

LA RECENTE LEGGE TEDESCA IN TEMA DI CIRCONCISIONE MASCHILE¹

Il nuovo [§ 1631 d BGB](#) e le sue implicazioni penalistiche

di Veronica Elena Demichielis

SOMMARIO: 1. La pronuncia che ha dato abbrivio al dibattito: Tribunale di Colonia, Az. 151, Ns 169/11 del 7 Maggio 2012. – 2. La richiesta di esponenti dei partiti CDU, CSU, SPD e FDP del 19 Luglio 2012 in merito all'inquadramento giuridico della circoncisione. – 3. Il parere del Comitato Etico tedesco e l'audizione di esperti condotta dal Ministero Federale della Giustizia. – 4. Il Disegno di Legge del Governo Federale (*Referatentwurf*) e la conseguente Proposta di Legge (*Gesetzentwurf*). – 4.1. Rilievi preliminari e redazione del § 1631, lett. d, BGB. – 4.2. Il coordinamento tra le disposizioni previgenti e il § 1631, lett. d, BGB. – 5. Considerazioni finali.

1. La sentenza che ha dato abbrivio al dibattito: Tribunale di Colonia, Az. 151, Ns 169/11 del 7 Maggio 2012.

Nella Repubblica Federale Tedesca le problematiche connesse alla pluralità etno-culturale si sono imposte di recente, anche sulla scena del diritto, in tutta la loro dirompente attualità e drammaticità.

Oggetto di un vivace dibattito è stato, infatti, l'inquadramento giuridico di pratiche come la circoncisione maschile, la scarificazione rituale e la mutilazione genitale femminile.

Queste pratiche, poco note in Europa fino a qualche tempo fa, sono divenute oggi frequenti anche nel mondo occidentale. I massicci flussi migratori degli ultimi decenni hanno condotto all'incontro di individui portatori di valori differenti, rispetto a quelli generalmente condivisi nelle moderne società europee. Interventi del genere sul corpo umano costituiscono espressione delle tradizioni tramandatesi nel corso di secoli, all'interno di alcune culture o di alcune religioni, quali l'Islam o l'Ebraismo.

L'acceso dibattito tedesco sulle pratiche in questione è stato innescato da una vicenda avvenuta a Colonia riguardante un caso di circoncisione maschile che ha avuto ampia risonanza anche presso l'opinione pubblica, divisa tra i due poli del riconoscimento della legittimità della circoncisione e la qualificazione della stessa come reato contro l'integrità fisica.

Il caso concreto vedeva nelle vesti di imputato un medico di fede musulmana che nel 2010 aveva eseguito – su espressa richiesta dei genitori – la circoncisione di un bambino di quattro anni, utilizzando uno strumento chirurgico definito 'scalpello'. Tale intervento non era dettato da alcuna necessità terapeutica, essendo riconducibile

¹ Legge introdotta il 20 Dicembre 2012, in vigore dal 28 Dicembre 2012.

piuttosto ad una consuetudine di origine religiosa, ancor prima che culturale, diffusa presso alcuni gruppi islamici.

Nonostante l'intervento fosse stato eseguito con comprovata perizia dal medico, il bambino, due giorni dopo l'intervento, a causa di una forte emorragia veniva portato d'urgenza al pronto soccorso, dove veniva trattenuto in degenza.

La Procura di Colonia, acquisita la notizia dell'accaduto, avviava un procedimento nei confronti del medico ritenuto responsabile del reato di lesioni, aggravate dall'utilizzo di uno strumento chirurgico pericoloso, ai danni del minore.

Il Tribunale di Colonia², tuttavia, in veste di giudice di prime cure, assolveva l'imputato dal reato ascrittogli, ritenendo che il consenso manifestato dai genitori potesse validamente giustificare la condotta del sanitario, avendo riguardo al contenuto e all'estensione della potestà genitoriale, così come descritta dall'ordinamento civile tedesco³.

Inoltre, con riferimento al motivo religioso che sorreggeva la decisione dei genitori, il Tribunale riteneva che – per effetto del bilanciamento tra il diritto del minore alla salvaguardia della propria integrità fisica (art. 2 co. 2 Grundgesetz – Legge fondamentale tedesca; in prosieguo: GG) ed il diritto dei genitori a trasmettere ai figli un'educazione religiosa (artt. 4 co. 2, e 6 co. 2 GG) – la condotta fosse da considerarsi scriminata dal consenso alla circoncisione fornito dai genitori.

L'uomo e la donna, infatti, mostravano di essere molto attaccati alle usanze della loro comunità di appartenenza e temevano che il bambino potesse venirne escluso qualora non fosse stato sottoposto alla rimozione chirurgica del prepuzio.

La lesione del diritto all'integrità fisica veniva, inoltre, ritenuta lecita perché eseguita da un medico, al fine di prevenire determinate patologie a carico dell'apparato riproduttivo maschile.

Contro tale decisione la Procura proponeva appello.

La Corte d'Appello di Colonia confermava l'esito assolutorio attraverso, tuttavia, una motivazione differente e, in particolare, una differente valutazione circa la (il)liceità della circoncisione.

Innanzitutto anche i giudici d'appello ritengono integrato il fatto tipico del reato di lesioni personali (con esclusione, tuttavia, dell'aggravante dell'utilizzo di uno strumento chirurgico da parte di un medico nell'esercizio della propria attività). Ma, a differenza dei giudici di primo grado, essi ritengono che il consenso prestato dai genitori non sia sufficiente a scriminare la rilevanza penale di tale fatto.

La circoncisione viene infatti valutata dai giudici d'appello come in netto contrasto con il benessere del minore, dato che essa non può essere ricondotta ad una misura educativa *funzionale* e *necessaria* alla salute fisica e psichica del bambino.

² Landgericht Köln, sentenza del 07.05.2012 – Az. 151, Ns 169/11, in *NStZ* 2012, p. 449 ss. e *NJW* 2012, p. 2128 ss.

³ Ai sensi del § 1627 BGB, la potestà genitoriale è esercitata di comune accordo, sotto la propria responsabilità, da entrambi i genitori nell'interesse del minore.

La lesione all'integrità fisica conseguente a motivi religiosi – nel caso di specie – viene dunque ritenuta dalla Corte d'Appello inadeguata poiché essa cambia in maniera irreversibile il corpo del bambino, il quale non può liberamente autodeterminarsi.

Affermata la tipicità e l'antigiuridicità della condotta del medico, i giudici di seconde cure, tuttavia, ne escludono la colpevolezza facendo leva sulla disciplina dell'*ignorantia legis* di cui al § 17 StGB⁴. Secondo i giudici d'appello, infatti, il medico è incorso in un errore inevitabile c.d. "indiretto" sulla rilevanza penale della propria condotta. Egli ha ritenuto, infatti, che la lesione operata sul corpo del bambino fosse lecita in quanto scriminata dal consenso dei genitori⁵. Il medico si è dunque trovato in una situazione di errore riconducibile – quantunque la Corte non lo dica esplicitamente – all'errore su una causa di giustificazione, sì presente nell'ordinamento, ma non applicabile nel caso di specie (c.d. *Erlaubnisirrtum*). Rispetto alla condotta del medico, il quale avrebbe potuto documentarsi assolvendo il suo dovere di informazione (*Erkundungspflicht*), la Corte ha ritenuto di non poter muovere alcun rimprovero di colpevolezza: avuto riguardo, infatti, alla sostanziale mancanza di uniformità di opinioni in merito alla il-liceità della circoncisione maschile, non avrebbe avuto senso muovere un rimprovero al medico, poiché, se anche egli avesse correttamente adempiuto il suo dovere di informazione, tali sforzi sarebbero stati vani.

L'errore del medico viene, pertanto, considerato 'non evitabile' attraverso un adeguato sforzo di coscienza (*Gewissensanspannung*), stante l'assenza di una disciplina *ad hoc* e le differenti opinioni dottrinali e giurisprudenziali in materia di circoncisione maschile⁶ (*unklare Rechtslage*). Il medico avrebbe ritenuto che la propria condotta fosse scriminata⁷ dalla volontà espressa dai genitori, esercenti la potestà genitoriale e responsabili della salute del bambino⁸. Sul punto, la Corte d'Appello rileva, infatti, che "l'errore sul precetto da parte di A [il medico] era inevitabile. Nonostante A non si sia preoccupato di acquisire maggiori informazioni sulla regolamentazione giuridica della circoncisione, questo non può essere considerato a suo sfavore. L'acquisizione di pareri giuridici in materia non avrebbe infatti portato a fare alcuna chiarezza [...] dato che alla domanda

⁴ Il § 17 StGB così recita: "(Errore sul divieto): Quando all'agente, nella commissione di un fatto, manca la coscienza di agire illecitamente, non si ha colpevolezza, se egli non poteva evitare tale errore. – Se l'agente poteva evitare tale errore, la pena può essere diminuita ai sensi del § 49 comma 1".

⁵ Per una ricostruzione della vicenda con riferimento anche alla rilevanza della motivazione culturale e religiosa, si veda [PUSATERI, Uno sguardo oltralpe: la Corte d'Appello di Colonia ritiene che la pratica di circoncisione maschile c.d. rituale integri reato, in questa Rivista, 26 Settembre 2012.](#)

⁶ Sull'impossibilità di ottenere una risposta univoca in merito, si veda JAHN, *Zirkumzision als Körperverletzung. Zur Strafbarkeit einer medizinisch nicht indizierten Beschneidung auf Grund religiös motivierten Wunsches der Eltern*, in *JuS* 2012, p. 852 ss.

⁷ Sul punto, v. pure BEULKE / DIEßNER, [...] *ein kleiner Schritt für einen Menschen, aber ein großes Thema für die Menschheit*, in *ZiS online*, 2012, p. 338 ss.

⁸ Ed è proprio in relazione all'obiettivo di tutela della salute del bambino che questa condotta viene ritenuta dalla Corte "socialmente inadeguata", come correttamente sottolinea HERZBERG, *Rechtliche Probleme der rituellen Beschneidung*, in *JZ* 2009, p. 332 e, ID., [Wann ist die Körperverletzung durch Zirkumzision gerechtfertigt](#), in *ZiS online*, 2010, p. 625 per il quale questa decisione è una sorta di arringa, che mira a mantenere lo *status quo* relativo alla non regolamentazione della materia.

relativa alla liceità della circoncisione maschile sulla base del consenso dei genitori viene risposto in modi contrastanti, sia nella letteratura giuridica che in giurisprudenza”⁹.

Ed è proprio sulla scorta di tali parole della Corte d’Appello che, in Germania, ha avuto origine la riflessione sull’inquadramento giuridico della circoncisione, sfociata poi nell’emanazione dell’articolo 1631, lett. d del Bürgerliches Gesetzbuch (codice civile tedesco; in prosieguito: BGB).

2. La richiesta di esponenti dei partiti CDU, CSU, SPD e FDP del 19 Luglio 2012 in merito all’inquadramento giuridico della circoncisione.

Il 19 Luglio 2012 è stata avanzata la prima proposta per una regolamentazione *ad hoc* della materia¹⁰ da parte di alcuni esponenti dei quattro maggiori partiti tedeschi: l’Unione Cristiano Democratica (CDU), l’Unione Cristiano Sociale (CSU), il Partito Liberale Democratico (FDP) e il Partito Sociale Democratico (SPD)¹¹.

Nell’autunno del 2012 essi hanno formalmente invitato il Parlamento a presentare una proposta di legge in materia di circoncisione maschile cd. rituale¹². Tale disegno legislativo avrebbe dovuto stabilire chiaramente che un intervento di circoncisione, eseguito secondo la scienza medica, senza procurare inutili dolori, è costituzionalmente ammissibile. Ciò avuto riguardo alla tutela apprestata dalla Costituzione al bene del bambino, al diritto all’integrità fisica, alla libertà religiosa e al diritto dei genitori ad educare la prole secondo le proprie autonome scelte.

La richiesta, proveniente da un nutrito gruppo di parlamentari, muove dalla constatazione del forte interesse suscitato dalla sentenza sopra evocata, la quale, come si è visto, qualifica la circoncisione maschile motivata da credenze religiose e culturali in termini di atto tipico ed antiggiuridico, sussumibile sotto la fattispecie di ‘lesioni corporee’.

Una simile qualificazione ha, infatti, generato un grave stato di insicurezza tra la popolazione di fede islamica ed ebraica residente in Germania, la quale si è

⁹ “*Der Verbotsirrtum des A war unvermeidbar. Zwar hat sich der A nicht nach der Rechtslage erkundigt, das kann ihm hier indes nicht zum Nachteil gereichen. Die Einholung kundigen Rechtsrates hätte nämlich zu keinem eindeutigen Ergebnis geführt [...]. Die Frage der Rechtmäßigkeit von Knabenbeschneidungen auf Grund Einwilligung der Eltern wird in Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich beantwortet*”. JAHN, *Zirkumzision*, cit., p. 852, ritiene tali parole “un po’ ermetiche, ma nel complesso convincenti”.

¹⁰ Si tratta della [Rechtliche Regelung der Beschneidung minderjähriger Jungen](#).

¹¹ L’elaborazione di una proposta di legge è stata resa necessaria dal clima rovente creatosi in conseguenza della qualificazione della circoncisione come illecito penale da parte della Corte d’Appello di Colonia. Cfr. FISCHER, [Bundesregierung will nach umstrittenem Urteil schnell Rechtssicherheit für Beschneidungen](#), 13 Luglio 2012, Beck - Aktuell Redaktion, il quale riporta, tra l’altro, il parere del Presidente del Consiglio del Rabbinate Centrale in Germania, Dieter Graumann, il quale si dice seriamente preoccupato per le conseguenze di tale pronuncia. Tali preoccupazioni sono state condivise anche da Guido Westerwelle, Ministro degli Esteri, che teme ripercussioni a livello internazionale, laddove si possa pensare che in Germania la libertà religiosa sia stata sottoposta a vincoli di qualsiasi genere.

¹² L’aggettivo *rituale* è utilizzato per distinguere la circoncisione motivata dall’elemento religioso e/o culturale dall’intervento praticato per ragioni prettamente mediche o profilattiche.

interrogata con preoccupazione circa l'ammissibilità della pratica circoncisoria maschile in Germania. Tale instabilità ha investito anche i medici, che si sono domandati se in futuro l'esecuzione di operazioni di questo tipo potesse integrare delle ipotesi di reato, rendendoli penalmente perseguibili¹³.

Alla luce di quanto esposto, si comprende allora l'iniziativa degli esponenti dei partiti summenzionati.

Costoro ritengono di primaria importanza garantire la libertà di religione in Germania, anche attraverso l'ammissione di pratiche connotate da un pregnante significato religioso e culturale, quali la circoncisione dei giovani ebrei e musulmani, e ciò nonostante il fatto che la circoncisione rappresenti un intervento irreversibile che modifica l'integrità corporea del fanciullo. A tal proposito, è dunque necessario che essa venga eseguita secondo le regole dell'arte medica, introducendo un correttivo all'eccessiva discrezionalità dettata dal motivo religioso e culturale.

Gli esponenti dei partiti politici ritengono, pertanto, che la rilevanza penale della circoncisione possa essere esclusa grazie all'applicazione della disciplina del consenso prestato dall'avente diritto.

Questa soluzione lascia, tuttavia, aperta la questione dell'età del circoncidendo. E' evidente infatti che, nel caso di minorenni, toccherebbe ai genitori acconsentire a questa operazione in luogo del proprio figlio.

In questo caso la decisione dei genitori dovrebbe essere guidata dall'obiettivo primario, costituzionalmente tutelato, della salute e del bene del fanciullo.

Gli estensori della proposta si rendono però presto conto di muoversi su un terreno piuttosto scivoloso e chiariscono immediatamente la portata della locuzione "bene del fanciullo", la quale sconta l'indeterminatezza tipica delle affermazioni di principio. Il bene tutelato dal § 1631, lett. d BGB è il benessere del fanciullo, il quale deve essere determinato anche sulla base delle convinzioni dei genitori, nel rispetto dei limiti invalicabili stabiliti dall'ordinamento statale.

Dopo avere fornito questa breve panoramica sullo stato delle cose in materia, i parlamentari sollecitano il Governo Federale (*Bundesregierung*) a chiarire al più presto l'inquadramento giuridico della circoncisione, considerando tale intervento imprescindibile ed urgente, in quanto prodromico alla possibilità di libero esercizio del proprio credo religioso da parte dei concittadini ebrei e musulmani.

Infine gli estensori della proposta sottolineano l'esigenza che "la circoncisione del fanciullo, accettata socialmente in tutto il mondo, non sia da confondere con altre condotte lesive della integrità corporea dei bambini, condotte immorali, dannose e permanenti, quali per esempio la mutilazione genitale femminile"¹⁴.

¹³ A p. 6 del GE (*Gesetzentwurf*) del 5 Novembre 2012, viene data contezza della situazione di paralisi dell'attività medica concernente la circoncisione maschile, creatasi in Germania anche in seguito al parere diramato dalle associazioni di medici, le quali consigliavano di astenersi dall'intervenire in caso di circoncisione non sorretta da una motivazione medica.

¹⁴ L'opinione prevalente in Germania è, in effetti, nel senso della rilevanza penale delle mutilazioni genitali femminili. Come, ad esempio, riferisce MIEBACH, *Aus der neueren Rechtsprechung des BGH zu den Körperverletzungsdelikten*, in *NSfZ-RR* 2010, p. 37, il BGH (Corte Federale tedesca) ritiene che le mutilazioni

3. Il parere del Comitato Etico tedesco e l'audizione di esperti condotta dal Ministero Federale della Giustizia.

L'esortazione di un'importante rappresentanza del Parlamento tedesco ad un intervento in materia è stata immediatamente raccolta dal Comitato Etico tedesco, che ha espresso il proprio parere nella seduta plenaria del 23 Agosto 2012¹⁵, seguito in breve tempo dal Ministero Federale della Giustizia, il quale ha convocato una serie di esperti della materia in data 28 Agosto 2012.

4. Il Disegno di Legge del Governo Federale (*Referatentwurf*) e la conseguente Proposta di Legge (*Gesetzentwurf*).

4.1. Rilievi preliminari e redazione del § 1631, lett. d, BGB.

Raccogliendo l'invito contenuto nel documento poc' anzi richiamato, il Governo federale (*Bundesregierung*) ha formulato all'inizio del mese di Ottobre 2012 un disegno di legge intitolato "Proposta di legge sulla potestà genitoriale attinente alla persona in caso di circoncisione del fanciullo di sesso maschile" (*Entwurf eines Gesetzes über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes*).

Il documento si apre con l'enunciazione del problema, il quale consiste, come evidenziato in precedenza, nella mancanza di chiarezza in materia, la quale comporta uno stato di sostanziale incertezza (*Rechtsunsicherheit*), intollerabile in uno Stato di diritto.

L'obiettivo che si propone tale disegno di legge è dunque quello di dissipare ogni dubbio per quanto riguarda la liceità degli interventi di circoncisione.

La soluzione prospettata è nel senso di inquadrare la circoncisione nell'ambito del diritto civile (anziché di quello penale) e, segnatamente, del diritto di famiglia,

genitali femminili debbano essere punite alla stregua di lesioni corporee gravi. Sulla rilevanza penale delle mutilazioni genitali femminili. In tal senso v. anche WÜSTENBERG, *Kindeswohlgefährdung bei Genitalverstümmelung*, in *FPR, Familie Partnerschaft Recht*, 2012, p. 452, secondo il quale la mutilazione genitale sarebbe addirittura da ricondurre alla fattispecie delle lesioni corporee pericolose, anziché gravi, poiché la vittima con l'asportazione del clitoride non perde un'importante parte del suo corpo, bensì un importante organo (*denn das Tatopfer verliert mit der Klitoris nicht ein wichtiges Glied, sondern ein wichtiges Organ*). Inoltre per lo stesso autore questo fatto non sarebbe giustificabile in alcun modo, né attraverso il consenso, né attraverso l'affermazione della libertà religiosa della vittima, né, infine, attraverso il riconoscimento della libertà nell'educazione dei propri figli da parte dei genitori. Sul punto, v. anche HERZBERG, *Rechtliche Probleme der rituellen Beschneidung*, in *JZ* 2009 p. 332 e, ID., *Wann ist die Körperverletzung durch Zirkumzision gerechtfertigt*, in *ZiS online* 2010, p. 471.

¹⁵ Cfr. www.ethikrat.org/presse/pressemitteilungen/2012/pressemitteilung-09-2012.

ric conducendola nell'alveo del dovere giuridico di cura e tutela del fanciullo, stabilito ai §§ 1626 ss. del codice civile tedesco (BGB), a carico dei genitori o di chi ne fa le veci¹⁶.

La proposta legislativa chiarisce, infatti, che l'intervento di circoncisione sul fanciullo, connotato da una motivazione religiosa o culturale, può essere riguardato quale esplicazione del dovere di cura e tutela del fanciullo.

La circoncisione, alla luce di questa proposta di legge, di regola non potrebbe, invece, essere classificata come lesione corporea ai sensi del § 223 StGB, né sarebbe possibile attribuirle in altro modo rilevanza penale, ritenendola, per esempio, un'infrazione al buon costume ai sensi del § 228 StGB.

Sulla scorta di tali considerazioni, nella proposta di legge si è quindi giunti alla formulazione del seguente articolo:

§ 1631 d Circoncisione del fanciullo di sesso maschile.

La potestà genitoriale attinente alla persona del figlio comprende anche il diritto ad acconsentire ad un intervento di circoncisione – non necessario dal punto di vista medico – del fanciullo di sesso maschile che non sia in grado di autodeterminarsi in proposito, quando quest'intervento venga condotto secondo le regole dell'arte medica. Ciò non vale, quando attraverso la circoncisione, avuto riguardo anche allo scopo che essa si propone, venga messo in pericolo il benessere del fanciullo.

Nei primi sei mesi dalla nascita del fanciullo possono praticare la circoncisione, ai sensi del precedente comma 1, anche i soggetti a ciò incaricati da una comunità religiosa qualora abbiano una particolare esperienza in materia e, pur non essendo medici, abbiano una competenza equivalente nell'eseguire la circoncisione¹⁷.

¹⁶ Il diritto-dovere dei genitori alla cura del fanciullo viene enunciato nella Carta Costituzionale e ribadito all'interno del codice civile al § 1626, Abs. 1, S. 1 BGB, ove si stabilisce che i genitori hanno il dovere e il diritto di prendersi cura del minorenni. Questa norma, che esplica la sua efficacia fino al compimento della maggiore età, precisa che la potestà genitoriale attiene sia alla persona del bambino (*Personensorge*) che al suo patrimonio (*Vermögenssorge*).

§ 1626 Elterliche Sorge

- (1) *Die Eltern haben die Pflicht und das Recht, für das minderjährige Kind zu sorgen (elterliche Sorge). Die elterliche Sorge umfasst die Sorge für die Person des Kindes (Personensorge) und das Vermögen des Kindes (Vermögenssorge).*
- (2) *Bei der Pflege und Erziehung berücksichtigen die Eltern die wachsende Fähigkeit und das wachsende Bedürfnis des Kindes zu selbständigem verantwortungsbewusstem Handeln. Sie besprechen mit dem Kind, soweit es nach dessen Entwicklungsstand angezeigt ist, Fragen der elterlichen Sorge und streben Einvernehmen an.*
- (3) *Zum Wohl des Kindes gehört in der Regel der Umgang mit beiden Elternteilen. Gleiches gilt für den Umgang mit anderen Personen, zu denen das Kind Bindungen besitzt, wenn ihre Aufrechterhaltung für seine Entwicklung förderlich ist.*

¹⁷ **§ 1631 d Beschneidung des männlichen Kindes.**

- (1) *Die Personensorge umfasst auch das Recht, in eine medizinisch nicht erforderliche Beschneidung des nicht einsichts- und urteilsfähigen männlichen Kindes einzuwilligen, wenn diese nach den Regeln der ärztlichen Kunst durchgeführt werden soll. Dies gilt nicht, wenn durch die Beschneidung auch unter Berücksichtigung ihres Zwecks das Kindeswohl gefährdet wird.*
- (2) *In den ersten sechs Monaten nach der Geburt des Kindes dürfen auch von einer Religionsgesellschaft dazu vorgesehene Personen Beschneidungen gemäß Absatz 1 durchführen, wenn sie dafür besonders ausgebildet und, ohne Arzt zu sein, für die Durchführung der Beschneidung vergleichbar befähigt sind.*

4.2. Il coordinamento tra le disposizioni previgenti e il § 1631, lett. d, BGB.

Nella relazione alla Proposta di legge viene chiarito il significato dell'introducendo § 1631, lett. d BGB.

Ivi si precisa, in particolare, che la potestà genitoriale comprende anche il diritto a far sottoporre il fanciullo, che non abbia ancora capacità di autodeterminarsi, ad un intervento di circoncisione. Tale 'diritto alla circoncisione' dovrebbe venir meno solo nel caso in cui, avuto riguardo alle circostanze del caso concreto e all'obiettivo di tale intervento, potrebbe risultare un pericolo per il benessere del bambino. La disciplina contenuta nel § 1631, lett. d BGB riguarda solo le ipotesi di circoncisione non sorretta da una necessità medica attuale.

La potestà genitoriale sulla propria prole è disciplinata dal diritto di famiglia e si configura, nel novero dei diritti fondamentali, come un diritto a 'non subire intrusioni' nell'esercizio dello stesso (*Abwehrrecht*) da parte dello Stato; tale diritto permane fintanto che non vengano valicati i limiti posti dal § 1666 BGB¹⁸ a tutela del bene del bambino.

Stanti dunque questi presupposti, il § 1631, lett. d BGB stabilisce che i genitori possono far sottoporre il proprio figlio ad un intervento circoncisorio, qualora essi lo ritengano necessario per il bene del bambino¹⁹. E' importante sottolineare che la convinzione dei genitori per quanto riguarda l'utilità dell'operazione può avere differente origine. La proposta di legge fa, infatti, riferimento ad una molteplicità di scopi ai quali la circoncisione può tendere, enunciandone – a titolo esemplificativo –

¹⁸ § 1666 *Gerichtliche Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls*

(1) Wird das körperliche, geistige oder seelische Wohl des Kindes oder sein Vermögen gefährdet und sind die Eltern nicht gewillt oder nicht in der Lage, die Gefahr abzuwenden, so hat das Familiengericht die Maßnahmen zu treffen, die zur Abwendung der Gefahr erforderlich sind.

(2) In der Regel ist anzunehmen, dass das Vermögen des Kindes gefährdet ist, wenn der Inhaber der Vermögenssorge seine Unterhaltspflicht gegenüber dem Kind oder seine mit der Vermögenssorge verbundenen Pflichten verletzt oder Anordnungen des Gerichts, die sich auf die Vermögenssorge beziehen, nicht befolgt.

(3) Zu den gerichtlichen Maßnahmen nach Absatz 1 gehören insbesondere

1. Gebote, öffentliche Hilfen wie zum Beispiel Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe und der Gesundheitsfürsorge in Anspruch zu nehmen,

2. Gebote, für die Einhaltung der Schulpflicht zu sorgen,

3. Verbote, vorübergehend oder auf unbestimmte Zeit die Familienwohnung oder eine andere Wohnung zu nutzen, sich in einem bestimmten Umkreis der Wohnung aufzuhalten oder zu bestimmende andere Orte aufzusuchen, an denen sich das Kind regelmäßig aufhält,

4. Verbote, Verbindung zum Kind aufzunehmen oder ein Zusammentreffen mit dem Kind herbeizuführen,

5. die Ersetzung von Erklärungen des Inhabers der elterlichen Sorge,

6. die teilweise oder vollständige Entziehung der elterlichen Sorge.

(4) In Angelegenheiten der Personensorge kann das Gericht auch Maßnahmen mit Wirkung gegen einen Dritten treffen.

¹⁹ E' esclusa nella maniera più categorica la possibilità di far sottoporre la propria bambina ad un intervento di mutilazione genitale, data la sua assenza di vantaggi per la salute del paziente, ed anzi la sua pericolosità. In Germania tali condotte vengono punite a titolo di lesioni corporee gravi o pericolose (§ 226, § 224 StGB).

almeno tre: lo scopo religioso, particolarmente avvertito dai fedeli dell'Islam e dell'Ebraismo; lo scopo culturale, in virtù del quale la circoncisione sarebbe un imprescindibile rito di passaggio, ed infine lo scopo medico, che vede in quest'operazione una valida misura profilattica contro malattie a carico dell'apparato genitale maschile.

Sempre in base alla relazione al Progetto, affinché possa trovare applicazione il § 1631, lett. *d* BGB è necessario che vengano rispettati alcuni presupposti: in primo luogo, l'operazione deve essere condotta 'a regola d'arte' (*fachgerechte Durchführung*). Questo significa che, come per ogni intervento all'integrità fisica, è necessario che vengano rispettati gli *standards* medici che esprimono le attuali conoscenze in materia. Tale principio può essere efficacemente riassunto nella locuzione 'secondo le regole dell'arte medica' (*nach den Regeln der ärztlichen Kunst*), frequentemente usato dal legislatore tedesco. In secondo luogo, il paziente deve essere sottoposto ad un'efficace terapia del dolore (*effektive Schmerzbehandlung*), mediante adeguato trattamento anestetico; inoltre, l'informazione fornita ai genitori deve essere completa (*Erfordernis der umfassenden Aufklärung*); infine, si deve tener conto del volere del bambino (*Berücksichtigung des Kindeswillens*), soprattutto in considerazione del fatto che tale operazione ha conseguenze irreversibili.

Una volta rispettati questi presupposti è altresì necessario, affinché la norma possa essere applicata, che non venga arrecata alcuna lesione, attuale o potenziale, al benessere del bambino.

La preclusione alla circoncisione sorge, infatti, qualora sia temuto un danno al benessere fisico, psichico o spirituale del bambino e non vi siano vie alternative percorribili: ciò potrebbe avvenire, ad esempio, quando la circoncisione sia eseguita per mere motivazioni estetiche, o per rendere la masturbazione più difficile o, ancora, quale misura punitiva per il comportamento del bambino, nonché, infine, qualora non venga tenuta in adeguata considerazione l'opinione del fanciullo.

Al § 1631, lett. *d*, Abs. 2 BGB viene disciplinata invece la particolare ipotesi di esecuzione della circoncisione da parte di una persona a ciò preposta all'interno della comunità religiosa (*durch von einer Religionsgesellschaft dazu vorgesehene Personen*).

Nei primi sei mesi successivi alla nascita del bambino è possibile, infatti, che la circoncisione venga praticata da persone che non siano medici purché, rispetto a questa specifica operazione, esse dispongano di una competenza equivalente a quella dei medici.

Tale specificazione tiene conto del fatto che la circoncisione per motivi religiosi viene spesso praticata da persone (in genere, ministri di culto) che rivestono un determinato ruolo all'interno della comunità religiosa. Costoro di regola possiedono le competenze mediche necessarie e conoscono altresì i riti che tali operazione accompagnano. Il § 1631, lett. *d* BGB permette allora a queste persone di esercitare anche in futuro la propria attività come espressione della libertà religiosa nella sua duplice accezione, individuale e collettiva, in termini di libertà delle comunità religiose di darsi un proprio statuto ed una propria organizzazione.

5. Considerazioni finali.

La prima proposta di legge è stata oggetto di pesanti critiche e di numerose richieste di emendamenti, alcune delle quali culminate in una proposta di legge alternativa, che non ha però avuto seguito.

Il § 1631, lett. *d*, BGB è stato infatti recepito dall'ordinamento tedesco così com'era nella sua prima versione, entrando in vigore il 28 Dicembre 2012.

Al momento è dunque consentito, in Germania, far sottoporre i propri figli all'operazione di circoncisione, purché ricorrano i presupposti stabiliti dalla norma in parola.