

Traduction libre de la décision du Tribunal de grande instance de Cologne en date du 7 mai 2012 (n° 151 Ns 169/11), statuant en appel du jugement rendu par le Tribunal d'instance de Cologne en date du 21 septembre 2011 (n°528 Ds 30/11)

Traduction : Cabinet BTK Avocats www.btk-avocats.com

MOTIVATION DE LA DÉCISION

I

Le Parquet de Cologne reproche au prévenu d'avoir maltraité physiquement une autre personne et d'avoir porté atteinte à sa santé en utilisant, le 4 novembre 2010, à Cologne, un instrument dangereux (Articles 223 alinéa 1, 224 alinéa 2 Nr.2, alternative 2 du Code pénal allemand).

Le 4 novembre 2010, le prévenu a effectué au sein de son cabinet médical une circoncision sous anesthésie locale sur un enfant âgé de quatre ans au moment des faits, selon le souhait des parents, et sans but thérapeutique. Le médecin y recousit les plaies par quatre points de suture et rendit le même jour visite à l'enfant, en soirée. Le 6 novembre 2010, l'enfant a été transporté par sa mère aux urgences du CHU de Cologne afin de le soigner de saignements post opératoires. Lesdits saignements ont alors pu y être arrêtés. Selon décision du 21 septembre 2011 (référence : 528 Ds 30/11), le prévenu a été innocenté et les frais médicaux ont été supportés par la Caisse de sécurité sociale allemande. Le Parquet de Cologne a introduit un recours contre cette décision dans les délais et formes impartis.

II.

Les faits reprochés par le Parquet à l'encontre du prévenu se sont avérés établis durant l'audience : celui-ci ayant reconnu l'ensemble des faits. Par ailleurs, le Parquet a relevé que la famille de l'enfant était de confession islamique. Le prévenu a effectué la circoncision selon la volonté des parents et, par conséquent, pour raisons religieuses. L'expertise sollicitée par le Parquet, a pu établir que l'acte médical avait été réalisé avec soin et de manière irréprochable. Aucune faute médicale du praticien n'a été constatée lors de l'expertise judiciaire. En outre, l'expert a mentionné qu'aucune nécessité de procéder à une circoncision à des fins de prévention médicale n'existait, du moins en Europe occidentale.

III.

Le prévenu a été relaxé pour des motifs d'ordre juridique.

Les faits matériels de l'infraction visée à l'article 223 alinéa 1 du Code pénal allemand sont réunis. Toutefois, les conditions prévues à l'article 224 alinéa 1 Nr.2 (2^{ème} alternative) du Code précité ne le sont pas. Le scalpel n'est pas considéré au sens de ces deux dispositions comme un instrument dangereux, lorsque celui-ci est utilisé, comment l'espèce, par un praticien, conformément à sa destination (en ce sens : *BGH NJW 1978, 1206 ; NStZ 1987, 174*).

La circoncision pratiquée par un médecin selon les règles de l'art, sur un mineur et, selon la volonté des parents, pour une finalité religieuse, ne permet pas d'exclure la matérialité de l'infraction, et ce, quand bien même celle-ci aurait été réalisée dans un objectif dit d'« adéquation sociale ». Le développement de la thèse contraire d'Exner (« *l'adéquation sociale de la circoncision en droit pénal* », Berlin 2011, v. en particulier : page 189 et suiv.) n'est d'ailleurs pas convaincante. Dès lors, la culpabilité du circonciseur ne peut être évincée sur base des dispositions de l'article 17 du Code pénal allemand. De même, n'est pas non plus considéré comme une circonstance suffisante, le fait que la circoncision de l'enfant ait été sollicitée par les parents, dans la mesure où le droit des parents d'éduquer leur enfant selon leur conviction religieuse n'est pas prioritaire sur l'intégrité corporelle de l'enfant et sur son droit d'autodétermination. Dans ces circonstances, le consentement à la circoncision est en contradiction avec l'intérêt de l'enfant. Toutefois, bien que la circoncision non thérapeutique soit contraire à son intérêt, cette pratique serait, soi-disant, socialement et traditionnellement pratiquée et devrait ainsi ne pas être pénalement condamnable.

Selon une interprétation correcte de la notion d'« adéquation sociale », celle-ci n'est pas autonome de la qualification matérielle de l'infraction. L'adéquation sociale d'un comportement n'est seulement que l'envers de son caractère pénalement répréhensible. La notion d'adéquation sociale n'a pas comme objectif d'enrayer une situation qui serait pénalement condamnable (en ce sens : *Freund, Münchner Kommentar zum StGB, 59. Aufl., §223 Rnr. 6 b ; de même : Herzberg, JZ 2009, 332 ff. ; ou encore : Medizinrecht 2012, 169 ff. ; Putzke NJW 2008, 1568 ff. ; Jerouschek NStZ 2008, 313 ff. ; Rohe JZ 2007, 801, 802 et Schwarz JZ 2008, 1125 ff.*).

Le comportement du prévenu n'était pas justifié par le consentement préalable de l'intéressé. Le consentement préalable de l'enfant, alors âgé de quatre ans, n'existait pas et n'aurait de toutes les façons pas pu être retenu en raison de son absence de discernement. Certes, le consentement des parents existait bien mais n'était pas susceptible de justifier l'atteinte corporelle portée sur l'enfant.

Selon les dispositions de l'article 1627 alinéa 1 du Code civil allemand, seules les mesures éducatives effectuées dans l'intérêt de l'enfant sont protégées par l'autorité parentale. Pour la doctrine majoritaire, la circoncision réalisée sur un mineur incapable de donner son consentement ne peut être vu comme relevant de son intérêt et ne saurait être justifié par des considérations d'ordre sociaux-religieuses, ou encore, par l'autorité parentale (en ce sens : *Schlehofer dans : Münchner*

Kommentar zum StGB, 2. Auflage, vor §§ 32 ff. Rn. 41 ; Jerouschek NStZ 2008, 313, 319 : également : Exner v. supra ; Herberg v. supra ; Putzke, v. supra). Les droits fondamentaux des parents sur leurs enfants (cf. articles 4 alinéa 1 et 6 alinéa 2 de la Loi fondamentale allemande) sont limités par l'autodétermination de celui-ci et également par le droit à l'intégrité physique dont il dispose en vertu de l'article 2 alinéas 1 et 2 de la Loi précitée. Une telle solution provient, sans doute, des articles 140 de la Loi fondamentale et 136 alinéa 1^{er} de la Constitution de la République de Weimar, selon lesquels, les droits civiques ne peuvent être limités par la liberté religieuse (en ce sens : *Herzberg JZ 2009, 332, 337 ; Medizinrecht 2012, 169, 173*). De toute évidence, l'article 2 de la Loi fondamentale allemande pose une limite constitutionnelle concernant la liberté dont disposent les parents sur l'éducation de leurs enfants. L'évaluation de la liberté fondamentale appropriée doit respecter la règle dite de la « proportionnalité » au but recherché. L'atteinte à l'intégrité corporelle de l'enfant lors de la circoncision réalisée dans un but d'éducation religieuse reste disproportionnée, quand bien même celle-ci serait nécessaire. Ceci résulte d'une appréciation de l'article 1631 alinéa 2, phrase 2 du Code civil allemand. En outre, lors de la circoncision, le corps de l'enfant se voit irrémédiablement transformé. Une telle transformation ne peut être considérée comme étant dans son intérêt, dans la mesure où celle-ci ne lui permet plus ultérieurement de décider de son appartenance religieuse. En revanche, la liberté éducative des parents n'est pas atteinte lorsque ceux-ci sont prêts à attendre que l'enfant soit en âge de décider librement s'il opte ou non pour la circoncision afin d'appartenir à l'Islam (en ce sens : *Schlehofer, v. supra ; Fischer, 59. Aufl., §223 Rn. 6 c ; OLG Frankfurt NJW 2007, 3580 ; OVG Lüneburg NJW 2003, 3290 ; LG Frankenthal Medizinrecht 2005, 243, 244 ; Rohe JZ 2007, 801, 802*). Schwarz estime que le consentement préalable de l'enfant est déterminant en vertu de critères constitutionnels. Néanmoins, cet auteur ne prend en considération que les droits fondamentaux des parents (articles 4 et 6 de la Loi fondamentale) et non, comme cela aurait pourtant été nécessaire, les droits fondamentaux de l'enfant (article 2 de la Loi précitée). Dans ces circonstances, l'analyse de Schwarz ne saurait emporter une quelconque conviction.

Toutefois, le prévenu a agi sur base d'une erreur inévitable et, par conséquent, sans faute (Article 17 alinéa 1 du Code pénal allemand).

Lors de l'audience, les juges ont été convaincus de sa bonne foi lors de la réalisation de son acte. En effet, le prévenu était persuadé qu'en tant que musulman et praticien compétent, il lui était permis de procéder, à la demande des parents, à la circoncision du mineur pour des motifs religieux. En outre, il ne fait aucun doute que le prévenu était convaincu d'agir conformément au droit.

En l'espèce, l'erreur était inévitable. Si le prévenu ne s'est certes pas renseigné sur l'état du droit portant sur la circoncision non thérapeutique, il n'en demeure pas moins des conséquences préjudiciables en raison de la réalisation de cet acte. Des avis juridiques sur cette problématique n'auraient apporté aucune réponse unanime. En ce sens, une erreur inévitable sur une interdiction est tolérée lorsque les questions juridiques afférentes ne sont pas résolues et n'emportent pas de réponse unanime en doctrine (en ce sens : *Joecks, Münchener Kommentar zum StGB, §17 Rn. 75 ; BGH NJW 1976, 1949, 1950*). En l'espèce, tel est le cas. La question de la licéité de la circoncision de mineurs à la demande de leurs parents n'apporte pas les mêmes réponses, tant en doctrine qu'en jurisprudence. Ainsi, certaines décisions de justice admettent de manière incidente la licéité de la circoncision non thérapeutique tout comme certains auteurs de doctrine estiment, de manière tout aussi pertinente, et contrairement au présent arrêt, que celle-ci est illicite.

