

L'enfant face à l'institution de la circoncision

De La légitimité ou de l'illégitimité de la circoncision rituelle
médicalement opérée

Abdelhafid OSSOUKINE

Faculté de Droit et des Sciences Politiques
Université d'Oran2 Mohamed Ben Ahmed

Introduction

Rite de passage, rite initiatique, rite de séparation, mutilation sexuelle, marquage du corps... sont autant de thèmes centraux de la littérature des sciences sociales mais qui demeurent rebelles à la réflexion juridique. L'excentricité des rites s'accommode mal avec la mise en forme qu'exige la rigueur du droit. S'aventurer dans de telles études conduirait à user d'un langage que le juriste ne pratique que rarement. La circoncision comme l'excision sont des actes culturels voire culturels, s'ils trouvent leur légitimité dans les systèmes de valeurs et aussi dans la foi pour les juifs (alliance avec Yahvé), le droit est interpellé du simple fait qu'il y a intervention sur le corps avec parfois une violence inouïe.

La circoncision (équivalent, péritomie, posthèctomie, orlatomie de *orla*"prépuce" en hébreu, du latin : *circumcision*, circomcision-onis "couper autour") est une opération qui consiste à sectionner circulairement la peau entourant le prépuce en laissant le gland nue. Elle est pratiquée dans un but religieux comme le font les juifs (*britmilah coupure*), ou rituelle au titre de la *sunna* chez les musulmans (*khîtan*) mais aussi chez certains chrétiens comme les adeptes des Eglises orthodoxes orientales¹ ou chez les fondamentalistes anglo-saxons. Dans un but coutumier, elle est observée chez plusieurs ethnies comme consécration pour les individus dans leurs rôles et fonctions d'hommes. La circoncision fait partie intégrante des rites de passage qui comportent une introduction physique à une autre

¹Les Eglises coptes d'Egypte et d'Ethiopie.

L'enfant face à l'institution de la circoncision

classe d'âge. Enfin, elle est pratiquée en chirurgie moderne en cas d'affection du gland (phimosis ou paraphimosis).

La section du prépuce n'est pas une pratique exceptionnelle, sceau d'une seule religion ou d'une seule région. Elle n'est pas non plus le symbole ou la marque d'un seul peuple. Elle est déjà attestée dans l'Égypte ancienne depuis longtemps et répandue chez divers peuples de l'Antiquité. Cette pratique connue presque dans tous les continents², semble avoir été primitivement un rite de passage marquant avec l'arrivée du garçon avec l'âge nubile, une initiation au mariage et en conséquence, la participation à la vie du clan.³

Appréhender la circoncision par le droit, c'est s'engouffrer dans un vide juridique total, tant du point de vue de la législation et la jurisprudence que du point de vue de la doctrine. A cela s'ajoute une incertitude médicale, tant clinique qu'éthique. Ces éléments ne manquent pas d'ajouter la difficulté de penser le rite avec les matériaux du droit positif. Poser le problème en termes juridiques permet de situer la circoncision non pas en rapport avec le droit, mais par rapport à ce dernier qui ne connaît pas en principe ni l'acte culturel ni l'acte juridique. Cet essai tente de mettre en exergue la relation droit/culture en dehors de l'approche anthropologique qui voudrait que la culture imprègne le droit et que tout droit doit se rapporter à un héritage dont il procéderait. Nous aurons l'occasion de vérifier si la science juridique est capable de gérer le couple culturel/culturel en s'affranchissant de sa propension à éviter le traditionnel. Notre démarche, enfin, ne saurait avoir pour objet de condamner ou d'approuver des pratiques solidement ancrées dans les mœurs. L'analyse se situera davantage dans le questionnement, en

²La circoncision est observée dans toute la planète et connue de presque tous les peuples noirs, même les plus reculés, comme les a-bantous et les madécasses. Les indiens *dénés-dinjiés* de l'Athabase-Mackenzie (Amérique du nord) la pratiquent encore. Elle était aussi répandue chez les anciens aztèques, chez les indigènes du Yucan et chez les peuplades de l'Amazonie...

cf., La grande encyclopédie, p. 432

³ La grande encyclopédie Larousse. p. 2254

dehors des représentations que les rites peuvent évoquer, même si le descriptif anthropologique est incontournable.

Représentations socio-psychologiques de la circoncision

Dans sa symbolique, la circoncision se rapproche étrangement de la défloration de l'hymen chez la jeune fille lors de son mariage. Les psychanalystes nous dirons s'il s'agit là d'une "défloration de l'enfant", ou peut-être une "revanche" des femmes sur les hommes. En effet, il n'est pas rare de constater que dans certains mythes africains, les femmes ont tendance à croire que l'organe génital masculin devrait aussi saigner. C'est en tous cas ce qui ressort des études du psychanalyste Bruno Bettelheim.⁴ La castration ou la "blessure narcissique"⁵ signifie, entre autre, que les hommes envient les menstrues féminines ont voulu se blesser en se circoncisant. Cette perception du sang menstruel est très répandue chez les *dogons* qui le considèrent comme l'équivalent du sang de la circoncision et qu'ils appellent "menstrues des hommes".

Analysant l'effraction de l'hymen avec la circoncision, Lacoste-Dujardin avance le même rapprochement ci-dessus décrit : "*D'une part, il semble y avoir une véritable tactique de l'enivrement d'un tourbillon sonore et gestuel autour de l'initiée (la mariée) et l'initié (le garçon), d'autre part, les deux actes initiatiques (l'effraction de l'hymen et l'incision du prépuce) doivent être accomplis le plus rapidement possible ; ceci peut-être afin d'atténuer la douleur en réalisant une sorte d'anesthésie*".⁶ Aussi, dans son œuvre "*La sexualité en Islam*", l'anthropologue tunisien Bouhadiba trouve dans le

⁴*Les blessures symboliques, essai d'interprétation des rites d'initiation*, Gallimard, 1971, p. 115.

⁵C'est le titre de l'ouvrage du sociologue algérien Toualbi, éd SNED, Alger, 1975.

⁶In., *Le Maghreb, L'œuf entre les mains du père*, pp. 228-326, In "*La première fois ou le roman de la virginité perdue à travers les siècles et les continents*", ouvrage collectif, éd. Ramsey, Paris, 1981, p. 72.

L'enfant face à l'institution de la circoncision

déroulement des rites autour de la circoncision une sorte de répétition des cérémonies du mariage. Tout ce passe, dit-il, "*comme si la circoncision n'était qu'un mime du mariage et le sacrifice du prépuce une anticipation de celui de l'hymen, tout se passe comme si la circoncision était une préparation à la défloration*".⁷ Dans certaines tribus marocaines, la cérémonie est précédée d'un véritable enlèvement simulé mais fortement symbolique. Comme la mariée a été enlevée à son groupe familial, à son groupe d'âge, le jeune garçon est enlevé au groupe féminin auquel il appartient jusqu'alors.⁸ De même, chez certaines ethnies africaines, le rapprochement excision-circoncision est très étroit⁹. En effet, les rites d'initiation masculins comportent un élément dominant de féminisation notamment par le costume. Les circoncis sont habillés en femmes et on les oblige à prendre des manières dévirilisées jusqu'à guérison de leur plaie. Chez les *nandis*, par exemple, les jeunes ont reçu avant l'opération la visite des jeunes filles qui leur donnent leurs vêtements et leurs parures. Les garçons doivent les porter jusqu'à leur rétablissement¹⁰.

Peut-être faut-il puiser encore dans les mythes fondateurs de certaines ethnies africaines pour déceler le rôle correcteur du rite à savoir que l'Homme néassexué, et la circoncision pour le mâle permet de séparer définitivement les vestiges de la féminité. Par l'élimination chez chaque sexe de la partie qui appartient à l'autre, plusieurs ethnies croient que l'ablation du clitoris rend la femme davantage femme, comme la circoncision rend le petit garçon davantage homme.

⁷*La sexualité en Islam*, éd PUF, Paris 1977, p. 223.

⁸*Cf., SijilmassiA. Enfants du Maghreb entre hier et aujourd'hui*, éd. Soden, Mohammadia, Maroc, 1984, p. 69.

⁹Sur l'excision, *cf., Bourgeot A., Mutilations et rite d'initiation, le dilemme de l'excision*, Aujourd'hui l'Afrique, 1989, pp. 14-25. Bousquet G.H., *Deux remarques sur l'excision musulmane*, Bulletin des études arabes, n°45, nov-déc. 1946, pp. 196-197. Echard N., Mathieu N.-C., *Les mutilations du sexe des femmes*, Bulletin de l'association française des anthropologues, n°9, 1982. Epelboin S., *L'excision ; tradition mutilante ou valeur culturelle ?in. Tribune*, 1^{er} semestre 1982, pp. 17-22.

¹⁰*Cf., De Pedrals D.P. La vie sexuelle en Afrique noire*. Payot, Paris, 1950, p.78.

L'enfant face à l'institution de la circoncision

Cette « rectification » de l'œuvre Dieu s'inspire directement de la théorie de bisexualité originelle¹¹. Chez les garçons, la circoncision supprime le prépuce, vestige féminin de même que chez la fille, l'excision supprime le clitoris, "petit pénis résiduel".

Enfin, nous pouvons trouver des similitudes dans le caractère secret qui entoure l'effraction de l'hymen lorsque cela se produit en dehors du mariage légal avec les circoncisions dramatiquement ratées. Rare sont ces cas portés devant la justice par des parents envahis par le sentiment du déshonneur. Dans les deux situations, la faute est cachée.

L'enfant est préparé à la circoncision pour une deuxième naissance. Le prépuce sera coupé, comme l'a été auparavant le cordon ombilical qui le liait au corps de sa mère. Certes de caractère hygiénique, la circoncision va détacher l'enfant physiquement et mentalement de sa mère qui ne l'accompagnera plus au *hammam*. D'autres manifestations rituelles vont le conditionner pour son introduction au monde des hommes. L'enfant désormais partie d'un groupement qui se reconnaît corporellement à des signes inhérents au sexe masculin.

Ce passage symbolique à une classe d'âge et classe de sexe est le propre de plusieurs rites qui s'exécutent à l'occasion de l'opération de la circoncision. Chez les *téda*, à titre d'exemple, le circonciseur après avoir bourré le prépuce d'un tampon de crotte de chèvre, dit à l'enfant : "*Petit regarde en l'air !*". Alors il tranche le morceau de peau et dit à nouveau : "*Homme regarde en bas !*". Ce passage à l'âge adulte est très significatif que le langage de certaines ethnies le caractérise

¹¹Le mythe dogon a rendu célèbre la théorie de la bisexualité originelle de l'être humain, reprise par les culturalistes et les psychanalystes (Freud, Bonaparte, Bettelheim...). Le mythe a été raconté par Ogotunneti à Giraule. Il dit en substance : L'homme fut à l'origine pourvu d'une âme siégeant dans le prépuce et que pour la femme, l'âme fut supportée par le clitoris et ainsi l'excision a fait disparaître ce que Giraule appelle "la cause du premier désordre". In *Dieu d'eau*, Fayard, Paris, 1966, p.78.

suffisamment. Ainsi, les *kuanyamoamba*, désignent l'acte par l'expression *okontapiaetenda*, ce qui signifie "être admis dans le cercle des hommes".

Pratique des musulmans et non de l'Islam

Même si elle est unanimement observée en Terre d'Islam, identifier la circoncision à la religion n'est pas un raisonnement fondé. Si l'ablation du prépuce des jeunes juifs constitue dans la tradition israélite une alliance avec *Yahvé*, condition incontournable pour l'appartenance au judaïsme, la circoncision musulmane, si l'on peut l'appeler ainsi, ne peut s'analyser comme signe distinctif, ni même en termes anthropologiques, comme une étape initiatique de la vie infantine vers la vie adulte. Qualifiée de *sunna*, elle juste, annoncée pour des raisons hygiéniques.

Selon les récits, le Prophète (QSSL) s'adressant à une exciseuse (*khafida*)¹² en la personne de *Um Habiba*, lui aurait dit « *La circoncision (El Khîtan) est une sunna pour les hommes et seulement une makrama pour les filles. Effleurez et n'épuisez point (ashmiwalatan'hiki), le visage embellira et le mari sera ravi* ». Selon un hadith rapporté par Abu Hûreira¹³, "L'envoyé de Dieu a dit, Abraham se circoncit lui-même à l'âge de 80 ans à l'aide d'une herminette. » Et aux nouveaux convertis, il dit "Débarrassez-vous des cheveux longs des païens et soyez circoncis. "

La circoncision n'a pas suscité l'intérêt des juristes musulmans et ce contrairement à la littérature du judaïsme où le

¹² L'Encyclopédie de l'Islam dit que " *mukkati'at al buzur*" (coupeuse de clitoris) a dans la bouche du Prophète une connotation péjorative. La circoncision féminine (*el khifad*) n'a pas suscité l'intérêt des juristes musulmans, ils en parlent à peine, et lorsqu'ils le font, c'est avec beaucoup de parcimonie. Sans doute cela tient à son aspect non rigoriste contrairement aux autres questions de la liturgie et du culte telles que la prière, l'aumône, le hadj, le jeûne... qui, appuyées de plusieurs versets et de hadith, occupent de longs chapitres dans les livres du *fiqh*.

¹³ *Hadith n° 4 : 57*

L'enfant face à l'institution de la circoncision

caractère rigoriste est très marqué. Toutefois, elle demeure une marque d'appartenance à la communauté des musulmans au point où pour les chrétiens, le musulman serait le *circoncis*¹⁴. Et Voltaire n'avait-il pas écrit à propos des turcs qu'ils sont des *circoncis insolents*.

Bouhadiba remarque à juste titre que la place qu'occupe la circoncision est tellement secondaire que les livres les plus prolixes y consacrent qu'un espace réduit.¹⁵ De même pour Bousquet, *les livres en parlent à peine*. En effet, elle n'est citée qu'à titre de pratique simplement recommandée, *à côté de tant d'autres que la vie sociale musulmane n'observe pas*.¹⁶ Aucune fête dans le calendrier musulman n'est consacrée à la commémoration d'une circoncision quelconque¹⁷, par celle du Prophète.¹⁸ Aucune prière n'accompagne son rituel.¹⁹ Il s'agit beaucoup plus, comme le note Bouhadiba, d'une pratique des musulmans qu'une pratique de l'Islam. En outre, ce vieux rite qui date

¹⁴Bousquet G.H. *Le droit musulman*, lib. Armand Colin, Paris, 1963, p.54.

¹⁵*Op. cit.*, p. 213.

¹⁶Bousquet, *Ibid.*

¹⁷Tillion G., *Le harem et les cousins*, éd. Seuil, Paris, 1966.p.94.A en croire l'encyclopédie Wikipédia, les Églises catholiques et orthodoxes, "*loin de nier ou de minimiser la circoncision de Jésus, la célèbrent au contraire le 1^{er} janvier, soit sept jours après le 25 décembre, date fixée, par convention, au quatrième siècle pour la célébration de sa naissance. Le 1^{er} janvier est appelé la fête de la Circoncision ou la Circoncision. La scène de la Circoncision est fréquemment représentée dans l'art du Moyen Âge. Le Saint Prépuce fut vénéré en tant que relique, que certaines églises affirmaient détenir*".

¹⁸Dans "*la vie de Mohammed*" voici ce qu'écrivaient Dinet E. et Ben Brahim H.S. à propos du Prophète de l'Islam : "Lorsqu'il vint au monde, il était net de toute souillure, circoncis naturellement et son cordon ombilical avait été tranché par les soins de l'Ange Gabriel".

¹⁹La circoncision (héb. Berit) est pratiquée le huitième jour de la vie de l'enfant, elle peut avoir lieu le *chabat*, les jours de fête ou même à *yom Kippour*. Elle dure une demi-heure et nécessite la présence d'un *quorum* de dix hommes adultes (*minyam*). Cf., Encyclopédie du Judaïsme, éd. Cerf., Paris, 1993, p.248). Le *mohel* pratiquant la circoncision doit être une personne reconnue par les autorités rabbiniques. Sur le déroulement du rite la société juive marocaine, cf. Malika E. *Essai de folklore du Mellah*, Rabat, 1954. Mauchamp M., *La sorcellerie au Maroc*, éd. Dorbon-aimé, Paris, (s. d.), Mathieu J., *Notes sur l'enfance du Mellah de Casablanca*, bull. de l'Institut d'hygiène du Maroc, T. III, 1947, p. 31.

L'enfant face à l'institution de la circoncision

de l'ère abrahamique, ne figure pas dans l'énoncé des piliers de l'Islam dont l'ensemble constitue à la fois la liturgie et le culte dogmatique.

Sur le *khîtan*, (rac. *Kh-t-n*), le *Coran* ne dit pas un mot. Toutefois nous pouvons avancer qu'il y fait indirectement allusion à l'occasion de l'évocation de *millat*(religion), Ibrahîl du respect que chaque musulman doit lui marquer.

"Dis Dieu est véridique, suivez la religion d'Ibrahim, un vrai croyant qui n'était pas au nombre des polythéistes." (El Omran, 95).

"Lorsque son Seigneur éprouva Ibrahim par certains ordres et que celui-ci les eut accomplis, Dieu dit : « Je vais faire de toi un guide pour les hommes" (2-124).

"Nous t'avons ensuite révélé : Suis la religion d'Ibrahim, un vrai croyant" (16-123).

Certains auteurs chrétiens vont jusqu'à considérer la Bible comme une source du droit musulman à l'image de Sami El deeb AbuSahlieh qui note sans hésitation aucune que *les normes révélées aux prophètes antérieurs à Mohammed sont maintenues tant qu'elles ne sont pas expressément abrogées, et la Bible devient un système de renvoi, une source de droit pour le musulman.*²⁰

Si le *Coran* n'apporte pas d'indications explicites sur la circoncision, la *Sunna* en revanche la considère comme une action recommandée au même titre que les autres qui renvoient à des considérations d'ordre hygiénique telles que la coupe des ongles, l'épilation des aisselles et la taille de barbe, car la non circoncision retient l'impureté dans le corps et rend nulle la prière exactement comme la rétention d'une impureté dans la bouche. Les exégètes expliquent également que le prépuce est source de désagrément à cause des liquides gras et des odeurs nauséabondes qu'il dégage. Selon le *hadith*, rapporté par El Bokhari, citant lui-même Abu Hûreira,

²⁰ *In. Mutiler au nom d'Allah et de Yahvé*, Doc non publié, BDIC, Paris, 1990, p.45.

L'enfant face à l'institution de la circoncision

le Prophète avait dit "*Cinq choses sont de tradition ; la circoncision, l'ablation des poils du pubis, l'épilation des aisselles, la taille des moustaches et celle des ongles*".

Dans le *hadith*, il est dit qu'Ibrahim a été circoncis à l'âge de 80 ans (99 selon la Bible). La péritomie fut mentionnée par cette même source à propos de l'horoscope de l'empereur Héraclius *qui lisait dans les étoiles le message du roi Ghâssan portant la nouvelle prédication de l'Islam par Mohammed. On sut alors que cet envoyé était lui-même circoncis et il fait savoir à l'empereur que la circoncision était une pratique courante chez les arabes*.²¹

Chez les *fuqaha*, la circoncision est considérée comme obligation traditionnelle. Pour le maître de l'Ecole *malékite*, *celui qui n'est pas circoncis sans motif, ne peut exercer la fonction d'imam et son témoignage ne sera pas pris en compte*. Ibn Abbas ajoute que la prière du non circoncis ne sera acceptée et le sacrifice (des animaux) opéré par lui ne sera pas légalement valable.²² Cheikh KH'LIL, célèbre juriste malékite admet contrairement au maître que la prière collective peut être valablement dirigée par le non circoncis. Les anciens juristes musulmans, sont unanimes néanmoins dans leur acceptation du caractère légal et fortement recommandée de la circoncision (*mâshû'mûaqqad*) si elle ne présente aucun danger ni aucun dommage.²³

²¹Chebel M. rapporte qu'Hérodote, le premier historien de la circoncision qui vivait près de mille ans avant la naissance du Prophète Mohammed, avait écrit que les égyptiens pratiquaient la circoncision depuis les temps les plus anciens. Cf., *Histoire de la circoncision, des origines à nos jours*, éd. Balland, 1992, p. 11.

²²IbnDjuzzaï, 693-741, *Al qawanin el fiqhia*.

²³IbnTaymiyya, *Al fatawa el kûbra*, tome 1.

L'enfant face à l'institution de la circoncision

Sami El Deeb, juriste contemporain a consacré ses travaux à la pratique de la circoncision parfois avec un ton vindicatif.²⁴ Il rapporte une somme d'informations difficilement acceptables tant sur le plan sociologique qu'historique. *Les ibadites* dit-il, *considère la mariage des musulmans non circoncis comme nul même s'il y'a eu consommation et la femme peut demander au juge de la séparer de son mari. Si le mari se circoncis après la consommation du nikah, le mariage reste nul et il doit conclure un nouveau mariage pour reprendre sa femme.* Nous avons vérifié dans les principales sources doctrinales ibadites et nous n'avons nulle trace de ses affirmations. Ensuite, se référant au Hanbalites, l'auteur ne manque pas de rapporté une autre contre-vérité. *La non circoncision* écrit-il *est un vice du contrat donnant le choix à la femme de demander le divorce ou de maintenir le mariage.* Plus loin il conclut mais sans citer de sources : *Le non circoncis n'a pas le droit de tutelle sur un musulman et n'a pas non plus le droit de donner son consentement au mariage d'un parent musulman. Dans ce cas, le mariage est dissous sauf s'il a été consommé!*

Quant à la peau qui recouvre le gland, elle est considéré par Ibn Djuzzaï comme impure parce qu'elle a été amputée d'un être vivant et ne peut être donc touchée par celui qui s'apprête à accomplir la prière. Aussi, il n'est pas admis de la faire pénétrer dans une mosquée ni de l'y enterrer.²⁵

²⁴Auteur suisse de nationalité, palestinien d'origine et chrétien de confession. En dehors de ses activités académiques, il milite dans diverses associations anti-circoncision. Ses écrits frôlent l'antisémitisme d'où le titre évocateur de son essai (non publié pour les raisons qu'on imagine) *"Mutiler au nom d'Allah et de Yahvé"*. Cf., également son ouvrage, *Circoncision. Le complot du silence*, éd. L'Harmattan, 2003.

²⁵Lorsque le sociologue Toualbi effectua son enquête dans l'algérois, il observa que le sort réservé au prépuce est l'enterrement, ce qui n'est pas le cas dans le Sud où il est accroché au sommet d'un palmier. Ces deux gestes paraissent établir pour l'auteur de la *"blessure narcissique ou promotion sociale"* un lien étroit entre la circoncision et la fécondité *"puisque la terre comme le pénis symbolisent précisément la fécondité"*. Aussi, l'auteur se référant à la Bible (Genèse XIII-16) trouve l'équivalent de cette symbolique dans le verset qui dit « *Ta semence sera nombreuse comme le sable de la terre* ". *op. cit.*, p. 38.

L'enfant face à l'institution de la circoncision

Il est vrai que les ouvrages du *fiqh* avec leur approche casuistique et leur sens du détail qui frôle parfois le surréalisme, ne vont pas, ce qui étonne, jusqu'à soulever la question de savoir s'il faut circoncire le cadavre d'un non circoncis. Mais Sami El Deeb, se réfère néanmoins à des "légistes" et en cite un certain Al Sukkari supposé selon notre auteur avoir traité de la question. *"La majorité des légistes rejette une telle circoncision parce qu'elle porte atteinte à l'intégrité physique (hurma) des défunts et expose sa partie honteuse (awra) ; de plus, elle est inutile puisque son but est d'accomplir un acte culturel et d'être propre pour la prière, ce dont n'a pas besoin le mort. Pour d'autre, la circoncision du mort est nécessaire; son prépuce est déposé dans le linceul" !*

Dans ce contexte, il est difficile de résister au plaisir de relater un fait relaté par Mohammed Kacimi (Mouchoir) que reprend Malek Chebel (p. 2, tant le récit est savoureux et l'anecdote si révélatrice de l'ancrage du rite dans la pratique culturelle. *"Un pied noir d'Orléanville (aujourd'hui Chlef,) communiste est maquisard pendant la révolution de 1954, a souhaité une fois mort être enterré au cimetière musulman. Après son décès, certains musulmans ont menacé de déterrer leurs défunts si on leur imposait la présence d'un non circoncis. La solution fut trouvée par un simple coup de ciseau ; couper la partie tant incriminée. Purifiée, la dépouille fut admise sans histoire avec les musulmans".* Ce fait, en apparence caricatural, trahi une pratique connue en Israël où il n'est pas rare que les tribunaux traite des circoncisions posthumes. Dernière affaire en date (1999) est la condamnation par la Cour de Tel-Aviv d'une tentative de circoncision posthume²⁶.

Toujours en ce qui concerne ces cas "limites" abordés par les juristes, nous pouvons lire dans le *Multaqa al abh'urde* Ibrahim Halbi que l'hermaphrodite (*muhkanâte*) ne

²⁶"Agreement reached in circumcision case". The Wichita Eagle. 25 July 2001.

<http://www.cirp.org/news/wichitaeagle>.

L'enfant face à l'institution de la circoncision

sera circoncis ni par un homme ni par une femme, mais on lui achète à ses frais une esclave qui le circoncira.

S'agissant de l'âge de l'opération notamment la problématique du septième jour, il y'a lieu de rappeler qu'il y'a deux opinions que nous rapporte Ahmed II ; *il n'est blâmable (makruh) parce que Ibrahim avait circoncis Ishak au cours du septième jour. Mais blâmable pour les autres, parce que c'est une tradition juive et il n'y a lieu de les imiter.* Sur ce chapitre, Bouhadiba note justement *ce souci des musulmans de vouloir se distinguer des israélites alors que dans d'autres cas, l'imitation des pratiques, usages et comportements juifs n'est guère soulignée de manière aussi systématique.*²⁷ En tous cas, l'enfant doit être circoncis au plus tard à l'âge auquel il est frappé pour le contraindre à accomplir la prière, c'est-à-dire à l'âge de sa puberté. Il faut remarquer cependant, comme le note un médecin, que le psychisme de l'enfant à cet âge-là, correspond à un calme relatif quant aux problèmes sexuels. *C'est la période de latente et c'est à cette époque qu'intervient la circoncision.*²⁸

Que faut-il retenir sur la religiosité de la circoncision ? Est-elle relative ou absolument prescrite ? En fait, la pratique n'a jamais été considérée par la *chari'a* comme une profession de foi. Or, paradoxalement, *elle passe pour constituer la marque par excellence de l'inclusion dans les sociétés musulmanes à tels point qu'elle est quasi unanimement observée, quelque que soit la couche sociale à laquelle on appartient, quel que soit le degré d'évolution et d'acculturation. Ni les libertins, explique encore Bouhadiba, ni même les couples mixtes ne dérogent à la règle.* Le même constat est établi par Toualbi lorsqu'il écrit que *dans certaines familles qui se réclament de la culture occidentale, les parents continuent à faire circoncire leurs enfants en même temps qu'ils font fi d'un grand nombre de préceptes coranique. Il n'est pas rare, de rencontrer en Algérie des personnes qui ne*

²⁷Bouhadiba, *op. cit.*, p. 223.

²⁸Sijilmassi, *op.,cit.*, p. 69.

L'enfant face à l'institution de la circoncision

*s'imposent pas le jeûne alors qu'il est obligatoire, mais il est pratiquement exclu de rencontrer des non-circoncis.*²⁹

Ainsi, la circoncision une mesure d'appartenance à la communauté, de conformité corporelle plus qu'à l'esprit et la lettre des textes sacrés. Et Bousquet résume si merveilleusement la symbolique de l'acte lorsqu'il note qu'il *constitue du point de vue de la sociologie musulmane un exemple typique des divergences entre théorie et pratique*³⁰.

Le traitement juridique de la circoncision

Les principes du droit

Lorsqu'on tente d'aborder la circoncision du strict point de vue juridique, il est difficile de ne pas la situer en dehors des principes de la théorie des droits de l'homme d'une part et des principes du droit médical d'autre part. Ces principes sont :

- Droit à l'intégrité physique de l'enfant
- Défaut du libre arbitre (le consentement libre et éclairé)
- Exercice exclusif et abusif de l'autorité parentale (l'ordre patriarcal)
- Exercice illégal de la médecine

En effet, 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. En principe, toute atteinte non médicalement justifiée à l'intégrité physique d'une personne est donc pénalement condamnable. Mais dans la pratique, ce principe du droit civil, n'a été utilisé en France notamment que pour

²⁹Toualbi, *op.,cit.*, p. 36.

³⁰ Bousquet H.B., *La morale de l'Islam et son éthique sexuelle*, éd. Maisonneuve, Paris, 1953. Cf., également *les grandes pratiques de l'Islam*, Puf, Paris, 1949 et son *Droit musulman*, éd. Armand-Colin, Paris, 1963.

condamner les auteurs d'excisions sur des petites filles et jamais dans le cas de la circoncision rituelle.³¹

L'incertitude déontologique

En effet, l'analyse médicale de l'efficacité de la circoncision est partagée entre deux Ecoles. Le thème a offert à quelques praticiens un terrain fertile pour toutes sortes de théories et affirmations aussitôt démenties par d'autres. De l'appauvrissement de la vie amoureuse pour les uns, à la prévention contre le sida pour les autres, la littérature médicale abonde. Toulbi, se basant sur les conclusions du docteur Matiben, présente la circoncision comme « une intervention thérapeutique curative d'une part et une mesure hygiénique prophylactique d'autre part. De ce fait, dit-il de son action sur l'organisme humain ne découleraient que des avantages et jamais des complications. Cette intervention salutaire embellit l'organe mâle³² et le met à l'abri d'un grand nombre d'infections, contaminations, cancer de la verge. »³³ Le docteur Al Fanghari estime même que la pratique de la circoncision préviendrait contre le cancer de la partenaire du circoncis et aide à prolonger l'accouplement en raison du dégagement de la glande du pénis.³⁴ En revanche, les médecins Hanvas et Robert, après avoir mené une étude auprès d'une population juive composée de 4217 individus, concluent qu'il n'existe aucune valeur prophylactique à la péritomie. Bien plus, le docteur Zwang estime qu'elle est presque toujours responsable du rétrécissement inflammatoire du méat urétal et qu'il n'y a aucune raison médicale de priver systématiquement les

³¹ La pénalisation des « mutilations sexuelles » en France, revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, n°3/1993.

³² « *La circoncision est une chirurgie esthétique* » est le titre de la communication qu'avait présentée l'islamologue Taleb Abdelrahmane lors des journées d'études « Apport de l'Islam à l'éthique médicale » organisées par le Haut conseil islamique à Alger (El Aurassi) en 1998.

³³ Matiben, F. *L'aspect médical de la circoncision*. Thèse en médecine, cité par Toulbi, *op cit.*, p. 38.

³⁴ Cité par Sami El Deeb, *mutiler au nom... op cit.*, p.12.

L'enfant face à l'institution de la circoncision

nouveau-nés ou les adultes d'une partie intégrante de l'anatomie humaine normale.³⁵

Face à cet imbroglio médical, comment départager les scientifiques pour permettre au juge d'appréhender la circoncision suivant l'ordonnancement juridique ?

D'abord la circoncision met le médecin dans une configuration assez complexe et trop immédiate avec le corps et de ce fait a un impact évident sur l'intégrité physique mais aussi psychique de l'enfant.

Est-il possible sur le plan de la méthodologie d'appréhender un rite "religieux" avec les matériaux du droit positif pour l'inscrire dans la normalité ? Se placer dans cette optique conduirait à traiter la circoncision par rapport à l'acte médical en termes de *colloque singulier*, c'est-à-dire cette rencontre entre la conscience et l'engagement du praticien d'apporter les soins nécessaires pour la guérison de la maladie ce qui n'est pas le cas dans la circoncision, avec une confiance doublée d'un consentement, condition fondamentale pour la validation de l'opération, rien de tel également. Pire, tous les codes de déontologie disposent qu'*aucune ablation d'organe ne peut être pratiquée sans motif très sérieux et sauf urgence ou impossibilité, qu'après information et consentement de l'intéressé ou de son tuteur légal.*³⁶

Le 23 août, le comité d'éthique allemand a élaboré un texte de compromis : "la circoncision doit être autorisée mais à condition qu'il y ait eu une information des parents, qu'ils soient tous les deux d'accord, qu'il y ait un traitement de la douleur et que la circoncision soit conduite par un spécialiste". Cependant ce compromis ne satisfait ni l'association professionnelle des pédiatres allemands, son président, le docteur Wolfram Hartmann déplorant que "le droit d'un enfant à son intégrité physique ne compte clairement pas !... C'est un scandale", ni la communauté

³⁵In. *La circoncision*, Psyché, n° 45, 1950.

³⁶Exemple art. 34 code de déontologie algérien, décret n°92-276 du 6 juillet 1992.

juive qui n'accepte pas que soit prodigué un traitement de la douleur par anesthésie générale.

L'incertitude médicale émane de la vive polémique médicale quant à la fiabilité de la circoncision de protéger l'enfant, ou d'une manière générale l'homme des infections, même les plus dévastatrices telles que le Sida.³⁷ Des études menées en Afrique ont démontré que la prévalence de l'infection par HPV est inférieure de 40% chez les hommes circoncis par rapport à un groupe d'hommes non-circoncis. Les premières observations remontent à 1986 confirmées par des équipes américaines et européennes menées au Kenya, en Ouganda et en Afrique du Sud.³⁸

³⁷ Sur cette polémique, cf. (pour la littérature anglaise); Mc Coombe SG, Short RV. Potential HIV-1 target cells in the human penis. *AIDS*. 2006 Jul 13; 20(11):1491-5. Auvert B, Taljaard D, Lagarde E et al. *Randomized, controlled intervention trial of male circumcision for reduction of HIV infection risk: the ANRS 1265 Trial*. *PLoS Med*. 2005 Nov;2(11): e298. Bailey RC, Moses S, Parker CB et al. *Male circumcision for HIV prevention in young men in Kisumu, Kenya: a randomised controlled trial*. *Lancet*. 2007 Feb 24;369 (9562): 643-56. Gray RH, Kigozi G, Serwadda D et al. Millett G. A, Flores SA, Marks G et al. *Circumcision status and risk of HIV and sexually transmitted infections among men who have sex with men: a meta-analysis*. *JAMA*. 2008 Oct 8 ;300 (14):1674-84. Jin F, Jansson J, Law M, et al. *Per-contact probability of HIV transmission in homosexual men in Sydney in the era of HAART*. *AIDS*. 2010 Mar 27; 24(6): 907-13. Templeton DJ, Millett G.A., Grulich AE. *Male circumcision to reduce the risk of HIV and sexually transmitted infections among men who have sex with men*. *Current Opinion in Infectious Diseases*. 2010 Feb; 23(1):45-52. Wiyongse CS, Kongnyuy EJ, Shey M et al. *Male circumcision for prevention of homosexual acquisition of HIV in men*. *Cochrane Database of Systematic Reviews*. 2011; 6: CD007496.

³⁸ Cf., les études de l'agence française de recherches sur le Sida et les hépatites virales (ANRS) de l'INSERM, de l'Institut national français des maladies transmissibles (NICD)... Selon le Pr. DELFRAISSY J.-P. (directeur de l'ANRS « les travaux sur la circoncision masculine ont ouvert une nouvelle ère dans la lutte contre le sida : nous disposons dorénavant d'un nouvel outil potentiel de prévention. C'est un vrai défi pour les chercheurs que de valider l'efficacité de cet outil à l'échelle d'une population. C'est ce que tente de faire la nouvelle étude ANRS 12 126, actuellement en cours, dont on présente à Mexico les premiers résultats relatifs aux connaissances et aux résultats ». Dossier de presse, 5 août 2008, Inserm, Anrs, Paris, 2008.

L'enfant face à l'institution de la circoncision

Il n'y a donc pas d'unanimité scientifique permettant de recommander la circoncision comme mesure prophylactique des enfants et aucune organisation médicale n'avait franchi le pas pour attester le caractère de *connaissance acquise* ou de *données actuelles* de cette modalité et même l'OMS (rapport 2007) n'en voit qu'une *protection partielle*.

Dès lors on s'aperçoit qu'il y a un débat légitime sur l'opportunité médicale de la circoncision. L'American Academy of Pediatrics (AAP) a modifié sa position en 1989 pour dire que : "La circoncision du nouveau-né a des bénéfices médicaux et avantages ainsi que les inconvénients et les risques". Les *Centers for Disease Control and Prevention* est en train de reconsidérer sa position pour suggérer que tous les petits garçons devraient subir la circoncision.

S'il ne s'agit pas d'une mutilation, comme l'a été qualifiée l'excision, la circoncision se présente-elle comme une violence volontaire simple ?³⁹

En dehors d'un tribunal allemand, aucun autre au Monde n'a eu à remettre en cause la circoncision en soi. En effet, pendant longtemps, et

³⁹Sur cette question, cf., Plana. S., *Le prosélytisme religieux à l'épreuve du droit*, Thèse de sociologie, Lyon II, 1991, 588 p. Egalement Ossoukine A., *Le droit à l'épreuve des rites*, éd. Dar El Gharb, 2000, Oran, Algérie. Pascal Gourdon, *Protection de la personne, Une conséquence inattendue de la modification de l'article 16-3 du Code civil : la légalisation de la circoncision rituelle « médicalisée* "Copyright © 2003 Éditions scientifiques et médicales Elsevier SAS *Revue Médecine & Droit*, Volume 2003, Issue 59, March-April 2003, Pages 43-48. Egalement nos articles : *Approche juridique de la circoncision*, Journal de bioéthique, 1996- N°3 volume ; *Retour sur un procès, les circonciseurs d'El Khroub*, Revue général de droit médical, 12/2008, n° 29, pp. 169-177.

L'enfant face à l'institution de la circoncision

même jusqu'à nos jours, la circoncision est de fait tolérée dans les hôpitaux occidentaux. On ne parle de mutilation que pour l'excision⁴⁰.

S'attaquer à la circoncision c'est s'attirer les foudres des deux communautés juive et musulmane, d'autant que le défi sera aussitôt lié à une forme de "révisionnisme" ou une attitude qui rappellerait le sort réservé aux juifs par les différents régimes totalitaires qui avaient en leur temps interdit la circoncision. D'autre part, une telle décision ne manquerait pas d'être qualifiée d'ingérence dans la sphère religieuse. Des rites alimentaires comme la consommation de la viande *hallal*, ou vestimentaires comme le *hidjab*, l'abattage des moutons, l'excision pour les africaines ont en commun le fait d'être l'objet de stigmatisations. Même dans l'ordre international, ce n'est pas la circoncision qui est visée par l'article 23 al. 3 de la Convention internationale des Droits de l'Enfant qui condamne *les pratiques traditionnelles préjudiciables à la santé des enfants*.⁴¹

Or depuis quelques années, une évolution doctrinale⁴² va marquer une attitude plus ferme à propos d'une pratique aussi ancienne et de surcroît observée par le quart de l'humanité. Et c'est dans ce contexte

⁴⁰Ossoukine A. *La pénalisation des « mutilations sexuelles » en France*, Revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques,... cf., également Lantz A. *L'excision en Cour d'assise*, in., *L'homme et la société*, Revue internationale de recherches et de synthèse en sciences sociales, 1990/1-2, n°65. Lefevre M. *Les exciseuses à la barre*, in. *Des faits et des droits*, Les cahiers de Fontenay, 1978.

⁴¹Amor S., *Quelles valeurs et quelles pratiques de chacune des trois traditions religieuses sont particulièrement pertinentes pour la société* (doc. Pdf).

⁴²"Le droit de l'enfant à bénéficier de la protection de l'État contre une atteinte à son corps et à sa santé prime sur l'exercice irresponsable du droit des parents. Si un procureur a connaissance d'une circoncision non nécessaire médicalement, son devoir est d'intervenir." In. "Die strafrechtliche Relevanz der Beschneidung von Knaben" *Strafrecht zwischen System und Telos*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, pp. 669-709.

L'enfant face à l'institution de la circoncision

qu'une décision d'un tribunal allemand va se démarquer⁴³ en déclenchant un véritable émoi chez les communautés juives⁴⁴ et musulmanes avec effet de boule de neige dans d'autres pays.

En effet, en mai 2012, un enfant fut circoncis en milieu hospitalier juif (Berlin) ce qui provoqua chez lui un saignement. Après une plainte diligentée par le parquet de la ville, le tribunal régional de Cologne (Landgericht Köln) jugea que *"la circoncision est contraire à l'intérêt de l'enfant et que le corps d'un enfant était modifié durablement et de manière irréparable par la circoncision, ce qui constitue « une blessure corporelle passible d'une condamnation »*.

Venant à contre-courant du premier jugement ayant innocenté le médecin incriminé et donc validé la circoncision, le tribunal tiraillé entre le principe du droit des parents d'éduquer leur enfant en vertu de leur conviction et l'intérêt de l'enfant, va construire finalement son jugement à la base des dispositions de la loi fondamentale et des articles du Code civil (BGB), et certains articles du Code pénal (CP). Il en a conclu en conséquence :

- Que la famille de l'enfant était de la foi islamique.
- Que la circoncision inflige des lésions corporelles, des dommages permanents et irréversibles à l'organisme.

⁴³ C'est cette "première mondiale" qui a laissé dire à la chancelière allemande qu'elle ne souhaiterait pas que son pays soit *"une nation de guignols... le seul au monde dans lequel les juifs ne peuvent pas pratiquer leurs rites"*. *Libération*, 16 juillet 2012.

⁴⁴ Des groupes de rabbins et d'imams, ont considéré la décision comme "un affront aux droits fondamentaux religieux et humain" une "intervention gravissime et sans précédent dans les prérogatives des communautés religieuses". (Conseil central des juifs d'Allemagne) Ceci pendant que l'ambassadeur d'Allemagne en Israël tentait devant les membres de la Knesset de minimiser la portée de la décision vu son caractère régional, Les organisation juifs, en Europe continuent exhorté les fidèles à persévérer dans la pratique de la circoncision.

L'enfant face à l'institution de la circoncision

- Que l'enfant a un droit fondamental à l'intégrité physique et à l'autodétermination. (Grundgesetz, article 2).
- Que l'enfant ne peut pas donner son consentement en raison de sa minorité.
- Que les parents doivent agir dans le meilleur intérêt de l'enfant. (Code civil allemand (BGB) § 1627).
- Que donner son consentement pour la circoncision non thérapeutique n'est pas dans le meilleur intérêt de l'enfant.
- Que le droit fondamental des parents de pratiquer leur religion (Grundgesetz, article 4) n'est pas limité par les droits de l'enfant à l'intégrité physique et à l'autodétermination.
- Que la circoncision sans consentement est une agression pénale (Code pénal § 223).
- Que la circoncision doit être différée jusqu'à ce que l'enfant lui-même peut décider de son opération.
- Que le médecin musulman avait commis une "erreur de droit" et a été libéré de la sanction pénale conformément au § 17 du Code pénal.

Une lecture attentive de la décision du tribunal de Cologne, démontre que les juges n'ont pas cherché à trouver l'équilibre entre les droits des enfants et ceux des parents. L'irréversibilité du principe du droit de l'enfant *excluant toute violence* a primé sur toute autre considération. De surcroît, l'enfant aura toute la latitude de décider dès sa majorité de ses convictions religieuses. Si cette solution pourrait satisfaire les musulmans pour qui la circoncision peut intervenir à n'importe quel âge, chez les juifs, le rite doit être observé au huitième jour après la naissance. Se plaçant dans un terrain qui n'est pas le leur, certains juristes affirment *qu'une interdiction pure et simple*

L'enfant face à l'institution de la circoncision

*de la circoncision pourrait mettre en péril l'équilibre spirituel d'un individu s'il n'a pas été circoncis à l'âge prévu par sa religion.*⁴⁵

L'Allemagne étant un pays laïc et la religion ne constituant point une source du droit, il paraît dès lors évident que les considérations juridiques ne peuvent prendre en compte les considérations socioculturelles.

Suite à la décision du tribunal allemand, certains pays ont proposé des moratoires comme les hôpitaux pédiatriques de Zurich et de Saint-Gall afin d'évaluer l'aspect juridique et éthique de cette pratique. Dans d'autres contrées, les tribunaux ont emboîté le pas aux allemands comme le tribunal de Turku en Finlande qui, sur réquisition du ministère public a assimilé la circoncision à une mutilation, et condamna en conséquence une mère musulmane pour avoir fait circoncire son fils sans le consentement du père.

En France, bien qu'elle soit qualifiée depuis 1973 d'acte usuel de l'autorité parentale,⁴⁶ ni la Cour de cassation⁴⁷, ni le Conseil d'Etat⁴⁸ ne se sont prononcés sur la légitimité de la circoncision. Sans doute avec les développements de l'affaire du syrien de Lille, la première institution aura à décider de la légalité de cette pratique. Un syrien, exerçant illégalement la médecine procéda dangereusement à l'ablation du prépuce d'un bébé de 15 jours. Il fut relaxé en première instance par le tribunal de Lille et en appel par la Cour de Douai en juin 2010. Cependant, le gros des cas traités en France, l'on été, à

⁴⁵ Dominique Sprumont, professeur à l'Université de Neuchâtel et directeur adjoint de l'Institut de droit de la santé

⁴⁶ TGI Paris, au novembre 1973.

⁴⁷ La haute cour a toutefois admis qu'une circoncision pouvait être un acte usuel si elle relève de la nécessité médicale, mais il n'en va pas de même s'il s'agit d'une circoncision rituelle. Civ. 1^{re}, 26 janv. 1994, D. 1995. 226, note C. Choain.

⁴⁸ Dans son rapport annuel de 2004 consacré à la laïcité, le Conseil d'État a qualifié la circoncision de « pratique religieuse dépourvue de tout fondement légal mais néanmoins "admise" ».

L'enfant face à l'institution de la circoncision

l'occasion de circoncisions opérées sans que l'un des deux parents n'ait été associé à la décision ou parce que les médecins l'ont pratiqué sans avoir demandé l'autorisation parentale. Ainsi la CA de Paris va retenir la responsabilité d'un père *dès lors qu'il est établi qu'il a profité de l'exercice de son droit d'hébergement pour prendre la grave décision de faire procéder, à des fins rituelles, à la circoncision de l'enfant du couple, sans avoir recueilli l'assentiment de la mère et alors que cet acte chirurgical ne s'imposait pas d'après les certificats médicaux versés au dossier.*⁴⁹ Sur cet aspect remarquons que la jurisprudence anglo-saxonne est plus permissive. En effet, en 2005, un homme musulman a circoncis son fils contre la volonté de la mère qui en avait la garde. Il a été déclaré non coupable de voies de fait causant des lésions corporelles par un verdict à la majorité du jury.⁵⁰

Mais rares sont les situations où l'on évoque le consentement de l'enfant. En septembre 2007, le tribunal d'appel de Frankfurt constatant la circoncision d'un garçon de 11 ans sans son approbation, qualifia les faits en blessures volontaires et condamna le père. Il s'agit d'un enfant dont les parents sont divorcés, ayant subi lors d'une visité chez son père musulman, une circoncision rituelle.

⁴⁹ 29 septembre 2000. Cf., également Cour d'appel de Rennes, Chambre 6 ; 4 avril 2005, n° 04/04000, CA Aix-en-Provence, 6e ch. A, 30 mai 2006, V., épse G. c/ G. Cour d'appel de Riom, Chambre 2, 17 Avril 2007, N° 06/01223 L. C. - L. CA Lyon, 2e civ., 25 juillet 2007, L. c/ M.

⁵⁰ Tapsfield, James (3 May 2005). "*Muslim Accused of Assaulting Son Through Circumcision*". The Scotsman.

<http://web.archive.org/web/20050523125330/http://news.scotsman.com/latest.cfm?id=4497150>. Notons que la pratique de la circoncision a toujours été considérée comme légale en vertu du droit britannique contrairement à une partie de la doctrine qui commence à la remettre en cause. Cf .Poulter, Sebastian (1986).*English Criminal Law and Ethnic Minority Customs*.Butterworths,London.. <http://www.cirp.org/library/legal/poulter/>. " , no amount of parental agreement or support can legitimise the circumcison, excision or infibulation of a young girl in this country, unless the operation is for therapeutic purposes."A covenant with the status quo? Male circumcision and the new BMA guidance to doctors, Christopher Price M.A.(Oxon), Male Circumcision: An Ethical and Legal Affront, 1997 <http://www.cirp.org/library/legal/price/#n18>

L'enfant face à l'institution de la circoncision

En Algérie, Il aura fallu beaucoup de temps aux magistrats de la Cour de Constantine, pour statuer dans l'affaire des deux médecins circonciseurs d'El-Khroub dans le constantinois. Cette affaire, qui a défrayé la chronique judiciaire et tenu en haleine l'opinion publique pendant plusieurs mois, s'acheva le mardi 27 mai 2008⁵¹. Contre toute attente, le verdict tomba comme un couperet en durcissant la sentence du tribunal de première instance.

En effet, la Chambre pénale de la Cour retient la responsabilité des chirurgiens de l'hôpital d'El-Khroub et a prononcé une peine de deux ans ferme, assortie d'une amende de 5.000 dinars pour avoir causé un préjudice suite à une mauvaise pratique de la circoncision.

Comme à chaque *Mawlid*(naissance du Prophète Mohamed) ou à chaque célébration du 27ème jour du mois sacré de Ramadan (la nuit de la révélation), les entreprises et autres organismes publics organisent des cérémonies de circoncision collective. Le 25 novembre 2005, la commune d'El-Khroub appela deux médecins de l'hôpital de la ville pour circoncire 86 enfants, durant une soirée qui se termina vers les coups de minuit. Quelques jours après, des parents remarquent des complications et 14 enfants furent immédiatement hospitalisés au centre de pédiatrie du Mansourah. Une commission fut dépêchée d'Alger pour expertiser les actes de circoncision. 9 cas ont été jugés sérieux et sont aussitôt transférés vers l'hôpital spécialisé de Béni-Messous dans les environs d'Alger. Devant la gravité du diagnostic, ces enfants furent évacués une seconde fois vers un hôpital belge, mais sans succès.

⁵¹Cf., notre chronique, retour sur un procès, les circonciseurs d'El Khroub, revue générale du droit médical Paris France, n°04, Décembre 2008, approche juridique de la circoncision. Journal international de bioéthique 1996, n°03 volume 07.

L'enfant face à l'institution de la circoncision

Jugée une première fois devant le tribunal de El-Khroub, les deux médecins impliqués ont été condamnés à quatre mois de prison avec sursis et 5.000 dinars d'amende chacun. A l'appui de leur défense, les médecins ont rejeté toute responsabilité du fait de la défaillance de l'appareil et la défectuosité du système d'alimentation en électricité. La cérémonie s'est déroulée dans une école primaire et non dans une structure hospitalière. Leurs avocats ont plaidé le caractère de l'accident dans le but d'écarter la faute professionnelle. L'expertise médicale mettra l'accent sur le fait que l'appareillage utilisé par les médecins n'est plus conforme depuis 20 ans et de surcroît, "ce genre d'opération ne peut se faire en un court laps de temps."

Malgré la médiatisation de ce procès, ce type d'accident n'est pas rare. Très souvent, à la même occasion, les mêmes mutilations sont provoquées. Il y a plus d'une décennie, dans un ouvrage consacré aux rites, nous avons écrit les passages suivant:

"A ces risques (l'imprudence, la maladresse, les risques d'infection et d'inflammation, l'inattention, la négligence... s'ajoutent parfois des complications urinaires, des lésions accidentelles des organes environnants, les complications ultérieurs comme les cicatrices douloureuses sans oublier les cas dramatiques de castration accidentelle. Malek Chebel avait noté qu'à la veille de chaque Mawlid, lors des circoncisions collectives, il arrive que des médecins fatigués par des ablations répétées, où prenant démesurément confiance en eux, attentent littéralement au gland de l'enfant en le lésant gravement, parfois en le châtrant complètement".

L'enfant face à l'institution de la circoncision

Dans cette affaire, plusieurs éléments se bousculent. Les fautes commises par les deux médecins incriminés se juxtaposent et se succèdent en défiant le simple bon sens; des circoncisions sont pratiquées collectivement, dans une école, pendant la nuit, sans examen préalable du dossier médical de chaque enfant, avec un matériel défaillant... Le tout sans se soucier le moindre du monde si l'acte médical (chirurgical) porté sur un organe sain d'un enfant non malade était licite ou pas ?

Déontologiquement, un médecin ne devrait pas pratiquer une intervention sans motif médical lorsque celle-ci porte atteinte à l'intégrité physique.

Le corps humain en tant que sujet de droit⁵² se situe au carrefour des principaux rameaux de la discipline juridique. Toutes les constitutions se portent garantes de l'inviolabilité de la personne humaine, et tous les droits s'accordent pour proscrire toute forme de violence physique ou physique sur l'homme. Aussi, les déclarations et autres conventions internationales déclaratives de droits de l'homme situent le corps de la personne en dehors de toute atteinte. Or, l'aliénabilité de la personne peut être justifiée dans deux cas ; l'un moral et l'autre légal. Le premier que la doctrine qualifie "d'état de nécessité" découle de la situation de

⁵² Le corps est-il une simple chose soumise aux mêmes principes qui gouvernent le statut des choses ? La réponse à cette question renvoie à classique dichotomie ; personne-sujet de droit, chose-objet de droit. La conception de personne reconnaît non pas un lien mais relation identitaire entre le sujet et son corps ou ses parties même après leurs séparations. Cette démarche psychologique attribue au corps humain et ses éléments une valeur symbolique, voire un caractère sacré. A l'opposé, l'autre tendance, techniciste prône la réification du corps. Il y'a une idée fortement ancrée dans les esprits que seuls les êtres humains corps et volonté confondus pouvaient être des personnes. C'est à partir du concept de personne d'une part et de droits de la personnalité d'autre part que le corps sera pensé comme droit de la personnalité parmi bien d'autres. Zitelmann, juriste allemand fut à l'origine de la dématérialisation de la personne humaine : " *La corporalité du sujet revient automatiquement à donner une très grande importance à l'expression de sa volonté : si le corps n'est que « la simple enveloppe du moi » selon l'expression de Picard, rien ne devrait empêcher un moi libre de ses actes de disposition, de faire commerce de cette enveloppe.*"

L'enfant face à l'institution de la circoncision

celui à qui il appartient clairement, que le seul moyen d'éviter un mal grand est de causer un mal moindre (Savatier). Cet état de nécessité justifié l'agent (le médecin-circonciseur) et le protège contre toute forme de responsabilité juridique ou morale. Partant de ce principe, les atteintes à l'intégrité de la personne, sont tolérables qu'autant qu'elles procéderont d'une intention généreuse, élevée et tendant à des fins positives. Le second cas, découle de la loi qui prévoit que l'atteinte peut être juridiquement légitime si elle est clairement disposée par un texte de loi (peine de mort, avortement, chirurgie...). Par ailleurs, l'intervention volontaire sur le corps d'une personne sans son consentement explicite peut constituer un délit, voire un même crime. Le consentement n'est pas une simple formalité, mais le droit individuel et fondamental qu'a la personne sur son corps.

La maîtrise, la souveraineté sur soi sont l'expression suprême de la liberté individuelle. C'est pourquoi le consentement exigé par la loi ne pas laisser de doute. Il doit être exempt de vice, d'erreur et de violence.

Ces exigences combinées peuvent être ramenées à deux critères qui fondent l'acte médical. Un critère légal relatif à la qualité de l'intervenant suivant l'ordonnancement juridique permettant l'acte, et l'autre médical qui consiste à rechercher la finalité de l'intervention sur le corps.

Mais l'acte médical n'est pas seulement un acte technique qui produit des effets sur la biologie de l'homme. C'est aussi un acte juridique, économique et éminemment politique qui tend à assurer le bien-être de l'homme et maintenir l'équilibre de la société.

En somme, si l'enfant non atteint de déformation sexuelle ou de phimosis, ce qui bien entendu, justifie l'intervention de l'homme de l'art, la chirurgie peut-elle intervenir dans la concrétisation d'un rite ? Ces questions sont

L'enfant face à l'institution de la circoncision

d'ordre médical et comme le juriste est profane en la matière, ce n'est à lui de départager Hippocrate et Galien. Il doit se retrancher derrière l'ordonnancement médical pour expliquer le droit.

D'abord la circoncision met le médecin dans une configuration assez complexe et trop immédiate avec le corps et de ce fait a un impact évident sur l'intégrité physique mais aussi psychique de l'enfant.

Est-il possible sur le plan de la méthodologie d'appréhender un rite "religieux" avec les matériaux du droit positif pour l'inscrire dans la normalité ? Se placer dans cette optique conduirait à traiter la circoncision par rapport à l'acte médical en termes *de colloque singulier*, c'est-à-dire cette rencontre entre la conscience et l'engagement du praticien d'apporter les soins nécessaires pour la guérison de la maladie ce qui n'est pas le cas dans la circoncision, avec une confiance doublée d'un consentement, condition fondamentale pour la validation de l'opération, rien de tel également. Pire, tous les codes de déontologie disposent qu'*aucune ablation d'organe ne peut être pratiquée sans motif très sérieux et sauf urgence ou impossibilité, qu'après information et consentement de l'intéressé ou de son tuteur légal.*⁵³

Le raisonnement qu'impose le droit positif conduit inévitablement à la conclusion du tribunal de Cologne. L'acte est illicite du fait qu'il s'apparente à une opération médicalement inutile comportant de surcroît une certaine gravité sur un organe sain. L'illicéité découle aussi de la violation du principe de la légitimité thérapeutique juridique suivant laquelle un contrat médical destiné à la prestation d'un acte dépourvu d'intention curative est nul.

La finalité thérapeutique recouvre deux acceptions ; d'une part, un fait justificatif au travers la permission de la loi (pénale) et d'autre part la validité du contrat à travers sa cause (droit civil). Le consentement de la victime ne fait pas disparaître

⁵³Exemple art. 34 code de déontologie algérien, décret n°92-276 du 6 juillet 1992.

L'enfant face à l'institution de la circoncision

l'intention coupable ou son exécution. Les seules interventions justifiées sont donc celles pratiquées en vertu d'un ordre ou d'une permission de la loi et celles qui poursuivent un but thérapeutique et présente un intérêt médical.⁵⁴

Dans la relation médico-légale qu'implique la circoncision s'enchevêtrent des éléments qui se télescopent

- a) Un enfant soumis culturellement et cultuellement à rite, présentant comme aspirant à l'adhésion au groupe des adultes. Il ne s'agit pas d'un enfant malade, mais d'un sujet passif qui va subir une blessure que certains peuvent considérer à tort ou à raison à une violence sociale. Ensuite la circoncision va être opérée sur un corps vulnérable et fragile. Si le chirurgien –note Saurel- opérant sur l'adulte est un chirurgien du présent, exécutant un acte dans l'espace, sur des formes et organes constitués, le chirurgien opérant sur un enfant ne doit pas oublier qu'il opère sur des organes qui vont se développer.⁵⁵ Le chirurgien de l'enfant doit posséder un véritable réflexe du devenir et prévoir les conséquences de son action sur la croissance.⁵⁶ La question soulevée par la circoncision de l'enfant demeure posée dès lors qu'elle n'est pas pratiquée à la naissance, mais sur un enfant en âge de comprendre⁵⁷ et de sentir la douleur. Le médecin peut-il évoquer la clause de conscience faisant valoir ce que lui dicte la déontologie qui lui interdit, s'il est sollicité ou requis d'*opérer une personne privée de liberté*. En définitif, le respect de l'enfant ne passe-il pas par le respect de l'intégrité de son corps ?

⁵⁴Memeteau G. *Traité de la responsabilité médicale*. Etudes hospitalières, Bordeaux 1996. Egalement Veron, *La responsabilité pénal du médecin*, in. *Traité de droit médical* (sous la direction de Melennec L.), T. III. Paris, 1984.

⁵⁵Saurel,

⁵⁶ Cf., ETIT-CLERC, *Respecter l'enfant, réflexions sur les droits de l'enfant*, éd. Salvator, 1989, p. 58.

⁵⁷Domitille-Duca A., *Le corps de l'enfant sous le regard du droit*, LGDJ, Paris, 1994, p. 219.

b) Un médecin répondant favorablement à la requête d'une société qui a élevé la circoncision au rang de culte et a trouvé dans le discours médical l'outil de légitimation de la blessure. Le médecin abandonne momentanément son statut de thérapeute pour celui du barbier. Il se soumet lui aussi aux croyances et il n'est plus cet homme libre que la déontologie vante l'indépendance. Le contrat médical doit rester libre chez le médecin comme chez le malade (Savatier). Bien entendu, dans le cas du refus d'intervenir, l'abstention doit être motivée dans les limites des principes du code de déontologie.

Dans la relation que nous venons d'évoquer où l'intérêt financier n'est pas absent, le médecin intervient sur le corps d'un enfant pour soutenir la demande du corps social. Il n'a d'autres choix d'indications thérapeutiques que ceux qui lui sont dictés par la communauté dont il est également le produit. Il est à peu près face à la même situation à laquelle est confronté son confrère devant une demande pressante de changement de sexe. A ce propos, Vedrine et Elchardis notent que *le risque majeur auquel s'expose le médecin traitant un transsexuel est d'abandonner une position clinique pour glisser dans la croyance, où l'aspire la conviction de son patient.*⁵⁸

Le droit admet de pratiquer légitimement sur le corps des interventions comportant des amputations avec tous les risques que cela comporte si un bien supérieur exige pour le salut du patient de telles interventions. Cependant, dans la circoncision, l'enfant est en dehors du champ décisionnel aussi bien paternel que médical. Ressurgi alors la récurrente question de la responsabilité, celle du détenteur du pouvoir paternel et celle du praticien.

⁵⁸Vedrine J., Elchardis J.-M., *Evolution des réponses juridiques à la question du transsexualisme, Droit de l'homme et médecine ; son enseignement. Droit éthique médicale*, vol. éd. Masson, Paris, 1989, p. 169.

La responsabilité du praticien

Le droit distingue deux sortes de responsabilités, la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle. La première s'applique au médecin qui n'a pas respecté les clauses d'un contrat, tandis que la seconde est liée à une faute. Dans cette catégorie, les médecins sont appelés à répondre devant la justice de délits de droit commun à savoir l'homicide par imprudence ou la non-assistance à personne en danger et enfin des coups et blessures. Or, si on considère la circoncision n'est pas une technique thérapeutique – exceptés les cas de phimosis ou de malformations- l'intervention peut être qualifiée *positivement* de délit. La responsabilité est constituée dès lors que le médecin est intervenu alors qu'il ne devrait pas le faire médicalement.

En général la définition de la responsabilité doit être appréciée *in abstracto*, c'est-à-dire par comparaison avec la conduite d'un individu abstrait, un médecin avisé, le *bon père de famille* (le *bonus paterfamilias*) placé dans les mêmes conditions externes que le praticien poursuivi.

Dans l'énumération que donne Sorgues des fautes selon qu'elles relèvent de la technique médicale ou celles qui sont étrangères à cette technique, nous pouvons citer celles qui ont une incidence directe ou indirecte sur les risques de la circoncision ;

- L'imprudence, le manque d'habileté et de dextérité manuelle,
- La maladresse, action imprévoyante, un défaut de précaution de soin ou de surveillance que n'aurait pas dû comme le médecin,
- Le risque d'infection et d'inflammation locale faisant suite aux conditions non hygiéniques dans lesquelles a eu lieu l'opération,
- L'inattention résultant d'une application insuffisante dans le travail ou d'un acte entrepris avec légèreté, distraction ou étourderie,

L'enfant face à l'institution de la circoncision

- La négligence, comme ce médecin qui anesthésie sans tenir compte du dossier médical de l'enfant notamment les antécédents neurologiques⁵⁹ et hématologiques⁶⁰.

Aux traumatismes physiques, s'ajoutent parfois des séquelles psychologiques⁶¹ qui seront refoulées dans l'inconscient de l'enfant et participent à la constitution de véritables névroses à l'âge adulte. Le Docteur Sijilmassi approché deux cas qu'il relate dans son livre *Enfants du Maghreb* :

Nous étions plus d'une centaine de personnes ; les deux enfants âgés de huit et dix ans, étaient parmi nous avec leurs petits cousins et cousines. Le dîner a duré jusqu'à plus tard que minuit et ce n'est qu'après le thé traditionnel que nous avons entendu les premiers sons des musiciens « tabala et ghayta. Tous les invités se sont levés, mêlés aux chanteurs et à l'orchestre. On a cherché les enfants qui se sont réfugiés dans le fond du jardin. Des mains solides ont fini par les attraper et on les a placés sur l'épaule d'un adulte qui dansait au rythme du tambour. Chaque fois qu'il était fatigué, il déposait l'enfant sur l'épaule d'un autre. Aucune des personnes présentes ne faisait attention ni aux cris ni aux hurlements ni à la terreur qui se lisait dans les yeux des enfants en larmes. Et ce n'est qu'après avoir transité par les épaules qui voulaient bien l'accueillir que les deux pauvres garçons ont été livrés aux mains fermes et sûres du barbier... J'ai été amené par la suite à soigner ces deux enfants pour cauchemars, des terreurs nocturnes et l'un deux a même présenté une énurésie qu'il a fallu longtemps pour guérir.

⁵⁹Sorgues M., *Application du droit à la médecine, In., Droit de l'homme et médecine, ...p. 144*

⁶⁰La plupart des opérations s'effectuent sans consultations préalable du dossier médical de l'enfant. Les petits hémophiles risquent la mort si les mesures appropriées ne sont pas prises avant l'opération.

⁶¹Sur la question, cf., *On a circoncis l'enfant, Dar El Gharb, Oran, 2007.*

L'enfant face à l'institution de la circoncision

Le second exemple est celui d'un garçon de trois ans, qui a été circoncis après une anesthésie générale. L'intervention s'est bien passée et l'enfant est rentré chez lui où il a trouvé la petite fête de famille organisée comme d'habitude... L'enfant a manifesté quelques signes de tristesse, qui se sont accentués dans la journée. Et puis la soirée est arrivée sans qu'il ait uriné. Devant la demande insistante des parents qui attendaient ces premières urines avec angoisse, notre petit garçon s'est mis pleurer et a déclaré ; *Je ne peux pas uriner, on me l'a coupée*. Les parents ont essayé qu'on lui avait enlevé qu'un bout, qu'il était devenu un homme, qu'il n'avait qu'à faire un effort pour avoir d'autres cadeaux. Le garçon n'a rien voulu savoir. Son père lui expliqua qu'il avait été lui aussi circoncis à l'âge de son fils. L'enfant est alors retourné vers lui en disant : *Je suis donc comme toi, alors montres moi*. Heureusement le père s'est exécuté. Quelques secondes plus tard, le garçon a uriné le plus normalement du monde et durant toute la semaine qui a suivi la circoncision, il n'a cessé de montrer son sexe à tous ses camarades en leur disant : *Je suis maintenant comme papa*. S'il n'y avait pas l'intelligence du père, conclu Sijilmassi, l'enfant aurait développé un complexe de castration.⁶²

Ce sont là deux histoires qui se sont heureusement bien terminées. Mais que dire de ces centaines de cas de fautes commises sur des enfants sans que les familles les rapportent à la justice au moins pour réparer les dommages causés par des circoncisions mal opérées. Pour expliquer ce phénomène du silence, nous avons deux hypothèses. La première est d'ordre politique inhérente à au statut de la corporation médicale qui a pu s'immuniser contre toute ingérence et tout jugement extérieur. A cela s'ajoute une complaisance des pouvoirs publics successifs. De l'aveu d'un praticien *l'institution judiciaire dans les rares différents médicaux qu'elle a eu à connaître a souvent répugné à poursuivre pénalement les médecins. Cette clémence*

⁶²Sijilmassi, *op. cit.*, p. 73.

*calculée a dangereusement développé dans la profession un sentiment néfaste d'impunité.*⁶³

Cette situation ressemble à celle qu'avait connue la France au 19^e siècle lorsqu'on affirmait avec force que le praticien ne connaît pour juge après Dieu que ses pairs et n'accepte point d'autre responsabilité que celle toute morale, de la conscience.

A l'immunité médicale, s'ajoute une croyance assez répandue de l'infaillibilité du médecin. Une faute commise par ce dernier est systématiquement rattachée au *maktoub*, c'est-à-dire, voulue et décidée préalablement par Dieu.

La deuxième explication du silence s'explique par le caractère humiliant qu'une circoncision peut provoquer chez l'enfant et sa famille.

Références

Circoncision masculine : contexte, critères et culture, document de ONUSIDA, publié le 26 février 2007.

Hérodote, *Histoire*, vol. II, 37

Sattouf, Riad. *Ma circoncision*, Bréal, 2004,

Maache Y., Mohamed S. Chorfi S., *Les représentations symboliques de la circoncision en Algérie - Cas des Berbères des Aures*, Sauvegarde de l'Enfance, vol. 57, n° 4. (août 2002), p. 163-170.

Gourdon P. Une conséquence inattendue de la modification de l'article 16-3 du code civil ; la légalisation de la circoncision rituelle « médicalisée », *Médecine et droit*, 2003, n°59. p. 15

Deis-Beauquesne S. *A propos du jugement du tribunal de grande instance de Laval du 16 avril 2002 ; la circoncision d'un enfant musulman demandée par les parents est refusée par le juge*, *Actualité juridique famille*, AJF, n°6. p. 222

⁶³Hannouz, *La responsabilité médicale*. Thèse de doctorat en médecine légale, Université d'Oran.

L'enfant face à l'institution de la circoncision

Duvet C. *A propos de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 29 septembre 2000, autorité parentale et circoncision rituelle*, recueil Dalloz, 2001, p. 1585

Vacher F., Lutter contre les mutilations sexuelles, *Revue Soins Pédiatries Puriculture*, n° 242, 2008/06, pp. 5-6

Verdier, Le double procès de Mme Keita, In. *Droit et culture*, n°20, 1990

Chauvin P. *La circoncision, rite d'accueil, lieux de l'enfance*, Toulouse, Privat n°5 mars 1986

Dulière W.-L., *La seconde circoncision pratiquée entre juifs et samaritains, Les problèmes de circoncis dans l'antiquité*, L'Antiquité classique n° 36, 1967, pp. 553-565

Fraenkel E., *La circoncision chez les juifs peut-elle s'expliquer comme une castration*, *Psyché*, n°36, 1952

Gérard R., *La violence et le droit*, 8^{ème} édition, Grasset, collection pluriel, Paris, 1991

Hanvas et Robert, *La circoncision*. In. *Psyché*, n°45, 1950

Hoskens F., *Les mutilations sexuelles féminines*, Denoël-Gonthier, 1983, préface Benoît Groult,