiques, opinions et attitudes en matière d'excision en Afrique*, *Population* 1998. 1227.

(35) R. Libchaber, *L'adoption par les homosexuels et le principe d'égalité : une nouvelle rhétorique dans le débat public*, RTD civ. 2002. 611 .

(36) J. Carbonnier, *Il y a plus d'une définition dans la maison du droit*, *Droits*, n^o 11, 1990. 5, et spéc. p. 9.