

# Les mutilations génitales féminines en Suisse

## Expertise juridique

Stefan Trechsel, professeur, docteur en droit

Regula Schlauri, docteur en droit

# Editorial

Dans le monde, 130 millions de femmes sont excisées. Et toutes les 15 secondes, une petite fille subit le même sort. La mutilation génitale féminine est un rite cruel dont les conséquences se répercutent tout au long de la vie. La lutte pour l'abolition de l'excision est délicate et nécessite, outre la capacité de comprendre une autre culture, beaucoup de patience. Mais toute patience a ses limites. Et de ce fait, l'UNICEF a résolu de tout mettre en oeuvre pour enrayer cette pratique au cours de ces dix prochaines années.

UNICEF Suisse encourage et soutient depuis 1999 des programmes de lutte contre l'excision dans différents pays. Mais notre organisation n'a pas eu le regard braqué uniquement sur les pays africains pour orienter son travail. La question de l'extension de cette pratique en dehors de l'Afrique, en Europe – y compris en Suisse – nous a préoccupés dès le départ. Car la mutilation génitale féminine est répandue dans le monde entier, bien qu'aucune religion ne l'exige. Parallèlement aux changements de provenance des réfugiés, elle a cessé depuis longtemps d'être un phénomène qui ne nous concerne pas. Les pays d'origine et de destination ont changé, mais ce n'est pas tout. La configuration de la migration s'est

également modifiée pour prendre une dimension plus spécifique: les femmes émigrent de plus en plus comme personnes individuelles plutôt que comme membres d'une communauté familiale. De ce fait, la question des mutilations génitales féminines acquiert une dynamique propre qui appelle des clarifications concernant le cadre juridique et la pratique dans les hôpitaux et les cabinets médicaux privés, dans la procédure d'asile et l'encadrement des requérantes d'asile. Afin d'éclairer la situation, UNICEF Suisse a mené en 2001 une enquête auprès des gynécologues – hommes et femmes – exerçant en Suisse. Les résultats ont montré qu'en Suisse, le nombre des filles et des femmes ayant subi une mutilation génitale était estimé à 7000. Le corps médical de même que les représentants des autorités ou les proches sont confrontés au problème de la mutilation génitale féminine; il s'agit, par exemple, des femmes infibulées dans leur pays d'origine dont la grossesse et l'accouchement se déroulent en Suisse. Quelles sont les conséquences auxquelles s'exposent les personnes qui pratiquent, en Suisse, une mutilation génitale féminine? A quoi doivent veiller les médecins et le personnel soignant en cas de réinfibulation? Ces

questions et bien d'autres encore appelaient des éclaircissements.

UNICEF Suisse a réagi et agi à deux niveaux. Avec d'autres organisations, nous avons élaboré et publié un mémento à l'attention du corps médical et du personnel soignant. Par ailleurs, nous nous sommes intéressés à la dimension pénale et avons commandé à l'Institut de droit de Zurich une expertise juridique au professeur Stefan Trechsel, docteur en droit. Les résultats de cette étude sont très clairs: la mutilation génitale féminine constitue une violation des droits de l'homme et réalise, d'après le droit suisse, les éléments constitutifs des lésions corporelles graves.

UNICEF Suisse a bien conscience que ces mesures ne suffisent pas à elles seules à épargner une mutilation génitale à une petite fille. Un travail d'information sera nécessaire au sein de la population migrante, auprès du personnel de la santé, des médecins et des membres des autorités. Et il s'agira aussi de briser les tabous, là où les traditions constituent des violations des droits de l'enfant et des droits de l'homme. Les arguments sont solides et il n'est plus guère possible de les réfuter. C'est donc à nous tous qu'il appartient de nous engager en faveur des filles concernées.



Elsbeth Müller  
Secrétaire générale, UNICEF Suisse

# Table des matières

Prof. Dr. iur. Stefan Trechsel et  
Dr. iur. Regula Schlauri:

Expertise juridique: Les mutilations  
génétales féminines en Suisse

<b>I. Introduction</b> .....	4
<b>A. Terminologie</b> .....	4
<b>B. La situation</b> .....	4
1. Les types de MGF pratiqués .....	4
2. Fréquence .....	5
3. Manière de pratiquer la MGF .....	5
4. Les conséquences de ces pratiques .....	5
5. La justification de ces pratiques .....	6
<b>C. Comparaison sur le plan     du droit pénal</b> .....	7
<b>II. Les MGF en droit pénal suisse</b> .....	8
<b>A. Remarques préliminaires</b> .....	8
1. Les MGF en Suisse? .....	8
2. Dispositions légales potentiellement applicables .....	8
3. Notre démarche .....	9
<b>B. L'excision et l'infibulation sont-elles des lésions     corporelles graves au sens de l'art. 122 CP? ..</b>	9
1. L'art. 122 al. 1 CP .....	9
2. L'art. 122 al. 2 CP .....	10
3. L'art. 122 al. 3 CP .....	12
4. Résultat intermédiaire .....	13
<b>C. Illicéité</b> .....	13
1. Le consentement du lésé en tant que fait justificatif .....	13
2. L'état de nécessité en tant que fait justificatif	17

3. Conclusion .....	17	5. Résultat provisoire .....	28
<b>D. Culpabilité .....</b>	<b>18</b>	<b>C. La menace d'une MGF – motif d'asile ou obstacle au renvoi? .....</b>	<b>28</b>
<b>E. Punissabilité de la participation .....</b>	<b>19</b>	1. Les bases légales – le principe .....	28
1. Etat de fait .....	19	2. Les bases légales – la protection contre la persécution non infligée par l'Etat.....	29
2. Qualité de coauteur .....	19	<b>IV. Remarques finales .....</b>	<b>31</b>
3. Instigation .....	20		
4. Complicité .....	20		
<b>F. Punissabilité de l'omission? .....</b>	<b>21</b>	Michael James Miller:	
<b>G. L'acte commis à l'étranger .....</b>	<b>21</b>	Réponses à la mutilation génitale des femmes/excision en Europe	
1. La problématique .....	21	Approches juridiques au niveau national .....	32
2. Les règles générales .....	21	Approches juridiques au niveau européen .....	34
3. Le lieu de commission .....	22	Au-delà du cadre législatif: importance de l'éducation et du soutien .....	34
4. La qualité d'auteur et la participation .....	23	Conclusions .....	35
5. Punissabilité de l'acte préparatoire .....	23		
<b>H. Evaluation de la défibulation et de la réinfibulation sous l'angle pénal .....</b>	<b>23</b>	Répertoire des abréviations .....	38
1. Etat de fait .....	23	Notes de bas de page .....	40
2. Evaluation juridique .....	25	Références bibliographiques .....	46
<b>III. Aspects relatifs aux droits de l'homme .....</b>	<b>26</b>	Adresses .....	49
<b>A. Le problème .....</b>	<b>26</b>		
<b>B. Les MGF, une violation de l'art. 3 CEDH/ de l'art. 7 du pacte international relatif aux droits civils et politiques .....</b>	<b>26</b>		
1. Peut-on considérer les MGF comme une «torture»? .....	26		
2. La MGF est-elle un traitement inhumain?.....	27		
3. Respect des coutumes – universalité des droits de l'homme? .....	27		
4. A qui incombe la responsabilité des MGF?.....	28		

# Les mutilations génitales féminines en Suisse

Expertise juridique de Stefan Trechsel, professeur, docteur en droit et Regula Schlauri, docteur en droit

## I. Introduction

### A. Terminologie

En nous soumettant comme sujet «L’excision en Suisse», UNICEF Suisse nous a demandé d’étudier les problèmes juridiques qui se présentent, sans nous imposer formellement de titre à notre travail. En examinant les choses de plus près, nous avons constaté que la pratique sur laquelle porte notre étude n’était pas sans avoir suscité des controverses quant à son appellation.

Le terme utilisé tout d’abord en allemand était celui de «Beschneidung» (incision). Celui-ci a été supplanté de plus en plus depuis les années 80 du 20<sup>e</sup> siècle.<sup>1</sup> On y voyait une façon inacceptable de banaliser et de minimiser l’importance de cette pratique. Ce terme est d’abord associé – en allemand – à la circoncision masculine (circumcisio), autrement dit à une «incision ronde» par laquelle on procède à l’ablation du prépuce. Des critiques ont certes été formulées à l’endroit de cette intervention<sup>2</sup>, mais il s’agit là d’une incision très largement répandue, pratiquée par exemple chez les juifs et les musulmans pour des motifs religieux; aux Etats-Unis, elle est aussi effectuée pour des raisons d’hygiène. Comme nous allons le montrer, les incisions effectuées sur les parties génitales des filles et des femmes ont, contrairement à la circoncision des garçons, des conséquences graves pour la vie des intéressées. L’intervention en soi est en général extrêmement douloureuse et comporte des risques énormes pour la vie et la santé des sujets concernés.<sup>3</sup>

Une nouvelle terminologie a été introduite officiellement en 1990 lors d’une conférence de l’Organisation mondiale de la santé (OMS) à Addis Abeba<sup>4</sup>: Female Genital Mutilation (FGM), en français: Mutilation Génitale Féminine (MGF). Sous ce mot-clé, on trouve plus de 2000 mentions sur Altavista, ce qui confirme l’énorme intérêt porté à ce phénomène. GOLLAHER qualifie ce changement de terminologie – avec un cynisme que nous jugeons déplacé – comme une «habile tactique de jeu»<sup>5</sup>. Ce terme décrit très pertinemment la pratique. On peut tout au plus admettre qu’il n’est pas sans connotation dramatique, mais cette dernière est tout à fait adaptée aux circonstances. Elle suscite de la sympathie pour les victimes et crée un climat favorable au soutien de la lutte contre les MGF, une aspiration parfaitement légitime.

Entre-temps, on a pu constater également une certaine résistance envers cette nouvelle terminologie. Les femmes concernées jugent blessant d’être qualifiées de «mutilées», ce qui fait penser à une invalidité.<sup>6</sup> La thèse selon laquelle elles seraient partiellement invalides est certes défendable, mais elle évoque les «grands mutilés de guerre» pour lesquels des places sont

réservées dans le métro parisien. Parmi les autres appellations, on trouve, comme propositions, «female genital surgery» («opération génitale féminine») ou «female genital cutting» («entaille génitale féminine»)<sup>7</sup> – mais ces deux termes sont difficiles à traduire. Le terme de «weibliche Genitalverschneidung» (incision génitale féminine) nous semble en revanche correct et acceptable, mais sa traduction (en anglais) pose problème.

Nous allons donc nous en tenir ici au terme de MGF «Mutilation Génitale Féminine».<sup>8</sup> Nous soulignons aussi que, face aux personnes concernées, il y a lieu d’opter pour une désignation de l’intervention qui ménage leur sensibilité.

### B. La situation

Au cours de la dernière décennie du 20<sup>e</sup> siècle, la question des MGF a suscité de nombreux débats. Parallèlement aux mouvements internationaux de protection des droits de l’homme (soutenus par des ONG), notamment dans le cadre de l’ONU et des milieux féministes, certaines œuvres littéraires ont elles aussi apporté une contribution essentielle sur la question. Nous citerons par exemple l’autobiographie du top-modèle somalien, WARIS DIRIE, «Desert Flower (Fleur du désert)», le roman d’ALICE WALKER, «Possessing the Secret of Joy (Le secret de la joie)», ou celui de FAUZIYA KASSINDJA «Do They hear You When You Cry».<sup>9</sup>

#### 1. Les types de MGF pratiqués

La MGF se présente sous plusieurs variantes et les termes employés ne sont pas uniformes.<sup>10</sup> En général, les différences ne sont pas importantes.

##### a) L’incision

L’incision désigne l’intervention la plus superficielle; en allemand, on pourrait utiliser le terme de «Beschneidung». Il s’agit de pratiquer une incision dans le capuchon clitoridien ou, le cas échéant, de procéder à l’ablation de tout le capuchon clitoridien. Il semblerait que cette variante soit régulièrement citée mais qu’on ne la rencontre guère dans la réalité<sup>11</sup> – les ustensiles nécessaires font défaut. GRUENBAUM<sup>12</sup> fait toutefois mention d’interventions plus légères – ablutions, scarifications. Dans notre travail, nous ne nous occupons pas de ces variantes.

UNICEF Suisse utilise le terme d’excision («Mädchenbeschneidung»). Ce terme a été introduit depuis longtemps dans le cadre des campagnes de l’UNICEF et il est bien connu. Pour les raisons indiquées plus haut, c’est le terme de «mutilation génitale féminine» qui a été retenu pour l’expertise juridique, car en dépit d’une certaine lourdeur, il a le mérite d’être très clair.

### **b) L'excision dite sunna**

Dans cette variante, on procède à l'ablation du clitoris, ainsi que – totalement ou en partie – des petites lèvres. Le terme de «sunna» se rapporte en fait à la variante a), mais on l'applique à l'excision<sup>13</sup>, manifestement par euphémisme.

### **c) La forme intermédiaire dite intermédiaire**

Dans cette variante, on procède de surcroît à l'ablation partielle des grandes lèvres.

### **d) L'infibulation dite «excision pharaonique»**

L'infibulation désigne la forme d'intervention la plus extrême au niveau des parties génitales féminines. Dans cette variante, on procède également à l'ablation complète ou partielle des grandes lèvres. Les deux bords sont ensuite suturés de manière à ne laisser qu'un minuscule orifice de la taille d'une tête d'épingle, d'une allumette ou d'un grain de millet. Il se peut que les descriptions exagèrent un peu – fibula désigne un roseau et devrait servir de référence pour la «mesure normale». La petitesse de l'ouverture est considérée comme un signe de qualité.

### **e) Autres formes**

Dans les ouvrages spécialisés existants, il est également fait mention d'autres variantes, par exemple de la suture des petites lèvres.<sup>14</sup>

Ces variantes sont plus ou moins répandues. Pour l'expertise juridique, nous sommes d'avis que cela ne joue aucun rôle, à l'exception de la première variante; il s'agit de distinctions graduelles, en fin de compte quantitatives.

## **2. Fréquence**

On admet aujourd'hui qu'à l'échelle mondiale, près de 130 millions de femmes ont subi une MGF. Chaque jour, 6000 petites filles subissent le même sort.<sup>15</sup>

Géographiquement, c'est en Afrique que la MGF est le plus répandue puisqu'elle est pratiquée dans 25 à 30 Etats.<sup>16</sup> On la trouve toutefois aussi chez les Aborigènes d'Australie, en Asie et en Amérique du Sud. Ces dernières années, les mouvements migratoires l'ont également introduite dans les sociétés d'Europe occidentale et d'Amérique du Nord.

## **3. Manière de pratiquer la MGF<sup>17</sup>**

Concernant la manière de pratiquer l'intervention, les descriptions diffèrent beaucoup, ce qui n'est pas surprenant au vu de l'extension géographique (et donc ethnique) des MGF. Ces dernières années, les MGF ont même lieu en milieu hospitalier, dans des conditions d'hygiène irréprochables, avec une anesthésie adéquate.

Habituellement, la MGF est néanmoins pratiquée dans des conditions extrêmement rudimentaires. Il y a des régions où les fillettes sont mutilées lorsqu'elles sont encore bébés ou en bas âge; la MGF est cependant pratiquée le plus souvent au seuil de

la puberté, entre 8 et 12 ans; il arrive aussi qu'elle le soit juste avant ou juste après le mariage.

Les fillettes subissent la MGF en groupe ou individuellement. La MGF est effectuée par des femmes d'un certain âge qui ont repris, dans de nombreux cas, une fonction assumée par leurs ancêtres; ces femmes jouissent d'une haute considération. L'activité exercée comme exciseuse peut aussi être très lucrative. Les victimes ne savent souvent pas très bien ce qui les attend; on leur fait croire qu'elles ne souffriront pas ou on leur demande d'être courageuses pour préserver l'honneur de la famille. Les ustensiles utilisés sont, dans le meilleur des cas, des lames de rasoir, des couteaux acérés ou des ciseaux; il arrive souvent que les exciseuses se servent de tessons de verre ou de pierres plus ou moins tranchantes. Une méthode particulièrement brutale consiste à fixer les grandes lèvres sur les cuisses à l'aide d'épines. Généralement, la victime doit être immobilisée par plusieurs femmes. Il arrive parfois que l'on utilise, pour le traitement des plaies, des mixtures préparées selon des procédés «magiques», auxquelles on ajoute des excréments d'animaux.

## **4. Les conséquences de ces pratiques**

La MGF comporte de graves conséquences physiques et psychiques pour la vie ultérieure des personnes concernées. Par la force des choses, les conséquences physiques sont mieux connues que les conséquences psychiques. Il s'agit généralement du traumatisme le plus marquant dans la vie d'une jeune femme – la manière dont elle s'en sort dépend de nombreux facteurs, notamment des conséquences physiques. Nous ne nous arrêterons ici que sur cet aspect.

La portée sociale de la MGF est très grande. La fillette est au centre de l'intérêt et reçoit beaucoup de marques d'affection; on lui promet de nombreux cadeaux qu'elle reçoit effectivement. Quand l'intervention est pratiquée à la veille de la puberté, elle joue le rôle d'un rite initiatique: c'est après seulement que l'intéressée sera considérée comme une femme à part entière. Elle ne peut trouver de mari que si elle est excisée. Dans de nombreux cas, il n'y a pas d'alternative; c'est au prix de la mutilation que l'on pourra mener une vie «normale» dans la société locale.

### **a) Les conséquences immédiates**

L'excision pratiquée sans anesthésie est tout d'abord effroyablement douloureuse, une véritable torture qui s'accompagne d'un sentiment d'impuissance, de honte et de profonde déception en raison de la trahison – particulièrement de la part de la mère.

Il se peut que la MGF se cicatrise sans problème, mais ce n'est pas la norme. Généralement, la plaie opératoire donne lieu à une infection dont l'issue peut être fatale – dans le cas de l'infibulation, on cite le chiffre de 30 pour cent.<sup>18</sup>

L'étroitesse de l'orifice pratiqué – la fierté des exciseuses – empêche l'écoulement de l'urine et du flux menstruel. Les pre-

miers temps, la miction se fait goutte à goutte et s'accompagne de douleurs lancinantes, ce qui peut entraîner des problèmes de rétention.

### b) Les conséquences à plus long terme

La MGF comporte aussi des dangers et des désagréments multiples pour la vie ultérieure de la femme. En raison de l'orifice souvent minuscule, la durée de la miction peut être de dix minutes ou plus. Les femmes infibulées souffrent fréquemment d'incontinence urinaire. Des infections de la vessie et des reins à répétition qui peuvent entraîner des lésions rénales durables sont la conséquence de la rétention urinaire. Dans le domaine génital, des kystes ont tendance à se former et il faut les enlever par une opération. LIGHTFOOT-KLEIN rapporte que les femmes infibulées seraient également gênées dans leur marche.<sup>19</sup> La menstruation est extrêmement douloureuse et peut durer jusqu'à deux semaines. Le sang qui s'échappe très lentement répand une odeur désagréable, raison pour laquelle les femmes évitent de se trouver en public durant cette période. Même les femmes ayant de hautes qualifications professionnelles ne se présentent pas sur leur lieu de travail durant leurs règles.

En outre, dans la plupart des cas, de nouvelles incisions sont nécessaires. L'étroitesse de l'ouverture du vagin ne permet pas de rapports sexuels et une intervention doit avoir lieu, souvent par la force. L'ouverture est parfois pratiquée par une sage-femme ou par le mari (au moyen d'un poignard ou d'un autre ustensile tranchant, bien sûr sans anesthésie); généralement, cela implique de nouvelles souffrances, tout comme les rapports sexuels. En cas de naissance, une défibulation est nécessaire parce que les tissus cicatrisés ne sont pas suffisamment élastiques. Les complications ne sont pas rares. L'expulsion dure plus longtemps en raison du tissu cicatriciel. Il y a en outre un risque accru de déchirure périnéale.<sup>20</sup>

Après la naissance, on procède habituellement à une réinfibulation, avec les conséquences déjà citées à propos de l'infibulation. Puis le cercle infernal recommence: problèmes lors des rapports sexuels, défibulation avant la naissance suivante, réinfibulation après la naissance suivante...

Ce qui pèse le plus lourd, c'est l'ablation du clitoris, car elle constitue une entrave considérable à la capacité de connaître le plaisir sexuel. L'opinion selon laquelle la femme deviendrait totalement frigide est toutefois réfutée.<sup>21</sup>

## 5. La justification de ces pratiques

Un certain nombre des conséquences que nous venons de décrire sont connues des personnes directement intéressées mais on leur attribue d'autres causes. Il est très étonnant qu'une pratique à ce point cruelle ait pu subsister durant des millénaires – il faut donc s'attendre à des justifications solides. Cette force est déjà confirmée par la pratique elle-même; il y a donc lieu de se demander quelles sont les raisons qui la justifient. Dans les cultures concernées, les réponses à cette question sont nombreuses;

généralement, elles sont combinées: il s'agit de justifications pseudo-scientifiques, pseudo-hygiéniques, pseudo-médicales et religieuses ou de justifications fondées sur la tradition. Nous nous contenterons d'évoquer ici les principaux groupes.<sup>22</sup>

### a) L'islam?<sup>23</sup>

Selon une idée très répandue, les MGF répondraient à un commandement de l'islam. On trouve toutefois des déclarations qui contredisent cette thèse de manière convaincante. Il est ici sans intérêt de savoir ce qui en est sous un angle de vue «objectif». Le fait est que, dans certaines régions, des leaders religieux musulmans défendent le point de vue qu'Allah exigerait cette «purification». Et il semble établi que Mahomet n'a pas saisi l'opportunité de s'exprimer contre les MGF. Il faut signaler par ailleurs que les MGF apparaissent également en dehors du champ d'influence de l'islam. Il y a donc un lien entre les MGF et l'islam, mais il s'agit là d'une justification parmi plusieurs.

### b) Raisons pseudo-médicales

On invoque régulièrement des raisons pseudo-médicales. On soutient par exemple l'idée que le sexe féminin naturel serait impur, ce qui serait favorable aux infections; on allègue encore que le clitoris pourrait blesser le nouveau-né à la naissance, ou encore que le clitoris produirait des sécrétions toxiques, susceptibles d'empoisonner le conjoint ou de le rendre impuissant; on dit encore que le clitoris pourrait grandir et atteindre une taille telle que les rapports sexuels seraient impossibles.

### c) Raisons esthétiques

On avance comme argument le fait que la vulve serait laide et peu ordonnée, particulièrement lorsque les petites lèvres sont visibles. La MGF rendrait le corps de la femme acceptable du point de vue esthétique; de plus, l'excision embellirait son visage.

### d) Répression de la sexualité féminine

La MGF est également justifiée explicitement comme une mesure pour combattre une activité sexuelle excessive de la femme. Elle serait censée prévenir la masturbation jugée nocive et empêcher les rapports sexuels pré-conjugaux; il faut préciser toutefois que certaines sociétés sont tolérantes à l'égard de ce type d'expériences; la MGF y est pratiquée peu avant le mariage.

### e) Tradition

C'est sans doute la tradition qui constitue le mobile le plus important et le plus fort des MGF. Comme on sait que l'excision est pratiquée depuis des temps immémoriaux, on en déduit qu'il s'agit là d'un acte d'absolue nécessité; on peut donc dire que les faits ont ici un pouvoir normatif. La représentation des hommes est si profondément marquée qu'ils se sentent rejetés par les femmes qui ne sont pas mutilées, les considèrent comme impures et ne sont pas prêts à les épouser. La société entière méprise les femmes non excisées.



## C. Comparaison sur le plan du droit pénal

On trouve dans les ouvrages spécialisés de nombreuses indications sur la manière dont les Etats du monde occidental ont réagi aux MGF.<sup>24</sup>

L'évolution observée en France mérite une attention particulière: des peines draconiennes ont en effet été prononcées contre des exciseuses et des parents. Alors que les premières poursuites pénales étaient généralement déclenchées par le décès de la victime, en 1999, une étudiante en droit d'origine malienne et de nationalité française victime d'une MGF a été la première à déposer une plainte pénale contre ses parents et l'exciseuse. La procédure engagée a mis au jour 26 cas; l'exciseuse a été condamnée à huit ans de réclusion, la mère de la victime à deux ans d'emprisonnement, les autres parents à des privations de liberté avec sursis.<sup>25</sup>

# II. Les MGF en droit pénal suisse

## A. Remarques préliminaires

### 1. Les MGF en Suisse?

Les MGF sont pratiquées en premier lieu dans des pays africains. Il serait toutefois peu perspicace de croire qu'il s'agit là d'un phénomène purement local. Du fait des mouvements migratoires persistants, les nations industrialisées sont, elles aussi, directement touchées par ce problème depuis quelques décennies, dans des proportions certes variables. Les Etats-Unis et la France viennent sans doute en tête. Toutefois, en Suisse également, le sujet a pris de l'importance ces dernières années, car l'immigration en provenance de pays qui pratiquent les MGF a fortement augmenté. Alors que, en 1991, une étude réalisée à l'Institut d'Ethnologie de l'Université de Berne par NY-FELER/BEGUIN STÖCKLI (ci-après étude bernoise) estimait le nombre des femmes excisées à 1451 au moins<sup>26</sup>, en 2001, leur nombre se situait déjà aux alentours de 6700, comme il ressort d'une étude effectuée dans le cadre de l'UNICEF en 2001 (ci-après étude de l'UNICEF). Précisons cependant que cette dernière étude ne distinguait pas entre les femmes effectivement touchées par une MGF et les filles (et femmes) qui en étaient seulement menacées.<sup>27</sup> D'après l'étude bernoise, 83 femmes excisées avaient été traitées jusqu'en 1991 en milieu hospitalier et par des médecins ayant un cabinet indépendant.<sup>28</sup> L'étude de l'UNICEF a révélé que sur 454 gynécologues – hommes et femmes – qui avaient répondu au questionnaire, (taux de réponse de 39,1 %), 233 avaient déjà traité des femmes excisées.<sup>29</sup> D'après des informations non officielles, une enquête devrait être actuellement en cours à Genève (printemps 2004) à propos d'un cas concernant un père converti à l'islam qui a enlevé ses filles, en Suisse, pour les emmener en Malaisie, où elles ont été excisées.

Tout comme les membres des autorités ou les proches, les médecins sont confrontés de manière diverse au problème des MGF. Chez les femmes infibulées dans leur pays d'origine, une défibulation peut être indiquée lors d'une grossesse, d'un accouchement ou de problèmes de santé. D'après l'étude bernoise, ce type d'intervention aurait été pratiqué dans 11 cas.<sup>30</sup> L'étude de l'UNICEF a révélé quant à elle que, sur les 233 gynécologues qui avaient eu à traiter des patientes excisées, 95 avaient été confrontés à une demande de réinfibulation après l'accouchement. Dans deux cas, on avait également demandé au gynécologue de procéder à une MGF sur une fillette. Douze médecins ont indiqué avoir entendu dire que des excisions se pratiquaient en Suisse. Un médecin responsable de la santé au niveau cantonal a été confronté à la demande d'inciser un garçon et une fille. Un cas s'est révélé particulièrement critique: une famille aurait voulu pratiquer une excision dans une salle de classe. La police s'est alors adressée au respon-

sable de la santé pour lui demander s'il fallait prendre des mesures médicales.<sup>31</sup> Concernant les proches, on a connaissance d'un cas où les grands-parents savaient que leurs petites-filles avaient été excisées dans leur pays d'origine par leur père, durant leurs vacances. Il se peut en outre que seul un des deux parents soit d'accord de faire subir l'excision à l'enfant.

Dans les chapitres suivants, nous nous proposons d'examiner la question de la responsabilité pénale des personnes qui exécutent l'excision et de celles qui sont impliquées d'une autre manière. Dans quel cas et en vertu de quelles dispositions légales un médecin diplômé – homme ou femme – ou une exciseuse illégale peuvent-ils être punissables? Comment une personne peut-elle ou doit-elle réagir si elle a connaissance d'une MGF déjà pratiquée ou simplement planifiée? Des parents vivant en Suisse sont-ils punissables s'ils font exciser leurs filles en Suisse ou dans leur pays d'origine?

### 2. Dispositions légales potentiellement applicables

Contrairement à d'autres pays européens et aux Etats-Unis<sup>32</sup>, le Code pénal suisse (CP)<sup>32</sup> ne contient aucune disposition légale réprimant explicitement la MGF. Vu cette lacune, les articles du titre premier du CP relatif aux infractions contre la vie et l'intégrité corporelle sont applicables, en particulier ceux qui concernent les lésions corporelles.

Le Code pénal suisse distingue les lésions corporelles simples des lésions corporelles graves. La personne qui pratique une excision tombe en tout cas sous le coup de l'art. 123 CP relatif aux lésions corporelles simples.<sup>34</sup> Toutefois, cette infraction n'est poursuivable que sur plainte, ce qui a pour conséquence que, même si les autorités judiciaires ont connaissance d'un tel délit – par exemple par la dénonciation d'un tiers – une poursuite pénale n'est possible que si la personne lésée et, dans le cas d'enfants de moins de 18 ans, le représentant légal (parents, tuteur), exigent la poursuite de l'auteur présumé (art. 28 al. 1 et 2 CP).<sup>35</sup> Par contre, lorsqu'elles sont commises notamment par des parents à l'endroit des enfants dont ils ont la garde ou sur lesquels ils avaient le devoir de veiller (art. 123 ch. 2 CP), les lésions corporelles simples sont alors poursuivies d'office. En cas de lésions corporelles simples, il est prévu (pour un acte unique) une peine maximale de trois ans d'emprisonnement (art. 123 ch. 1 al. 1 en lien avec art. 36 CP).

Quant à elles, étant considérées comme beaucoup plus sérieuses, les lésions corporelles graves sont toujours poursuivies d'office et sont passibles d'une peine de réclusion pouvant aller jusqu'à dix ans, la peine minimale prévue étant de six mois d'emprisonnement (art. 122 CP). Au vu de ce qui précède, la qualification d'une MGF en tant que lésion corporelle simple ou grave revêt ainsi une importance centrale.

Jusqu'à maintenant, en Suisse, on a toujours défendu l'idée que la MGF réalisait les éléments constitutifs des lésions corporelles graves.<sup>36</sup> Pourtant, cette affirmation n'a pas fait l'objet de justification juridique plus poussée. Pourtant, considérer que la MGF relève de l'art. 122 CP n'est pas aussi évident qu'il y paraît à première vue. Rien que le fait qu'il existe différentes formes de MGF et que les conditions dans lesquelles elles se pratiquent peuvent varier, appelle une analyse juridique plus différenciée. Il en va de même des autres interventions médicales généralement liées à l'infibulation telles que la défibulation ou la réinfibulation. Il est donc indiqué de soumettre les conséquences de la première intervention (excision, infibulation) et des autres opérations (défibulation et réinfibulation) à un régime pénal différent

Outre l'art. 122 et l'art. 123 CP, il se pourrait éventuellement que la MGF tombe sous le coup de l'art. 129 CP relatif à la mise en danger de la vie d'autrui, lequel réprime la mise en danger de mort imminent. Toutefois, du point de vue subjectif, pour que cette disposition soit applicable, il faut que l'acte soit commis sans scrupules. En particulier, est punissable la personne qui met en danger la vie d'autrui pour des motifs moralement répréhensibles.<sup>37</sup> En pratique, il n'est cependant guère concevable qu'une personne effectue une MGF en s'inspirant de tels motifs. Du point de vue du droit suisse, l'excision ne poursuit néanmoins pas un but légitime. En évaluant l'aspect subjectif de la disposition légale, soit l'absence de scrupules, il y a lieu de prendre en compte le contexte ethnique de l'auteur. Si ce dernier se trouve dans un pays où l'excision est largement répandue, où la coutume l'exige, il ne peut être question d'absence de scrupules. Du point de vue objectif, le danger pour la vie lié à la MGF ne peut pas non plus être considéré comme «imminent»<sup>38</sup>, ce qui a pour conséquence que les éléments constitutifs de l'art. 129 CP ne sont pas réalisés. Nous ne reviendrons donc pas sur cette disposition.

Selon les circonstances et le lieu où la MGF est pratiquée et selon l'âge de la victime (fille mineure ou femme adulte), il se peut que l'auteur tombe encore sous le coup d'autres dispositions légales du Code pénal suisse. Par exemple, si la fillette est immobilisée par la force – ce qui est courant lors d'une excision traditionnelle – on peut y voir une contrainte (art. 181 CP) ou une entrave à la liberté (art. 183 ch. 1 CP). En outre, si la fillette est emmenée pour l'excision dans le pays d'origine contre la volonté de l'autre parent, on pourrait invoquer l'enlèvement (art. 183 ch. 2 CP) ou l'enlèvement de mineur (art. 220 CP). Le cas échéant, les parents qui font exciser leur fille (ou laissent faire sans s'y opposer) se rendent coupables de violation de leur devoir d'assistance ou d'éducation au sens de l'art. 219 CP. La MGF en tant que telle porte uniquement atteinte à l'intégrité corporelle en tant que bien juridique. Pour leur part, les autres violations susmentionnées concernant des biens juridiques différents, notamment la liberté de mouvement, l'autonomie de la volonté ou le bien de l'enfant, elles représentent des «phénomènes secondaires» de la situation que nous

sommes chargés d'examiner et ne seront donc pas abordées dans le cadre de cette contribution.

### 3. Notre démarche

Dans le premier chapitre, nous nous proposons d'aborder la question centrale, à savoir l'excision et l'infibulation réalisent-elles les éléments constitutifs de l'art. 122 CP relatif aux lésions corporelles graves (B.)? Après avoir examiné la question de la qualification juridique, il s'agira de savoir si les exciseuses ou les médecins commettent un acte illicite (C.) et sont coupables (D.). Une sanction n'est possible que si ces questions obtiennent une réponse positive, c'est-à-dire lorsque l'auteur agit intentionnellement et ne peut invoquer aucun fait justificatif excluant sa culpabilité.

Dans le chapitre suivant (E.), nous examinerons la question de la participation. En particulier, des personnes qui ne pratiquent pas elles-mêmes une MGF, mais l'organisent ou la soutiennent d'une quelconque manière s'exposent-elles à des poursuites pénales et, le cas échéant, auxquelles? En pratique, les parents sont au centre de cette question, puisque, même s'ils sont à l'origine des démarches, il est extrêmement rare qu'ils exécutent eux-mêmes la MGF. Sur ce point, il s'agira également d'examiner si la personne qui n'essaie pas d'empêcher une MGF peut être punissable en tant que complice (F.). Dans le chapitre suivant (G.), il conviendra d'aborder aussi une question importante pour la Suisse: les parents qui font exciser leurs filles dans leur pays d'origine peuvent-ils être poursuivis pénalement en Suisse pour cet acte?

Pour terminer, nous nous attacherons à l'évaluation du régime pénal des interventions de défibulation et de réinfibulation (H.) qu'appelle régulièrement la MGF lorsqu'elle est accompagnée d'une infibulation.

## B. L'excision et l'infibulation sont-elles des lésions corporelles graves au sens de l'art. 122 CP?

### 1. Art. 122 al. 1 CP

On se trouve en présence de lésions corporelles graves au sens de l'art. 122 al. 1 CP quand la victime a été blessée de façon à ce que sa vie soit en danger. Il faut donc que le danger pour la vie soit imminent. La lésion doit avoir entraîné un état «dans lequel l'éventualité de la mort est devenue tellement présente qu'elle s'est transformée en une probabilité sérieuse et imminente.»<sup>39</sup> Il n'est pas clair s'il doit y avoir un lien temporel entre la lésion et le décès.<sup>40</sup> Le Tribunal fédéral a répondu par la négative à cette question dans l'ATF 125 IV 242 ss. et constaté qu'une personne qui contaminait intentionnellement autrui avec le VIH se rendait coupable en vertu de l'art. 122 al.

1 CP. Selon cet arrêt, le risque encouru ne doit pas être nécessairement immédiat dans le temps et aigu. Il suffit qu'il y ait «une probabilité élevée d'une issue fatale».<sup>41</sup> En revanche, il a été souligné que les lésions en raison desquelles le danger qui menaçait la vie n'était que potentiel ne tombaient pas sous le coup de l'art. 122 al. 1 CP.<sup>42</sup>

Lorsque la mutilation génitale est pratiquée par une personne médicalement compétente et dans des conditions d'hygiène irréprochables, les lésions infligées à la femme ne constituent pas une menace aiguë pour sa vie. En revanche, le taux de décès consécutif à la MGF lorsqu'elle n'est pas pratiquée dans un milieu médical se situe entre 3 et 7 % dans le cas de l'excision, et même entre 10 et 30 % dans le cas de l'infibulation.<sup>43</sup> Le décès survient généralement à la suite de graves infections (par ex. tétanos) ou d'empoisonnement du sang. En raison des énormes douleurs endurées, il arrive en outre que la femme concernée tombe dans un état de choc mettant sa vie en danger.<sup>44</sup> De plus, des hémorragies souvent considérables peuvent également mettre la vie en danger. Le taux de décès ne permet toutefois pas à lui seul d'établir s'il s'agit, dans les MGF exécutées de manière «non-professionnelle»<sup>45</sup>, d'une lésion qui met généralement la vie en danger.<sup>46</sup> Il faudrait encore établir la probabilité selon laquelle la personne concernée risque de contracter une infection dangereuse pour la vie telle la septicémie, le tétanos ou la gangrène. Le risque qu'une telle infection survienne devrait être considérable (nettement supérieur à 50 %) pour que le décès occasionné par les lésions infligées puisse être estimé comme sérieusement probable, sous réserve des circonstances du cas concret.<sup>47</sup> En l'absence de statistiques sur la question, il n'est pas possible en l'état de formuler des conclusions générales. A notre avis, ceci est également valable pour l'infibulation dont l'issue peut être fatale jusque dans 30 % des cas. Cependant, dans certains cas, une lésion mortelle peut être infligée tant lors de l'excision que de l'infibulation. Tel est par exemple le cas quand, lors de l'ablation du clitoris, l'entaille a été particulièrement profonde et que, en raison d'une grave lésion de l'artère clitoridienne dorsale, l'hémorragie qui s'ensuit risque d'entraîner la mort; c'est le cas aussi lorsque «l'orifice» pratiqué lors de l'infibulation est si petit que ni le sang ni l'urine ne peuvent plus s'écouler; c'est encore le cas lorsque la plaie est «traitée» avec de la boue ou des excréments.

Lorsque la MGF n'est pas pratiquée dans des conditions irréprochables, il arrive aussi que des conséquences physiques tardives se fassent sentir. En particulier, l'infibulation peut mettre la vie en danger même des années après avoir été pratiquée. Par exemple, il existe un risque d'empoisonnement du sang durant la menstruation, et le risque d'une complication mortelle lors d'un accouchement est deux fois plus élevé chez une femme infibulée que chez les autres femmes.<sup>48</sup> Dans l'ensemble, les complications tardives mortelles sont toutefois rares. Même chez les femmes infibulées, les décès consécutifs à des lésions antérieures sont relativement improbables.

Concernant l'excision et l'infibulation, l'élément constitutif objectif de l'art. 122 al. 1 CP – à savoir des lésions susceptibles de mettre la vie en danger – n'est pas réalisé. Si tel était néanmoins le cas, cette disposition ne devrait quand même pas entrer en ligne de compte, l'élément subjectif faisant défaut. En effet, pour qu'un comportement soit réprimé pénalement, l'aspect subjectif requiert que l'auteur ait voulu le résultat (dol direct) ou, en tout cas, l'ait envisagé et accepté (dol éventuel). Les exciseuses n'agissent certainement pas de manière intentionnelle directe en ce qui concerne le danger imminent pour la vie. En outre, il est peu probable que l'on puisse leur reprocher, preuves à l'appui, qu'elles ont agi par dol éventuel, à savoir qu'elles ont accepté le risque d'une lésion pouvant mettre la vie en danger. En effet, les exciseuses devraient pouvoir affirmer de manière crédible qu'elles avaient compté sur l'absence d'une infection mortelle, en d'autres termes, qu'elles auraient agi par négligence consciente. Dans un tel cas, l'art. 125 al. 2 CP relatif aux lésions corporelles graves par négligence trouverait application et les exciseuses seraient passibles d'une peine d'emprisonnement maximale de trois ans ou d'une amende.

## 2. Art. 122 al. 2 CP Première variante CP

En vertu de l'al. 2 de l'art. 122 CP, une personne se rend coupable de lésions corporelles graves si elle a notamment mutilé le corps d'une personne, un de ses membres ou un de ses organes importants ou causé une infirmité. Dans le cas de l'infibulation et de la forme plus légère de l'excision (sunna) ainsi que des formes intermédiaires, l'élément central consiste en l'ablation complète du clitoris. En outre, lors de l'infibulation, on procède à l'ablation totale des petites lèvres et, dans les interventions mineures, à une ablation partielle. Cependant, cet aspect n'entre pas en considération pour la qualification de l'infraction. La mutilation génitale doit déjà être qualifiée en soi de lésion corporelle grave si le clitoris est considéré d'une part comme «organe» ou «membre» et que, d'autre part, il peut être qualifié «d'important» au sens de la disposition légale. Nous nous proposons donc d'aborder successivement ces deux questions.

La doctrine suisse et la jurisprudence ne définissent ni ne distinguent les termes «organe» et «membre» de manière abstraite. Une définition ne s'impose pas, parce que la reconnaissance juridique ne l'exige pas.<sup>49</sup> Indépendamment de cela, une «partie du corps» ne peut parfois pas être attribuée clairement à l'une ou à l'autre catégorie, autrement dit, est aussi bien qualifiée de membre que d'organe<sup>50</sup>, comme le montrent les explications qui suivent.

Selon le dictionnaire clinique de PSCHYREMBEL<sup>51</sup>, l'organe (mot grec signifiant «outil») est une partie du corps composée de cellules et de tissus dotée de fonctions bien définies. KELLER définit comme organe une partie du corps qui, dans une existence relativement autonome, remplit une fonction physiologique précise<sup>52</sup> et non pas seulement une fonction méca-

nique.<sup>53</sup> Le clitoris permet de recevoir et de transmettre des influx sexuels.<sup>54</sup> C'est l'organe central du plaisir sexuel chez la femme.<sup>55</sup> C'est pourquoi nous n'hésitons pas à classer le clitoris dans la catégorie des organes; en effet, en tant qu'unité relativement autonome, c'est lui qui est à la base de l'excitation sexuelle et de la perception du plaisir sexuel.<sup>56</sup>

D'après la définition en vigueur dans la doctrine et la jurisprudence allemandes, un membre se caractérise aussi par une existence fermée et une fonction particulière dans l'ensemble de l'organisme. Contrairement à l'organe, le membre doit être apparent extérieurement.<sup>57</sup> Dans cette perspective, le clitoris serait donc (aussi) un membre. Selon l'opinion minoritaire de la doctrine et selon l'usage linguistique, un membre serait uniquement une partie du corps reliée au corps par une articulation.<sup>58</sup> En Suisse, il faut préférer cette interprétation littérale plus restrictive puisque la disposition légale est formulée de manière beaucoup plus large que celle du droit allemand.<sup>59</sup> Ainsi, en raison du fait qu'il n'est pas rattaché au corps par une articulation, le clitoris n'est donc pas considéré comme «membre», mais comme «organe». Cette manière de voir concorde avec les exemples cités dans la doctrine et la jurisprudence suisses pour la catégorie des membres (bras, jambes, mains, pieds)<sup>60</sup> tandis que pour le pénis, soit l'équivalent masculin du clitoris du point de vue du développement, on admet qu'il s'agit d'un organe.<sup>61</sup>

A ce stade, il s'agit encore de déterminer si le clitoris doit être considéré comme un organe important. L'importance d'un organe dépend de sa fonction. En priorité, il y a d'abord les organes vitaux<sup>62</sup>; il faut toutefois veiller à ne pas faire de «vital» un synonyme de «nécessaire à la survie».<sup>63</sup> Le facteur déterminant est de savoir si la perte de l'organe considéré entraverait considérablement une personne dans l'accomplissement de ses activités régulières<sup>64</sup> ou serait associée à des inconvénients relativement importants<sup>65</sup>, voire sérieux.<sup>66</sup> Il est largement admis que même les femmes excisées (ou les hommes transsexuels ayant subi une opération) peuvent connaître un orgasme.<sup>67</sup> Malgré cela, le clitoris est considéré comme l'organe central du plaisir sexuel, comme la zone érotique<sup>68</sup> la plus importante du corps féminin.<sup>69</sup> Si on procède à son ablation, la capacité et la possibilité, pour une femme, de ressentir le plaisir sexuel se réduisent considérablement. Toute sa vie sexuelle s'en trouve perturbée<sup>70</sup> de manière sensible, tant sur le plan physique que psychique.

Même si le fait de connaître le plaisir sexuel n'est pas «nécessaire à la survie», qu'il ne permet pas la procréation et ne la favorise pas, la capacité de ressentir du plaisir en vivant sa sexualité est une composante importante – peut-être même centrale – de l'existence humaine et contribue à l'épanouissement de la personnalité.<sup>71</sup>

Compte tenu de ce qui précède, le clitoris remplit une fonction corporelle importante et sa perte entraîne des inconvénients sérieux pour la vie d'une femme. Les rapports sexuels sont (en tout cas chez les couples équilibrés) une «activité régulière»,

fortement entravée par la diminution du plaisir sexuel. Pour les raisons précitées, le clitoris doit donc être considéré comme un «organe important» au sens de l'art. 122 al. 2 CP.

Ce point de vue est d'ailleurs conforté par la doctrine et la jurisprudence: la mutilation des organes sensoriels – par ex. les yeux et les oreilles – est considérée comme une lésion corporelle grave, la perte d'un seul oeil étant déjà suffisante.<sup>72</sup> Là non plus, il n'est pas nécessaire que la victime perde entièrement la vue ou l'ouïe. La perte de l'odorat et du goût a elle aussi été jugée<sup>73</sup> comme une lésion grave des fonctions corporelles. Si l'on exprime les choses de manière non technique, le clitoris est également un organe sensoriel. Il transmet des sensations bien précises que l'on ressent comme agréables et qui se répercutent de manière positive sur le bien-être général de la femme. Vu sous cet angle, le clitoris est à peine moins important que l'appareil neurologique qui commande l'odorat et le goût.

Compte tenu de ce que nous avons dit, l'ablation du clitoris équivaut à la mutilation d'un organe important et réalise les éléments constitutifs des lésions corporelles graves de l'art. 122 al. 2 CP.

Comme l'ablation du clitoris est effectuée dans tous les types de mutilation génitale féminine qu'il s'agit d'évaluer ici, il n'est plus nécessaire de discuter en détail si l'ablation totale ou partielle des petites et grandes lèvres, ainsi que la suture de la vulve jusqu'à ne laisser qu'un minuscule orifice, doivent être considérées comme des mutilations d'organes importants. En ce qui concerne l'ablation des lèvres, il faudrait répondre par la négative car ce ne sont pas des zones érogènes d'une importance comparable. La suture de la vulve jusqu'à ne laisser qu'une ouverture équivalant au diamètre d'un roseau comporte, il est vrai, diverses conséquences graves pour la santé. Au sens strict, le vagin est rendu par là, d'une certaine manière, «inutilisable». Toutefois, on ne se trouve en présence d'un état durable que dans des cas exceptionnels, étant donné qu'il est possible de défaire l'infibulation par une opération. Pour la même raison, il ne serait pas possible de considérer l'infibulation comme une lésion corporelle grave en alléguant qu'elle entraîne une infirmité permanente. Tout au plus, ceci devrait être le cas dans certaines situations où des lésions particulièrement graves et irréparables ont été causées aux régions génitales. Pour que les éléments constitutifs des lésions corporelles graves soient réalisés, l'auteur doit connaître et vouloir les conséquences de son acte ou, en tous les cas, en avoir envisagé l'éventualité. C'est pourquoi il y a lieu de distinguer si la MGF a été pratiquée par des non-professionnels ou par des médecins. Étant donné que les médecins connaissent la fonction centrale du clitoris, ils agissent par dol direct de premier degré lorsqu'ils procèdent à l'ablation de cet organe. En ce qui concerne les exciseuses non formées médicalement, il y a lieu d'établir dans chaque cas d'espèce si elles connaissent la fonction du clitoris. D'un côté, un élément qui plaide en faveur de l'affirmative serait le fait que, dans les cultures où l'on pratique la MGF, on avance souvent comme motif qu'elle permet de

«dompter» l'envie sexuelle des femmes.<sup>74</sup> De l'autre côté, un aspect qui pencherait plutôt en faveur de la négative serait le fait que les exciseuses traditionnelles ont été elles-mêmes excisées très jeunes et n'ont donc aucune idée de ce que signifie une sexualité avec un clitoris. Si, dans le cas concret, cette connaissance fait défaut, il y a erreur sur les faits au sens de l'art. 19 al. 1 CP. Selon cette disposition, celui qui aura agi sous l'influence d'une appréciation erronée des faits sera jugé d'après cette appréciation si elle lui est plus favorable.

S'il n'est pas possible d'infliger une peine à l'auteur pour lésions corporelles graves en vertu de l'art. 122 al. 2 CP, on se trouve en tous les cas en présence de lésions corporelles simples intentionnelles (art. 123 CP). Par ailleurs, il n'est pas exclu que l'exciseuse ou les parents qui se sont rendus sur place tombent sous le coup de la clause générale de l'art. 122 al. 3 CP et que, de ce fait, ils se rendent coupables de lésions corporelles graves; c'est le prochain élément qu'il s'agira d'examiner.

### 3. Art. 122 al. 3 CP

Comme toute MGF réalise déjà les éléments constitutifs de l'art. 122 al. 2 CP, il n'est en fait pas nécessaire de s'occuper en détail de la clause générale de l'al. 3. Comme nous l'avons expliqué plus haut, il se peut pourtant que seule la clause générale puisse être invoquée lorsque les conditions de l'al. 2 ne sont pas remplies pour les exciseuses traditionnelles ou les parents immigrés. C'est la raison pour laquelle il s'agira d'examiner si la MGF peut entrer dans le champ d'application de la clause générale.

Selon l'al. 3 de l'art. 122 CP, un individu se rend coupable de lésions corporelles graves, s'il fait subir intentionnellement à une personne toute autre atteinte grave à l'intégrité corporelle ou à la santé physique ou mentale. La clause générale inclut des lésions qui présentent une gravité comparable à celle des exemples explicitement cités dans les al. 1 et 2.<sup>75</sup> Les atteintes ne doivent pas être obligatoirement irréversibles, pour autant que, pour d'autres raisons, on se trouve en présence d'un préjudice considérable à la santé et à l'intégrité corporelle. En particulier, il faut penser à la conjugaison d'un grand nombre d'atteintes non prises en compte par les autres alinéas de l'art. 122 CP. Pour l'évaluation globale, on tiendra compte en outre de facteurs tels que la gravité et la durée de l'alitement, le degré des souffrances subies ou la durée du processus de guérison.<sup>76</sup> D'après l'ATF 129 IV 3, l'impact psychique sur la victime ou l'atteinte portée à sa santé mentale peuvent aussi jouer un rôle important dans l'évaluation de la gravité de la lésion. Il y a lieu d'interpréter la clause générale de manière plutôt restrictive.<sup>77</sup>

Comme dans le cas de la variante de l'al. 1, il y a lieu de faire une différence si l'excision a été pratiquée de manière médicalement irréprochable ou si elle a eu lieu, par exemple sans anesthésie ou dans des conditions d'hygiène précaires. Dans ce dernier cas, on se trouve en présence d'une lésion corporelle grave, car la MGF s'accompagne de douleurs insupportables

(une gynécologue que nous avons contactée a utilisé le terme de «monstrueux») qui entraînent un traumatisme durable. La perte de sang généralement importante entraîne en outre une anémie. De surcroît, le processus de cicatrisation est long et douloureux en raison du manque de soins médicaux et il s'accompagne souvent de fièvre et d'infections.<sup>78</sup>

La situation est un peu différente pour les MGF effectuées *lege artis*. Les ouvrages spécialisés signalent certes de nombreuses conséquences postérieures à une infibulation, lourdes sur le plan physique et psychique, que nous n'aborderons pas dans le cadre de la présente contribution. Ces données doivent toutefois être considérées avec précaution. Elles proviennent toutes d'études menées dans les pays où les MGF se pratiquaient à l'origine et où cette opération – en tout cas par le passé<sup>79</sup> – était rarement exécutée *lege artis*. Nous n'avons pas connaissance d'études qui rendraient compte des conséquences tardives des infibulations pratiquées *lege artis*. En nous entretenant avec une gynécologue, nous avons appris que lors des infibulations pratiquées par des médecins, on ne pouvait pas s'attendre, du point de vue médical, à des lésions durables à long terme telles que troubles des reins et de la vessie, incontinence urinaire ou complications à l'accouchement. La gynécologue émettait l'hypothèse que les conséquences psychiques – mais aussi certaines conséquences physiques – postérieures étaient liées à l'expérience traumatisante de la MGF.

Bien entendu, une femme infibulée est gênée – plus ou moins, selon la taille de l'orifice – au moment de la miction, de la menstruation et, éventuellement, des rapports sexuels. Mais il s'agit là de conséquences qui ne sont pas permanentes. Elles peuvent être supprimées en tout temps sur le vœu des femmes concernées par une intervention chirurgicale qui ne pose pas de problème; de ce fait, ces conséquences ne constituent pas une autre lésion corporelle grave. Le fait que, par l'infibulation, la vulve est définitivement déformée ne suffit pas non plus à faire de l'infibulation une lésion grave. Il est vrai qu'en dehors de son environnement culturel, l'attractivité de la femme en tant que partenaire sexuelle se trouve diminuée, mais une telle atteinte ne peut pas être comparée à une défiguration durable du visage.

Si l'infibulation est pratiquée dans des conditions médicales irréprochables, elle ne réalise pas les éléments constitutifs de l'al. 3. Le même constat est valable pour l'excision lorsqu'elle est pratiquée *lege artis*. Même lorsque la MGF est pratiquée de manière traditionnelle, les conséquences à plus long terme que l'on connaît au niveau de la santé ne surviennent généralement pas – exception faite des conséquences psychiques – comme l'indique une de nos sources.<sup>80</sup> Il n'y a pas de lacune de punissabilité, car on peut partir du principe que des personnes en possession d'une formation médicale connaissent la fonction du clitoris et réalisent donc les éléments constitutifs de l'al. 2. Nous en arrivons à la conclusion que la MGF – tant sous la forme de l'excision que sous celle de l'infibulation – ne peut relever de la clause générale qu'à condition d'être pratiquée

dans un contexte traditionnel, c'est-à-dire sans anesthésie et dans des conditions d'hygiène précaires.

Pour satisfaire à la responsabilité juridique au sens de l'art. 122 al. 3 CP, il faut que toute autre atteinte grave à une personne ait été commise intentionnellement. Les exciseuses sans formation médicale – presque exclusivement des femmes – ne connaissent que trop bien les douleurs atroces et les conséquences directes de leur pratique pour la santé, pour les avoir personnellement vécues. Comme elles effectuent malgré tout la MGF sans anesthésie et à l'aide d'instruments non stérilisés, elles acceptent l'éventualité des conséquences physiques immédiates qui en résultent et agissent donc par dol éventuel.<sup>81</sup>

#### 4. Résultat intermédiaire

Comme l'ablation du clitoris équivaut à la mutilation d'un organe important, la mutilation génitale féminine réalise, d'après le droit suisse, les éléments constitutifs des lésions corporelles graves, qu'il s'agisse de l'excision, de la forme intermédiaire ou de l'infibulation.<sup>82</sup> Dans cette situation, le fait que l'intervention soit pratiquée dans des conditions d'hygiène douteuses ou dans un milieu médicalisé irréprochable sous anesthésie ne joue pas de rôle. Du point de vue de la personne concernée, les conditions dans lesquelles la MGF est effectuée sont sans doute déterminantes. Le fait que, juridiquement parlant, cela n'a pas d'importance, revêt toutefois une portée considérable dans la pratique en raison de la médicalisation croissante de ce type d'intervention (même dans les pays d'origine). En revanche, la MGF ne peut être qualifiée que dans des cas exceptionnels de lésion corporelle grave en raison du fait qu'elle met la vie en danger (al. 1). Ceci est indépendant de ce qui peut arriver dans les cas individuels. La clause générale de l'al. 3 ne peut être appliquée que dans le cas d'une MGF pratiquée sans anesthésie et dans des conditions d'hygiène précaires. L'al. 3 a toutefois une fonction complémentaire importante: il est applicable quand les exciseuses traditionnelles ou les parents immigrés n'ont pas conscience de l'importance du clitoris et que l'acte intentionnel tel que le prévoit la variante de l'alinéa 2 fait défaut. En somme, ils se rendent eux aussi coupables de lésions corporelles graves intentionnelles, et pas uniquement de lésions corporelles simples (art. 123 CP). Au vu de la clarté du résultat, il n'est pas utile d'aborder la dernière disposition citée.

## C. Illicéité

D'après nos conclusions, la MGF réalise les éléments constitutifs de l'art. 122 CP et peut ainsi être qualifiée de lésion corporelle grave. Cependant, ce constat ne suffit pas, à lui seul, pour affirmer que l'exécution d'une MGF est punissable dans tous les cas. En d'autres termes, il s'agit de se demander si l'acte est aussi illicite dans le cas concret. En effet, si tel est généralement le cas, le droit connaît cependant un certain nombre de

circonstances particulières qui, exceptionnellement, peuvent exclure l'illicéité; on parle alors de «faits justificatifs».

Dans le cas d'une MGF, plusieurs faits justificatifs peuvent, à certaines conditions, entrer en ligne de compte. Parmi ceux-là, le consentement du lésé occupe une place importante.

### 1. Le consentement du lésé en tant que fait justificatif

Le droit pénal a pour but de protéger certains biens juridiques des personnes et il le fait dans une large mesure. En effet, la liberté personnelle des individus serait limitée de manière intolérable si ces derniers n'avaient pas la possibilité, dans certaines circonstances, de renoncer expressément à certains de leurs biens juridiques. Par exemple, pour qu'une personne puisse se faire opérer ou même couper les cheveux, elle doit consentir à cette lésion corporelle. A cet égard, il y a lieu de se poser un certain nombre de questions difficiles. En premier lieu, il doit être légalement possible de disposer du bien juridique en question. Par exemple, il n'en va pas ainsi du bien juridique particulier de la «vie», comme il en ressort de l'art. 114 CP qui réprime le meurtre sur demande de la victime. En outre, la première condition remplie, le consentement doit provenir de la personne concernée elle-même et doit être donné en connaissance de tous les éléments essentiels.<sup>83</sup>

Dans le cas de la MGF, il y a généralement un consentement. Dans le cas typique, le consentement est donné par les parents ou par l'un des parents. Si la MGF est pratiquée sur une femme capable de discernement, c'est elle qui donne son consentement. On peut se demander tout d'abord s'il est possible de donner un consentement valide pour effectuer une telle intervention (a). Il faudra ensuite se demander si les personnes qui donnent leur consentement sont suffisamment informées des conséquences de l'intervention (b i). Il s'agira enfin d'examiner si les parents peuvent donner un consentement valide pour la MGF de leurs filles (b ii).

#### a) Le renoncement

##### i) La réglementation générale

En matière de lésions corporelles simples, le droit pénal suisse autorise qu'un individu puisse consentir à de telles lésions. Outre l'exemple des cheveux susmentionné, un individu qui n'est pas satisfait des formes de son corps peut s'embellir en faisant appel à un chirurgien esthétique.<sup>84</sup>

Quant aux lésions corporelles graves, il en va différemment. En principe, il n'est pas possible de renoncer aux éléments essentiels de la santé et de l'intégrité corporelle dont la lésion est punissable au titre de l'art. 122 CP. Une exception est toutefois prévue si l'intervention obéit à une valeur morale supérieure<sup>85</sup> («socially redeeming value») laquelle se trouve dans un rapport approprié<sup>86</sup> avec l'intervention. Ainsi, une personne peut se faire amputer d'une jambe – ou faire don d'un rein à son frère – si cela est médicalement indiqué. STRATENWERTH ne reconnaît au consentement un effet justificatif que si on peut le

Les 130 millions de femmes qui ont subi une excision sont la preuve vivante que le monde a omis de les en préserver.

Carol Bellamy, directrice de l'UNICEF



considérer, dans la perspective de l'intérêt de la personne concernée, comme une «décision sensée ou défendable».<sup>87</sup>

Pourquoi le droit limite-t-il le droit de l'individu dans sa liberté de disposer de son corps? Il garantit de cette manière un droit fondamental ancré dans le droit civil. En effet, l'art. 27 al. 2 du Code civil suisse stipule que «nul ne peut aliéner sa liberté, ni s'en interdire l'usage dans une mesure contraire aux lois ou aux mœurs». En quelque sorte, le droit protège ainsi l'individu contre lui-même et soustrait à sa libre disposition la dignité humaine garantie par la Constitution.<sup>88</sup> Il s'agit d'empêcher l'individu de renoncer consciemment «à la liberté que lui confère l'intégrité de son bien juridique».<sup>89</sup> Cette limitation est justifiée lorsque la valeur de l'intégrité corporelle prévaut, dans certains cas, sur la valeur de la liberté personnelle, en raison de la gravité de la lésion.<sup>90</sup> Il faut toutefois garder à l'esprit que l'Etat ne protège l'individu qu'en raison des «préférences subjectives que l'on suppose à long terme».<sup>91</sup>

## ii) L'application au cas de la MGF

Il s'agit maintenant d'appliquer ces règles générales au cas de la MGF. Il faut donc se demander si le renoncement à l'intégrité de «l'appareil sexuel» de la femme est possible, si le droit concède à l'intéressée la liberté de consentir à l'ablation de l'organe le plus important quant à la perception du plaisir sexuel.

La réponse est liée au fait de savoir si la MGF est une «socially redeeming value» susceptible de légitimer la perte de l'organe. En regardant de plus près, nous sommes confrontés ici, de manière particulièrement nette, au conflit culturel qui sous-tend toute la problématique. Selon les valeurs qui prédominent chez nous, on ne peut reconnaître la moindre valeur à la MGF. On ne peut pas non plus dire que la MGF obéit à une indication médicale – une telle indication pourrait exister tout au plus dans le cas d'une tumeur maligne dont l'ablation ne serait possible qu'avec celle du clitoris. Une valeur sociale ou psychique n'est concevable que dans des cas exceptionnels.

Par ailleurs, il y a lieu de se demander s'il est admissible que les raisons invoquées pour effectuer une MGF soient jugées uniquement à la lumière de notre système de valeurs séculaire fondé sur la raison. Nous reviendrons sur ce problème lors de la discussion des aspects relatifs aux droits de l'homme<sup>92</sup>, car il peut avoir de l'importance pour la fixation de la peine.<sup>93</sup> Ce qui nous intéresse avant tout, c'est l'évaluation de la MGF à la lumière du droit suisse. Cette situation de départ ne laisse aucune place à des ordres de valeurs extérieurs. L'ordre juridique suisse ne peut pas tenir compte<sup>94</sup> d'arguments complètement irrationnels.<sup>95</sup> Dans la mesure où l'on invoque des buts relativement «rationnels» – en particulier qu'il est nécessaire de préserver la virginité ou de lutter contre le danger d'une sexualisation excessive – le fait de les reconnaître constituerait une atteinte aux bonnes pratiques. Chaque femme, indépendamment de son origine, a droit à l'intégrité de ses organes génitaux. Cette prétention est valable sans discrimination.

Le respect de la dignité humaine exige que la femme soit protégée contre elle-même, également sous cet angle-là.

Nous parvenons ainsi à la conclusion qu'il n'est pas possible de consentir valablement à une MGF.

## iii) Objections possibles

On pourrait objecter à ce résultat qu'il est en contradiction avec la pratique, puisque l'on autorise des interventions pour empêcher la procréation. Dans ce dernier cas, aucune indication sociale ou médicale n'est exigée<sup>96</sup>; et il suffit que la personne concernée souhaite l'intervention pour des raisons défendables.<sup>97</sup> La stérilisation constitue elle aussi une intervention lourde de conséquences. La possibilité, pour un être humain, d'avoir des enfants fait partie, d'une certaine manière, de son «équipement de base pour l'existence».<sup>98</sup>

Toutefois, des réflexions de ce type ne sont pas convaincantes. En renonçant à des enfants biologiques, on pose certes un jalon important pour la suite de sa vie. Le nombre des perspectives possibles se trouve réduit. D'un autre côté, la personne concernée (il peut aussi s'agir d'un homme) s'aménage une plus grande liberté au quotidien: en particulier, elle peut vivre sa sexualité en étant libérée du risque d'une procréation non désirée. Si l'on compare à cela l'excision du clitoris, on ne se trouve pas en présence d'une limitation des perspectives de vie mais de la perte irréversible d'une fonction physique (et psychique) dont nous avons déjà constaté l'importance pénale. Contrairement à ce qui se passe dans le cas de la stérilisation, on ne peut opposer à cette perte aucun gain compensateur d'une quelconque nature.

Une autre intervention qui, outre la stérilisation, appelle une comparaison avec la MGF est la castration. Cette intervention comporte de lourdes conséquences pour la personnalité et, selon la doctrine en vigueur, le consentement n'est admis que lorsque des raisons particulièrement importantes plaident en sa faveur.<sup>99</sup> La MGF a des effets nettement moins radicaux, car l'équilibre hormonal n'est pas touché. Cela ne fournit toutefois pas d'argument pour accepter le consentement à une ablation du clitoris sans autres indications.

Nous en restons ainsi au résultat suivant: le consentement d'une femme capable de discernement en faveur d'une excision n'a pas d'effet valide, car il n'est pas possible de renoncer au bien juridique en cause, à savoir l'intégrité corporelle/psychique des organes sexuels (en particulier du clitoris).

## b) La qualité du consentement

Bien que la voie conduisant à une justification par le consentement de la personne lésée soit définitivement condamnée concernant la MGF, nous souhaitons néanmoins ajouter quelques réflexions à propos de la qualité du consentement, lesquelles permettront de renforcer la plausibilité de la conclusion précédente. Ainsi, si un renoncement était possible, se poserait alors la question de savoir quelles exigences une telle déclaration devrait satisfaire. En particulier, le consentement

doit émaner d'une personne autorisée, capable de discernement, et doit être l'expression de l'autonomie de sa volonté, ce qui présuppose en particulier la connaissance de l'opération et de ses conséquences.<sup>100</sup>

Nous devons distinguer entre le consentement donné par la femme lésée et le consentement accordé par les parents pour leur fille.

#### i) Le consentement de la personne concernée

S'il s'agit du consentement de la personne concernée, il faut préalablement s'assurer qu'elle est capable de discernement. Nous admettons donc que c'est le cas.<sup>101</sup>

La question suivante consiste à savoir si la décision de subir une MGF résulte d'une volonté tout à fait libre.<sup>102</sup> Ceci doit être examiné à la lumière des circonstances concrètes de chaque cas d'espèce. Dans le cadre de cette contribution, nous nous bornerons à développer des réflexions générales quant à l'examen de la plausibilité d'une réponse positive en ce qui concerne la MGF.

Deux éléments permettent un doute à ce sujet. Tout d'abord, l'aspect de l'autonomie de la volonté est suspect. On peut mettre en doute qu'une femme raisonnable puisse vouloir pour elle-même une mutilation génitale. Elle se décide en sa faveur uniquement sous la pression de la société, de la tradition et des attentes de son entourage à son égard quant au respect de cette tradition. Nous nous trouvons à nouveau confrontés à un conflit culturel. Pour notre système de valeurs qui place l'individu au centre, le fait de se sacrifier pour la communauté n'est pas une chose inconnue. Pourtant, dans notre société, si un tel sacrifice débouche sur un profit tangible pour la communauté, ce qui est notamment le cas lorsque des vivants font un don d'organe à un proche, il est susceptible de devenir acceptable. La décision d'une personne d'entrer dans les ordres et de «renoncer au monde» ou la promesse de célibat que doit faire le prêtre catholique ne s'imposent toutefois pas par les voies du droit. Il est donc difficile de reconnaître le consentement à une mutilation génitale féminine comme le résultat d'une volonté parfaitement autonome.

Par ailleurs, une information suffisante et la capacité de saisir la portée d'une telle décision<sup>103</sup> devraient en général faire défaut. Ces conditions pourraient être tout au plus remplies si une femme adulte ayant une certaine expérience de la vie et de la sexualité faisait exécuter l'intervention par un gynécologue, dans des conditions techniques et médicales irréprochables. Les descriptions bien connues de ce qui se passe dans le bush africain mentionnent régulièrement que les victimes n'ont pas été informées de manière adéquate et qu'on les a parfois même trompées en leur faisant croire qu'elles ne souffriraient pas ou n'auraient que des douleurs insignifiantes. Les «effets secondaires» possibles ne sont pas évoqués. Quiconque ne l'a pas connue<sup>104</sup> ne peut pas se représenter ce que signifie la perte de la sensibilité sexuelle. Ces réflexions montrent que, dans la plupart des cas, un consentement valide n'est pas possible.

#### ii) Consentement accordé par les parents pour la victime

Dans le cas le plus courant, ce n'est pas une femme capable de discernement qui consent à la mutilation génitale; bien plutôt, ce sont les parents qui donnent leur consentement à la place de leurs filles.

En principe, il est possible que le représentant légal – à savoir le père et/ou la mère – accepte valablement, pour de justes motifs, une atteinte à l'intégrité corporelle d'un enfant non capable de discernement.<sup>105</sup> Dès que l'enfant est capable de discernement, ce ne sont plus les parents mais uniquement l'enfant qui peut consentir à une atteinte aux droits subjectifs attachés à la personne, par ex. à l'intégrité corporelle.<sup>106</sup> C'est la raison pour laquelle un consentement des parents à la mutilation génitale de leur fille alors que cette dernière est capable de discernement n'a de toute manière aucune valeur.

En vertu de l'art. 16 CC, est capable de discernement «toute personne qui n'est pas dépourvue de la faculté d'agir raisonnablement à cause de son jeune âge ou qui n'en est pas privée par suite de maladie mentale, de faiblesse d'esprit, d'ivresse ou d'autres causes semblables». Cette notion est relative et il y a lieu de se demander si cette condition est remplie dans des circonstances données.<sup>107</sup> Nous avons constaté qu'il fallait poser des exigences élevées quant à la capacité de saisir pleinement la portée de la MGF pour que le consentement puisse être considéré comme une déclaration inspirée par sa volonté personnelle et donc valable. A notre avis, ces conditions pourraient être remplies au plus tôt à partir de 12 à 16 ans<sup>108</sup> – des doutes importants subsistent toutefois bien au-delà de cette limite d'âge et il n'est possible de répondre à cette question qu'en considérant les circonstances du cas d'espèce.

Ces réflexions conduisent au constat que la plupart des filles ne sont pas encore capables de donner leur consentement au moment où elles subissent la MGF. Cela ne signifie pas pour autant que les parents peuvent, à leur place, donner un consentement valable (indépendamment du fait que, comme nous l'avons établi plus haut, il n'est pas possible de renoncer à ce bien juridique).

De l'avis unanime, les représentants légaux ne peuvent exercer leur autorité que dans le cadre de leur obligation de surveillance (art. 301 ss. CC). Les parents doivent se référer uniquement au bien de l'enfant.<sup>109</sup> Ce qui est déterminant, c'est de savoir si l'épanouissement physique, mental et moral de ce dernier est protégé et encouragé de manière optimale (art. 302 al. 2 CC).<sup>110</sup> Cette réglementation ne laisse aucune place à une manière d'agir qui permettrait aux parents d'imposer leurs préférences subjectives ou de suivre des valeurs inspirées par leur appartenance culturelle ou ethnique.<sup>111</sup> Nous rappelons ici qu'en vertu de l'art. 11 al. 1 Cst., «les enfants et les jeunes... ont droit à une protection particulière de leur intégrité».<sup>112</sup> Les parents ont en premier lieu la compétence d'autoriser chez leur enfant des interventions obéissant à une indication médicale.<sup>113</sup> Quant à la question de savoir s'ils ont également la compétence

de donner leur consentement à la place de leur enfant, lorsque les atteintes à l'intégrité corporelle ne sont pas liées à des lésions durables, nous laissons pour le moment la question en suspens.<sup>114</sup> Ce que l'on accepte manifestement, c'est la circoncision des bébés de sexe masculin<sup>115</sup> ou le perçage des lobes de l'oreille chez les petites filles.

La mutilation génitale est toutefois, comme nous l'avons relevé plusieurs fois – même sous la forme la plus bénigne de l'excision – une intervention très sérieuse et irréversible qui n'obéit à aucune indication médicale et ne comporte aucun avantage compensatoire. Nous aimerions remarquer encore une fois que, même si elle est pratiquée dans les règles imposées par l'art médical, une telle intervention comporte des conséquences particulièrement graves pour la vie ultérieure d'une fille. La victime doit s'attendre à rencontrer d'énormes difficultés si elle grandit en Suisse, particulièrement après la puberté et lorsqu'elle aura des relations sexuelles. L'atteinte est donc massive, non seulement pour le bien-être physique d'une fille, mais également pour son bien-être psychique et moral.

En résumé, on peut dire que le consentement des parents donné à la place de leur fille ne peut jamais avoir d'effet justificatif. Il est donc toujours sans importance pour le personnel médical.

## 2. L'état de nécessité en tant que fait justificatif

La situation suivante est concevable – et pas improbable: une jeune femme vient voir une gynécologue suisse et lui demande de l'infibuler. Elle lui explique qu'elle sait très bien qu'une telle intervention n'est pas autorisée en Suisse. Mais elle s'apprête à retourner avec ses parents dans son pays d'origine (son père travaillait jusqu'alors dans une ambassade africaine). Elle souhaite vivre dans son pays d'origine, perpétuer les traditions, fonder une famille. Cela n'est possible que si elle subit une MGF. Elle se trouve placée devant le choix de subir l'intervention dans son pays d'origine en bénéficiant de conditions d'hygiène problématiques – peut-être sans anesthésie ou avec une anesthésie insuffisante – ou de la subir ici où le risque d'effets secondaires préjudiciables à sa santé reste limité. La gynécologue à qui nous avons soumis cette situation a assuré que, même dans des circonstances pareilles, elle ne procéderait pas à une MGF; visiblement, elle n'avait encore jamais eu affaire à un tel cas. On peut d'ailleurs se demander si la situation décrite plus haut pourrait réellement se présenter. Nous aimerions néanmoins aborder brièvement cette question; nous supposons donc que la gynécologue a cru les explications de la jeune Africaine et pratiqué l'intervention, en invoquant l'état de nécessité. Selon l'art. 34 ch. 2 CP, l'acte commis par une personne pour sauvegarder les biens juridiques d'autrui face à un autre danger imminent qu'il n'est pas possible de détourner d'une autre manière n'est pas punissable.

On se trouve en présence d'un état de nécessité lorsque l'auteur intervient dans les biens juridiques d'un tiers non impliqué pour protéger les biens juridiques menacés d'une autre per-

sonne (on parle alors d'une collision sociale d'intérêts). La situation décrite plus haut n'est pas typique, dans la mesure où la personne qui intervient en cas de nécessité lèse les biens juridiques d'une personne pour préserver cette même personne contre des lésions plus graves de biens juridiques de même nature (collision d'intérêts individuelle). D'après les conceptions en vigueur en Allemagne, on se trouve en présence d'un état de nécessité<sup>116</sup> même en cas d'identité du détenteur. En revanche, en Suisse, il n'est pas clairement établi si cela comprend également les collisions d'intérêts individuelles de l'art. 34 ch. 2 CP. Divers éléments tendraient à faire penser que cette solution est rejetée.<sup>117</sup> Pour le moment, nous nous abstenons de discuter plus avant la question pour les raisons développées ci-dessous. Il n'est pas certain que l'on ait affaire ici à un danger imminent. On se trouve visiblement en présence d'une planification à plus long terme. Par ailleurs, c'est la subsidiarité stricte qui a cours: la nécessité et l'aide en cas de nécessité ne peuvent être invoquées que s'il n'y a pas d'autre possibilité de détourner le danger.<sup>118</sup> Ceci n'est pas prouvé dans le cas présent – la femme a en particulier la possibilité de chercher un hôpital dans son pays d'origine.

Un médecin n'aurait pas le droit non plus d'effectuer l'intervention sur des filles dont il sait que les parents les emmèneront en Afrique dans un proche avenir pour les y faire exciser. Il convient de penser à des mesures relevant de la protection de l'enfant, art. 307 ss. CC. Enfin, le médecin a la possibilité de faire intervenir la justice. La violation du secret médical (art. 321 CP) serait, comparée à une MGF, un moindre mal. De manière générale, il y a lieu de rejeter fermement l'argument: «mieux vaut que je pratique l'intervention de manière techniquement irréprochable plutôt que de laisser la victime tomber entre les mains d'une exciseuse». C'est avec des déclarations de ce type que certains médecins allemands ont, comme on sait, essayé d'excuser leur participation à la sélection des «vies non dignes de vivre» dans des asiles psychiatriques – ils ont été inculpés de complicité pour meurtre.

Par conséquent, un médecin ne peut pas invoquer l'état de nécessité au sens de l'art. 34 ch. 2 du Code pénal s'il procède à une MGF pour prévenir une intervention douloureuse et lourde de risques dans le pays d'origine.

## 3. Conclusion

En nous appuyant sur les développements qui précèdent, nous arrivons à la conclusion qu'il n'y a pas de fait justificatif s'opposant à une inculpation en raison d'une lésion corporelle grave causée par une MGF.

## D. Culpabilité

Un auteur ne peut être puni pour un comportement illicite qui tombe sous le coup de la loi pénale que s'il a également agi de manière coupable, c'est-à-dire que l'acte peut lui être reproché personnellement. A côté de la culpabilité générale, la responsabilité pénale présuppose en particulier que l'auteur pouvait reconnaître, dans la situation concrète, que son comportement constituait une infraction (problème de l'erreur de droit). Il faut en outre qu'il ait eu la possibilité et qu'il ait été capable de se comporter en conformité avec la loi (problème de l'improbabilité d'un comportement conforme à la loi).

L'erreur de droit est réglée par l'art. 20 CP. D'après le droit suisse, il s'agit d'une raison excluant la culpabilité. Si l'erreur repose sur des motifs suffisants, il est exclu de punir l'auteur; il y a acquittement ou suspension de la procédure. Si l'erreur de droit était évitable, on peut envisager une atténuation de la peine.<sup>119</sup>

En revanche, le droit pénal suisse ne connaît pas de raison générale excluant la culpabilité pour un comportement<sup>120</sup> dont on ne pouvait pas attendre qu'il soit conforme à la loi. Les exciseuses traditionnelles ou les parents immigrés ne peuvent donc pas de prime abord s'épargner une peine en invoquant comme argument qu'il n'aurait pas été acceptable, du fait de leur environnement ethnique et culturel, de se comporter conformément à la loi. Il s'agira toutefois de tenir compte de la différence de leurs valeurs lors de la fixation de la peine.<sup>121</sup>

En vertu de l'art. 20 CP, il y a erreur de droit lorsque l'auteur avait des raisons suffisantes de se croire en droit d'agir. L'art. 20 CP comprend aussi bien la situation où l'auteur considère un comportement donné en soi comme non interdit (erreur de droit directe), que le cas où il a certes conscience d'enfreindre la norme de l'interdit, mais qu'il suppose par erreur que son comportement est couvert par un fait justificatif (erreur de droit indirecte).

Dans sa pratique concernant l'erreur de droit, le Tribunal fédéral a toujours été sévère. On suppose d'une part l'absence de conscience de l'illicéité pénale. L'auteur doit agir dans l'idée «qu'il ne commet absolument rien d'illicite». S'il a le «sentiment diffus que le comportement considéré porte atteinte à ce qui est légal»<sup>122</sup>, une erreur de droit est alors exclue. S'appuyant sur les termes de la loi, le Tribunal fédéral n'accepte comme excuse que l'erreur de droit inévitable. Pour que l'auteur puisse être libéré de tout reproche, il faut que l'erreur se fonde sur des faits «qui auraient également pu induire en erreur une personne consciencieuse».<sup>123</sup> La loi exige de sa part qu'il «fasse intervenir sa conscience, réfléchisse consciencieusement ou se renseigne auprès des autorités ou de personnes de confiance».<sup>124</sup> Il est possible de renoncer à ce type de réflexion lorsqu'il n'y avait aucune raison, pour l'auteur, de mettre en doute la légalité de son comportement.<sup>125</sup>

Pour les médecins – hommes et femmes – autorisés en Suisse, il est sans aucun doute impossible d'invoquer la raison excluant

la culpabilité dans le contexte d'une mutilation génitale. Ils savent pertinemment que des interventions lourdes ne peuvent être effectuées – indépendamment du consentement de la patiente – que si elles sont indiquées médicalement ou qu'elles servent un but positif. En revanche, la situation juridique doit être examinée de manière plus approfondie dans le cas d'exciseuses traditionnelles ou de parents immigrés. Pour eux aussi, il doit être clair que des atteintes graves à l'intégrité corporelle d'autrui constituent une infraction. Ils pourraient avancer, le cas échéant, qu'ils ont agi dans la fausse hypothèse que les mutilations génitales étaient exclues de l'illicéité (erreur de droit indirecte). Dans quelles conditions un tribunal va-t-il accepter ce genre d'objection? A nouveau, il n'est possible de répondre définitivement à cette question qu'en ayant connaissance du cas individuel. Dans ce qui suit, nous nous contenterons d'examiner si et dans quelles circonstances il serait possible d'accepter l'invocation de l'erreur de droit et de parvenir à un acquittement sur la base de cette argumentation.

Dans le cas d'auteurs de nationalité étrangère, la question de l'absence de conscience de l'illicéité pénale est centrale. Pour savoir si un auteur était conscient de commettre un acte illicite, il s'agit de se référer aux «représentations du droit...», que l'on trouve chez le citoyen moyen de la communauté à laquelle il appartient».<sup>126</sup> Alors que, pour évaluer s'il était possible de consentir à une MGF d'une manière juridiquement valable, il s'agissait de tenir compte uniquement du système de valeurs généralement accepté en Suisse<sup>127</sup>, le législateur a, en instituant l'erreur de droit, délibérément créé une place pour la prise en considération de représentations légales et morales étrangères.<sup>128</sup> La conscience de l'illicéité pénale est néanmoins mesurée en fonction des représentations juridiques faisant foi dans le pays d'origine, et non pas en fonction de ses représentations morales, lesquelles pourraient éventuellement être en conflit avec l'ordre juridique de ce pays. C'est uniquement si l'auteur ne doit pas s'attendre à une peine dans son pays d'origine que l'on considère que la conscience de l'illicéité pénale lui manque.<sup>129</sup>

Si l'exciseuse ou les parents proviennent d'un pays où la MGF est explicitement punissable<sup>130</sup>, on ne pourra guère attester chez eux une absence de connaissance de l'illicéité pénale.<sup>131</sup> Chez des personnes issues de régions rurales qui n'ont pas ou guère d'instruction scolaire et qui, le cas échéant, ne savent pas lire, il se peut exceptionnellement que la conscience de l'illicéité pénale fasse défaut. Comme la tradition commande la MGF d'une manière impérative<sup>132</sup>, il se peut qu'elles n'aient pas le moindre sentiment de commettre un acte illicite tant qu'elles n'ont pas positivement connaissance de la disposition pénale.

Indépendamment du fait que la MGF est interdite dans le pays d'origine de l'auteur, l'hypothèse d'une erreur de droit pour des motifs suffisants peut tout au plus être envisagée pour des personnes qui ne séjournent en Suisse que depuis peu de temps. En d'autres termes, on pourra s'attendre d'une personne qui côtoie la société suisse depuis longtemps qu'elle en connaisse

l'ordre juridique en vigueur.<sup>133</sup> Il faut toutefois examiner de cas en cas dans quelle mesure une personne est véritablement intégrée. En particulier, les femmes mariées ne fréquentent souvent pendant très longtemps que leur milieu culturel d'origine et n'ont – également pour des raisons linguistiques – aucun contact avec le reste de la population suisse.<sup>134</sup>

Enfin, la question qui se pose est celle de savoir dans quelles conditions on peut attendre d'une personne ayant séjourné un certain laps de temps dans notre pays qu'elle soit au courant des habitudes juridiques suisses. Selon le Tribunal fédéral, il ne semble pas exister d'obligation générale de s'informer. Dans le cas d'un Sicilien qui avait eu des rapports sexuels avec sa fiancée âgée de 15 ans, on a accepté une erreur de droit bien que l'homme ait vécu déjà depuis cinq ans en Suisse, car l'Italie ne connaît pas d'âge de protection.<sup>135</sup> Dans le cas de la MGF, dès que la personne concernée sait qu'une mutilation génitale n'est pas courante en Suisse<sup>136</sup>, on peut attendre de sa part, si elle est consciencieuse, qu'elle se renseigne de manière plus approfondie. A partir de ce moment-là, l'erreur de droit est évitable, si bien qu'il ne peut y avoir tout au plus qu'une atténuation de la peine.<sup>137</sup> En résumé, on peut dire qu'il n'est possible d'invoquer l'erreur de droit que dans des cas exceptionnels. En particulier, les facteurs suivants sont déterminants: punissabilité de la MGF dans le pays d'origine, niveau d'éducation, appartenance, dans le pays d'origine, à un milieu rural peu instruit ou à un milieu urbain bien informé, durée du séjour en Suisse, degré d'intégration, connaissance du fait que la MGF n'est pas courante en Suisse. Nous sommes d'avis que, en l'espèce, une intervention active des autorités suisses s'impose. Dès que des immigrés franchissent la frontière ou dès leurs premiers contacts avec les autorités suisses, ils doivent être clairement informés de la situation juridique en Suisse en matière de MGF. Dans ces circonstances, il serait impossible d'invoquer l'erreur de droit.<sup>138</sup>

## E. Punissabilité de la participation

### 1. Etat de fait

Jusqu'ici, nous avons examiné la MGF en émettant tacitement l'hypothèse qu'une personne était seule à entreprendre l'intervention. Il existe certainement des cas qui correspondent à cette configuration. Toutefois, en pratique, plusieurs personnes sont impliquées dans la MGF. Tout particulièrement lorsqu'il s'agit de victimes mineures, les parents sont régulièrement associés. Dans ce chapitre, nous allons nous pencher sur la question de savoir à quel régime pénal sont soumises les personnes impliquées ainsi que celles qui ne sont pas exécutantes de la MGF. Le siège de la matière se trouve aux art. 24 ss. CP relatifs à la participation. Dans ce cadre, la question centrale de la qualité de coauteur doit être abordée en fonction de la jurisprudence et de la doctrine.

Comme nous l'avons dit, la MGF est, dans la plupart des cas, pratiquée sur des filles âgées de 8 à 12 ans, en tout cas avant qu'elles aient atteint leur majorité. L'initiative part presque toujours des parents, mais ces derniers pratiquent très rarement l'opération eux-mêmes, même dans les pays d'origine. En général, ils chargent une exciseuse de le faire. Dans le cadre de la présente expertise, deux cas de figure ont une portée pratique: (i) la mutilation est pratiquée en Suisse, ou alors (ii) l'enfant est envoyée à cet effet dans son pays d'origine.

Bien qu'il n'y ait pas de données concrètes disponibles, il faut partir du principe que la MGF est également pratiquée en Suisse et dans d'autres pays d'immigration.<sup>139</sup> A cette fin, il arrive que des exciseuses fassent le voyage exprès, ce qui s'est produit en France. Par ailleurs, il se peut qu'il y ait en Suisse des médecins auxquels on demande d'effectuer l'opération et qui acceptent cette demande en se disant par exemple qu'il vaut mieux qu'elle soit pratiquée ici sous anesthésie, en préservant des conditions d'hygiène optimales.<sup>140</sup> La probabilité que la MGF ait lieu en dehors de la Suisse est toutefois plus grande. Ce qui est courant, c'est que les parents issus des régions concernées envoient leurs filles pendant les vacances scolaires dans leur pays d'origine pour qu'elles y soient excisées.<sup>141</sup>

Lorsque les parents chargent un médecin ou une exciseuse traditionnelle d'effectuer l'opération, ils réalisent les conditions de l'art. 122 CP (lésions corporelles graves) en lien avec l'art. 24 CP relatif à l'instigation. Quant à eux, les tiers qui prêtent assistance, par exemple en fournissant des moyens financiers ou en servant d'intermédiaires, doivent être considérés comme complices (art. 25 CP). En outre, il se peut que les parents ne soient pas seulement des participants, mais aussi des coauteurs. Dans ce cas, l'acte des personnes chargées de la MGF leur sera imputée et ils porteront eux aussi la responsabilité entière de l'acte, même s'ils n'ont eux-mêmes jamais tenu en main d'ustensile tranchant.

La question de savoir s'il y a qualité de coauteur ou non est importante pour le cas le plus courant où la MGF est pratiquée dans le pays d'origine étranger. Il s'agira de montrer que c'est de cela que peut dépendre le fait que le droit pénal suisse soit applicable au comportement des parents. Cette problématique sera traitée dans la partie G. Dans ce qui suit, nous allons examiner dans quelles conditions les parents peuvent être considérés comme coauteurs (2.), instigateurs (3.) ou complices (4.).

### 2. Qualité de coauteur

D'après une jurisprudence constante du Tribunal fédéral, est coauteur «celui qui participe intentionnellement à la décision, à la planification ou à l'exécution d'une infraction et collabore de manière importante avec les autres auteurs, si bien qu'il apparaît comme un participant principal.»<sup>142</sup> Les coauteurs sont de toute manière les mères<sup>143</sup> qui sont présentes lors de la mutilation génitale et immobilisent leur fille; ceci se produit surtout dans les pays d'origine. Les coauteurs ne doivent toutefois pas nécessairement être présents au moment de l'exécution

de l'acte, la participation à la planification et à la coordination pouvant suffire.<sup>144</sup> La responsabilité de coauteur d'une personne non impliquée directement à l'exécution de l'acte présuppose d'une part qu'elle apporte une contribution essentielle. La contribution à l'acte doit être «d'après les circonstances du cas concret et le plan d'exécution de l'infraction si importante que sa réalisation en dépend».<sup>145</sup> En outre, la personne impliquée doit également détenir la maîtrise des opérations. A ce sujet, il s'agit en particulier de savoir si, en raison des rapports qui la lient à l'exécutant, elle exerce une influence prépondérante sur l'acte, par exemple parce que l'exécutant doit lui rendre des comptes.<sup>146</sup> Un autre indice de la qualité de coauteur est l'intérêt personnel que l'on porte à l'acte.<sup>147</sup>

Cependant, ce n'est qu'au vu des circonstances concrètes du cas d'espèce qu'il est possible de se déterminer quant à la qualité de coauteurs des parents. Une telle qualité devrait généralement leur être reconnue s'ils organisent l'excision de leur fille incapable de discernement. En effet, même si l'enfant souhaite ardemment l'excision – ce qui est d'autant plus vraisemblable qu'elle continue d'être étroitement socialisée dans un milieu composé de personnes de son pays d'origine – ce sont ses parents qui prennent la décision et effectuent les préparatifs nécessaires. Si l'excision a lieu en Suisse où elle est interdite, la contribution essentielle à l'acte consiste soit à trouver une personne du domaine médical disposée à pratiquer l'intervention, soit à s'occuper de faire venir une exciseuse (sous un angle financier aussi). Ce sont ces préparatifs qui permettent à l'excision d'avoir lieu ou non.

Si l'intervention a lieu dans le pays d'origine, il s'agira d'organiser le voyage et la réception de l'enfant et de mettre à disposition l'argent nécessaire. Il arrive aussi que les parents accompagnent leurs enfants. Dans tous ces agissements, ils ont la maîtrise des opérations. Ce sont eux qui décident si, où, comment et dans quelles circonstances leur fille doit être excisée. En d'autres termes, ils commandent l'intervention, et l'exciseuse ou la personne du domaine médical se soumet à leurs directives. Enfin, les parents ont également un intérêt personnel à l'excision de leur fille, dans la mesure où c'est la condition pour qu'elle se marie et mette au monde des petits-enfants, et qu'ils soient eux-mêmes estimés dans leur milieu d'origine pour avoir agi en respectant les normes.

L'hypothèse de la qualité de coauteur est moins évidente lorsque la fille est capable de discernement. Bien que l'influence des parents puisse être, là encore, considérable, il convient de regarder les circonstances du cas d'espèce pour savoir si cette influence est toujours suffisante pour qualifier les parents de coauteurs, ou si c'est la fille elle-même qui a endossé la responsabilité de l'intervention. Si c'est elle qui a organisé la MGF, il n'est pas exclu que ses parents ne soient inculpés que comme complices (art. 25 CP), comme instigateurs (art. 24 CP) ou ne soient pas du tout punissables.

### 3. Instigation

Comme nous l'avons dit, les parents peuvent être rendus coupables d'instigation à des lésions corporelles graves selon l'art. 122 en lien avec l'art. 24 CP par le fait qu'ils chargent une tierce personne d'exécuter la MGF.

Si la personne incitée se décide à l'acte et exécute l'excision, on se trouve en présence d'une instigation consommée. En vertu de l'art. 24 al. 1 CP, les parents (ou les autres instigateurs) sont donc passibles de la même peine que l'auteur principal, c'est-à-dire une peine variant entre six mois d'emprisonnement et dix ans de réclusion.

Les lésions corporelles graves étant un crime, il est en outre envisageable de prononcer une peine pour tentative d'instigation (art. 24 al. 2 en lien avec l'art. 9, l'art. 21 s. et l'art. 122 CP). Dans le présent contexte, cela revêt une certaine importance pratique. En effet, si les parents requièrent d'un médecin – comme cela s'est produit dans certains cas<sup>148</sup> – qu'il excise leur fille et que ce dernier refuse l'intervention, les parents peuvent être punis pour tentative d'instigation. Comme l'exécution de l'acte principal n'a pas eu lieu, la peine doit être atténuée en vertu de l'art. 65 CP.

Nous tenons à relever ici qu'un gynécologue confronté à une intention de ce type a la compétence, sans qu'il y ait violation du secret médical, d'avertir les autorités de tutelle pour qu'elles prennent les mesures de protection de l'enfant appropriées. Par ailleurs, il a la possibilité d'être dégagé du secret médical par la direction cantonale de la santé (art. 321 ch. 3 CP) afin de porter plainte auprès des autorités judiciaires. D'après le droit suisse, il n'existe cependant pas d'obligation de dénoncer de tels actes. Dans quelques cantons, les médecins qui exercent dans des hôpitaux de droit public seraient théoriquement tenus de dénoncer si l'on s'appuie sur le droit cantonal public. Dans la pratique, on a pris toutefois l'habitude de renoncer à la dénonciation afin de ne pas empêcher la victime de faire appel, au besoin, à une assistance médicale. Les parents qui sont convaincus de la nécessité d'une MGF chercheront d'autres voies. Pour éviter à une fille cette atroce intervention dans son pays d'origine, il faudrait donc qu'il y ait au moins une dénonciation aux autorités de tutelle.

### 4. Complicité

En vertu de l'art. 25 CP, se rend coupable de complicité celui qui aura intentionnellement prêté assistance pour commettre un crime ou un délit. Ainsi, si les parents ne se rendent pas coupables en tant que coauteurs, ils peuvent être qualifiés de complices au sens de l'art. 25 CP s'ils apportent une quelconque contribution subordonnée au soutien de l'excision.<sup>149</sup> Il en va de même des autres personnes qui fournissent une contribution à l'opération, par exemple en mettant des locaux, des instruments ou des médicaments à disposition, ou encore en cherchant l'aide d'une exciseuse ou d'une personne du milieu médical qui seraient disposées à pratiquer l'intervention.

## F. Punissabilité de l'omission?

En pratique, il arrive parfois que l'un des deux parents ne soit pas d'accord de faire exciser leur fille. Les familles qui se trouvent dans des pays d'immigration – en Suisse par exemple – devraient être touchées de manière accrue par ce problème. Dès le moment où seul un des deux parents est originaire d'un pays où la MGF est fortement répandue, son intention de faire exciser sa fille rencontrera très probablement le refus de l'autre parent. Qu'en est-il des conséquences pénales possibles, le cas échéant, pour le parent resté passif? Il est concevable aussi que les deux parents restent passifs et que la grand-mère (laquelle semble en pratique jouer un rôle non négligeable dans ce contexte) organise la MGF.

Les lésions corporelles graves de l'art. 122 CP prennent la forme d'un délit de commission, ce qui veut dire que seule est punissable une personne qui a causé lesdites lésions par un acte effectif ou qui a fourni une autre contribution essentielle à cet acte. Toutefois, les infractions conçues comme délits de commission peuvent aussi être réalisés par omission, dans la mesure où l'auteur avait l'obligation juridique d'agir. On parle alors de délit d'omission improprement dit. L'obligation (qualifiée) d'agir est désignée comme une position de garant et constitue l'élément central de tout délit d'omission improprement dit.

Il est unanimement établi que les parents ont, vis-à-vis de leurs enfants, une «position de garant quant à la garde».<sup>150</sup> En vertu de l'art. 272 CC, ils ont l'obligation de protéger leurs enfants des dangers qui menaceraient leur vie et leur santé. Le père ou la mère pourraient donc en principe se rendre coupable de lésions corporelles graves intentionnelles selon l'art. 122 CP s'ils assistent passivement à l'organisation de l'excision de leur fille par l'autre parent ou la grand-mère. La responsabilité pénale est toutefois liée encore à d'autres conditions et, dans un cas de MGF, on peut douter qu'elles soient réunies. Un parent se rend uniquement coupable s'il omet d'intervenir alors que cela pourrait empêcher le mal et qu'il est en mesure de le faire.<sup>151</sup> Il faut penser en particulier au cas où l'un des parents serait informé à très bref délai de l'intention de l'autre parent. Une dénonciation aux autorités de tutelle ne peut alors souvent plus empêcher l'exécution de l'acte; il peut s'avérer par ailleurs que les autorités de tutelle n'auraient rien entrepris. Si une intervention physique – par exemple l'enlèvement de la fille – n'est pas possible, le parent n'est pas punissable.

En somme, on peut dire que des parents sont en principe obligés de prendre des mesures lorsque leur conjoint s'apprête à faire exciser leur fille. Quant à la question de la punissabilité de l'omission, elle ne peut être résolue qu'au vu de toutes les circonstances du cas concret.

Dans ce contexte, on peut également se demander si des enseignants ou des directeurs de centres de transit pour requérants d'asile et d'institutions analogues qui entendent parler de l'excision future d'une fille appartenant à leur champ d'activité ont

l'obligation d'intervenir. Sont-ils punissables s'ils se contentent de tolérer les événements sans rien faire? A nouveau, cela dépend du fait de savoir si l'enseignant ou le responsable a ou non l'obligation légale d'empêcher des lésions à l'intégrité corporelle des enfants ou des femmes infligées par des tiers.

En principe, il est possible que des obligations de profession et de fonction de droit public ou des contrats de droit privé (par ex. en ce qui concerne les écoles privées) donnent lieu à une obligation de garde légale ou contractuelle, ceci uniquement pour des biens juridiques confiés au garant en vue de cette protection.<sup>152</sup> Il faut souligner que l'obligation légale de dénoncer à laquelle est tenue le personnel de l'Etat ne permet pas de déduire une obligation de garant.<sup>153</sup> Ainsi, ni les enseignants ni les responsables des centres de transit n'ont une obligation de garde pour protéger l'intégrité corporelle des personnes qui leur sont confiées, comme c'est le cas dans la relation entre le médecin et le patient – en tout cas pas dans le sens d'une protection contre les proches. Les enseignant(e)s sont tenus, durant leurs leçons, de veiller au bien de leurs élèves, mais ce devoir n'est pas leur responsabilité propre.<sup>154</sup> Ils ont toutefois l'obligation légale d'empêcher des atteintes à la santé et à la vie de leurs élèves qui surviennent durant les heures où ils leur sont confiés. L'encadrement des élèves durant l'enseignement et durant les pauses vise, selon l'usage, à créer la confiance chez les parents quant à la protection de leurs enfants contre les dangers.<sup>155</sup> Les directeurs des centres de transit portent une responsabilité analogue, tant que les enfants ou les adultes se trouvent sur le périmètre du centre. Si des atteintes à l'intégrité corporelle ont lieu en dehors des murs de l'école ou du centre, les enseignants ou autres personnes responsables n'ont pas l'obligation d'intervenir même s'ils en ont entendu parler au préalable.

Au vu de ce qui précède, les enseignants et les directeurs d'un centre de transit ne se rendent pas coupables lorsqu'ils n'entreprennent rien pour prévenir l'excision future d'une élève ou d'une requérante d'asile. En revanche, ils ont, le cas échéant, l'obligation de dénoncer, en vertu du droit cantonal.

## G. L'acte commis à l'étranger

### 1. La problématique

En pratique, l'excision de filles ou de jeunes femmes établies en Suisse a rarement lieu dans notre pays. Comme on l'a vu, cet acte est le plus souvent mis à exécution lors d'un séjour dans le pays d'origine.<sup>156</sup> Dans de tels cas, le droit pénal suisse est-il néanmoins applicable? La réponse est délicate.

### 2. Les règles générales

Le Code pénal suisse est applicable à quiconque commet un crime ou un délit en Suisse (art. 3 ch. 1 CP). Si cette affirmation positive est toujours valable, son pendant négatif – à savoir le fait que le droit pénal suisse ne s'applique pas à des actes

commis à l'étranger – n'est, quant à lui, pas systématique. En effet, aux termes de l'art. 6 CP, le droit pénal suisse peut être appliqué à des actes que des ressortissants suisses ont commis à l'étranger et, selon l'art. 5 CP, à des actes commis à l'étranger au détriment de ressortissants suisses. En ce qui concerne les MGF, ces deux cas de figure n'ont qu'un intérêt relatif, les auteurs et les victimes d'une MGF étant généralement de nationalité étrangère. En effet, le cas où l'un des parents est de nationalité suisse et où les enfants ont la citoyenneté suisse est exceptionnel. Nous sommes en présence d'une constellation analogue dans le cas pendant à Genève que nous avons mentionné plus haut.<sup>157</sup> Dans ce cas, l'autre parent impliqué dans l'excision pratiquée dans le pays d'origine pourrait déjà être poursuivi pénalement en Suisse en vertu de l'art. 5 al. 1 CP, dans la mesure où un tel acte est également punissable dans le pays d'origine.<sup>158</sup>

Par contre, dans l'hypothèse plus courante où aucune des personnes impliquées n'a la citoyenneté suisse, il y a lieu tout d'abord d'éclaircir deux questions particulières concernant le lieu où l'acte est commis. Il existe d'une part les délits commis à distance. Premièrement, dans le cadre de délits commis à distance, le comportement de l'auteur et l'apparition de la conséquence de ce comportement – sa réussite – se situent dans deux pays différents. Un exemple type est le coup de feu par-dessus la frontière qui tue une personne à l'étranger. A première vue, cela ne semble pas se présenter dans le cas d'une MGF. Les lésions corporelles sont un délit matériel, et le coup de feu peut déboucher sur un tel délit à l'étranger. En ce qui concerne la MGF, n'étant pas pratiquée à distance, son résultat survient pour ainsi dire en même temps que l'acte de l'auteur.

Deuxièmement, des problèmes particuliers se posent lorsque plusieurs personnes sont impliquées dans l'acte commis. Dans ce cas, l'acte a le caractère d'un délit matériel – le fait de commettre l'acte représente le «résultat» de la contribution apportée par les personnes impliquées (instigateur ou complice).<sup>159</sup> Il n'est pas aisé de déterminer ce qui fait partie de l'exécution de l'acte. Quel droit faut-il appliquer si l'auteur commence l'exécution de l'acte en Suisse mais qu'il l'achève à l'étranger?

### 3. Le lieu de commission

Dans notre cas, nous allons admettre que les lésions corporelles graves ont été commises à l'étranger. Il s'agit de déterminer si le voyage fait déjà partie de l'acte. L'ATF 104 IV 180 s. tend à le faire penser: Stanley Adams s'était rendu à Bruxelles et avait dénoncé à la Commission européenne des infractions de son employeur à une loi communautaire sur la concurrence (art. 273 CP, service de renseignements économiques). En vertu du droit belge, son acte n'aurait pas été punissable. La défense a refusé d'appliquer le droit suisse parce qu'Adams aurait tout au plus effectué en Suisse des actes préparatoires non punissables. Le Tribunal fédéral a toutefois fait valoir qu'il avait eu depuis la Suisse une correspondance préparatoire, qu'il avait convenu d'un rendez-vous par téléphone et entrepris le voyage

à destination de Bruxelles. Il aurait franchi ainsi le pas décisif déjà punissable en tant que tentative de délit, ce qui signifiait que l'acte délictueux avait débuté en Suisse.

En matière de MGF, on pourrait argumenter de manière analogue en soutenant que les parents effectuent des démarches en Suisse pour faire exciser leurs enfants. Il n'est pas possible d'émettre de déclaration apodictique quant au fait que des contacts préalables auraient été pris avec le pays dans lequel la MGF a été pratiquée. Mais on peut le supposer. Généralement, les parents – l'un des deux en tout cas – est du voyage. Il s'agit d'éclaircir de cas en cas si le départ constitue «le dernier pas décisif qui ne permet plus de retour en arrière, à moins qu'il y ait des circonstances extérieures qui rendent difficile ou impossible de poursuivre l'intention initiale».<sup>160</sup> C'est dans ce cas seulement que l'auteur a déjà commencé l'exécution des lésions corporelles graves, et son acte aurait alors atteint le degré de réalisation punissable en vertu de l'art. 21 s. CP. Le voyage représente un investissement économique considérable, ce qui rend plus difficile de se détourner de l'intention.<sup>161</sup> C'est l'état des préparatifs du voyage qui permettra de déterminer si le «point of no return»<sup>162</sup> est déjà atteint. Si l'auteur est déjà en possession des billets d'avion, il lui sera plus difficile d'abandonner son projet. Par ailleurs, il s'agit de considérer également les critères objectifs pour constater si la mise à exécution de l'acte a effectivement commencé. Il est exigé que l'on ait agi à proximité du forfait; il faut en tout cas qu'il y ait une certaine proximité temporelle avec l'infraction.<sup>163</sup> A notre avis, on peut partir du principe que la MGF pratiquée durant les vacances scolaires dans le pays d'origine de l'enfant est préparée en Suisse d'une manière telle que l'on est en droit de considérer les préparatifs du départ comme le début de l'acte.

L'arrêt du Tribunal fédéral précité (Stanley Adams) a, il est vrai, suscité la critique de la doctrine. POPP est d'avis que le Tribunal est allé trop loin dans ce cas<sup>164</sup> et que, par la suite, il a interprété de manière beaucoup plus étroite<sup>165</sup> la notion «d'exécution». Un tel point de vue n'est en aucun cas contraignant. STRATENWERTH fait référence à l'ATF 104 IV 180 s. sans réserve.<sup>166</sup>

Il est difficile de prévoir comment le Tribunal fédéral trancherait dans la situation présente. Il est allé particulièrement loin également dans l'ATF 74 IV 134 où il a défendu l'idée qu'une femme enceinte ayant l'intention d'avorter manifestait déjà sa décision irrévocable en franchissant le seuil de la maison ou de la salle d'accueil de l'avorteur (d'où la «théorie des seuils»). Cette décision a été elle aussi vivement critiquée par la doctrine<sup>167</sup>; malgré tout, la Cour suprême s'est à nouveau décidée, dans le cas Stanley Adams, pour une interprétation large.<sup>168</sup> De ce fait, il n'est pas exclu que, dans le cas de la MGF, elle attribuerait les préparatifs préliminaires au début de l'exécution.

Une possibilité consisterait aussi à adapter la loi. Le législateur en a donné l'exemple par l'art. 5 CP révisé en date du 13 décembre 2002 qui n'est pas encore en vigueur: certains délits



sexuels sont désormais punissables selon le droit suisse, même s'ils ne le sont pas au lieu de commission. Concernant les MGF, une autre adaptation serait nécessaire: l'art. 122 CP devrait, en ce qui concerne la MGF, être applicable à des actes commis à l'étranger par des étrangers envers des étrangers pour le cas où l'auteur se trouve en Suisse et n'est pas extradé. Nous sommes sceptiques à l'endroit d'une modification de la loi de ce type. Il faudrait en tout cas attendre pour voir si le Tribunal fédéral suit l'interprétation large défendue ici. Pour la législation aussi, le principe de l'ultima ratio doit être respecté: quand il est possible d'atteindre un résultat donné par le biais d'une interprétation, la loi ne doit pas être modifiée.

#### 4. La qualité d'auteur et la participation

Pour déterminer si les parents peuvent être punis, d'après le droit suisse, lorsqu'ils font exécuter l'excision de leur fille à l'étranger, il s'agit de savoir s'ils sont coauteurs ou simplement participants, soit instigateurs ou complices.<sup>169</sup> Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, «la participation en Suisse à un acte principal exécuté à l'étranger est considérée, selon le principe de la subordination, comme commise à l'étranger».<sup>170</sup> Cela signifie que l'acte de participation n'est punissable en Suisse que si l'acte principal est aussi punissable au lieu de commission.<sup>171</sup> En revanche, si l'acte principal a été commis en Suisse, les participants actifs uniquement à l'étranger devraient relever du droit suisse, ce que HURTADO POZO qualifie à juste titre de contradictoire.<sup>172</sup>

Pour la qualité de coauteur, la situation juridique est également peu claire. D'un côté, chaque coauteur est entièrement responsable du comportement des autres coauteurs, ce qui permet de conclure que l'acte a été commis partout où l'un des coauteurs a agi.<sup>173</sup> Le Tribunal fédéral a néanmoins fourni une réponse qui s'écartait de cela dans le cas d'un coauteur qui avait agi à l'arrière-plan uniquement à un niveau «intellectuel»<sup>174</sup>, mais cette position ne peut guère être justifiée dogmatiquement de manière convaincante.<sup>175</sup>

D'après les informations disponibles notamment sur Internet, l'excision est punissable en Egypte<sup>176</sup>, au Burkina Faso<sup>177</sup>, à Djibouti<sup>178</sup>, au Ghana<sup>179</sup>, en Guinée Conakry<sup>180</sup>, en Guinée<sup>181</sup>, au Kenya<sup>182</sup>, au Nigeria<sup>183</sup>, au Sénégal<sup>184</sup>, au Togo<sup>185</sup> et en République Centrafricaine<sup>186</sup>. Ce qui est important, c'est qu'une loi dans ce sens soit formellement en vigueur. Il faut s'attendre à ce que ces lois ne soient guère appliquées en zone rurale, c'est-à-dire dans le désert ou la savane, dans le bush ou la jungle et, dans les villes, de manière lacunaire. A notre avis, cela ne change rien au fait que l'acte en soi est punissable sur le lieu de l'exécution lorsqu'une disposition pénale existe dans ce sens. Au cas où les participants ou coauteurs ont agi en Suisse dans le sens présenté plus haut (3), ils sont punissables en vertu du droit suisse si la MGF a eu lieu dans l'un des pays cités.

#### 5. Punissabilité de l'acte préparatoire

Enfin, il faut mentionner que les actes préparatoires délictueux des lésions corporelles graves de l'art. 122 CP sont également punissables selon l'art. 260bis CP. Plus précisément, on se trouve en présence d'un acte préparatoire délictueux lorsqu'un individu «prend, conformément à un plan, des dispositions concrètes d'ordre technique ou d'organisation dont la nature et l'ampleur indiquent qu'il s'apprête» à passer à l'exécution d'un acte délictueux. Concernant les préparatifs que les parents effectuent pour envoyer une ou plusieurs de leurs filles en Afrique durant les vacances scolaires afin de les y faire exciser, on devrait être en présence de dispositions techniques et organisationnelles qui témoignent de leur résolution. Ces actes préparatoires au moins relèvent sans nul doute du droit pénal suisse. La peine prévue est la réclusion (jusqu'à cinq ans) ou l'emprisonnement – il s'agit donc d'un «crime» au sens de l'art. 9 CP. Ce constat a une portée considérable quant à la procédure. Il permet en effet d'intervenir avant que la fille concernée n'ait quitté la Suisse. Les parents peuvent être arrêtés car ils sont déjà punissables avant d'avoir touché un seul cheveu de leur enfant. Pour les filles, des mesures relevant du droit de tutelle<sup>187</sup> sont prévues. Il n'y a pas à craindre qu'elles se retrouvent sans personne pour s'occuper d'elles, même si l'organisation concrète de cette prise en charge peut se heurter à des difficultés considérables.

#### H. Evaluation de la défibulation et de la réinfibulation sous l'angle pénal

##### 1. Etat de fait

Après une infibulation, l'ouverture du vagin n'a parfois plus que la taille d'un roseau. Avant un rapport sexuel, l'orifice doit donc être agrandi. Cette incision est parfois pratiquée par une sage-femme ou par des médecins, parfois aussi par le conjoint, à l'aide d'un couteau ou d'un objet tranchant, par la force et sans anesthésie.<sup>188</sup> Il est aussi rapporté que l'agrandissement se fait successivement et qu'il faut quelques semaines jusqu'à ce que l'ouverture soit suffisamment grande pour le pénis et que la femme n'ait plus de douleurs lors des rapports sexuels.<sup>189</sup>

Lors de la défibulation, les lèvres qui se sont soudées doivent être entièrement incisées. Selon la taille de l'orifice, cela doit se faire avant ou pendant l'accouchement pour permettre une naissance sans risque.<sup>190</sup> Il s'agit là d'une intervention médicale relativement bénigne. En Suisse, certains médecins se trouvent aussi confrontés – indépendamment de la perspective d'une naissance future – à la demande de jeunes femmes qui souhaitent être défibulées avant le mariage afin de permettre des rapports sexuels. Cette intervention a été pratiquée en outre dans le cas d'infections difficiles à traiter ou de problèmes sexuels.<sup>191</sup>

L'information est la méthode la plus efficace pour mettre fin à la tradition de l'excision.

Elsbeth Müller, secrétaire générale d'UNICEF Suisse

La réinfibulation consiste à pratiquer une nouvelle suture de l'orifice. Dans le contexte traditionnel, le renouvellement de la suture de la vulve est un cas normal; l'ouverture que l'on laisse peut être minuscule ou correspondre au diamètre du pénis.<sup>192</sup> En Suisse, les gynécologues s'efforcent de convaincre les femmes qui ont accouché de conserver l'ouverture telle quelle, mais ils n'y parviennent pas toujours. Près de la moitié des femmes infibulées demandent expressément une réinfibulation après l'accouchement.<sup>193</sup> Leur vœu s'explique souvent par le fait qu'elles ont été infibulées durant des années et qu'elles n'arrivent pas à se réhabituer à la nouvelle sensation que leur donne leur corps. Elles croient aussi en partie que l'infibulation correspond au vœu de leurs maris; elles sont également convaincues qu'elle constitue pour l'homme un surcroît de plaisir.<sup>194</sup>

## 2. Evaluation juridique

### a) Qualification

La défibulation doit être considérée comme une lésion corporelle simple intentionnelle au sens de l'art. 123 ch. 1 CP. Cette infraction est également réalisée par le conjoint qui «ouvre» son épouse de force pour permettre une pénétration. La situation est un peu différente lorsqu'on se trouve en présence de l'élargissement progressif de l'ouverture, car les tissus restent alors intacts.

Quant à la réinfibulation, elle doit aussi être qualifiée de lésion corporelle simple (et non grave), indépendamment de la taille de l'orifice. Comme dit précédemment, l'infibulation pratiquée *lege artis* tombe sous le coup des lésions corporelles graves par le fait qu'un organe important, à savoir le clitoris, est supprimé.<sup>195</sup> Si l'orifice restant est minuscule, les conséquences peuvent être certes très désagréables pour les femmes (durée de la miction et de la menstruation, tentatives de pénétration douloureuses). Mais cet état n'est pas irréversible. Les préjudices peuvent être annulés en tout temps par une défibulation avec un effet immédiat, sous réserve du temps de cicatrisation nécessaire.

### b) Illicéité

Comme nous l'avons déjà expliqué en détail dans le cas de la MGF pratiquée pour la première fois, une personne n'est pas punissable si elle peut invoquer le fait justificatif du consentement. Selon l'opinion unanime de la doctrine<sup>196</sup>, consentir à une lésion corporelle simple ne pose aucun problème. De ce fait, la défibulation et l'ouverture par la force pour permettre la pénétration ne sont pas punissables si elles ont lieu avec l'accord de la femme. Dans le cas concret, on peut se demander si le fait que son conjoint agrandit l'orifice par la force sans anesthésie, à l'aide d'un couteau, correspond réellement à la volonté autonome de l'épouse; le conjoint ne la contraint-il pas plutôt à tolérer cette intervention? Les lésions corporelles simples n'étant pourtant poursuivables que sur plainte, même en l'absence de consentement valable, la femme concernée est libre de faire appel ou non aux autorités judiciaires. L'Etat n'intervient d'office que dans le cas où la femme est considérée comme «hors

d'état de se défendre» au sens de l'art. 123 ch. 2 CP. Il s'agit d'examiner de cas en cas si cela se vérifie.

Concernant la réinfibulation qui est elle aussi une lésion corporelle simple au sens de l'art. 123 ch. 1 CP, le consentement intervient à nouveau comme fait justificatif. Dans les ouvrages spécialisés concernant la MGF, il est affirmé parfois que les réinfibulations complètes seraient intolérables<sup>197</sup>, que la situation juridique serait peu claire, car le droit de la femme à l'autodétermination serait en contradiction avec nos valeurs éthiques.<sup>198</sup> Parmi les médecins suisses, il ne semble pas non plus y avoir l'unanimité quant au fait de pratiquer ou non la réinfibulation et jusqu'où. Patrick Hohlfeld, président de la Société suisse de gynécologie et obstétrique (SSGO), a déclaré lors d'une journée d'étude sur l'excision organisée à Berne que la majorité des médecins ne pratiquaient la réinfibulation que dans des cas exceptionnels. Une réinfibulation ne pouvait être envisagée<sup>199</sup> que dans le cas de femmes dont la demande d'asile aurait été rejetée. Dans un entretien personnel, nous avons appris que d'autres médecins accordaient davantage de poids à l'autonomie des patients et qu'ils n'excluaient pas – notamment après des explications détaillées et complètes – de pratiquer une suture ne laissant qu'un orifice de la taille d'un roseau.

Du point de vue pénal, nous pouvons lever tous les doutes: comme il ne s'agit que de lésions corporelles simples, c'est la volonté de la femme qui prévaut toujours sur les éventuelles réflexions d'ordre éthique, hygiénique ou médical. Bien que l'intervention ne réponde pas à une indication médicale et ne serve aucune valeur morale supérieure, une femme peut donner un consentement valide même lorsqu'il s'agit d'une réinfibulation complète. Les femmes qui ont déjà été infibulées donnent toujours leur consentement en connaissant pleinement la portée de l'intervention car elles ont déjà vécu pendant des années avec un orifice minuscule et sont manifestement prêtes à accepter les désagréments qui y sont associés. Dans certains cas, il se peut qu'une réinfibulation soit demandée sous la pression du conjoint mais, là aussi, il faut savoir que seule la femme concernée peut engager une procédure judiciaire. En outre, il faut souligner que, dans les cas évoqués, les médecins ne s'exposent au risque d'une poursuite judiciaire que lorsqu'ils acceptent de réinfibuler une femme tout en sachant que le consentement de cette dernière ne correspond pas à sa volonté autonome.

Nous aimerions relever pour terminer que ce point de vue n'est valable que pour les réinfibulations pratiquées *lege artis*. La situation juridique n'est pas très claire lorsque cette intervention a lieu dans les mêmes conditions (en particulier sans anesthésie) que la première infibulation.

# III. Aspects relatifs aux droits de l'homme

## A. Le problème

Comme l'a montré la description de la situation<sup>200</sup>, nous sommes en présence, avec la MGF, d'une problématique de portée mondiale. Il tombe sous le sens qu'un phénomène lié à de graves souffrances pour des millions de femmes doit être aussi abordé sous l'angle des droits de l'homme.

Dans les faits, ce débat a lieu depuis longtemps, avec beaucoup de sérieux de la part de RAHMAN/TOUBIA.<sup>201</sup> Les auteures font référence à de nombreux instruments universels et régionaux destinés à protéger les droits humains et parviennent à la conclusion que la MGF n'est pas en accord avec les garanties qu'ils assurent. Ce type d'argumentation a sans aucun doute de la valeur, tout particulièrement lorsqu'il s'agit de convaincre les politiciens et les gouvernements qu'ils ont l'obligation de prendre des mesures contre la MGF. D'un autre côté, la tendance à l'inflation dans le domaine des droits de l'homme<sup>202</sup> apparaît là de manière particulièrement nette.

Nous estimons peu judicieux de confronter ici un grand nombre de sources<sup>203</sup> et comprenons notre mission plutôt comme proche de la pratique. Une démarche pragmatique conduit à la question de savoir si et de quelle manière le droit international assure une protection directe efficace contre les MGF.

Le droit humain «le plus dur» est sans doute bien la protection contre la torture et autres traitements inhumains. La garantie figure dans de nombreux instruments. C'est la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)<sup>204</sup> qui a, parmi eux, la plus grande portée pratique; la torture est par ailleurs l'objet d'une convention spéciale de l'ONU et un comité spécial<sup>205</sup> est chargé de la faire appliquer. L'interdiction de la torture est de surcroît un droit international qui a force obligatoire (*ius cogens*) et résiste aux états d'urgence, c'est-à-dire qu'une exception n'est pas non plus admise en période de guerre ou dans d'autres états d'urgence.

## B. La MGF, une violation de l'art. 3 CEDH/de l'art. 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques

### 1. Peut-on considérer la MGF comme une «torture» ?

Il arrive que l'on qualifie la MGF de «torture».<sup>206</sup> Cette pratique est ainsi placée dans le cadre d'une conception internationale des droits de l'homme qui confère à la lutte légitimité et force.<sup>207</sup> La gravité de l'intervention et l'ampleur des souffrances physiques et psychiques qui l'accompagnent confortent la qualification de «torture» appliquée à la MGF. Selon la pratique courante de la Cour européenne des droits de l'homme, il s'agit, dans l'art. 3, d'un mauvais traitement qui atteint un degré minimal de gravité, la mesure du degré de gravité étant liée aux circonstances concrètes.<sup>208</sup> D'après cette description, on devrait effectivement qualifier la MGF de torture.

Si l'on y regarde de plus près, il apparaît clairement que la première impression est trompeuse. La torture est définie de manière très circonstanciée dans la convention de l'ONU. Dans cette définition, il est précisé que les douleurs sont infligées intentionnellement – cela se produit régulièrement dans le cas de la MGF<sup>209</sup> – mais aussi que le mauvais traitement est infligé dans une intention bien précise qui va au-delà: pour obtenir des renseignements ou des aveux, pour expier l'acte d'une victime ou d'un tiers, pour l'intimider, pour faire pression sur un tiers ou pour une autre raison fondée sur la discrimination.<sup>210</sup> Ces éléments ne sont pas présents dans le cas de la MGF.<sup>211</sup> Alors qu'elle peut être, par l'effet produit, considérée comme discriminatoire – comme nous allons le démontrer – on ne pourrait pas, à notre avis, soutenir la thèse selon laquelle il s'agit d'infliger des douleurs graves dans le but de discriminer des femmes ou des filles en raison de leur sexe.

La situation est moins claire quant au fait que la MGF constituerait une infraction à l'interdiction de la discrimination, parce qu'elle est, par définition, pratiquée uniquement sur des femmes.

L'article 1 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes<sup>212</sup> stipule: «Aux fins de la présente Convention, l'expression «discrimination à l'égard des femmes» vise toute distinction, exclusion ou restriction fondée sur le sexe qui a pour effet ou pour but de compromettre ou de détruire la reconnaissance, la jouissance

ou l'exercice par les femmes, quel que soit leur état matrimonial, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social, culturel et civil ou dans tout autre domaine». Dans la Recommandation Générale no 14<sup>213</sup>, le comité chargé d'appliquer la convention a condamné la pratique de la MGF et appelé les Etats parties à la combattre. La MGF peut s'inscrire dans cette définition d'autant plus qu'elle sert l'oppression de la femme.<sup>214</sup>

En revanche, notre recherche dans les travaux du comité des Nations Unies contre la torture est restée infructueuse en matière de MGF. Nous n'en sommes aucunement surpris. La MGF ne correspond effectivement pas au type de torture visé par la convention y relative. La MGF est ancrée dans la tradition des groupes ethniques concernés. Son but n'est pas, en fin de compte, une discrimination – même si un tel résultat n'est guère contestable – mais, au contraire, l'intégration dans la société locale. Dans ce contexte, la discrimination touche précisément les femmes qui n'ont pas subi la MGF et sont, de ce fait, considérées comme impures; on les méprise, les marginalise, les juge comme inaptes au mariage et elles ne peuvent pas occuper dans la société locale la position qui leur reviendrait. On peut et on doit condamner cela également en se référant à des points de vue ayant une portée universelle en matière de droits de l'homme mais cela ne suffit pas pour qualifier ce rituel de «torture» au sens technique du terme.

Après avoir constaté que la MGF ne vise pas en soi une discrimination, la voie qui permettrait de la considérer comme une violation de l'art. 3 CEDH, en référence au rapport de la Commission européenne des droits de l'homme dans le cas des «East African Asians» contre le Royaume-Uni<sup>215</sup>, est également bloquée.

## 2. La MGF est-elle un traitement inhumain?

La MGF est sans nul doute un «traitement inhumain». Dans le présent contexte, il n'y a pas lieu de se demander si la MGF est aussi un traitement «cruel», car cette notion ne figure pas dans l'art. 3 CEDH. Un traitement est inhumain lorsqu'il cause à la victime de graves souffrances psychiques ou physiques qui ne sont justifiées par aucun intérêt supérieur de la victime.<sup>216</sup>

Il convient de se demander s'il y a des raisons particulières qui pourraient permettre de considérer la MGF légitime sous l'angle des droits de l'homme.

## 3. Respect des coutumes – universalité des droits de l'homme?

Les droits de l'homme prétendent à une valeur universelle. Ceci apparaît déjà dans le titre du document que l'on peut considérer comme l'origine de la protection internationale des droits de l'homme, même si cette déclaration n'a pas de caractère contraignant: la Déclaration universelle des droits de l'homme – en anglais: Universal Declaration of Human Rights – du 10 décembre 1948. Cette date est célébrée comme la «Journée des droits de l'homme».

La question de la valeur universelle des droits de l'homme n'est pas, il faut le dire, sans être contestée.<sup>217</sup> Des voix s'élèvent aussi contre «l'exportation des droits de l'homme» qui prendrait la forme notamment de la pratique du non-refoulement. Le monde occidental qui se définit lui-même comme «civilisé» aurait la prétention d'imposer ses systèmes de valeurs à des sociétés qui respectent d'autres valeurs et seraient moins dominées par la ratio, l'intellect; on parle dès lors d'impérialisme culturel.<sup>218</sup> Dans ce débat, une position réductrice et absolue peut difficilement conduire à des résultats concluants. Dans une certaine mesure, il est possible d'harmoniser la protection des droits de l'homme et la préservation des coutumes locales. Chez les auteurs cités, on parvient régulièrement au même résultat: les droits de l'homme ne devraient pas être utilisés comme instrument pour effacer les particularités culturelles – en fin de compte, on se trouve de plus en plus en présence d'une reconnaissance générale des droits des minorités. Il existerait toutefois – et là, on est unanime à l'affirmer – un noyau intangible qui devrait être protégé: des droits fondamentaux dont aucun patrimoine culturel traditionnel, si profondes ses racines fussent-elles, ne devrait pouvoir justifier la violation.

Il semblerait évident d'attribuer au noyau dur des droits de l'homme l'interdiction de la torture et de toute forme de traitement ou de peine cruel, inhumain ou dégradant. Cette conclusion est juste en soi. Mais en y regardant de plus près, la définition concrète de ce noyau s'avère plutôt difficile. La garantie de dispositions comme l'art. 3 CEDH ou l'art. 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques s'avère relative, malgré son caractère absolu, lorsqu'il s'agit de définir la limite entre ce qui est insupportable et ce que l'on peut encore justifier.<sup>219</sup>

Il y a donc là une certaine marge de manœuvre qui permet de prendre en considération le contexte social et culturel. Certains rituels d'initiation pourraient se situer dans cette marge. Pour la personne issue d'un peuple aborigène, l'isolement dans une cellule en béton peut paraître inhumain, alors que des tatouages d'abord douloureux puis très visibles pour marquer l'appartenance à une ethnie pourraient être perçus comme une humiliation dans un contexte urbain occidental.<sup>220</sup>

Concernant la MGF, une telle réconciliation s'avère impossible<sup>221</sup> – les douleurs infligées à la victime sont trop sérieuses; et, surtout, il s'agit d'une véritable mutilation: un organe non vital mais essentiel pour le plein épanouissement d'une personne est détruit de manière irréversible. Dans les ouvrages spécialisés, nous n'avons trouvé nulle part de déclaration qui aurait fait prévaloir la prise en compte de la coutume et de la culture sur la condamnation de la MGF.

Pour établir si la protection de la MGF doit être considérée comme un «droit de l'homme», il est par ailleurs important de savoir si la responsabilité de cette pratique peut être attribuée à des Etats.

#### 4. A qui incombe la responsabilité de la MGF ?

Les droits de l'homme servent en principe à protéger l'individu contre des atteintes de l'Etat. Les MGF sont toutefois pratiquées par des personnes privées. Les cas dans lesquels on a fait appel aux services de médecins exerçant dans des hôpitaux publics constituent des exceptions – il n'est pas judicieux d'approfondir ici cette question pour savoir si ces circonstances justifieraient que l'on attribue à l'Etat la responsabilité de la mutilation.

La Cour européenne des droits de l'homme a reconnu depuis longtemps – comme l'avait fait la commission<sup>222</sup> – que les Etats avaient, en ratifiant la convention, une obligation de protection.<sup>223</sup>

Cette obligation de protection apparaît particulièrement clairement dans le cas de X. et Y. contre les Pays-Bas<sup>224</sup>: la Cour a considéré qu'il y avait violation du droit au respect de la vie privée par le fait que le droit pénal hollandais présentait une lacune. Les agressions sexuelles sur des handicapés mentaux vivant dans un foyer restaient impunies lorsque l'auteur ne faisait pas partie du personnel du foyer. Du fait d'une protection insuffisante, l'Etat n'avait pas satisfait à son obligation de protéger de manière appropriée la sphère privée de la plaignante.<sup>225</sup>

Le jugement A. contre Royaume-Uni est encore plus proche de la problématique de la MGF. Le plaignant, un garçon de neuf ans, avait été frappé plusieurs fois si violemment (with considerable force) par le compagnon de sa mère à l'aide d'un bâton utilisé au jardin pour attacher les plantes que des meurtrissures étaient demeurées visibles encore un certain temps sur les cuisses et les mollets après la correction. Une cour d'assises a acquitté le beau-père de l'accusation pour lésion corporelle (assault occasioning actual bodily harm).

Comme l'avait fait la commission, la Cour est arrivée à l'unanimité à la conclusion que le Royaume-Uni avait violé l'art. 3 CEDH. Face à la Cour européenne, le gouvernement s'était rallié au point de vue de la commission. La Cour constate que le degré de gravité requis pour le constat d'une violation de l'art. 3 a été atteint (§ 21). En vertu de l'art. 1 CEDH, les Etats parties ont l'obligation de garantir les droits de la convention<sup>227</sup> à toute personne se trouvant sous leur souveraineté. Les enfants et les autres personnes particulièrement vulnérables auraient spécialement droit à une protection sous la forme d'une mesure dissuasive efficace; la Cour renvoyait en cela également à la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant.<sup>228</sup> L'acquiescement du beau-père aurait montré que le droit n'avait pas protégé suffisamment le plaignant.

#### 5. Résultat provisoire

Les développements ont montré jusqu'à maintenant que la MGF constitue en principe une violation d'un droit humain fondamental, à savoir l'interdiction d'infliger des traitements inhumains au sens de l'art. 3 CEDH et de l'art. 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

L'Etat est responsable de cette violation lorsqu'il omet de protéger de manière appropriée la femme concernée ou l'enfant concerné contre de telles lésions, même dans le cas où l'atteinte est commise par des privés.

Que signifie cela concrètement? Cela signifie que les Etats parties à la CEDH – ils sont au nombre de 45 actuellement<sup>229</sup> – ont l'obligation d'une part de menacer la MGF d'une peine dans leur législation et, d'autre part, de faire appliquer cette disposition pénale par leurs autorités judiciaires. Si une femme subit une telle atteinte sur le territoire d'un Etat partie et que l'acte n'est pas poursuivi pénalement de manière sérieuse, elle peut déposer plainte auprès de la Cour européenne pour violation de l'art. 3 CEDH.<sup>230</sup>

Comme nous l'avons montré, la Suisse possède une disposition pénale suffisante – et il n'est pas concevable qu'une telle norme fasse défaut dans un autre pays membre du Conseil de l'Europe. Toutes les questions sujettes à discussion dans le cadre du droit pénal national – notamment les questions du consentement, de l'implication de tiers ou de l'application géographique – ne devraient pas être contrôlées par la Cour européenne; cette dernière considère à juste titre qu'il ne lui incombe pas de vérifier si le droit national est appliqué correctement.

Le fait que la MGF constitue une grave violation des droits de l'homme revêt une importance considérable dans un autre contexte, à savoir en liaison avec la procédure d'asile et le renvoi.

### C. La menace d'une MGF – motif d'asile ou obstacle au renvoi?

#### 1. Les bases légales – le principe

Il est généralement reconnu aujourd'hui que la CEDH n'oblige pas seulement les Etats à ne violer aucun des droits des personnes relevant de leur souveraineté mais qu'elle les oblige aussi à protéger ces dernières, dans une certaine mesure, contre des violations que commettraient d'autres Etats et, le cas échéant, à ne pas contribuer à ces violations. La Convention de l'ONU contre la torture interdit à l'art. 3 de livrer une personne à un autre Etat où elle se trouverait menacée de torture ou de toute autre forme de traitement inhumain, cruel ou dégradant.<sup>231</sup> La jurisprudence de Strasbourg a mis en place la même règle.<sup>232</sup> Comme on le sait, la Convention de Genève relative au statut des réfugiés (1951) protège également contre le refoulement. Le droit à la protection est lié, dans ce cas, à l'acte de « persécution » qui ne s'applique pas à la MGF. Selon l'art. 1 A ch. 2 de cette convention, le terme de réfugié s'applique à toute personne qui craint d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques et qui, de ce fait, ne peut pas ou ne veut pas retourner dans son pays.<sup>233</sup> On peut sans doute se demander si la partie féminine de l'humanité consti-

tue «un groupe social» au sens de cette disposition; mais même si on répond par l'affirmative, il n'est pas très convaincant, en liaison avec la MGF, d'affirmer qu'une personne est persécutée en raison de son sexe.

## **2. Les bases légales – la protection contre la persécution non issue de l'Etat?**

La question suivante est débattue de manière très contradictoire: le non-refoulement est-il valable uniquement lorsque la personne concernée est menacée de persécution par l'Etat ou est-il valable aussi lorsque ce sont des tiers qui la mettent en danger, à savoir des groupes terroristes, des organisations criminelles ou des familles ennemies (vendetta). C'est ce type de menace qui a été invoqué dans l'affaire H.L.R. contre la France.<sup>234</sup> Le plaignant avait été arrêté lors d'un transport de stupéfiants et avait fait, par la suite, des déclarations qui avaient conduit à l'arrestation d'un trafiquant de drogue. En cas de retour, il craignait la vengeance des trafiquants de drogue contre laquelle l'Etat ne pouvait pas le protéger.

Dans ce cas, la Cour Eur.D.H. n'a trouvé – contrairement à la commission – aucune violation de l'art. 3, mais a reconnu néanmoins que la menace de persécution de la part de tiers pouvait avoir pour effet qu'une expulsion entraîne une violation de cette disposition. Pour que cela se produise, deux conditions devaient être remplies: il devait s'agir d'un véritable danger et les autorités du pays d'accueil devaient être dans l'incapacité d'assurer une protection adéquate.<sup>235</sup>

Il résulte de cela qu'une enfant ou une femme ne peuvent pas être renvoyées ou expulsées vers un pays dans lequel elles se trouvent menacées d'une MGF contre laquelle elles ne peuvent pas se défendre avec une perspective de succès. Une situation de ce type existe lorsqu'une fille a été mariée par ses parents à un mari très traditionaliste et est censée aller vivre dans une région où la pratique de la MGF prévaut. Même si elle a un peu tendance à généraliser, ROSENKE<sup>236</sup> a sans doute raison dans l'ensemble en estimant que les Etats africains ne sont pas encore en mesure d'apporter une protection efficace contre la MGF. En tout cas, là où une grande partie de la population féminine subit l'excision, on peut supposer qu'une protection efficace fait défaut.

Nous constatons avec satisfaction que le Conseil fédéral partage le point de vue que nous avons défendu. Dans sa réponse à l'interpellation Caspar-Hutter, il écrit: «Si une étrangère menacée d'expulsion peut expliquer de manière crédible qu'elle serait exposée, après son renvoi, au risque effectif d'un traitement inhumain, il conviendrait de renoncer à appliquer le renvoi existant, même s'il est exécutoire, et de décider en lieu et place d'une admission provisoire».<sup>237</sup>

La mutilation génitale féminine  
constitue la violation d'un droit  
humain fondamental.

Stefan Trechsel, professeur, docteur en droit; Regula Schläuri, docteur en droit



## IV. Remarques finales

La présente étude a pour but d'examiner quelles sont les possibilités juridiques du droit suisse – en particulier du droit pénal suisse – pour lutter contre les mutilations génitales féminines. Elle montre qu'une telle pratique est punissable en tant que lésion corporelle grave. La sanction fixée devrait se situer entre six mois d'emprisonnement et dix ans de réclusion. Les parents se rendent également coupables en faisant exciser leurs filles. Même si la MGF a lieu finalement dans le pays d'origine, le droit pénal suisse est applicable dans la mesure où l'acte a été préparé en Suisse. Le consentement ne peut en aucun cas justifier la MGF. Une atténuation ou une suspension de la culpabilité sont possibles lorsque les auteurs ignorent totalement que leur comportement contrevient à l'ordre juridique suisse. La MGF est en contradiction avec de nombreux instruments internationaux visant à protéger les droits de l'homme. Elle constitue avant tout un traitement inhumain. La conséquence la plus importante de ce constat, c'est que le danger que représente une MGF constitue un obstacle au renvoi. Quelles requêtes pouvons-nous formuler à la suite de cette étude? Nous espérons tout d'abord que la jurisprudence rejoindra notre interprétation des dispositions du code pénal qui considère la MGF comme une lésion corporelle grave, déclare le consentement comme non valide et, par une interprétation plutôt large, fait valoir les actes préparatoires commis en Suisse comme le début de l'exécution.

Au vu de la situation juridique telle que nous la comprenons, il n'est pas nécessaire actuellement que le législateur intervienne. Cela pourrait toutefois s'avérer nécessaire si la jurisprudence devait aboutir à des résultats qui s'écartent nettement de notre point de vue.

Nous attribuons beaucoup de poids à l'information. Il s'impose de toute urgence d'informer clairement et avec insistance tous les étrangers chez lesquels on pourrait avoir des raisons de craindre qu'ils puissent faire exécuter une MGF; ils devraient savoir que cette pratique est strictement rejetée en Suisse et qu'elle est considérée comme un crime grave.

Nous aimerions répéter finalement ce qui correspond sans doute à l'opinion générale: la MGF doit être combattue à la source. Les Africaines qui sont toujours plus nombreuses à se consacrer à cette tâche méritent d'être activement soutenues. C'est de l'intérieur seulement qu'il sera possible d'assouplir cet attachement rigide à la tradition. Il faudra des années pour que cette pratique effroyable soit abolie, mais la lutte n'est pas vaine.

# Réponses à la mutilation génitale des femmes/excision en Europe<sup>1</sup>

Michael James Miller, Project Officer,  
Child Protection,  
UNICEF Innocenti Research Centre, Florence

L'immigration africaine en Europe est une caractéristique symptomatique de toute la période d'après-guerre. Au-delà des facteurs économiques, les schémas migratoires ont souvent reflété des liens coloniaux. Par exemple, les citoyens du Bénin, du Tchad, de Guinée, du Mali, du Niger et du Sénégal ont tendance à choisir la France pour destination, tandis que les citoyens du Kenya, du Nigeria et de l'Ouganda préfèrent émigrer vers le Royaume-Uni. Durant les années 70, la guerre, les troubles civils et la sécheresse qu'ont connus de nombreux Etats africains dont l'Erythrée, l'Ethiopie et la Somalie ont généré un afflux de réfugiés vers les pays d'Europe occidentale. Certains, comme la Norvège et la Suède, ont à ce jour été relativement peu touchés par l'immigration. Viennent s'ajouter à ces schémas les facteurs hommes/femmes: les femmes émigrent de plus en plus souvent de leur propre chef et non en tant qu'éléments de leur famille. En Italie, par exemple, en 2000, 76,8 pour cent des immigrants d'Erythrée étaient des femmes.<sup>2</sup>

Tous ces groupes d'immigrants ont apporté avec eux leurs pratiques et leurs traditions qui ont enrichi la culture de leur pays d'accueil. Toutefois, une de ces pratiques culturelles a provoqué et provoque toujours un vif débat tant politique que public en Europe: la mutilation génitale des femmes ou l'excision (MGF/E).

En Europe, au cours des années 70, on s'est peu à peu rendu compte que cette pratique n'était plus limitée à quelque 28 Etats africains et quelques pays épars. Les pays d'Europe occidentale avaient non seulement accueilli des femmes et des filles qui avaient été excisées, mais accueillait également des femmes et des filles qui risquaient de l'être.<sup>3</sup> Aujourd'hui, trois des dix plus grandes communautés de demandeurs d'asile dans l'Union européenne viennent de pays africains où l'excision est pratiquée (le Nigeria, la Somalie et la République démocratique du Congo).<sup>4</sup> L'une des réponses les plus tangibles de la part de certains Etats européens a été le recours à des mesures juridiques visant à interdire la pratique et à punir ceux qui accomplissent ou se rendent complices de cet acte. Ce chapitre présente les différentes formes qu'a prises cette réponse juridique. En outre, il examine le degré de volonté des Etats européens à poursuivre en justice les personnes soupçonnées d'avoir pratiqué l'excision ou d'y avoir participé. Les mesures juridiques sont l'un des indicateurs les plus clairs de la position de chaque Etat vis-à-vis de l'excision. Elles ne sont toutefois pas les seules réponses au problème; en effet, ce chapitre met également l'accent sur l'importance des initiatives sociales et de l'éducation préventive soutenues par les gouvernements, les organisations non gouvernementales (ONG) et les groupes professionnels tels que les travailleurs de la santé.

## Approches juridiques au niveau national

En termes juridiques, la première réponse décisive contre l'excision est apparue en 1982, lorsque la Suède est devenue le premier pays européen à légiférer spécifiquement contre cette pratique. Cette année-là, le parlement suédois a approuvé une loi (Act Prohibiting the Genital Mutilation of Women, 1982:316 / loi sur l'interdiction de la mutilation génitale des femmes) qui stipule qu'«une opération ne peut être pratiquée sur les organes sexuels féminins externes dans le but de les mutiler ou de les modifier de façon permanente [...] indépendamment du fait que la personne concernée soit consentante ou non.»<sup>5</sup> En 1998, cette loi a été amendée pour que les peines à l'encontre des personnes pratiquant l'excision soient plus sévères. Selon la gravité des conséquences, la loi suédoise prévoit une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à dix ans pour toute personne pratiquant l'excision. L'exemple de la Suède montre que la volonté d'un gouvernement pour légiférer en matière d'excision n'est pas simplement fonction du nombre de femmes et de filles à risque dans le pays. En Suède, même à l'époque de cet amendement (en 1998), la population immigrante de pays où se pratique l'excision était relativement faible. En 1997, il y avait moins de 32 000 immigrants d'Erythrée, d'Ethiopie, de Gambie, du Kenya, de Somalie et de l'Ouganda – dont moins de la moitié étaient des femmes.<sup>6</sup>

L'examen des mesures nationales instituées à ce jour indique que les législateurs, en Europe, ont eu tendance à favoriser l'une des trois réponses à l'excision: l'introduction ex novo d'une législation spécifique qui permet de criminaliser la pratique, la modification de la législation existante pour faire des références spécifiques à cette pratique, ou l'interdiction de l'excision en vertu du droit pénal général relatif aux coups et blessures et aux sévices sur mineurs. Après la Suède, ce fut au tour de la France de répondre à l'excision en termes juridiques; elle a choisi de ne pas introduire de législation spécifique. Toutefois, en 1983, la Haute Cour de justice a reconnu que des cas d'excision pouvaient être poursuivis en vertu de ce qui était alors l'article 312 du Code pénal. Après l'introduction du nouveau Code pénal, en 1994, c'est l'article 222(9) qui traite des actes de violence entraînant une mutilation et qui prévoit une peine de 10 ans de prison. L'article 222(10) stipule que lorsque le crime est commis à l'encontre d'une mineure de moins de 15 ans, la peine est de 15 ans de prison, voire 20 ans lorsque l'acte est perpétré par un parent, un soignant ou toute personne ayant autorité sur l'enfant. Les autres pays européens qui ont choisi d'adopter une position similaire à la France sont notamment l'Allemagne et les Pays-Bas. En Allemagne, le Code pénal de 2001 ne présente pas l'excision comme un crime, mais l'identifie à des «dommages corporels», «dommages corporels dangereux», «mauvais traitements», «dommages corporels graves» et «dommages corporels ayant entraîné la mort». Aux Pays-Bas, le gouvernement a déclaré que les articles 300-309 et 436 du Code pénal sont applicables à l'excision.<sup>7</sup> D'un autre côté, les pays qui ont imité la Suède – en introduisant une législation spécifique relative à l'excision – sont

notamment le Royaume-Uni (the Prohibition of Female Circumcision Act 1985, and Female Genital Mutilation Act 2003 – loi sur l’interdiction de la circoncision féminine et loi sur la mutilation des organes génitaux féminins) ainsi que la Norvège (Loi n° 74 du 15 décembre 1995).

Les pays qui ont choisi de modifier leur législation actuelle pour rendre explicites les références à la pratique de l’excision – sans toutefois introduire de nouvelles catégories d’actes criminels y relatifs – sont la Belgique, le Danemark, l’Espagne et la Suisse (le cas spécifique de la Suisse sera présenté en détail dans les chapitres suivants). Au Danemark, par exemple, la loi n° 386 a été approuvée le 28 mai 2003. Elle modifie le Code pénal avec une nouvelle section relative à l’excision (section 245a) et prévoit une peine de 6 ans de prison pour quiconque accomplit cet acte avec ou sans le consentement de la femme concernée.<sup>8</sup> En Italie, un amendement de l’article 583 du Code pénal relatif aux coups et blessures ayant passé par la Chambre des Députés le 4 mai 2004 devait encore –au moment où ces lignes sont écrites – être approuvé par le Sénat. Cette modification fait spécifiquement référence aux actes de mutilation génitale pratiqués pour aboutir à un conditionnement sexuel, et prévoit une peine de 6 à 12 ans de prison pour toute personne qui se rend coupable de tels actes. Une législation spécifique, allant de pair avec une législation modifiée permettant de faire spécifiquement référence à l’excision, peut être perçue comme une volonté nationale affirmée de considérer cette pratique comme un crime inacceptable, lequel ne peut pas être justifié en termes de «relativisme culturel». Par exemple, la législation du Royaume-Uni rejette explicitement les valeurs culturelles en tant que justification de l’excision: «Dans le but de déterminer si une opération est nécessaire ou non pour la santé mentale d’une fille, le fait que celle-ci – ou tout autre personne – croie que l’opération est nécessaire pour des raisons coutumières ou rituelles n’a pas la moindre importance»<sup>9</sup> [c’est moi qui souligne]. D’un autre côté, une législation générale telle qu’on la trouve en France, en Allemagne et aux Pays-Bas présente l’avantage de minimiser le risque de stigmatiser des communautés dans lesquelles l’excision est pratiquée couramment, et ce par l’introduction de lois «spéciales».

La nature de la législation relative à l’excision est un facteur important de la réponse juridique à cette pratique dans les Etats européens. Toutefois, pour bien comprendre cette réponse, il faut également examiner les poursuites judiciaires menées sous le coup de ces différentes lois. Par exemple, la position apparemment résolue que suggèrent les lois de 1985 et de 2003 au Royaume-Uni n’est pas corroborée par le registre des poursuites judiciaires de ce pays. A ce jour, il n’y a pas eu de poursuites judiciaires pour excision en vertu de la loi. En Suède, seul un cas a été porté devant les tribunaux jusqu’en 2000 – soit 18 ans après que ce pays eut fait œuvre de pionnier en réagissant au problème en termes juridiques. En France, à la même date, il y a eu 25 poursuites judiciaires pour implications dans la pratique de l’excision – avec recours à la législation générale relative aux coups et blessures criminels. En 1999, par exemple, un tribunal parisien a

condamné une Malienne à huit ans de prison pour la mutilation de 48 fillettes âgées d’un mois à dix ans – tandis que 27 parents qui avaient recours à ses services ont été condamnés avec sursis.<sup>10</sup> Comparant différents registres de poursuites judiciaires en France et au Royaume-Uni relatifs à l’excision, un rapport, établi à l’attention de la Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) montre que:

En faveur de l’approche britannique, on retient la sensibilité culturelle et le désir de travailler avec des communautés minoritaires sans les criminaliser. Une critique contre cette approche peut être retenue dans la mesure où elle se soumet à la sensibilité culturelle aux dépens de la santé et de la sécurité des victimes. L’approche française, pour sa part, inclut la protection de tous les enfants dans sa juridiction – quelle que soit l’origine – même si cela peut entraîner un ressentiment et un refus de collaborer avec les autorités locales.<sup>11</sup>

Se référer au droit pénal général relatif aux coups et blessures ne signifie pas nécessairement que des poursuites vont être engagées. Comme mentionné, la position législative des Pays-Bas est similaire à celle de la France mais, à ce jour, il n’y a pas eu de poursuites pour excision aux Pays-Bas.

Jusque là, la discussion a porté sur une législation qui puisse répondre à la menace que représente la pratique possible de l’excision sur des femmes et des filles sur le territoire d’un Etat européen. De plus, certains gouvernements ont souligné que l’interdiction légale risquait d’avoir pour conséquence que les familles renvoient les femmes et les filles dans leur pays d’origine pour y être excisées. Ainsi, selon la loi suédoise par exemple, une personne résidant en Suède qui prévoit une excision pour une femme ou une fille dans un autre pays peut être condamnée en vertu de la loi, même si le crime a été commis à l’étranger. Au Royaume-Uni, également, la législation s’étend aussi aux opérations pratiquées à l’étranger sur des femmes ou des enfants qui ont la nationalité britannique ou qui sont résidents permanents du Royaume-Uni. Conformément à la loi de 1993, les parents qui ont emmené leurs filles à l’étranger pour y subir cette opération encourrent une peine de 14 ans de prison. De même, en Norvège, la loi de 1995 s’applique tant en Norvège qu’à l’étranger – ce qui signifie que quiconque ayant la nationalité norvégienne, ou étant résident permanent en Norvège, qui a pratiqué cette opération ou y a prêté son concours, même en dehors du territoire norvégien, est passible de poursuites judiciaires en vertu de la loi norvégienne.

La prise de conscience grandissante du risque que courent les filles et les femmes – protégées par les lois des Etats européens – d’être emmenées à l’étranger pour y être excisées s’illustre par la décision de la Cour n° 1 de Sant Feliu de Guixols, à Gérone, en Espagne, le 13 mai 2004, pour empêcher que le père de trois Gambiennes ne ramène ses filles au pays. En Espagne, les personnes qui pratiquent l’excision peuvent être inculpées en vertu de l’article 149 du Code pénal qui traite des coups et bles-

sures aux personnes. En septembre 2003, cet article a été modifié en vertu de la loi constitutionnelle organique n° 11/2003 pour inclure spécifiquement l'excision en tant que blessure punissable d'une peine de prison de 6 à 12 ans, avec une peine plus sévère si l'acte est pratiqué sur une mineure. La décision d'un juge selon laquelle il fallait retirer le passeport des filles – dont deux sœurs aînées avaient déjà été excisées lors d'un voyage en Gambie – a suscité un vif débat public. Le passeport leur sera rendu lorsqu'elles auront 18 ans. Le juge a aussi décidé que les filles devront être examinées par un médecin tous les six mois pour s'assurer qu'elles n'ont pas été excisées en Espagne.<sup>12</sup> Six semaines avant cette décision, la cour d'assises de Paris a condamné un Guinéen et ses deux femmes pour complicité de violence ayant entraîné la mutilation d'une mineure après qu'il eut été prouvé que les deux filles de l'homme avaient été renvoyées en Guinée pour y être excisées. L'homme et les deux épouses ont été condamnés à cinq ans avec sursis et les filles ont obtenu des dommages-intérêts.<sup>13</sup>

Les Etats européens ont également dû tenir compte du problème de l'excision en tant que motif de demande d'asile. En 1994, le Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés a fait une déclaration selon laquelle une femme pouvait être considérée comme une réfugiée si elle, sa fille ou ses filles risquaient d'être excisées dans leur pays d'origine, ou si elles risquaient d'être persécutées en refusant de se soumettre à la pratique;<sup>14</sup> il s'agit là d'une position soutenue par la Commission européenne.<sup>15</sup> Néanmoins, selon Amnesty International, ce n'est que dans un nombre de cas très restreint que des femmes avaient obtenu l'asile en Europe.<sup>16</sup> Le problème de l'asile s'est révélé une pierre d'achoppement pour la modification du Code pénal italien permettant de faire référence à l'excision. Le 29 avril 2004, le vote parlementaire sur la loi a été reporté à cause de réticences relatives à la reconnaissance du statut de réfugié aux femmes fuyant leur pays du fait qu'elles ou leurs filles y risquaient l'excision.<sup>17</sup>

### Approches juridiques au niveau européen

Les MGF/E peuvent être interprétées comme une violation à plusieurs articles de la Convention européenne des Droits de l'Homme de 1950. L'article 3 stipule que «Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants», alors que l'article 9 affirme que «La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.» Ces valeurs trouvent un écho dans la Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne qui met l'accent sur la dignité humaine (article 1), le droit au respect de l'intégrité physique et mentale (article 3) et l'affirmation que nul ne peut être soumis à la torture, ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants (article 4).

Nonobstant ce contexte juridique, les avancées significatives

relatives aux MGF/E intervenues au niveau national en Europe occidentale n'ont été que partiellement traduites dans les activités des institutions européennes. Ainsi, l'Union européenne n'a pas légiféré à l'encontre des MGF/E. Cependant, en vertu du Programme Daphne 2000-2003 de l'Union européenne, dont l'objectif général est la lutte contre la violence envers les femmes et les enfants, les MGF/E ont été qualifiées de problème émergent. Particulièrement pertinent dans le cadre de ce chapitre, le programme Daphne a soutenu une vaste étude des différentes approches juridiques des MGF/E en Europe, coordonnée par l'International Centre for Reproductive Health de l'Université de Gand, dans l'optique de dégager une stratégie législative européenne. Les résultats de cette étude devraient être publiés au second semestre de 2004.<sup>18</sup>

Au niveau européen, l'une des avancées les plus significatives à ce jour en matière législative est la résolution 1247 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (2001) sur la mutilation sexuelle des femmes. Jusqu'à cette résolution, le Conseil de l'Europe n'avait pris aucune mesure directe pour lutter contre les MGF/E en Europe, bien qu'il ait soutenu une série de campagnes de sensibilisation dans les pays en développement.<sup>19</sup> La résolution précise que « ces mutilations sexuelles sont de plus en plus pratiquées dans les Etats membres du Conseil de l'Europe, ce principalement dans les communautés d'immigrés »<sup>20</sup>; alors que le rapport accompagnant la résolution affirme que les MGF/E en Europe ne peuvent se justifier sur la base de critères ou de motifs religieux ou culturels: «Le fait que les mutilations sexuelles sont une pratique traditionnelle dans certains pays d'où sont originaires les immigrants des pays de l'Union européenne ne saurait en aucun cas justifier que pareille brutalité ne soit pas prévenue, poursuivie et punie.»<sup>21</sup>

Aux termes de la résolution, l'assemblée parlementaire invite les gouvernements des Etats membres:

- i. à introduire une législation spécifique qui reconnaisse et interdise les mutilations sexuelles comme une violation des droits de la personne humaine et comme une atteinte à son intégrité;
- ii. à prendre des mesures visant à informer de ces interdictions toutes les personnes avant leur entrée dans un Etat membre du Conseil de l'Europe;
- iii. à adopter des mesures plus souples pour accorder le droit d'asile aux mères et aux enfants qui craignent de subir ce genre de pratique; [...]
- v. à réprimer et poursuivre les auteurs et les complices, y compris les parents et le personnel de santé, sur la base d'une incrimination pour violence entraînant une mutilation, y compris pour les délits commis à l'étranger [...]

### Au-delà du cadre législatif: importance de l'éducation et du soutien

Dans toute l'Europe, le faible degré général des poursuites encourues par les auteurs de MGF/E trahit un manque de volonté

dans le chef du ministère public de porter devant les tribunaux une pratique considérée comme ancrée dans la culture et les traditions de certains groupes d'immigrés. Il traduit indéniablement aussi la nature sensible et clandestine de cette pratique. Alors que des individus n'hésiteront pas à dénoncer une agression physique grave commise en rue sur une femme ou une fillette de leur communauté, il y aura plus de réticences à dénoncer un acte de mutilation génitale ou une excision, tant de la part de ceux qui en ont connaissance que des femmes ou des fillettes qui en sont victimes. Il y a en outre des limites aux réponses juridiques. Même si elles servent à afficher l'opposition de l'Etat à un acte considéré comme anticonstitutionnel, délictueux et contraire aux principes des droits de la personne humaine, on se rend compte que ces réponses ne peuvent être efficaces que si elles s'accompagnent, voire sont précédées, d'autres mesures. De telles mesures doivent viser à introduire des mécanismes de soutien appropriés et respectueux des sensibilités culturelles des communautés, à conscientiser les femmes et les fillettes issues des populations qui ont traditionnellement pratiqué l'excision et à sensibiliser les professionnels et les volontaires (enseignants, personnel médical, assistants sociaux et volontaires au sein des communautés) les plus susceptibles d'être en contact avec des femmes et des fillettes exposées au risque de MGF/E. Ainsi, aux Pays-Bas, le gouvernement a explicitement affirmé que sa politique devait être «axée sur la prévention, l'intervention judiciaire n'étant utilisée qu'en dernier recours». <sup>23</sup> Cette position est en parfaite harmonie avec les textes pénaux relatifs à cette pratique. En 2000, le parlement norvégien a invité le gouvernement à élaborer un plan de lutte contre les MGF/E. Ce plan prévoit des initiatives de sensibilisation aux MGF/E (y compris au contexte juridique), une collaboration accrue entre organisations et individus actifs dans ce domaine, l'instauration de mesures préventives, notamment via les services de santé au sein des écoles, et le renforcement de la coopération internationale sur cette problématique. <sup>24</sup>

L'importance de l'action sociale à vocation préventive est reconnue par la résolution de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur les mutilations génitales des femmes. Non contente d'appeler à l'introduction ou au renforcement des mesures juridiques à l'encontre des MGF/E, il encourage les Etats membres «à assurer une campagne d'information et de sensibilisation parmi les personnels de santé, les groupes de réfugiés et tous les groupes concernés par cette question sur les conséquences dangereuses des mutilations sexuelles pour la santé, pour l'intégrité physique, pour la dignité des femmes et pour leur droit à l'épanouissement personnel et sur les coutumes et les traditions contraires aux droits de l'homme». <sup>25</sup>

En outre, la résolution remarque que «les organisations non gouvernementales (ONG) auront un rôle important à jouer dans la lutte contre les mutilations sexuelles, en leur donnant la possibilité de s'associer aux communautés locales et de les aider dans l'élaboration de programmes de prévention et d'information pour éradiquer ces pratiques.» <sup>26</sup> Parmi les ONG les plus actives sur

la scène européenne, citons la Italian Association of Women in Development (AIDOS), les Groupes Femmes pour l'abolition des mutilations sexuelles (GAMS) en France et en Belgique, FORWARD au Royaume-Uni et en Allemagne, EQUIS en Espagne, RISK en Suède, The Somali Women's Organisation au Danemark ainsi que Pharos et FSAN aux Pays-Bas. Ces organisations figurent parmi les membres fondateurs d'Euronet-FGM, le réseau européen de prévention des mutilations génitales des femmes. Euronet-FGM vise à améliorer la santé des femmes immigrées en Europe et à lutter contre les pratiques traditionnelles attentatoires, mettant en danger la santé des femmes et des enfants.

Les professionnels de la santé et le personnel médical constituent un autre groupe important en matière de prévention des MGF/E. Dans l'ensemble de l'Europe, les MGF/E ont été qualifiées de contraires à l'éthique par les codes de déontologie nationaux, ce qui interdit aux médecins agréés d'accepter ou de pratiquer de telles interventions. En Italie, l'ordre des médecins a introduit une référence spécifique dans son code de déontologie, interdisant aux professionnels de la santé des secteurs public ou privé de pratiquer toute forme de MGF/E. Quelques actions ont été intentées à l'encontre de praticiens en Europe. Au Royaume-Uni, un généraliste a été rayé de l'ordre pour avoir accepté de pratiquer une MGF/E sur trois fillettes somaliennes. Toutefois, il n'a pas fait l'objet de poursuites judiciaires. <sup>27</sup>

L'importance du potentiel des travailleurs du secteur des soins de santé à faire office de catalyseurs du changement va bien au-delà de sa fonction de position déontologique vis-à-vis des MGF/E. Ces travailleurs constituent en effet un point de contact institutionnel capital, tant avec les enfants qui pourraient être contraints de subir des MGF/E qu'avec leurs parents. Ainsi, en Suède, les professionnels des soins de santé sont invités à aborder le sujet des MGF/E dès la prise en charge du nouveau-né par les services de santé et à l'évoquer de nouveau lors des examens de routine dès que l'enfant a atteint l'âge de cinq ans. Les travailleurs de la santé se doivent d'informer les parents des risques sanitaires des MGF/E et du fait que la pratique est interdite en vertu de la loi suédoise. Le cas échéant, ces professionnels sont encouragés à recourir aux services d'un interprète, de préférence une femme. <sup>28</sup>

## Conclusions

Bien que succincte, cette synthèse indique que la législation relative aux MGF/E pratiquées dans les pays européens (qu'elles soient ou non mentionnées explicitement dans les textes) met l'accent sur la criminalisation de l'acte. Cependant, l'expérience suggère que cette démarche, si elle reste isolée, ne peut avoir un impact significatif sur la prévalence d'une pratique fortement enracinée dans l'identité culturelle d'une communauté.

Certes, la législation a un rôle important à jouer dans l'affirmation de l'opposition radicale d'un Etat à de telles pratiques. Comme le souligne le rapport adopté par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe: «Il est du devoir de l'Etat de droit de veiller au respect des droits individuels et de poursuivre les

En Europe, au cours des années 70, on s'est peu à peu rendu compte que cette pratique n'était plus limitée à quelque 28 Etats africains et quelques pays épars.

Michael Miller, Project Officer, Child Protection, UNICEF

attitudes qui violent ce principe.»<sup>29</sup> La législation a une valeur supplémentaire en ce sens qu'elle envoie un message clair de soutien à ceux qui ont renoncé ou souhaitent renoncer à cette pratique. Toutefois, prise isolément, la législation peut reléguer la pratique dans la clandestinité ou encourager, comme c'est le cas en Afrique, les mouvements transfrontaliers afin de tirer parti des divergences législatives entre Etats. Malgré son effet dissuasif, la menace d'une peine d'emprisonnement ne changera rien à la conviction profondément ancrée mais mensongère que quoi qu'il advienne, la mutilation génitale ou l'excision est faite dans le meilleur intérêt de la femme et de la fillette.

La législation répressive en tant que telle n'incite donc pas les communautés à changer un comportement ancré, censé avoir une fonction sociale. Elle doit donc s'accompagner, voire être précédée, d'autres stratégies. Parmi ces pistes, citons la sensibilisation ciblée. Les enseignants, le personnel médical, les assistants sociaux et autres acteurs susceptibles de rencontrer des enfants et des familles à risque doivent non seulement se montrer attentifs au problème, mais aussi être capables de l'aborder avec diplomatie et dans un esprit de tolérance. Qui plus est, ces stratégies doivent comporter un travail socio-éducatif approfondi au sein des communautés où les fillettes sont considérées à risque, par le biais d'initiatives adaptées aux groupes communautaires spécifiques. Ce travail est souvent plus efficace lorsqu'il se fonde sur les principaux généraux des droits de l'homme pour lancer une discussion et un débat avec les membres des communautés afin d'en arriver à un abandon librement consenti de la pratique. Cette approche non coercitive, basée sur les droits de l'homme, est capitale dans le travail avec des groupes d'immigrés qui perçoivent une pratique culturelle telle que les MGF/E comme un élément constitutif de leur identité collective.

Les mutilations génitales féminines ou l'excision constituent une insulte à la dignité humaine, une atteinte à l'intégrité de l'individu et une violation des droits de la personne humaine. Toutefois, les initiatives les plus couronnées de succès seront celles qui aideront les communautés à choisir d'abandonner cette pratique plutôt que de les y contraindre.

# Répertoire des abréviations

A.	Auflage/tirage	h.L.	herrschenden Lehre /doctrine en vigueur
a.a.O.	an anderweitigen Ort/ à un autre endroit	Hrsg. /Ed.	Herausgeber /éditeur
a.M.	anderer Meinung/autre avis	i.e. Sinne	im engeren Sinne /au sens étroit
Abs./ al.	Absatz /alinéa	i.S.v.	im Sinne von /dans le sens de
Art./art.	Artikel/ article	i.V.m.	in Verbindung mit /en lien avec
AT/PG	Allgemeiner Teil /Partie générale	insbes.	Insbesondere /en particulier
Bd./vol.	Band /volume	IpbpR	Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, RS 0.103.2
Begr.	Begründer/fondateur	KK	Kurzkommentar /court commentaire
BGE/ATF	Bundesgerichtsentscheid/Arrêt du Tribunal fédéral	LK	Leipziger Kommentar
Bger./TF	Bundesgericht (Schweiz)/Tribunal fédéral (Suisse)	loc. cit.	loco citato = am aufgeführten Ort = à l'endroit cité
BJM	Baslerische Juristische Mitteilungen	m.H.	mit Hinweisen /avec renvois
BSK	Basler Strafrechts-Kommentar	N/n.	Note
BT/PS	Besonderer Teil/Partie spéciale	NGO/ONG	Non Governmental Organisation /Organisation non gouvernementale
BV/Cst.	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101/Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)	no.	Numéro
Bzw.	Beziehungsweise/respectivement	pp.	Pages
c.	contra = gegen = contre	Pra.	Die Praxis (Zeitschrift Schweiz)
ca.	Circa / environ	s.	Siehe /voir
CEDAW	Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women /Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (adoptée par l'assemblée générale de l'ONU le 18 décembre 1979, disponible sur le site <www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/>, visité le 4.4.2004)	SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
d.h.	das heisst /c'est-à-dire	SK-StGB	Systematischer Kommentar zum StGB (D)
DBD	Deutscher Bundestag Drucksache	SR /RS	Systematische Sammlung des Bundesrechts/Recueil systématique du droit fédéral
ders.	Derselbe/ même auteur	StGB/CP	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311/Code pénal suisse du 21 décembre 1937, RS 311
DStGB	Strafgesetzbuch Deutschland /Code pénal allemand	u.a.	unter anderem/entre autres
E.	Erwägung / en considérant	U.N. Doc.	United Nations Document
Ebd.	Ebenda /ibidem, au même endroit	UN/NU	United Nations /Nations Unies
EG /CE	Europäische Gemeinschaft /Communauté Européenne	UNO/ONU	United Nations Organisation /Organisation des Nations Unies
EG ZGB	Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch	v.	versus = gegen = contre
EGMR/	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte/	vgl.	Vergleiche /se référer à
Cour Eur. D.H.	Cour européenne des droits de l'homme	VK /RU	Vereinigtes Königreich /Royaume-Uni
EMRK/CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dite Convention européenne des droits de l'homme, 4.11.1950, RS 0.101	WGV /MGF	Weibliche Genitalverstümmelung /Mutilation Génitale Féminine
ev.	Eventuell/éventuellement	z.B./par ex.	zum Beispiel/par exemple
f./ff. /s./ss.	und folgende /et suivante(s)	ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
FMG /MGF	Female Genital Mutilation/Mutilation Génitale Féminine	ZGB/CC	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210 /Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210
FN	Fussnote /note de bas de page	Ziff. /ch.	Ziffer /chiffre
gl. M.	gleicher Meinung /même avis	ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
H.	Hinweis(e) /renvoi	ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
		ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (D)



Les arguments sont solides et il n'est plus possible de les réfuter.

C'est donc à nous tous qu'il appartient de nous engager en faveur des personnes concernées.

Elsbeth Müller, secrétaire générale d'UNICEF Suisse

# Notes de bas de page

## Les MGF en droit pénal suisse

<sup>1</sup> Cf. par ex. RAHMAN/TOUBIA, «Note on Terminology».

<sup>2</sup> En détail, par ex. GOLLAHER.

<sup>3</sup> ALDEEB ABU-SAHLIEH, Circoncision, 433 ss. Refuse cette distinction et y voit une discrimination – nous ne partageons en aucun cas ce point de vue.

<sup>4</sup> GERLAND, ch. 8.2.1.

<sup>5</sup> GOLLAHER, 247.

<sup>6</sup> Mais il n'est pas aberrant d'admettre ici une invalidité partielle, même si elle est masquée (dans la vie courante).

<sup>7</sup> RAHMAN/TOUBIA, «Note on Terminology».

<sup>8</sup> UNICEF Suisse utilise le terme d'excision («Mädchenbeschneidung»). Ce terme a été introduit depuis longtemps dans le cadre des campagnes de l'UNICEF et il est bien connu des donatrices et des donateurs. Pour les raisons indiquées plus haut, c'est le terme de «mutilation génitale féminine» qui a été retenu pour l'expertise juridique, car en dépit d'une certaine lourdeur, il a le mérite d'être très clair.

<sup>9</sup> Autres indications bibliographiques chez WALKER, 283.

<sup>10</sup> La subdivision adoptée ici correspond à WALKER/PARMAR, 367.

<sup>11</sup> GRUENBAUM, 2, avec renvoi à RAHMAN/TOUBIA.

<sup>12</sup> Ibidem

<sup>13</sup> LIGHTFOOT-KLEIN, 5

<sup>14</sup> GRUENBAUM, 3.

<sup>15</sup> ROSENKE, 27 s.; Frauennews, Genitalverstümmelung an Mädchen und Frauen, <<http://www.frauennews.de/themen/genital.htm>> (site visité le 4.4.2004).

<sup>16</sup> Les chiffres varient, cf. par ex. ROSENKE, 28; HECKL, 2.

<sup>17</sup> Voir à ce propos les descriptions de DIRIE, 40 ss.; GRUENBAUM, 57 (une variante relativement légère); 149 ss., LIGHTFOOT-KLEIN, 5 s.; ROSENKE, 19 ss.; WALKER/PARMAR, 105.

<sup>18</sup> ROSENKE, 48.

<sup>19</sup> LIGHTFOOT-KLEIN, 57.

<sup>20</sup> Voir à ce sujet en particulier l'étude empirique de DIRIE/LINDMARK; également A Call for Global Action, 14 s.; JÄGER/SCHULZE/HOHLFELD, 259; ROSENKE, 49 s., en particulier 52 ss. à propos des problèmes de l'accouchement, avec renvois.

<sup>21</sup> GRUENBAUM, 135 ss.; voir également ci-après, la note de bas de page 67 ss.

<sup>22</sup> On trouve des explications détaillées par exemple chez ROSENKE, 29 ss.

<sup>23</sup> Voir à ce sujet ROSENKE, 59 ss.; avec de nombreuses citations, d'auteurs égyptiens surtout. ALDEEB ABU-SAHLIEH; MEME AUTEUR, Circoncision, 35 ss.

<sup>24</sup> PAR EXEMPLE ALDEEB ABU-SAHLIEH, Circoncision, 408 ss., ROSENKE, 85 ss.

<sup>25</sup> ALDEEB ABU-SAHLIEH, Circoncision, 409 s. avec renvoi à des annonces de presse.

<sup>26</sup> NYFELER/BÉGUIN STÖCKLI, 4.

<sup>27</sup> JÄGER/SCHULZE/HOHLFELD, Table 1, 260.

<sup>28</sup> NYFELER/BÉGUIN STÖCKLI, 11.

<sup>29</sup> JÄGER/SCHULZE/HOHLFELD, 260.

<sup>30</sup> NYFELER/BÉGUIN STÖCKLI, 16 et 21.

<sup>31</sup> JÄGER/SCHULZE/HOHLFELD, 262.

<sup>32</sup> Cf. JÄGER/SCHULZE/HOHLFELD, 263, avec renvois; selon ces auteurs, la Grande-Bretagne, la Suède, la Norvège, la Belgique et les Etats-Unis ont, par exemple, introduit des dispositions légales spécifiques en la matière.

<sup>33</sup> CP, RS 311.

<sup>34</sup> Sur la question de savoir si l'auteur agit illégalement, voir notes de bas de page 83 ss. et 196 ss.

<sup>35</sup> Comme, dans le contexte présent, il faut admettre qu'il y a collision d'intérêts entre les parents et l'enfant, on devrait accorder à la fillette concernée une assistance pour sauve-

garder ses intérêts (art. 306 al. 2 en lien avec art. 392 ch. 2 CP) (Cf. RIEDO, BSK, art. 28 n. 24, avec renvois).

<sup>36</sup> Réponse écrite, approuvée par le CONSEIL FEDERAL le 1.3.1993, à l'interpellation 92.3422, Caspar-Hutter, du 7.10.1992, Mutilation des femmes et des filles, ch. 3; OFFICE FEDERAL DE LA JUSTICE, lettre à Madame Marion Rosenke datée du 4.2.1994, numéro d'enregistrement 88-420016 ST; HAUSAMMANN, 19; NYFELER/BÉGUIN STÖCKLI, 5; ACADEMIE SUISSE DES SCIENCES MEDICALES, Erklärung zur Vornahme rituelier, sexuell verstümmelnder Eingriffe bei Frauen, Schweizerische Ärztezeitung 64 (1983) 1274.

<sup>37</sup> TRECHSEL, KK, art. 129 n. 5.

<sup>38</sup> A ce propos de manière très détaillée dans la note de bas de page 39 ss.

<sup>39</sup> KELLER, 54; du Tribunal fédéral. Repris de l'ATF 109 IV 18 ss., 20; CORBOZ, art. 122 n. 8; REHBERG/SCHMID/DONATSCH, III, 42; STRATENWERTH/JENNY, BT I, § 3 n. 35; TRECHSEL, KK, art. 122 n. 2. Le danger imminent pour la vie a été établi par ex. dans le cas d'une déchirure de la rate (ATF 109 IV 18 ss., 20), de lésions pulmonaires qui avaient entraîné une bronchopneumonie (RS 1969 no 35), également dans le cas de blessures d'une profondeur de 15 à 20 cm dues à des coups de couteau dans le ventre (Obergericht BL, jugement du 8.11.1994, BJM 1997, 37).

<sup>40</sup> Est affirmatif par ex. STRATENWERTH/ JENNY, BT I, § 3 n. 35, avec renvois; voir également le Geschworenengericht Zürich, jugement du 9.11.1998, SJZ 96 (2000) 114 ss., 117.

<sup>41</sup> ATF 125 IV 242 ss., 247 s.

<sup>42</sup> ATF 125 IV 242 ss., 248.

<sup>43</sup> LIGHTFOOT-KLEIN, 56; cf. plus loin les renvois de ROSENKE, 48.

<sup>44</sup> ROSENKE, 47, avec renvois; JÄGER/SCHULZE/HOHLFELD, 259; A Call for Global Action, 13.

<sup>45</sup> Par rapport au niveau des sciences médicales; selon les représentations

locales, les exciseuses travaillent de manière tout à fait professionnelle.

<sup>46</sup> C'est ce que montrent aussi les descriptions des complications directes des MGF chez JÄGER/ SCHULZE/ HOHLFELD, 259; A Call for Global Action, 13 s.; Amnesty International, Weibliche Genitalverstümmelung <[www.amnesty.de/de/2914/Def.htm](http://www.amnesty.de/de/2914/Def.htm)> (site visité le 11.6.2003).

<sup>47</sup> Voir également ATF 116 IV 125 ss., 129. Les connaissances médicales d'alors permettaient d'avancer l'hypothèse que 75 % des personnes contaminées par le virus du sida contracteraient de manière certaine la maladie, et que même près de 100 % la contracteraient à plus ou moins longue échéance. Voir également ATF 94 IV 60 ss., 62 sur la notion de menace imminente pour la vie dans l'art. 129 CP.

<sup>48</sup> Cf. les renvois chez ROSENKE, 54; A Call for Global Action, 15.

<sup>49</sup> KELLER, 63. Pour la qualification de lésion corporelle grave, il est déterminant de savoir si l'organe ou le membre a une fonction essentielle. De plus, des mutilations durables de parties importantes du corps qui ne relèvent pas de l'alinéa 2 sont prises en compte dans la clause générale de l'alinéa 3.

<sup>50</sup> HAFTER, BT, 40; KELLER, 63; THORMANN/VON OVERBECK, Art.122 n.2.

<sup>51</sup> PSCHYREMBEL, Klinisches Wörterbuch, 259. A. Berlin 2002.

<sup>52</sup> «Physiologique» = concernant les phénomènes vitaux de l'organisme.

<sup>53</sup> KELLER, 65.

<sup>54</sup> MAXIM ZETKIN/HERBERT SCHALDACH (Begr.), Lexikon der Medizin, 16. A. Wiesbaden 1999.

<sup>55</sup> EICHER, 22.

<sup>56</sup> Il est aussi désigné dans la médecine en général comme organe sexuel (cf. uniquement Lexikon der Medizin, ibidem).

<sup>57</sup> HIRSCH, LK, § 226 n. 14; HORN, SK-StGB, § 226 n. 8; ESER, in: Schönke/Schröder, § 226 n. 2; TRÖNDLE/ FISCHER, § 226 n. 6, avec renvois.

- <sup>58</sup> HORN, SK-StGB, § 226 n. 8; HIRSCH, LK, § 226 n. 14.
- <sup>59</sup> Egalement KELLER, 63 s. D'après § 226 Al. 1 ch. 2 dStGB, seule la perte ou l'infirmité d'un membre important – et non pas d'un organe en général – constitue une lésion corporelle grave.
- <sup>60</sup> KELLER, 64; ROTH, BSK, Art. 122 n. 10; THORMANN/VON OVERBECK, Art. 122 n. 2.
- <sup>61</sup> ATF 129 IV 1 ss., 3; KELLER, 65, note de bas de page 77.
- <sup>62</sup> TRECHSEL, KK, Art. 122 n. 5.
- <sup>63</sup> C'est ainsi qu'il faut comprendre la remarque de HURTADO POZO, partie spéciale I, § 14 n. 456, expliquant qu'un organe important n'est pas nécessairement un «organe vital».
- <sup>64</sup> Telle est l'explication donnée pour définir un «membre important» dans le droit allemand, cf. uniquement HORN, SK-StGB, § 226 n. 8, avec renvois.
- <sup>65</sup> Polizeigericht Glarus, 7.9.1965, SJZ 62 (1966) 378.
- <sup>66</sup> Berner Obergericht, 28.10.1975, ZBJV 113 (1977) 281 s., 282.
- <sup>67</sup> Voir note de bas de page 20 s.; EICHER, 22 s.
- <sup>68</sup> Tel est le terme trouvé dans les ouvrages médicaux, cf. les références dans la note de bas de page suivante.
- <sup>69</sup> EICHER, ibidem, avec renvoi aux travaux de GRÄFENBERG. Voir également LIGHTFOOT-KLEIN, 93, qui rapporte que les femmes excisées considéraient plus les seins, le ventre ou la nuque que la région génitale comme étant les endroits les plus sensibles de leur corps.
- <sup>70</sup> Voir également ROSENKE, 51 s., avec renvois. Le constat qu'elle fait – à savoir que l'excision signifie généralement la fin du plaisir sexuel – semble aller trop loin, comme il ressort des ouvrages cités dans la note de bas de page 67.
- <sup>71</sup> Voir également BEIER KLAUS M./BOSINSKI HARTMUT A.G./HARTMANN UWE/LOEWIT KURT, Sexualmedizin, 1. A. München 2001, 4: «La dimension du plaisir sexuel confère à la sexualité, par le fait qu'elle permet de ressentir l'excitation sexuelle et l'orgasme, une qualité qui la distingue des autres expériences humaines possibles.» (Les auteurs soulignent).
- <sup>72</sup> KELLER, 65; TRECHSEL, KK, Art. 122 n. 5 (il en va de même pour la perte d'un rein). Même point de vue ROTH, BSK, Art. 122 n. 11.
- <sup>73</sup> L'idée que ces sens ne seraient importants que pour une ménagère ou un cuisinier et pas pour tout un chacun est, à notre avis, dépassée et doit être abandonnée (c'est toutefois encore le point de vue de ROTH, BSK, Art. 122 n. 12, avec renvois, basé sur un jugement du Strafgericht Baselland, 5.4.1961, BJM 1961, 152; comme KELLER, 65). Le tribunal pénal ne s'appuyait qu'en second lieu sur l'activité professionnelle et avançait, pour justifier l'importance, le préjudice porté tout bonnement au plaisir de vivre (Strafgericht Baselland, ibidem; également Obergericht Solothurn, 16.9.1949, SJZ 49 [1953] 199 [Obiter dictum]). Pour illustrer l'importance de l'odorat, voir également NZZ Folio 2003 No 6.
- <sup>74</sup> Voir note de bas de page 22 ss.
- <sup>75</sup> Cf. seulement TRECHSEL, KK, art. 122 n. 9, avec renvois.
- <sup>76</sup> ATF 101 IV 381 ss., 383; 124 IV 53 ss., 57; CORBOZ, art. 122 n. 12; KELLER, 78 ss.; REHBERG/SCHMID/DONATSCH, III, 43; ROTH, BSK, art. 122 n. 19; SCHUBARTH, BT, Bd. 1, art. 122 n. 19 ss.; STRATENWERTH/JENNY, BT I, § 3 n. 39; TRECHSEL, KK, art. 122 n. 9.
- <sup>77</sup> HURTADO POZO, partie spéciale I, § 14 note 460.
- <sup>78</sup> A Call for Global Action, 13 s.
- <sup>79</sup> Aujourd'hui, la MGF est pratiquée de plus en plus, dans ces pays aussi, en milieu médical.
- <sup>80</sup> A Call for Global Action, 14.
- <sup>81</sup> Concernant le fait d'infliger des douleurs intolérables, on pourrait même parler de dol direct de second degré.
- <sup>82</sup> Ceci est valable aussi, bien évidemment, lorsqu'on est uniquement en présence de l'ablation du clitoris (on fait parfois la distinction entre clitoridectomie, excision, formes intermédiaires et infibulation).
- <sup>83</sup> Voir par ex. REHBERG/DONATSCH, I, 208 ss.; STRATENWERTH, AT I, § 10 note 14 ss.; TRECHSEL/NOLL, AT, 139 s.
- <sup>84</sup> Doctrine majoritaire, voir par ex. REHBERG/SCHMID/DONATSCH, III, 41; STRATENWERTH, AT I, § 10 n. 16; TRECHSEL/NOLL, AT, 139; autre avis NOLL, 87.
- <sup>85</sup> TRECHSEL, KK, Art. 32 n. 10 et Vor Art. 122 n. 7.
- <sup>86</sup> REHBERG/SCHMID/DONATSCH, III, 44; SCHUBARTH, BT, Bd. 1, Art. 123 n. 34; avis similaire NOLL, 87; moins sévère ROTH, BSK, Vor Art. 122 n. 18.
- <sup>87</sup> STRATENWERTH, AT I, § 10 n. 17; d'accord avec ce point de vue REHBERG/DONATSCH, I, 208 s.
- <sup>88</sup> Art 7 Cst.
- <sup>89</sup> STRATENWERTH, AT I, § 10 n. 14.
- <sup>90</sup> NOLL, 86; TRECHSEL/NOLL, AT, 139.
- <sup>91</sup> SEELMANN, BSK, Vor Art. 32 n. 13; également NOLL, 86.
- <sup>92</sup> Voir plus bas, note de bas de page 217 ss.
- <sup>93</sup> Voir note de bas de page 121.
- <sup>94</sup> Voir ce qui précède, note de bas de page 22 ss.
- <sup>95</sup> Clairement NOLL, 84 s. voir également NIEDERMAIR, 88 s., à propos de la mutilation génitale en particulier. Note de bas de page 330, avec renvoi à ROXIN, AT I, § 22 n. 115 ss.
- <sup>96</sup> REHBERG/DONATSCH, I, 209; REHBERG/SCHMID/DONATSCH, III, 44; ROTH, BSK, Vor Art. 122, n. 18; TRECHSEL, KK, Vor Art. 122 n. 7, avec renvois; TRECHSEL/NOLL, AT I, 139; autre avis chez NOLL, 93 ss. Aujourd'hui, la stérilisation peut être, chez les femmes, réversible jusque dans 80% des cas. Par ailleurs, il reste encore la possibilité de la procréation par fécondation in vitro. L'idée présentée était toutefois déjà valable antérieurement. Cf. en particulier SCHUBARTH, BT, Bd. 1, Art. 123 n. 40, qui reconnaissait déjà, en 1982, à la stérilisation choisie – alors qu'elle était encore irréversible – un motif justificatif. Cf. aussi l'initiative parlementaire en faveur d'une indemnité aux victimes de stérilisation forcée, Projet provisoire et rapport explicatif, Commission juridique du Conseil national, 6.11.2002, 10. Egalement la juridiction allemande, en détail TAG, 301 ss., également ESER, in: Schönke/Schröder, § 223 n. 62; HORN, SK-StGB, § 228 n. 18; BGHSt 20 (1964), 81 ss.
- <sup>97</sup> STRATENWERTH, AT I, § 10 n. 17.
- <sup>98</sup> Termes utilisés par NOLL, 94.
- <sup>99</sup> STRATENWERTH, AT I, § 10 n. 17; TRECHSEL/NOLL, AT, 139; cf. aussi SCHUBARTH, BT, Bd. 1, Art. 123 n. 43.
- <sup>100</sup> Voir les renvois de la note de bas de page 83.
- <sup>101</sup> Concernant les conditions de la capacité de discernement, voir juste après la note de bas de page 107.
- <sup>102</sup> Concernant les conditions, voir en particulier NOLL, 129 ss.
- <sup>103</sup> STRATENWERTH, AT I, § 10 n. 20; TRECHSEL/NOLL, AT, 140.
- <sup>104</sup> Voir ROSENKE, 104, avec renvois, à propos de la situation en France.
- <sup>105</sup> opinion majoritaire, REHBERG/DONATSCH, I, 209; STRATENWERTH, § 10 n. 20; TRECHSEL/NOLL, AT, 140.
- <sup>106</sup> NOLL, 126; WEISSENBERGER, 79.
- <sup>107</sup> Cf. uniquement TRECHSEL/NOLL, AT, 140.
- <sup>108</sup> Voir également WEISSENBERGER, 79. Selon lui, la capacité de discernement dans le cas d'interventions pour la santé existe généralement chez les adolescent(e)s à partir de 15 ans. Il souligne aussi que lorsque les interventions n'obéissent pas à une indication médicale ou sont contraires à la raison médicale, il y a lieu de poser des exigences particulièrement élevées à la capacité de discernement.
- <sup>109</sup> REHBERG/DONATSCH, I, 209; STRATENWERTH, AT I, § 10 n. 20; TRECHSEL/NOLL, AT, 140.
- <sup>110</sup> Il en est ainsi pour le droit civil: WIEGAND, in: Handbuch Arztrecht, 162.

- <sup>111</sup> NOLL, 126 s.; SEELMANN, BSK, Vor Art. 32 n. 21; TRECHSEL/NOLL, AT, 140; WEISSENBERGER, 79 s.; REHBERG, in: Handbuch Arztrecht, 311 s.; pour le droit allemand STERNBERG-LIEBEN, 255; TAG, 313. Il faut relever que les parents agissent dans l'intention sincère de faciliter à leur fille son intégration dans la société donnée en préservant la tradition de l'excision.
- <sup>112</sup> Voir REUSSER RUTH/LÜSCHER KURT, in: EHRENZELLER BERNHARD/MASTRONARDI PHI-LIPPE/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Ed.), La Constitution de la Confédération suisse, Commentaire, Zurich 2002, Art. 11 n. 8.
- <sup>113</sup> SEELMANN, BSK, Vor Art. 32 n. 21; TAG, 313; WEISSENBERGER, 80.
- <sup>114</sup> Voir les renvois chez SEELMANN, BSK, Vor Art. 32 n. 21.
- <sup>115</sup> Depuis peu, des critiques sont également faites à l'endroit de la circoncision masculine – voir plus haut, note de bas de page 3.
- <sup>116</sup> Cf. par ex. KÜHL, § 8 n. 34; LENCKNER/PERRON, in: Schönke/Schröder, § 34 n. 8a, tous deux avec renvois; ROXIN, AT I, § 16 n. 87 s.
- <sup>117</sup> Ainsi en particulier l'ancienne doctrine: GYSIN, 75 s. HAFTER, AT, 151 va dans le même sens: «Il s'agit toujours d'une collision d'intérêts de diverses personnes protégées par le droit». Idem aussi chez HAUSER ROBERT/REHBERG JÖRG, Strafrecht I, 3. A. Zürich 1988; n'est plus abordé chez REHBERG/DONATSCH, I; n'est pas traité non plus chez SEELMANN, BSK relatif à l'Art. 34 et TRECHSEL/NOLL, AT; n'est pas résolu chez DONATSCH in ZStrR 1989, 350, avec renvois; seul autre point de vue STRATENWERTH, AT I, § 10 n. 53.
- <sup>118</sup> Doctrine majoritaire, voir par ex. REHBERG/DONATSCH, I, 196; STRATENWERTH, AT I, § 10 n. 42; TRECHSEL/NOLL, AT, 140.
- <sup>119</sup> REHBERG/DONATSCH, I, 241; STRATENWERTH, AT I, § 11 n. 59 ss.; TRECHSEL/NOLL, AT, 162 s.; également le Tribunal fédéral. (ATF 120 IV 313 ss., 316).
- <sup>120</sup> Cf. uniquement REHBERG/DONATSCH, I, 241.
- <sup>121</sup> Le juge calcule la peine en fonction de la culpabilité de l'auteur (Art. 63 CP). Le Tribunal fédéral a reconnu dans un Obiter Dictum qu'un conflit culturel pouvait réduire le degré de la culpabilité, c'est le cas, par exemple, lorsque la «socialisation de l'auteur étranger s'écarte considérablement des valeurs en cours dans le pays d'accueil». (ATF 117 IV 7 ss., 9, avec des renvois à des ouvrages spécialisés allemands.) Sur l'ensemble, de manière détaillée, EGETER, 131 ss., en particulier 143 ss.
- <sup>122</sup> ATF 99 IV 185 s., 185; également ATF 104 IV 217 ss., 219.
- <sup>123</sup> Voir par ex. ATF 99 IV 185 s., 186; 104 IV 217 ss., 221.
- <sup>124</sup> ATF, ibidem.
- <sup>125</sup> ATF 104 IV 217 ss., 220 s.
- <sup>126</sup> Cf. par ex. ATF 99 IV 185 s., 185.
- <sup>127</sup> Cf. plus haut, note de bas de page 92 ss.
- <sup>128</sup> Ceci est signalé en particulier par EGETER, 58 ss. et 116 ss.
- <sup>129</sup> Pour être précis, ce ne sont pas les représentations de la communauté concernée en matière de droit qui sont déterminantes, mais la situation juridique effective, même avis, cf. par ex. JENNY, BSK, Art. 20 n. 13; STRATENWERTH, AT I, § 11 n. 48; TRECHSEL, KK, Art. 20 n. 4.
- <sup>130</sup> Cf. renvoi de la note de bas de page 176 ss.
- <sup>131</sup> Cf. Tribunal fédéral in Pra. 89 (2000) No. 36, selon ce point de vue, une atténuation de la peine dans le cadre de l'art. 63 CP n'est pas envisageable lorsque le comportement impliqué est passible de peine dans le pays d'origine. Cette jurisprudence ne peut pas être transposée à l'erreur sur l'illicéité.
- <sup>132</sup> Cf. ATF 104 IV 217 ss., 219, selon ce point de vue, la conscience de heurter les mœurs est considérée comme un fort indice quant à la conscience de l'illicéité pénale.
- <sup>133</sup> Cf. aussi ATF 117 IV 7 ss., 9 (sur le calcul de la peine).
- <sup>134</sup> Cf. à propos de la situation en France ROSENKE, 104, avec renvois.
- <sup>135</sup> ATF 104 IV 217 ss., en partie contradictoire, puisque ATF 117 IV 7 ss.; à ce propos EGETER, 121, avec renvois.
- <sup>136</sup> Les immigrés moyens devraient en prendre connaissance relativement vite; les femmes, au plus tard lors de leur premier rendez-vous chez un(e) gynécologue.
- <sup>137</sup> Un motif d'atténuation de la peine a pour conséquence que le tribunal, lors de la condamnation pour lésion corporelle grave, n'est plus tenu de prononcer la peine minimale de six mois d'emprisonnement, mais qu'il peut aussi prononcer une peine plus légère (Art. 66 CP).
- <sup>138</sup> Cf. par ex. ATF 121 IV 109 ss., 125, autres renvois chez REHBERG/DONATSCH, I, 237 note de bas de page 579.
- <sup>139</sup> JÄGER/SCHULZE/HOHLFELD, 262.
- <sup>140</sup> Quant à la question de savoir s'ils sont punissables ou non, cf. plus haut, note de bas de page 116.
- <sup>141</sup> JÄGER/SCHULZE/HOHLFELD, 263.
- <sup>142</sup> Cf. par ex. ATF 108 IV 92, 125 IV 136; autres preuves chez TRECHSEL, KK, Vor Art. 24 n. 11.
- <sup>143</sup> Traditionnellement, seules les femmes participent à l'acte – au rituel – de l'excision.
- <sup>144</sup> TRECHSEL/NOLL, AT, 194 s.; également REHBERG/DONATSCH, I, 144; STRATENWERTH, AT I, § 13 n. 57.
- <sup>145</sup> ATF 120 IV 265 ss., 272; 118 IV 397 ss., 399.
- <sup>146</sup> TRECHSEL, KK, Vor Art. 24 n. 16.
- <sup>147</sup> TRECHSEL, KK, Vor Art. 24 n. 14.
- <sup>148</sup> Cf. note de bas de page 31.
- <sup>149</sup> L'unique condition est que l'acte principal soit parvenu au stade de l'exécution (une tentative de complicité n'est pas punissable). Pour cela, il suffit que le seuil de l'exécution de l'acte soit franchi et qu'il n'y ait plus de marche arrière possible (ATF 99 IV 151 ss., 153; autres renvois chez TRECHSEL, KK, Art. 21 n. 2).
- L'auteur principal ne doit pas avoir déjà entrepris l'intervention; au plus tard au moment où l'enfant lui est confiée et qu'il la prépare pour l'excision, on devrait considérer que l'exécution de l'acte a commencé.
- <sup>150</sup> Cf. uniquement TRECHSEL/NOLL, AT, 243.
- <sup>151</sup> Exigence de la causalité hypothétique, en l'occurrence du pouvoir d'agir, cf. uniquement TRECHSEL/NOLL, AT, 249.
- <sup>152</sup> TRECHSEL/NOLL, AT, 243; REHBERG/DONATSCH, I, 260.
- <sup>153</sup> ATF 118 IV 309 ss., 314 s.
- <sup>154</sup> TRECHSEL/NOLL, AT, 243.
- <sup>155</sup> Ceci constitue d'après SEELMANN, BSK, Art. 1 n. 71, le critère pour l'existence d'une obligation de garde.
- <sup>156</sup> Cf. plus haut, note de bas de page 139 ss.
- <sup>157</sup> Selon des données non officielles, les filles ont, depuis la naissance, la citoyenneté suisse; le père est suisse également et possède en outre la nationalité française. Cf. plus haut, note de bas de page 29.
- <sup>158</sup> Cf. les indications de la note de bas de page 176 ss.
- <sup>159</sup> TRECHSEL, KK, Vor Art. 1 n. 27.
- <sup>160</sup> Telle est la formule du Tribunal fédéral, par ex. dans ATF 104 IV 175 ss., 181 avec renvoi à l'ATF 99 IV 151 ss., 153.
- <sup>161</sup> La situation se présente de manière analogue dans certaines formes de fraude à l'assurance; ATF 75 IV 176 suppose une tentative de fraude après que le bien assuré avait brûlé et bien qu'il n'y eût pas encore d'avis de dommage
- <sup>162</sup> TRECHSEL/NOLL, AT, 176 s.
- <sup>163</sup> JENNY, BSK, Art. 21 n. 22; STRATENWERTH, AT I, § 12 n. 34; TRECHSEL/NOLL, AT, 176 ss.
- <sup>164</sup> Art. 7 n. 4.
- <sup>165</sup> ATF 115 IV 270 ss., 272, où l'avis de perte oral n'était pas encore considéré comme le début de l'acte de fraude (ceci en liaison avec la question des compétences locales à l'intérieur de la Suisse).
- <sup>166</sup> STRATENWERTH, AT I, § 5 N. 7.

- <sup>167</sup> NOLL, BT, 32; SCHUBARTH, BT, B. 1, Art. 118 n. 61; STRATENWERTH, BT I 1995, § 2 n. 31.
- <sup>168</sup> Voir également ATF 114 IV 112 ss., 114 s. (achat d'un objet utilisable uniquement à des fins délictueuses).
- <sup>169</sup> A ce propos, voir plus haut, note de bas de page 139.
- <sup>170</sup> ATF 104 IV 77 ss., 86.
- <sup>171</sup> POPP, Art. 7 n. 14; TRECHSEL, KK, Art. 7 n. 8.
- <sup>172</sup> HURTADO POZO, PARTIE GENERALE I, NOTE 389; avis critique également REHBERG/DONATSCH, I, 43.
- <sup>173</sup> ATF 99 IV 121 ss., 125, TRECHSEL, KK, Art. 7 n. 7.
- <sup>174</sup> ATF 99 IV 220 ss., 221, en modifiant explicitement la jurisprudence dans ATF 88 IV 123 ss., 127.
- <sup>175</sup> Voir aussi HURTADO POZO, PARTIE GENERALE I, N. 388, POPP, Art. 7 n. 13.
- <sup>176</sup> Deutscher Bundestag, Drucksache 14/6682 (nouveau) (ci-après: DBD), 15; voir aussi ALDEEB ABU-SAHLIEH, Circoncision, 412 ss., GOLLACHER, 247s., ROSENKE, 20.
- <sup>177</sup> DBD 14.
- <sup>178</sup> DBD 14
- <sup>179</sup> DBD 14.
- <sup>180</sup> DBD 14.
- <sup>181</sup> <www.epo.de/specials/gtz\_fgm.html> (site visité le 4.4.2004).
- <sup>182</sup> Envers des jeunes de moins de 17 ans, <www.kindernothilfe.de/schwerpunkte/> (site visité le 7.7.03).
- <sup>183</sup> En tout cas en partie, cf. JOY KESHI ASHIBOUGWU, <www.uni-koeln.de/phil-fak/philtrat/33/3313.htm> (site visité le 4.4.2004).
- <sup>184</sup> DBD 14.
- <sup>185</sup> DBD 14; <www.norddeutschemission.de/Dokumente/Genitalbeschneidung.htm> (site visité le 4.4.2004).
- <sup>186</sup> DBD 14.
- <sup>187</sup> Dans le canton de Berne par exemple en vertu de l'art. 25 de l'EG ZBG du 28.5.1911. Une «Recommandation concernant l'excision féminine» édictée par l'office de la jeunesse du canton de Berne le signale expressément.
- <sup>188</sup> Sur l'ensemble ROSENKE, 26 s., avec renvois.
- <sup>189</sup> LIGHTFOOT-KLEIN, 58 s.
- <sup>190</sup> NYFELER/BÉGUIN STÖCKLI, 16.
- <sup>191</sup> NYFELER/BÉGUIN STÖCKLI, 21.
- <sup>192</sup> ROSENKE, 27.
- <sup>193</sup> JÄGER/SCHULZE/HOHLFELD, 262; Rapport final, 25.
- <sup>194</sup> Cf. les renvois chez NYFELER/BÉGUIN STÖCKLI, 21 s.
- <sup>195</sup> Cf. note de bas de page 82.
- <sup>196</sup> Voir les renvois de la note de bas de page 84.
- <sup>197</sup> ROSENKE, 93 note de bas de page 411.
- <sup>198</sup> NYFELER/BÉGUIN STÖCKLI, 23; voir aussi SCHULZE/JÄGER/HOHLFELD, 262, avec renvoi à l'avis du British College of Obstetricians and Gynaecologists selon lequel une suture ne laissant qu'un orifice de la taille d'un roseau serait illégale.
- <sup>199</sup> Rapport final, 25.
- <sup>200</sup> Voir plus haut, B.
- <sup>201</sup> RAHMAN/TOUBIA, 14 ss. HECKL, 1, fixe le moment de la reconnaissance par l'ONU en 1993; le gouvernement allemand le voit dans les résultats des conférences du «Caire plus 5» et de «Pékin plus 5», donc en 1999 seulement et en 2000, Deutscher Bundestag Drucksache 14/6699, 14. Wahlperiode.
- <sup>202</sup> A ce propos, cf. STEFAN TRECHSEL, Inflation im Bereich der Menschenrechte?, Zeitschrift für europarechtliche Studien 1 (1998) 371 ss.
- <sup>203</sup> On trouve aussi une liste abondante des activités de l'ONU et des organisations régionales engagées dans la lutte contre les MGF dans l'ouvrage d'ALDEEB ABU-SAHLIEH, Circoncision, 398 ss.
- <sup>204</sup> CEDH, RS 0.101, Art. 3.
- <sup>205</sup> Convention du 10.12.1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, RS 0.105.
- <sup>206</sup> Cf. WALLEY, 19
- <sup>207</sup> GUNNING, 119.
- <sup>208</sup> Selon les termes de la Cour Eur. DH: «[I]ll-treatment must attain a minimum level of severity if it is to fall within the scope of Article 3. The assessment of this minimum is relative; it depends on all the circumstances of the case, such as the duration of the treatment, its physical and mental effects and, in some cases, the sex, age and state of health of the victim», Jugement Irlande contre Royaume Uni du 18.1.1978, Série A No. 25, § 162; confirmé à de nombreuses reprises, par ex. in Van der Ven contre Pays-Bas, jugement du 4.2.2003, § 47 (disponible sur le site <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc>).
- <sup>209</sup> A l'exception des cas dans lesquels il est fait usage d'anesthésiques, cf. par ex. GRUENBAUM, 57, tous les intéressés sont unanimes à affirmer que de graves douleurs sont infligées à la victime; dans le cadre du rite d'initiation, on attribue même à ces douleurs une valeur propre, WALLEY, 37 s. Le point de vue est différent chez RAHMAN/TOUBIA, 26 et WALLEY, 20, où il y a confusion entre intention et mobile, «intentionally» étant compris comme «absichtlich». Voir par ex. TRECHSEL/NOLL, AT, 98.
- <sup>210</sup> Concernant le sens du terme torture en général, STEFAN TRECHSEL, Probleme und aktueller Stand der Bemühungen um eine UN-Konvention gegen die Folter, Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht 1982, 245 ss.
- <sup>211</sup> Lorsque d'autres points de vue sont défendus, la notion même n'est pas discutée, par ex. ALDEEB ABU-SAHLIEH, Circoncision, 451 ss.
- <sup>212</sup> Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, G.A. res. 34/180, 34, U.N. GAOR Supp. (No. 46) at 193, U.N. Doc. A/34/46, en vigueur depuis le 3.11.1981.
- <sup>213</sup> CEDAW, General recommendation 14, A/45/38 (General Comments).
- <sup>214</sup> C'est à peu près ce que dit RAHMAN/TOUBIA, 20 ss.
- <sup>215</sup> Pour beaucoup d'autres, REED/MURDOCH, 101 s., avec renvois.
- <sup>216</sup> Comme beaucoup d'autres FROWEIN/PEUKERT, Commentaire. CEDH, Art. 3 n. 2.
- <sup>217</sup> Cf. par ex. les travaux de COHEN-JONATHAN, DONNELLY, GROS ESPIELL, HOWARD et O'SULLIVAN.
- <sup>218</sup> Cf. par ex. O'SULLIVAN, 26.
- <sup>219</sup> A ce sujet par ex. CALLEWAERT.
- <sup>220</sup> Exemples chez STEFAN TRECHSEL, Comparative Observations on Human Rights Law and Criminal Law, Saint Louis-Warsaw Transatlantic Law Journal 2000, 1 ss., 10.
- <sup>221</sup> De même chez TRECHSEL, ibidem.
- <sup>222</sup> Concernant le début de cette jurisprudence, avec des renvois à la doctrine, STEFAN TRECHSEL, Die europäische Menschenrechtskonvention, ihr Schutz der persönlichen Freiheit und die schweizerischen Strafprozessrechte, Bern 1974, 82 ss.
- <sup>223</sup> Cf. Irlande contre Royaume-Uni, jugement du 18.1.1978, Série A No. 25, § 239.
- <sup>224</sup> X. et Y. contre les Pays-Bas, jugement du 26.3.1985, Série A No 91.
- <sup>225</sup> Il existe maintenant sur cette problématique une jurisprudence et une littérature abondantes, cf. par ex. VAN DIJK/VAN HOOF, 22 ss.; VILLIGER, n. 164 ss.
- <sup>226</sup> A. contre Royaume-Uni, jugement du 23.11.1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-VI, 2692.
- <sup>227</sup> Comme dans le jugement cité plus haut Irlande contre Royaume-Uni, il s'appuie sur la teneur de l'art. 1, «shall secure».
- <sup>228</sup> Nous reproduisons ici la partie décisive du § 22: «The Court considers that the obligation on the High Contracting Parties under Article 1 of the Convention to secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in the Convention, taken together with Article 3, requires States to take measures designed to ensure that individuals within their jurisdiction are not subjected to torture or inhuman or degrading treatment or punishment, including such ill-treatment administered by private individuals (see, mutatis mutandis, the H.L.R. v. France

judgment of 29 April 1997, Reports 1997-III, p. 758, § 40). Children and other vulnerable individuals, in particular, are entitled to State protection, in the form of effective deterrence, against such serious breaches of personal integrity (see, *mutatis mutandis*, the X and Y v. the Netherlands judgment of 26 March 1985, Series A no. 91, pp. 11–13, §§ 21–27; the *Stubbings and Others v. the United Kingdom* judgment of 22 October 1996, Reports 1996-IV, p. 1505, §§ 62–64; and also the United Nations Convention on the Rights of the Child, Articles 19 and 37).»

<sup>229</sup> La Serbie et le Monténégro ont signé la Convention le 3.4.2003 mais ne l'ont pas encore ratifiée.

<sup>230</sup> L'atteinte pourrait aussi être considérée comme une violation du droit au respect de la vie privée au sens de l'art. 8 CEDH, cf. l'intervention spéciale du membre de la commission Alkema, Reports 1998-VI, 2717 s.

<sup>231</sup> Le chiffre 1 de l'art. 3 est formulé ainsi: «Aucun Etat partie n'expulsera, ne refoulera, ni n'extradera une personne vers un autre Etat où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture.»

<sup>232</sup> Dans la jurisprudence de la Cour Eur. D.H., par ex. les jugements *Soering contre le Royaume-Uni* du 7.7.1989, Série A No 161, §§ 90–91; *Cruz Varas et d'autres contre la Suède* du 20.3.1991, Série A No 201, §§ 69–70; *Vilvarajah et d'autres contre Royaume-Uni*, du 30.10.1991, Série A No 215, § 103; *Chahal contre Royaume-Uni*, du 15.11.1996, Reports 1996-V, 1853, §§ 73–74; *Ahmed contre Autriche* du 17.12.1996, Reports 1996-VI, 2206, § 39; *H.L.R. contre France* du 29.4.1997, Reports 1997-III, 757, § 34. Voir à ce propos et sur ce qui suit notamment *STEFAN TRECHSEL, Artikel 3 EMRK als Schranke der Ausweisung*, in: *BARWIG KLAUS/BRILL WALTER* (Ed), *Aktuelle asylrechtliche Probleme der gerichtlichen Entscheidungspraxis in Deutschland, Österreich und der*

*Schweiz, Baden-Baden* 1996, 83 ss.

<sup>233</sup> Quiconque «owing to well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable, or owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country; or who, not having a nationality and being outside the country of his former habitual residence as a result of such events, is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it.»

<sup>234</sup> Jugement H.L.R. contre la France du 29.4.1997, Reports 1997-III, 745.

<sup>235</sup> A d'autres endroits, 758, § 40: It «must be shown that the risk is real and that the authorities of the receiving State are not able to obviate the risk by providing appropriate protection.»

<sup>236</sup> ROSENKE, 109.

<sup>237</sup> Réponse écrite du 1.3.1993 adoptée par le CONSEIL FEDERAL à la suite de l'interpellation 92.3422, Caspar-Hutter du 7.10.1992, *Frauen- und Mädchenverstümmelung*, ch. 5.

## Réponses à la mutilation génitale des femmes/excision en Europe

<sup>1</sup> Thanks to Francesca Moneti, Senior Project Officer, Child Protection at UNICEF Innocenti Research Centre (IRC) for her valuable comments on this paper and to Peggy Herrmann, Junior Professional Officer, for her research support. Thanks also to Eva Aguilera González of the Spanish National Committee for UNICEF for information regarding the situation in Spain. IRC is currently preparing an issue of the Innocenti Digest series on FGM/C.

<sup>2</sup> 3712 women out of a total of 4836 Eritrean immigrants. Caritas (2001), *Immigrazione, Dossier Statistico 2001, Nuovo Anterem*, p136.

<sup>3</sup> A procedure that represented a contravention of human rights under the 1966 International Covenant on Civil and Political Rights, and subsequently of the 1979 Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women and the 1989 Convention on the Rights of the Child.

<sup>4</sup> Figures refer to the EU prior to enlargement in 2004. Eurostat, *New Asylum Applications EU by Main Group of Citizenship, January – September 2003*

<sup>5</sup> STOPFGM!, «National Legal Commitments. Sweden», [www.stopfgm.org/stopfgm/national/laws.jsp?idMenu=1,4&c=1](http://www.stopfgm.org/stopfgm/national/laws.jsp?idMenu=1,4&c=1)

<sup>6</sup> As a point of comparison, in the same year the UK hosted 303, 454 immigrants from Egypt, Gambia, Ghana, Kenya, Nigeria, Sierra Leone, Tanzania and Uganda – a significantly larger population in absolute terms. In relative terms, these groups constituted 0.52 per cent of the total British population, while

Sweden's groups accounted for 0.36 per cent of the country's population. Figures from Rahman, Anika & Nahid Toubia (2000), *Female Genital Mutilation: A Guide to Laws and Policies Worldwide*, Zed Books, p 219 & p 231, and UNICEF (1998), *State of the World's Children 1998*, Oxford University Press

<sup>7</sup> Rahman, Anika & Nahid Toubia, op cit., p. 187

<sup>8</sup> Reported in UNFPA «UNFPA Global Population Policy Update», Issue no. 20, 5 April 2004.

<sup>9</sup> STOPFGM!, «National Legal Commitments. United Kingdom», [www.stopfgm.org/stopfgm/national/laws.jsp?idMenu=1,4&c=1](http://www.stopfgm.org/stopfgm/national/laws.jsp?idMenu=1,4&c=1)

<sup>10</sup> Wheeler, Patricia (2003), «Eliminating FGM: The role of the law», *The International Journal of Children's Rights*, 11: pp. 257–71, 2003

<sup>11</sup> Banda, Fareda (2003), *National Legislation Against Female Genital Mutilation*, Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ), p22

<sup>12</sup> «Un juez prohíbe a tres niñas salir del para evitarles la ablación», *El Mundo*, 14 May 2004, p. 27; «Un juez prohíbe a tres niñas viajar a Gambia para evitar la ablación», *El País*, 14 May 2004, p. 36

<sup>13</sup> Brissiaud, Caroline, «Cinq ans avec sursis pour l'excision de leurs filles en Guinée», *Libération*, 31 March 2004.

<sup>14</sup> Wheeler, Patricia, op cit., p. 267

<sup>15</sup> European Commission, Justice and Home Affairs, «The European asylum system caters for women's specific needs», [http://europa.eu.int/comm/justice\\_home/fsj/asylum/women/fsj\\_asylum\\_women\\_en.htm](http://europa.eu.int/comm/justice_home/fsj/asylum/women/fsj_asylum_women_en.htm)

<sup>16</sup> Amnesty International, «Female genital mutilation and asylum»,

- from Female Genital Mutilation – A Human Rights Information Pack (1998), [www.amnesty.org/ailib/intcam/femgen/fgm6.htm](http://www.amnesty.org/ailib/intcam/femgen/fgm6.htm)
- <sup>17</sup> «Infibulazione, scontro sul diritto d’asilo», *La Repubblica*, 30 April 2004, p. 23
- <sup>18</sup> For more on the Daphne Programme, see European Commission, Justice and Home Affairs, «Daphne II – EU programme to combat violence against children, young people and women», [http://europa.eu.int/comm/justice\\_home/funding/daphne/funding\\_daphne\\_en.htm](http://europa.eu.int/comm/justice_home/funding/daphne/funding_daphne_en.htm)
- <sup>19</sup> Eberhard, Christoph. «Le Droit et l’excision – Evaluation critique de la fonction de Justice et de la production du droit en France», presented at national conference, «Les violences à l’encontre des femmes et le droit en France», University of Paris 8, Saint Denis, 21 & 22 November 2000.
- <sup>20</sup> Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Resolution 1247 (2001), Female genital mutilation, para. 4
- <sup>21</sup> Committee on Women’s Rights and Equal Opportunities, Draft Report to the European Parliament on Female Genital Mutilation (2001/2035 (INI)), 31 May 2001, «Explanatory Statement», p13
- <sup>22</sup> Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Resolution 1247 (2001), Female genital mutilation, para. 11
- <sup>23</sup> Rahman, Anika & Nahid Toubia, op cit., p. 188.
- <sup>24</sup> Norwegian Ministry of Children and Family Affairs (2003), Governmental Actions Plan Against Female Genital Mutilation, April 2003
- <sup>25</sup> Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Resolution 1247 (2001), Female genital mutilation, para. 11
- <sup>26</sup> Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Resolution 1247 (2001), Female genital mutilation, para. 10
- <sup>27</sup> Rahman, Anika & Nahid Toubia, op cit., p. 233
- <sup>28</sup> Rahman, Anika & Nahid Toubia, op cit., p. 220
- <sup>29</sup> Committee on Women’s Rights and Equal Opportunities, Draft Report to the European Parliament on Female Genital Mutilation (2001/2035 (INI)), 31 May 2001, «Explanatory Statement», p.15

# Références bibliographiques

Les MGF en droit pénal suisse

**ALDEEB ABU-SAHLIEH SAMI A.,**

Verstümmeln im Namen Yahwes oder Allahs, Die Religiöse Legitimation der Beschneidung von Männern und Frauen,

in: CIBITO Beiträge zum Gespräch

zwischen Christen und Muslimen, 8 (1994) No 2, 64 ss.

**MEME AUTEUR,** Circoncision masculine, circoncision féminine, débat religieux,

médical, social et juridique, Paris 2001

(cité: «Circoncision»)

**BECK-KARRER CHARLOTTE,**

Löwinnen sind sie, Gespräche mit somalischen Frauen und Männern über Frauenbeschneidung, Bern 1996

**BSK StGB,** NIGGLI MARCEL

ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS

(Hrsg.), Basler Kommentar, Strafgesetzbuch (I: Art. 1 – 110; II: Art. 111 – 401), Basel 2003 (cité: Bearb., BSK)

**CALLEWAERT J.,** L'article 3 de la Con-

vention européenne: une norme relativement absolue ou absolument relative?

in: Liber amicorum Marc-André Eissen, Paris 1995, 13 ss.

**COHEN-JONATHAN GERARD,**

De l'universalité des droits de l'homme, in: Société Française pour le droit international, Ouverture en droit international, Hommage à René-Jean Dupuy, Paris 1998, 23 ss.

**CORBOZ BERNARD,** Les infractions en droit suisse, Volume I, Berne 2002

**DIRIE M.A./LINDMARK G.,** The Risk of Medical Complications After Female Circumcision, East African Medical Journal,

Vol. 69, No. 9 (Septembre 1992), 479 ss.

[www.cirp.org/pages/female/dirie1](http://www.cirp.org/pages/female/dirie1)

(site visité le 4.4.2004)

**DIRIE WARIS,** Desert Flower,

The extraordinary life of a desert nomad, New York 2001

**DONATSCH ANDREAS,** Garantenpflicht – Pflicht zur Notwehr- oder Notstandshilfe?, ZStrR 106 (1989) 345 ss.

**DONNELLY J.,** Cultural Relativism and Universal Human Rights, in: Human Rights Quarterly Vol. 6, No. 4, 400 ss.

**EGETER ISTOK,** Das ethnisch-kulturell motivierte Delikt, Diss. Zürich 2002

**EICHER W.,** Zur Physiologie der weib-

lichen Sexualität, in: Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe, Band 2, Endokrinologie und Reproduktionsmedizin II, SCHNEIDER H.P.G. (Hrsg.),

3. A. München et al. 1996

**ETTENGRUBER HELGA,** Weibliche Genitalverstümmelung – Ursprung und Gegenwart, in: HERMANN, 16 ss.

**Female Genital Mutilation: A Call for Global Action,** JACOBS GLORIA (Hrsg.), New York 1993 (cité: A Call for Global Action)

**FROWEIN JOCHEN ABR./PEUKERT WOLFGANG,** Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar,

2. A. Kehl/Strassburg/Arlington 1996 (cité: Komm. EMRK)

**GERLAND FRIEDERIKE,** Kampagnen internationaler Organisationen gegen Mädchenbeschneidung am Beispiel neuer Medien, Diplomarbeit

[www.people.freenet.de/friederike](http://www.people.freenet.de/friederike) (site visité le 4.4.2004)

**GOLLAHER DAVID,** Das verletzte Geschlecht, Die Geschichte der Beschneidung, Aus dem Amerikanischen von F. Florian Marzin, Berlin 2002

**GROS ESPIELL HECTOR,** Universalité des droits de l'homme et diversité culturelle, in: CALIXTO A. ARMAS BAREA et al. (Hrsg.), Liber Amicorum «In Memoriam» of judge José María Ruda, Den Haag et al. 2000, 537 ss.

**GRUENBAUM ELLEN,** The Female Circumcision Controversy, an Anthropological Perspective, Philadelphia 2001

**GUNNING ISABELLE R.,** Female Genital Surgeries: Eradication Measures at the Western Local Level – A Cautionary Tale, in: JAMES/ROBERTSON, 114 ss.

**GYSIN ARNOLD,** Die Theorie des Notsstands und dessen Behandlung im Entwurf eines schweizer. Strafgesetzbuches (1918), ZSR N.F. 45 (1926) 44 ss.

**HAFTER ERNST,** Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil, 1. Hälfte, Berlin 1937 (cité: BT)

**MÈME AUTEUR,** Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 2. A. Bern 1946 (cité: AT)

**Handbuch des Arztrechts,**

HONSELL HEINRICH (Hrsg), Zürich 1994

**HAUSAMMANN CHRISTINA,**

Mädchenbeschneidung und Menschenrechte, in: Schlussbericht, 15 ss.

**HAUSER ROBERT/REHBERG JÖRG,** Strafrecht I, Verbrechenslehre, 3. A. Zürich 1983

**HECKL ULRIKE,** Weibliche Genitalverstümmelung – eine massive Menschenrechtsverletzung nicht nur in Entwicklungsländern [www.ai-aktionsnetz-heilberufe.de/docs/texte/texte/report\\_psychologie/heckl\\_weibliche\\_genitalverstuemmelung.pdf](http://www.ai-aktionsnetz-heilberufe.de/docs/texte/texte/report_psychologie/heckl_weibliche_genitalverstuemmelung.pdf) (site visité le 4.4.2004)

**HEGER BOYLE ELISABETH,** Female Genital Cutting, cultural Conflict in the Global Community, Basltimore/London 2002

**HERMANN CONY (Ed.),** Das Recht auf Weiblichkeit, Hoffnung im Kampf gegen die Genitalverstümmelung, Bonn 2000

**HOWARD R.,** Evaluating Human Rights in Africa: Some Problems of Implicit Comparisons, Human Rights Quarterly, Vol. 6 No. 2 (1984) 160 ss.

**HURTADO POZO JOSE,** Droit Pénal, Partie générale I, 2. A. Zurich 1997 (cité: PG I)

**MEME AUTEUR.,** Droit Pénal, Partie spéciale I, 3. A. Zurich 1997 (cité: PS I)

**HUSSEIN AMINA,** Ich war doch noch ein Kind, in: HERMANN, 33 ss.

**JÄGER FABIENNE/SYLVIE SCHULZE/**

**PATRICK HOHLFELD,** Female genital mutilation in Switzerland: a survey among gynaecologists, Swiss Medical Weekly 2002, 259 ss.

**JAMES STANLIE M.,** Listening to Other(ed) Voices: Reflections around Female Genital Cutting, in: JAMES/ROBERTSON, 87 ss.

**JAMES STANLIE M./ROBERTSON CLAIRE C. (ED.),** Genital Cutting and Transnational Sisterhood, Disputing U.S. Polemics, Chicago 2002

**KÄLIN WALTER,** Grundrechte im Kulturkonflikt, Freiheit und Gleichheit in der Einwanderungsgesellschaft, Zürich 2000

**KALTHEGENER REGINE,** Genitale Verstümmelung ist (k)ein Asylgrund?, in: HERMANN, 115 ss.



- KASSINDJA FAUZIYA/ MILLER BASHIR LAYLI**, Do They Hear You When You Cry, New York 1999
- KELLER ALFRED**, Die Körperverletzung im schweizerischen Strafrecht, Diss. Zürich 1957
- KÜHL KRISTIAN**, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. A. München 2002
- Leipziger Kommentar StGB**, Grosskommentar, JÄHNKE BURKHARD/ LAUFHÜTTE HEINRICH WILHELM/ ODESKY WALTER (Hrsg.), §§ 223-233, 37. Lieferung, Berlin et al. 2001 (cité: Bearb., LK)
- LIGHTFOOT-KLEIN HANNY**, Prisoners of Ritual, An Odyssey into Female Genital Circumcision in Africa, New York/London 1989
- MACKIE GERRY**, Durchbruch im Senegal, in: HERMANN, 57 ss.
- NIEDERMAIR HARALD**, Körperverletzung mit Einwilligung und die Guten Sitten, Zum Funktionsverlust einer Generalklausel, München 1999 (Diss. 1998)
- NOLL PETER**, übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besondern die Einwilligung des Verletzten, Basel 1955
- MÊME AUTEUR**, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I, Delikte gegen den Einzelnen, Zürich 1983 (cité: BT)
- NYFELER DORIS/ BÉGUIN STÖCKLI DOMINIQUE**, Genitale Verstümmelung afrikanischer Migrantinnen in der schweizerischen Gesundheitsversorgung, Ethnologisches Institut der Universität Bern, Arbeitsblätter Nr. 10, 1994
- O’SULLIVAN DECLAN**, Is the Declaration of Human Rights Universal?, The International Journal of Human Rights, Vol. 4, No. 1 (Spring 2000), 25 ss.
- RAHMAN ANIKA/TOUBIA NAHID**, Female Genital Mutilation, A Guide to Laws and Policies Worldwide, New York 2000
- REED ROBERT/MURDOCH JIM**, A Guide to Human Rights Law in Scotland, Edinburgh/London 2001
- REHBERG JÖRG/DONATSCH ANDREAS**, Strafrecht I, Verbrechenslehre, 7. A. Zürich 2001 (cité: I)
- REHBERG JÖRG/SCHMID NIKLAUS/ DONATSCH ANDREAS**, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 8. A. Zürich 2003 (cité : III)
- ROBERTSON CLAIRE C.**, Getting beyond the Ew+ Factor: Rethinking U.S. Approaches to African Female Genital Cutting, in: JAMES/ROBERTSON, 54 ss.
- ROSENKE MARION**, Die rechtlichen Probleme im Zusammenhang mit der weiblichen Genitalverstümmelung, Frankfurt a. M. et al. 2000 (Diss. Bielefeld 1999)
- ROXIN CLAUS**, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre, 3. A. München 1997 (cité: AT I)
- Rapport final de la journée consacrée au thème «La pratique de l’excision – en Suisse aussi»**, 21 mai 2001 – Berne, Unicef (Ed.) cité: Rapport final)
- SCH NKE ALFRED/SCHRÖDER HORST** (Begr.), Strafrechtsgesetzbuch, Kommentar, 26. A. München 2001 (cité: Bearb., in: Sch nke/Schröder)
- SCHUBARTH MARTIN**, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Besonderer Teil, 1. Band: Delikte gegen Leib und Leben, Art. 111 – 136 StGB, Bern 1982
- SCH NEMANN INGRID**, Eva Camara: Die Chronik einer Abschiebung, in: HERMANN, 129 ss.
- STERNBERG-LIEBEN DETLEV**, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, Tübingen 1997 (Habil. 1995)
- STRATENWERTH GÜNTER**, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 5. A. Bern 1995 (cité: BT 1995)
- STRATENWERTH GÜNTER/JENNY GUIDO**, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 6. A. Bern 2003 (cité: BT I)
- Systematischer Kommentar zum Strafrechtsgesetzbuch**, RUDOLPHI HANS-JOACHIM et al. (Hrsg.), Band 2: Besonderer Teil, §§ 80-358 (cité: Bearb., SK-StGB)
- TAG BRIGITTE**, Der K rperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis, Eine arztstrafrechtliche Untersuchung, Berlin/Heidelberg 2000 (Habil. Heidelberg 1999/2000)
- THORMANN PHILIPP/ VON OVERBECK ALFRED**, Schweizerisches Strafrechtsgesetzbuch, 2. Band: Besondere Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes, Zürich 1941
- TRECHSEL STEFAN**, Schweizerisches Strafrechtsgesetzbuch, Kurzkommentar, 2. A. Zürich 1997 (cité: KK)
- TRECHSEL STEFAN/NOLL PETER**, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit, 5. A. Zürich 1998 (cité: AT)
- TRÖNDLE HERBERT/ FISCHER THOMAS**, Strafrecht und Nebengesetze, 51. A. München 2003
- VAN DIJK, P./VAN HOOFF G.J.H.**, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 3. A. Den Haag et al. 1998
- VILLIGER MARK**, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2. A. Zürich 1993
- WALKER ALICE**, Possessing the Secret of Joy, New York 1992
- WALKER ALICE/PARMAR PRATIBA**, Warrior Marks, Female Genital Mutilation and the Sexual Blinding of Women, San Diego/New York 1993
- WALLEY CHRISTINE J.**, Searching for «Voices»: Feminism, Anthropology, and the Global De-bate over Female Genital Operations, in: JAMES/ROBERTSON, 17 ss.
- WEIL-CURIEL LINDA**, Strafrechtliches Vorgehen, eine Anerkennung der Rechte von Kindern, in: HERMANN, 153 ss.
- WEISSENBERGER PHILIPPE**, Die Einwilligung des Verletzten bei den Delikten gegen Leib und Leben, Bern 1996 (Diss. Basel)

Réponses à la mutilation  
génitale des femmes/excision  
en Europe

**Amnesty International**, «Female genital mutilation and asylum», from Female Genital Mutilation – A Human Rights Information Pack (1998), [www.amnesty.org/ailib/intcam/femgen/fgm6.htm](http://www.amnesty.org/ailib/intcam/femgen/fgm6.htm)

**BANDA, FAREDA** (2003), National Legislation Against Female Genital Mutilation, Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ)

**Committee on Women's Rights and Equal Opportunities**, Draft Report to the European Parliament on Female Genital Mutilation (2001/2035 (INI)), 31 May 2001

**EBERHARD CHRISTOPH**, «Le Droit et l'excision – Evaluation critique de la fonction de Justice et de la production du droit en France», presented at national conference, «Les violences à l'encontre des femmes et le droit en France», University of Paris 8, Saint Denis, 21 & 22 November 2000.

**Norwegian Ministry of Children and Family Affairs** (2003), Governmental Actions Plan Against Female Genital Mutilation, April 2003

**Parliamentary Assembly of the Council of Europe**, Resolution 1247 (2001), Female genital mutilation

**PITCH TAMAR**, «The Right Law: Legal Treatment of Female Genital Mutilation», Afro-Arab Expert Consultation on Legal Tools for the Prevention of Female Genital Mutilation [proceedings], Non c'è pace senza giustizia, supplement to quarterly periodical, 1/2004.

**RAHMAN ANIKA & NAHID TOUBIA** (2000), Female Genital Mutilation: A Guide to Laws and Policies Worldwide, Zed Books

**Sleator, Alex** (2003), The Female Genital Mutilation Bill, House of Commons Research Paper 03/24, 19 March 2003

**STOPFGM!**, «National Legal Commitments», [www.stopfgm.org/stopfgm/national/laws.jsp?idMenu=1,4&c=1](http://www.stopfgm.org/stopfgm/national/laws.jsp?idMenu=1,4&c=1)

**WHEELER PATRICIA** (2003), «Eliminating FGM: The role of the law», The International Journal of Children's Rights, 11: pp. 257–71

# Adresses

Comité suisse pour l'UNICEF  
Baumackerstrasse 24  
8050 Zurich  
Téléphone 044 317 22 66  
Fax 044 317 22 77  
info@unicef.ch  
www.unicef.ch

Appartenances  
Centre migrants  
Rue des Terreaux 10  
1003 Lausanne  
Téléphone 021 341 12 50

Association Suisse pour la santé  
sexuelle et reproductive (PLANeS)  
Av. de Beaulieu 9  
1004 Lausanne  
Téléphone 021 661 22 33  
Fax 021 661 22 34

Association faitière des enseignantes  
et des enseignants ECH  
Ringstrasse 54  
Case postale 189  
8057 Zurich  
Téléphone 044 315 54 54  
Fax 044 311 83 15

IAMANEH Schweiz  
Aeschengraben 16  
4051 Basel  
Téléphone 061 205 60 88  
Fax 061 271 79 00  
www.iamaneh.ch  
et www.miges.ch (informations)

Kinderschutzgruppe und Opfer-  
beratungsstelle  
des Kinderspitals Zürich  
Steinwiesstrasse 75  
8032 Zürich  
Téléphone 044 266 76 46 (secrétariat)  
Téléphone 044 266 71 11 (central  
téléphonique de l'hôpital)  
Fax 044 266 76 45 (secrétariat)  
sekretariat.ksg@kispi.unizh.ch  
www.kinderschutzgruppe.ch

Regionalkoordination Caritas  
Fachstelle Gesundheit und Integration  
Klosterhof 6e  
9000 St. Gallen  
Téléphone 071 227 34 49

Fédération suisse des sages-femmes  
Flurstrasse 26  
3000 Berne 22  
Téléphone 031 332 63 40  
info@hebamme.ch

Treffpunkt Schwarze Frauen  
Manessestrasse 73  
8003 Zürich  
Téléphone 044 451 60 94

Vereinigung der Kantonsärzte Schweiz  
(VKS)  
Departement des Innern  
Ambassadorshof  
4509 Soleure  
Téléphone 032 627 93 77  
Fax 032 627 93 51

## Impressum

Stefan Trechsel, professeur, docteur en droit; Regula Schlauri, docteur en droit,  
Les mutilations génitales féminines en Suisse  
Editeur : Comité suisse pour l'UNICEF  
Baumackerstrasse 24  
8050 Zurich

Zurich 2004

**Comité suisse pour l'UNICEF**  
Baumackerstrasse 24  
CH-8050 Zurich  
Téléphone +41 (0)44 317 22 66  
Fax +41 (0)44 317 22 77  
info@unicef.ch  
www.unicef.ch  
Compte postal pour vos dons: 80-7211-9

**unicef**   
**Schweiz Suisse Svizzera**