Марианне Хаймбах-Штайнс

Религиозная свобода и дебаты по поводу обрезания в Германии

Marianne Heimbach-Steins

Religious Freedom and the German Circumcision Debate

Marianne Heimbach-Steins — Professor, Institute for Christian Social Sciences, University of Munster (Germany). m.heimbach-steins@uni-muenster.de

In May 2012, a German court in Cologne ruled that circumcising young boys represents grievous bodily harm. This decision, which touched upon the questions of freedom of religious practice, identity and children's rights, was condemned by Jewish and Muslim representatives in Germany, but it was also widely and controversially debated by civil society and politicians. The German Parliament recently passed legislation protecting circumcision as a religious practice, but the debate is likely to continue. In this paper, Marianne Heimbach-Steins, director of the department of Christian Social Ethics at the University of Münster (Germany), discuss this case and its implications for the definition of religious freedom.

Keywords: circumcision, Germany, Islam, Judaism, human rights, religious freedom.

1. Введение

7 мая 2012 года Кельнский суд второй инстанции принял решение по делу о мужском обрезании по религиозным соображениям. В решении говорилось: «Мужское обрезание у детей является уголовным деянием, даже если оно проводится по всем религиозным канонам и с согласия родителей, за исключением случаев, когда данная процедура необходима по медицинским показаниям»[1]. Когда решение суда стало достоянием

Статья прислана в редакцию автором. Рукопись была закончена в декабре 2012 г.

1. *Fateh-Moghadam B.* Criminalizing Male Circumcision? Case Note: Landgericht Cologne, Judgment of 7 May 2012 — No. 151 Ns 169/11 // German Law Journal. 2012. No. 09. P. 1131.

общественности — а это случилось лишь 26 июня 2012 года, — оно немедленно породило крайне горячие и весьма противоречивые споры в общественных и научных кругах. Адвокаты, врачи, философы, богословы, борцы за права детей, религиозные представители из мусульманских и еврейских общин, а также от христианских церквей, политики, художники и прочие граждане публично выражали собственные мнения, отстаивали противоположные интересы и точки зрения, используя диаметрально противоположные подходы к пониманию данной проблемы.

Немецкий парламент рассмотрел вопрос 19 июля — сразу перед началом парламентских летних каникул — и быстро принял резолюции о необходимости нового законодательства, способного гарантировать, что «иудейские и мусульманские религиозные традиции будут и далее возможны в Германии»[2].

Данное решение было расценено как «чрезвычайное политическое действие в защиту религиозной свободы»[3]. Предложение для нового законопроекта было подготовлено в течение последующих месяцев. После первого чтения в парламенте 22 ноября 2012 года законодательное решение было принято 12 декабря 2012 года[4].

Судебное решение в Кельне вызвало огромный резонанс в разных социальных кругах. Непрекращающаяся дискуссия в обществе доказывает, что речь идет не о чем-то маргинальном и малозначительном. Решение, похоже, поставило под вопрос свободу вероисповедания, так как оно причислило к противозаконным действиям ритуальные практики, являющиеся неотъемлемой частью еврейской и мусульманской религиозной идентичности. Проблема, возникшая в результате принятого судебного решения, коренится в пересечении трех разных основных прав личности, одновременно гарантированных немецкой Конституцией (*Grundgesetz*): право на физическую неприкосновенность (ст. 2);

2. Deutscher Bundestag: Drucksache 17/10 331: Rechtliche Regelung der Beschneidung minderjähriger Jungen, 2012a. Немецкий парламент обратился к немецкому правительству с предложением «с учетом конституционно защищенных интересов, прав и благополучия детей, физической неприкосновенности, свободы религии и права родителей на воспитание представить законопроект, которым гарантируется, что медицински профессионально произведенное обрезание мальчиков без причинения лишней боли является, в принципе, допустимым» (Deutscher Bundestag Drucksache 17/10 331).
3. *Fateh-Moghadam B.* Criminalizing Male Circumcision? P. 1131.
4. „Gesetz über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes“ (Deutscher Bundestag Drucksache 17/11 295).

право родителей воспитывать своих детей в соответствии со своими религиозными верованиями и убеждениями (ст. 4); право родительской опеки и попечительства (ст. 6). Выход из затруднения должен был быть найден в рамках социально-культурного контекста, характеризующегося множеством религиозных убеждений и мировоззрений. Одновременно с этим необходимо учитывать все возрастающее внимание к правам детей в целом, особенно к независимости или самоопределению детей и молодежи.

Данное дело явно относится к области права, но в то же время оно поднимает этические вопросы и проблемы, выходящие за рамки того, что может регулироваться законом. Как богослов, работающий в области социальной этики и прав человека, я рассмотрела это дело и общественную реакцию на него как с христианской точки зрения, так и с точки зрения сторонника этики и морали[5]. В ходе своего анализа я собираюсь затронуть следующие вопросы:

Первый: Суть дела. — Я быстро опишу судебное дело и главные аргументы, которые были использованы для обоснования решения суда.

Второй: Как дело обсуждалось широкой общественностью, в научных кругах, в среде политиков, а также в религиозных общинах? — Я остановлюсь на ключевых моментах дискуссии и уделю внимание различным дискурсам, касающимся дела, а также попытаюсь определить различные типы аргументов.

Третий: Что может эта дискуссия сказать нам о праве на свободу вероисповедания и необходимых условиях для его сохранения? — Я задам этот вопрос в контексте сегодняшней Германии, являющейся светским государством с плюралистическим в плане распространенности мировоззрений и религиозных убеждений обществом.

Данный план заставляет меня вынести за скобки некоторые иные аспекты этого дела. Упомянем лишь некоторые из них: эмпирическое исследование широты распространения практики обрезания у мужчин[6], различные нерелигиозные (культурные, социальные, эстетические, лечебные) мотивы или медицинская необходимость мужского обрезания у младенцев, детей, молоде-

5. Я благодарна своему коллеге Даниэлю Богнеру за вдохновляющие дискуссии.

6. World Health Organization (WHO)/Joint United Nations Programme on HIV/AIDS (UNAIDS): Male Circumcision. Global Trends and Determinants of Prevalence, Safety and Acceptability. Geneva, 2007.

жи и взрослых мужчин; сравнение мужского обрезания и намеренного увечья женских половых органов, а также весь гендерный подтекст этой проблемы как таковой.

2. Судебное дело

а. Краткий пересказ фактов

Для краткого описания судебного дела я обращусь к отличному исследованию, проведенному моей коллегой Биджан Фатех-Мохадам (*Fateh-Moghadam*), научным сотрудником Университета Мюнстера:

> Ответчик, врач, выполнил обрезание четырехлетнему мальчику в своей медицинской клинике в Кельне 4 ноября 2010 года. Обрезание проводилось по просьбе родителей ребенка, которые исповедовали ислам. Стоит отметить, что каких-либо медицинских показаний для данной процедуры не было. Операция была выполнена согласно всем стандартам и под местной анестезией… Два дня спустя мальчик был доставлен в отделение неотложной медицинской помощи Университетской клиники Кельна из-за вторичного кровотечения, которое было успешно остановлено. Как сообщается, из-за сложности общения с матерью ребенка у медицинской бригады в клинике университета возникли сомнения, было ли действительно получено согласие обоих родителей на проведение операции, и именно поэтому прокуратура получила уведомление о деле. Хотя расследование прокуратуры показало, что операция была выполнена в соответствии с медицинскими стандартами и с согласия обоих родителей, врача обвинили в причинении телесных повреждений…[7].

Дело слушалось в суде первой инстанции (*Amtsgericht*) в Кельне, чьим решением ответчик был оправдан: «Пытаясь уравновесить право родителей на воспитание, уход и опеку над ребенком… и право на телесную неприкосновенность ребенка… суд постановил, что, во-первых, мужское обрезание является традиционной ритуальной практикой, подчеркивающей религиозную и культурную принадлежности к мусульманской общине. Во-вторых, по этой причине отсутствие обрезания неизбежно привело бы к стигматизации ребенка. И в-третьих, в связи с правом ребенка

7. *Fateh-Moghadam B.* Criminalizing Male Circumcision? P. 1132–1133.

на телесную неприкосновенность, суд сделал акцент на важности обрезания в качестве превентивной меры медицинского характера, потому что его положительный гигиенический эффект был доказан научным медицинским сообществом»[8].

После обжалования дело было доведено до апелляционного суда в Кельне, который принял совершенно иное решение. В то время как врач был полностью оправдан[9], так как суд предположил, что он действовал добросовестно и из лучших побуждений, практика мужского обрезания у детей в целом была признана уголовным преступлением, за единственным исключением – строгая медицинская необходимость. «Впервые в истории немецкий суд постановил, что мужское обрезание, если оно не является медицинской необходимостью, карается как преступное оскорбление действием [...], даже если сама процедура выполнена по всем правилам и с согласия обоих родителей [...] »[10].

б. Аргументация суда

Как и любое другое хирургическое вмешательство, обрезание у мужчин необходимо рассматривать как преступное оскорбление действием, если оно осуществляется без уважительной причины[11]. Это стало отправной точкой для рассуждений суда. Необходимо было установить, были ли факторы, которые могли бы сбалансировать физическое вмешательство и оправдать подобное обращение с мальчиком.

Суд постановил, что телесные повреждения не могут быть оправданы религиозными соображениями, так как это противоречит Конституции[12]. Религиозная свобода не дает никаких ос-

8. Ibid. P. 1133.

9. Суд аргументировал свое решение тем, что врач выполнил операцию безукоризненно по всем медицинским канонам. Поэтому сам хирургический инструмент не усугубил вред, нанесенный ребенку. К тому же сам врач мог не знать, что он совершает потенциально преступное действие. Комментарии можно найти у Пуцке, см.: *Putzke H.* Recht und Ritual — ein großes Urteil einer kleinen Strafkammer. Besprechug zu LG Köln, Urt. V. 7.5.2012–151 Ns 169/11 // Medizinrecht. 2012. Nr. 30. S. 622.

10. *Fateh-Moghadam B.* Criminalizing Male Circumcision? P. 1133.

11. Ibid.

12. Этот аргумент особенно подчеркивается у Пуцке, позицию которого вполне можно считать ключевой в плане косвенного влияния на решение суда. См. *Putzke H.* Recht und Ritual — ein großes Urteil einer kleinen Strafkammer. Besprechug zu LG Köln, Urt. V. 7.5.2012–151 Ns 169/11 // Medizinrecht. 2012. Nr. 30. S. 624.

нований для исключения. Если с этим согласиться, то возникает следующий принципиальный вопрос: является ли согласие родителей (статья 6 Конституции Германии) достаточным основанием для обрезания у мальчика? Суд ответил на этот вопрос отрицательно, он не принимал во внимание довод о том, что родительское решение было принято исходя из заботы о благополучии ребенка[13].

Вместо этого было принято решение, что благополучие ребенка может оцениваться исходя лишь из *медицинских* интересов ребенка[14]. Таким образом, апелляционный суд занимает наиболее ограничительную позицию в юридическом споре[15] относительно уголовного характера мужского обрезания у детей (как лиц, неспособных дать ответственное согласие на это действие)[16]. Решение демонстрирует чрезвычайно узкое толкование положения о «лучшем интересе» для ребенка. Это положение прочитывали как норму, непосредственно определяющую, что является приемлемым, а что нет. Таким образом, суд «следовал доктрине, которая может быть охарактеризована как позитивный стандарт благополучия ребенка — подразумевающий ограничение согласия посредника, — устанавливающийся путем объективного теста на „лучший медицинский интерес“»[17]. Данное понимание явно контрастирует с альтернативным пониманием, ориентирующимся на пороговое понимание «наилучших интересов», избегающим позитивного определения содержания и ограничивающим себя самой минимальной нормой, которая не может быть нарушена.

Однако суд не балансировал между двумя конкурирующими благами — неприкосновенностью ребенка и родительским правом на уход и содержание (и, как третий аспект, религиозной свободой родителей и детей) — и их влиянием на благополучие ребенка. Просто заявляя, что «интересы» ребенка должны быть определе-

13. Landgericht Köln: Urteil des Landgerichts Köln zur Strafbarkeit von Beschneidungen nicht einwilligungsfähiger Jungen aus rein religiösen Gründen (151 Ns 169/11), 2012.

14. Ibid.

15. *Putzke H.* Die strafrechtliche Relevanz der Beschneidung von Knaben. Zugleich ein Beitrag über die Grenzen der Einwilligung in Fällen der Personensorge // Strafrecht zwischen System und Telos, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008/Hrsg. Holm Putzke, Bernhard Hardtung, Tatjana Hörnle, Reinhard Merkel, Jörg Scheinfeld, Horst Schlehofer und Jürgen Seier. Mohr Siebeck: Tübingen, 2008. S. 669–709.

16. *Fateh-Moghadam B.* Religiöse Rechtfertigung? Die Beschneidung von Knaben zwischen Strafrecht, Religionsfreiheit und elterlichem Sorgerecht // Rechtswissenschaft, Baden-Baden. 2010. Nr. 2. S. 115–142.

17. *Fateh-Moghadam B.* Criminalizing Male Circumcision? P. 1135.

ны исключительно медицинскими критериями, суд пришел к выводу о том, что обрезание младенцев мужского пола по причинам, отличным от медицинской необходимости, должно быть строго запрещено. Согласно этому мнению, родители не могут считать иначе, и даже вероятность медицинского преимущества обрезания, которое признано во многих других странах, не оправдывает решения в пользу этой процедуры[18]. Как следствие, исключается любая степень родительской свободы[19]. Если это правило обобщить, то родители «таинственным образом утрачивают право на заботу и опеку над ребенком» всякий раз как переступают порог лечебного учреждения с целью оказания медицинской помощи ребенку[20].

Маргинализация родительского согласия ведет к тому, что религиозная свобода перестает быть важным аргументом в пользу родительского решения совершить обрезание у ребенка. Подобное решение родителей считается неправомочным, оно не может быть оправдано, если суд апеллирует к праву ребенка на само-

18. Сторонники решения суда, как правило, игнорируют ту неоднозначность, которая связана с медицинскими аспектами мужского обрезания. Прежде чем просто отрицать право родителей решать, что они считают лучшим для своего ребенка, необходимо хотя бы принять во внимание тот факт, что хотя бы на уровне здравоохранения существуют различные точки зрения. В этом контексте стоит обратить внимание на позицию М. Фокса и М. Томпсона (которые, кстати, критически относятся к целесообразности мужского обрезания у детей), они высказываются очень взвешенно и доказывают, что менее эмоциональная позиция по столь деликатному вопросу может оказаться более полезной, нежели яростная полемика, разразившаяся в немецком обществе: «Мы полагаем, что диалог и образование, а вовсе не призывы к уголовным наказаниям и санкциям, являются наилучшей стратегией в борьбе с мужским обрезанием и общепринятым мнением о том, что это ничего не значащая процедура. Помимо влияния на родительское отношение необходимо также направить образовательные усилия на медицинские организации и профессиональные сообщества, собственно и формирующие общественное мнение по данному вопросу. В сегодняшней ситуации гражданские суды, сталкиваясь с проблемой разрешения на обрезание у детей, которые еще слишком малы для выражения самостоятельного согласия, должны направлять родителей к принятию такого решения, которое бы было подкреплено знаниями о возможном ущербе, вытекало бы из разумной необходимости и могло бы быть рационально обосновано» (*Fox M., Thomson M.* Reconsidering 'Best Interests'. Male Circumcision and the Rights of the Child // Circumcision and Human Rights / Eds. George C. Dennistion, Frederick M. Hodges, Marilyn Fayre Milos. Springer Science, 2009. P. 28).

19. *Fateh-Moghadam B.* Criminalizing Male Circumcision? P. 1135; *Walter Ch.* Beschnitten // FAZ 11.07.2012.

20. *Fateh-Moghadam B.* Criminalizing Male Circumcision? P. 1136. Согласно этой логике, все виды вмешательства в телесную целостность ребенка — например, прокалывание ушей, коррекция положения ушей или прочие эстетические операции — должны быть запрещены и преследоваться по закону (моя идея не в том, чтобы свести обрезание до незначительного телесного вмешательства, но в том, чтобы показать — подобная логика не лишена изъянов).

определение (в том числе религиозное) и запрещает обрезание в раннем возрасте.

В целом, отвергая легитимность детского обрезания на религиозной почве и таким образом криминализируя действия тех, кто его практикует, решение суда спровоцировало складывание в Германии новой ситуации в отношении религиозной свободы и религиозной политики: два наиболее значимых религиозных меньшинства — иудейская и мусульманская общины в Германии — попали под уголовную ответственность, так как обрезание считается ключевым элементом их религиозной идентичности.

3. Новое законодательство — краткий обзор

Как уже упоминалось во введении, решение суда Кельна спровоцировало глубокое недоумение среди иудейских и мусульманских общин в Германии и правовую неопределенность среди врачей и клиник, практикующих телесные вмешательства[21]. Несколько недель спустя после публикации решения суда парламент Германии срочно обратился к правительству с призывом быстро подготовить новое законодательство для того, чтобы прояснить ситуацию и восстановить правовую определенность. Явный политический интерес был связан со стремлением защитить законопослушных последователей еврейской и мусульманской религии в Германии от уголовного преследования: их действия могли стать подсудными, если бы они проводили мужское обрезание у детей по причинам, отличным от медицинских показаний. В то же время правительство, очевидно, не хотело провоцировать обсуждение потенциальных пределов законной религиозной практикой. Между тем правовая норма, регулирующая этот вопрос, озаглавленная «Закон о пределах защиты младенцев мужского пола от обрезания»[22], была обсуждена в парламенте[23]. Было принято решение, которое вкратце излагается ниже.

21. По данным Альфреда Боденхеймера, некоторые врачи и детские клиники (не только в Германии, но и в Швейцарии) после оглашения решения суда прекратили проведение обрезания. В августе 2012 года в Германии раввин был впервые обвинен в выполнении обрезания у детей (См. *Bodenheimer A.* Haut ab! Die Juden in der Beschneidungsdebatte. Göttingen, 2012. S. 13).

22. Deutscher Bundestag: Drucksache 17/11 295: Entwurf eines Gesetzes über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes, 2012.

23. Решение в парламенте было принято 12 декабря 2012 г.: 434 депутата проголосовали за, 100 против, 46 воздержались.

Первое. Обрезание по немедицинским причинам рассматривается как вопрос родительского права на заботу и уход за ребенком, то есть как вопрос гражданского права, а не уголовного законодательства[24]. Данное суждение следует трактовать как показатель того, что законодательная власть считает религию и религиозные практики законным измерением человеческого существования и общественной жизни. Или — чтобы подойти к этому вопросу с противоположной стороны — что это не та тема, которая вообще должна вызывать подозрение или предполагать уголовную ответственность, как бы того ни хотели некоторые участники последних публичных дебатов о религии в Германии.

Второе. Родительская забота и опека включают в себя право согласиться на обрезание мальчика, который еще не в состоянии договориться и принять решение сам, — не обязательно по причинам строгой медицинской необходимости, но при условии, что вмешательство делается профессиональным врачом[25]. Наряду с этим право на обрезание ограничено благополучием ребенка. Данное правило стремится свести на нет потенциальную конкуренцию между медицинским измерением благополучия ребенка и правом религиозной свободы обоих родителей и ребенка.

На первый взгляд эта формула кажется ясной и простой. Тем не менее, я надеюсь, что это условие спровоцирует дальнейшее обсуждение. Здесь как минимум имеется в виду принципиальное признание легитимности обрезания младенцев и маленьких детей до тех пор, пока оно соответствует критериям благополучия ребенка. Но так как существует фундаментальное несогласие относительно того, что требуется для благополучия ребенка и как оно может быть определено материально, мы скорее всего станем свидетелями возникновения новой отправной точки в правовых дискуссиях. Как только кто-нибудь начнет оспаривать легитимность практики в каком-то конкретном случае, необходимо будет доказать ее необходимость с точки зрения благополучия ребенка.

24. В закон в раздел о правилах, касающихся родительских прав на уход и заботу, ранее оговоренных в Германском гражданском кодексе §§ 1626ss, добавили новый параграф (§ 1631d) (Deutscher Bundestag: Drucksache 17/11 295).

25. «Личная опека включает в себя также право давать согласие на не необходимое по медицинским показаниям обрезание ребенка мужского пола, не способного самостоятельно принять решение, если оно будет выполнено по всем правилам медицинского искусства. Это не применяется, если таким обрезанием — также с учетом его цели — будет нанесена угроза благополучию ребенка» (Deutscher Bundestag: Drucksache 17/11 295: 5).

Третье. В первые шесть месяцев после рождения обрезание при указанных условиях может быть осуществлено лицами, которых религиозная община наделила таким правом, даже если они не являются врачами, а просто имеют достаточный опыт проведения подобных операций[26]. Это дополнительное правило относится к еврейской практике обрезания младенцев мужского пола на восьмой день после рождения, которая в основном практикуется религиозным экспертом (моэлем), который прошел специальное обучение, но не обязательно является врачом[27]. Данное правило нужно, чтобы убедиться в том, что хирургическое вмешательство будет практиковаться правильно в каждом конкретном случае. Это правило не подразумевает необходимости внешней (правительственной) проверки квалификации уполномоченных религиозных экспертов, которые не являются врачами, как это было в Германии в XIX веке[28].

Никакого конкретного правила, касающегося религиозной практики как таковой, сформулировано не было. На первый взгляд это связано с контекстом (право родительской опеки и попечительства). Данное правило представляется целесообразным в связи с подозрением, что новый закон создаст привилегии для религиозных меньшинств. Это подозрение было открыто высказано в ходе обсуждения, в частности, философом-правоведом Райнхардом Меркелем. Ссылаясь на исторический долг, связанный с Холокостом, он утверждал, что в силу исторических причин германское государство в первую очередь ориентируется на еврейские общины в Германии, и, следовательно, ему необходимо делать исключения, которые в противном случае признавались бы незаконными[29]. Если бы законность обрезания детей была основана на простой привилегии, то это не только бы выхо-

26. «В первые шесть месяцев после рождения ребенка обрезание, предусмотренное в пункте 1, может выполняться также и предусмотренными для этого религиозным обществом лицами, если они специально обучены для этого и, не будучи врачами, способны аналогичным образом совершить обрезание» (Deutscher Bundestag: Drucksache 17/11 295. S. 5).

27. *Deusel A. Y.* Medizinische Aspekte der Brit Mila // Beschneidung: Das Zeichen des Bundes in der Kritik. Zur Debatte um das Kölner Urteil / Johannes Heil, Stephan J. Kramer. Berlin, 2012. S. 181–190.

28. *Jütte R.* Die Medikalisierung eines religiösen Rituals — der: von der wachsenden Deutungsmacht der Ärzte im Beschneidungsdiskurs // Beschneidung. S. 179–180; *Brämer A.* Die jüdische Beschneidungsfrage in Deutschland um 1850 // Beschneidung. S. 39.

29. *Merkel R.* Die Haut eines Anderen // Süddeutsche Zeitung. 30.08.2012.

дило за рамки основных (конституционных) прав, включая право на свободу вероисповедания. Строго говоря, это была бы делегитимизация практики, если смотреть на ситуацию с точки зрения прав человека или же базовой концепции прав. Специальный докладчик ООН по вопросам свободы религии или убеждений, немецкий философ Хайнер Билефельдт, утверждает: «Запрос на дальнейшую защиту легальной практики мужского обрезания у детей в Германии вовсе не подразумевает какие-либо привилегии. Наоборот, этот запрос может, не без оснований, опираться на право на свободу религии. Его конкретное содержание становится очевидным только в особых социальных контекстах и в отношении конкретных религиозных систем убеждений и мировоззрений. Этот контекст должен быть тщательно определен при общении с верующими, чьи религиозные убеждения или практики испытывают давление»[30].

4. Обзор общественных дебатов — аргументы и тенденции

Решение суда в Кельне породило широкомасштабный и весьма эмоциональный спор. Неудивительно, что вскоре он был охарактеризован серьезными наблюдателями (например, Билефельдтом) как новый *Kulturkampf* (культурная война). По немецкому обществу пронесся шторм, не несший в себе и тени сбалансированной аргументации. Было использовано мощное оружие: говорилось, что дети должны быть защищены от насилия на религиозной почве[31] и что необходимо возродить ценности Просвещения против разрушительных, архаичных и неконституционных сил, таящихся в религиозных традициях[32]. Яркие,

30. *Bielefeldt H.* Menschenrecht, kein Sonderrecht. Einige Klarstellungen zur aktuellen Beschneidungsdebatte // Beschneidung: Das Zeichen des Bundes in der Kritik. Zur Debatte um das Kölner Urteil/Hrsg. Johannes Heil, Stephan J. Kramer. Berlin, 2012. S. 77.

31. Приведем один пример: 21 июля 2012 г. было опубликовано открытое письмо с 700 подписей (с участием множества врачей), адресованное канцлеру Германии и германскому правительству. В письме говорится: «Религиозная свобода не должна давать *карт-бланш* на осуществление (сексуального) насилия над мальчиками, которые не могут еще самостоятельно выразить свое согласие» (См. Открытое письмо Матиаса Франца, http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/offener-brief-zur-beschneidung-religionsfreiheit-kann-kein-freibrief-fuer-gewalt-sein-11827 590.html).

32. Были те, кто утверждал, что обряды инициации всех «авраамических традиций» попадают под этот вредикт, так как навязывают свои ритуалы — обрезание и кре-

противоречивые и очень эмоциональные дискуссии на эту тему до сих пор не стихают, но сейчас они переместились в основном в Интернет. Некоторые участники занимают агрессивную позицию в отношении любых религиозных притязаний и, как кажется, отвергают любую готовность к дифференцированию. Другие демонстрируют схожую ограниченность только с противоположным знаком. Они не готовы признать, что религиозные притязания должны быть сбалансированы другими конституционными правами и, следовательно, оправдание таких практик, как мужское обрезание у детей, не является табу для публичного обсуждения. Фундаменталистские точки зрения присутствовали с обеих сторон — фундаментализм не ограничен только религиозным мировоззрением, он присутствует и в антирелигиозной картине мира[33].

Религиозные общины евреев и мусульман, после суда в Кельне оказавшиеся в роли коллективного ответчика, выразили опасение по поводу новой волны антииудаизма, антисемитизма и исламофобии. Они выразили публичное сомнение в том, нужны ли они Германии и смогут ли они и дальше жить в стране в соответствии со своей религиозной идентичностью.

Подобная конфликтная атмосфера сделала обсуждение данного вопроса очень сложным. Новый закон, вероятно, не остановит общественное обсуждение. Существуют остаточные напряжения, касающиеся самой правовой нормы, в частности, нормативных категорий, к которым она отсылает. Хотя правовая норма и стремится разрядить напряжение вокруг вопроса о религиозной свободе, продолжающиеся споры вызывают сомнения в том, что в конечном итоге эта попытка окажется успешной.

В этой связи представляется необходимым продолжить сбалансированную дискуссию. Ей нужен прочный аргументативный фундамент, при этом стоит воздерживаться от полемики и антирелигиозных выпадов[34]. Я постараюсь хотя бы схематически

щение –детям, еще не способным на осознанное согласие; такую позицию занял Йоахим Каль (*Joachim Kahl*), спикер секуляристского социалистического движения в рамках Социал-демократической партии (См. *Kahl J.* Neun Thesen zur Beschneidungsdebatte aus laizistisch-humanistischer Sicht, 2012).

33. *Heimbach-Steins M.* Religionsfreiheit. Ein Menschenrecht unter Druck. Paderborn, 2012. S. 34–41.

34. Помимо нервных и эмоциональных реакций были и взвешенные суждения, высказанные учеными, философами, специалистами по этике и медицине, религиозными экспертами, в том числе и из иудейского сообщества Германии (См.

представить некоторые основные направления и историю развития спора в целях уточнения нормативного воздействия данного вопроса.

4.1. Размышления о пересекающихся основных правах

Краткий пересказ решения суда и аргументов не только выявляет отправную точку дискуссии, но и отражает важные юридические и этические аспекты, связанные с обсуждением. На правовом уровне это размышление о пересекающихся основных правах, что уже было обозначено нами выше. Три основных права, гарантированных в Конституции Германии:

(1) Право ребенка на физическую неприкосновенность и самоопределение четко определено в качестве ориентира, который не может быть подорван любыми другими правовыми притязаниями. Совершенно очевидно: мужское обрезание является телесным вмешательством, которое должно быть достаточно аргументировано и проводиться исходя из благополучия ребенка. Одобрение подобного вмешательства будет зависеть от способа его выполнения и от условий, предусмотренных гигиеной[35]. По серьезным причинам этот вопрос является предметом постоянных дискуссий. Он не может быть отодвинут на второй план исходя из аргументов, основанных на пересекающихся правах, он может быть решен лишь с позиции охраны неотъемлемых прав ребенка. Но в то же время необходимо признать, что «грубый факт» телесного вмешательства — это абстрактное построение. Эта практика должна всегда оцениваться в *контексте*, который делает ее значимой — будь то медицинский или религиозной контекст или же любой другой определяющий фактор. Легитимность практики должна быть подтверждена или отвергнута именно с учетом этого контекста[36].

Beschneidung: Das Zeichen des Bundes in der Kritik. Zur Debatte um das Kölner Urteil/Hrsg. Johannes Heil, Stephan J. Kramer. Berlin, 2012).

35. World Health Organization (WHO)/Joint United Nations Programme on HIV/AIDS (UNAIDS): Male Circumcision. Global Trends and Determinants of Prevalence, Safety and Acceptability. Geneva, 2007.

36. Согласно Боденхаймеру, попытки признать обрезание незаконным с опорой на медицинские доводы напоминает практику патерналистского навязывания программ человеческого совершенствования, что выходит далеко за рамки того, чем вообще должно заниматься государство (См. *Bodenheimer A.* Haut ab! Die Juden in der Beschneidungsdebatte. Göttingen, 2012. S. 30). Немецкий правовед Кристиан Вальтер резко критикует любую попытку сравнения мужского обрезания у детей

(2) Что касается анализируемого вопроса, то здесь религиозный контекст не может быть проигнорирован в качестве осмысленного основания. Он защищен конституционным правом на свободу вероисповедания. Право на свободу вероисповедания, включая право родителей воспитывать своих детей в соответствии со своими собственными верованиями и убеждениями[37], лежит в основе тех критических высказываний, которые называют решение суда несбалансированным. Суть данной критики в том, что концепции благополучия и хорошей жизни не учитывают ценность религиозной веры и принадлежности к какой-либо религиозной группе[38]. Другие участники дискуссии полностью отрицают факт наличия какой-либо позитивной связи между родительским правом на охрану и заботу и правом на религиозную свободу родителей[39]. Некоторые комментаторы интерпретируют религиозную свободу ребенка как исключительно негативное право, которое призвано защитить детей от решения родителей, касающегося их религиозной принадлежности[40]. Однако это не соответствует международным стандартам по правам человека.

(3) Право на родительскую заботу и воспитание также поставлено на кон, так как в конфликте речь идет о младенцах мужского пола и детях, еще слишком маленьких для принятия решения о том, что можно делать с их телом. Несомненно, учитывать неотъемлемые права ребенка необходимо. Настаивать на соблюдении личных прав ребенка — очень важно. Этот аспект всплыл в дискуссиях лишь недавно. В дискуссиях часто утверждалось: личные права ребенка — не как будущего взрослого, но как очень юной личности — должны быть рассмотрены с особой тщательностью. Это означает, что ребенок должен признаваться личностью, пусть еще пока не готовой заявлять о своих правах или защищать их юридически; ребенок должен признаваться субъектом в полном моральном смысле этого слова. Тем не менее нет достаточных оснований постулировать жесткое (абстрактное) противоречие между родительским правом и будущим правом ребенка.

с телесным наказанием, что часто использовалось при интерпретации обрезания как насилия (*Walter Ch.* Beschnitten // FAZ 11.07.2012).

37. *Walter Ch.* Beschnitten // FAZ 11.07.2012.

38. *Bielefeldt H.* Menschenrecht, kein Sonderrecht. Einige Klarstellungen zur aktuellen Beschneidungsdebatte // Beschneidung. S. 71–82; *Walter Ch.* Beschnitten // FAZ 11.07.2012.

39. *Röhl B.* Das Wohl des Kindes geht vor // Spiegel online. 20 Juli 2012.

40. *Kahl J.* Neun Thesen zur Beschneidungsdebatte aus laizistisch-humanistischer Sicht, 2012; *Röhl B.* Das Wohl des Kindes geht vor.

Те, кто предполагает подобное, пытаются максимально ограничить право на религиозное образование или отменить его полностью. Наоборот, правовые нормы — в частности, Конвенция о правах ребенка ООН — предполагают, что родители не только могут, но и обязаны наставлять своих детей на их пути к автономности и самоопределению (статья 5)[41].

Таким образом, пересечение трех различных базовых прав касается телесной целостности, самоопределения и религиозной идентичности. Для многих антирелигиозных участников дискуссии исход этой конфронтации, похоже, очевиден — для них право на религиозную свободу имеет меньший приоритет по сравнению с благополучием ребенка и его «лучшими интересами». Они отрицают какую-либо позитивную связь между пересекающимися правовыми притязаниями. Подобная позиция присутствовала в аргументации суда, когда ему так и не удалось прийти к сбалансированному решению по поводу пересекающихся прав[42]; кроме того, она неоднократно высказывалась юристами, педиатрами, борцами за права детей, журналистами. Неудивительно, что данный вывод — или скорее данный предрассудок (?) — часто подвергался критике не только со стороны религиозных сообществ, вовлеченных в конфликт, но и со стороны христианских церквей[43], философов, юристов и прочих участников дискуссий. Они ратовали за этическую необходимость более тщательно взглянуть на отношения и трения между пересекающимися благами и ценностями.

4.2. Этические аспекты дебатов

Юридическая дискуссия, касающаяся пересекающихся конституционных прав, выявила несколько проблем, которые решить одними только юридическими средствами скорее всего невозможно. Некоторые из поставленных вопросов бросают вызов нашим внутренним убеждениям, которые направляют наши суждения в вопросах политики, права, а также в публичных дискуссиях.

41. *Bielefeldt H.* Der Kampf um die Beschneidung. Das Kölner Urteil und die Religionsfreiheit // Blätter für deutsche und internationale Politik. 2012. Nr. 9. S. 63–71.

42. *Fateh-Moghadam B.* Criminalizing Male Circumcision? P. 1135–1136.

43. Представители как католических, так и протестантских церквей Германии откликнулись на решение суда в Кельне: они высказывались и о решении, и о дискуссии, и о новом законодательстве (см.: http://www.ekd.de/international/islam/index.html и http://www.dbk.de/nc/presse/aktuelle-meldungen/).

4.2.1. Ребенок как личность и как моральный субъект

Лишь немногие в Германии смогли подойти к вопросу о благополучии ребенка более дифференцированно[44], заняв тем самым позицию, отличную от той, что просто апеллировала к праву ребенка, вместо того, чтобы обратить внимание на пересекающееся право, касающееся религиозной свободы[45]. Если кратко, то ребенка необходимо воспринимать как субъекта в моральном смысле этого слова. Он (или она) не должен восприниматься как объект чьей-либо собственности. В то же время необходимо принимать во внимание, что ребенку нужна забота и что отвечающим за это людям — обычно родителям — нужна свобода в принятии решений о том, что будет во благо или во вред их ребенку. Один фундаментальный критерий — но не единственный — это ранее упомянутый призыв уважать телесную целостность ребенка. Вмешательства в телесную целостность должны быть серьезно обоснованы. Обоснование таких действий должно сочетаться с благополучием ребенка и служить ему, что просто необходимо для признания за ребенком статуса морального субъекта.

Защитники благополучия ребенка и его лучших интересов часто утверждают, что родители не имеют права заявлять, будто бы они действуют в интересах ребенка, когда принимают решение об его обрезании в религиозных целях (интересно будет узнать, используют ли они этот же аргумент в случае, скажем, медицинских процедур для эстетических целей). Делается предположение, что решение родителей выходит за рамки их законной обязанности по воспитанию. Даже без всяких антирелигиозных настроений многие религиозно мотивированные решения родителей отвергаются обществом как незаконные. Таким образом, акцент смещается на право ребенка на самоопределение. Аргумент следующий: когда мальчик вырастет, он сам решит, хочет он делать обрезание или нет (хочет он быть верующим или нет). Обрезание в раннем возрасте покушается на свободу самостоятельного ре-

44. *Wiesemann Cl.* Hört auf die Kinder! // Außenansicht Montag. 1. Oktober 2012. Nr. 227. S. 2.

45. Если опираться на выводы М. Фокса и М. Томсона, то дискуссия в англосаксонском контексте велась с учетом гораздо более широкой перспективы, см.: *Fox M., Thomson M.* Reconsidering 'Best Interests'. Male Circumcision and the Rights of the Child // Circumcision and Human Rights / Eds. George C. Dennistion, Frederick M. Hodges, Marilyn Fayre Milos. Springer Science, 2009.

шения. Но приводя такие аргументы, мы воспринимаем ребенка *не как ребенка*, а как взрослого, которым он станет потом[46].

Что касается материального аспекта религиозной принадлежности, то здесь аргумент не кажется особенно сильным. Телесное вмешательство само по себе не предопределяет еврейскую идентичность — основной критерий скорее рождение от матери-еврейки[47]. Среди 30 процентов обрезанного мужского населения в мире есть много тех, кто не связывает это телесное вмешательство ни с какой религиозной идентичностью. И выполнение обрезания по религиозным причинам не помешает человеку изменить свои религиозные убеждения и веру, будучи взрослым[48]. Хотя обрезание само по себе не может быть отыграно назад, факт обрезанности не имеет религиозного смысла. Религиозная атрибуция может быть принята или отклонена.

Что касается акцентирования самостоятельности лица, то здесь аргумент, похоже, предлагает достаточно односторонний образ взрослого как автономной личности. Данный аргумент исходит из идеала внутренней независимости, не принимая во внимание то, насколько социальная, культурная или религиозная принадлежность может влиять на формирование личностной идентичности. На мой взгляд, это слишком узкое понимание автономии. Оно пренебрегает фундаментальной ролью человеческих отношений и социальной вовлеченности — тем, на чем основывается жизнь каждого, включая отношения, которые мы устанавливаем в последующей жизни.

В этом контексте обсуждение может быть дополнено указанием на интересный аспект, касающийся прав человека и благополучия ребенка. Я имею в виду дискуссию о включении и праве на инклюзивное образование, упоминающемся в Конвенции ООН о правах инвалидов[49]. Наиболее интересным для целей нашего исследования является то обстоятельство, что «принадлежность» внедряется в качестве нормативного критерия для инклюзивного обращения с людьми с ограниченными возможностями[50]. В том, что касается интерпретации заявле-

46. *Wiesemann Cl.* Hört auf die Kinder!

47. *Deusel A. Y.* Medizinische Aspekte der Brit Mila. S. 181.

48. *Fateh-Moghadam B.* Criminalizing Male Circumcision? P. 1140.

49. CRPD: Convention on the Rights of Persons with Disabilities, 2006.

50. *Bielefeldt H.* Zum Innovationspotential der UN-Behindertenkonvention. Deutsches Institut für Menschenrechte (Hg.). Berlin (Essay Nr. 5), 2006; *Heimbach-*

ний о правах человека, этот инновационный аспект включения резко контрастирует с той враждебностью, которую избрали некоторые участники рассматриваемой дискуссии, выступающие против любых попыток инициировать детей в религиозные общины, к которым вполне добровольно принадлежат их родители.

4.2.2. Признание религиозных воззрений и принадлежности?

Раскритикованный выше подход к концептуализации человеческой автономии редуцирует религию до сугубо частного дела. Если взрослый индивидуум выбирает или отвергает религию как что-то значащее или не значащее в его (ее) жизни, то это трактуется как осознанный выбор. Если согласиться с таким подходом, то тогда родительское решение, касающееся религиозной принадлежности ребенка, выглядит как незаконное предварительное решение — без разницы сопутствует ему телесное вмешательство или нет.

Насколько я могу судить, данная позиция в последнее время получает в Германии все большее распространение. Ее популярность совпадает со все более влиятельной тенденцией в общественных дебатах, направленной на приуменьшение подобающей ценности религии, религиозной веры и принадлежности. Многие участники спора придерживаются неуважительного отношения к религии и религиозному самовыражению. Многие критики уже не считают, что религия может играть в жизни людей положительную роль — как на частном уровне, так и на уровне социальной сплоченности и приверженности правилам и обрядам религиозного сообщества. И хотя пока это еще не общепринятое мнение, наблюдается возрастающая тенденция в этом направлении. На мой взгляд, это тревожный сигнал: такая ситуация не только усложняет общественную жизнь в плюралистическом обществе и делает ее более конфликтной, но еще и способствует ситуации непризнания социального и культурного потенциала религиозных традиций. Текущие общественные, политические и научные дискуссии не только выявляют, но еще и усугубляют вышеуказанную тенденцию.

Steins M. Religionsfreiheit. Ein Menschenrecht unter Druck. Paderborn, 2012.

4.2.3. Религиозная свобода и благополучие ребенка

Так как спор сфокусирован именно на этом аспекте, нам необходимо пристальнее взглянуть на то, как право на религиозную свободу соотносится или может соотноситься с благополучием и «лучшими интересами» ребенка. По моему мнению, точка зрения, отрицающая любую позитивную связь между этими двумя благами, далека от реальности. Представьте, например, что какой-то язык признается неподходящим для обучения детей, так как родной язык очень влияет на образ мышления и общение с другими. Поэтому, чтобы оставить ребенку, когда тот вырастет, свободу выбора языка общения и рефлексии, принимается решение не обучать ребенка языку родителей. Очевидно, это не лучшая идея, и здравомыслящие люди скажут, что такой подход противоречит благополучию ребенка.

Конечно, это не самая точная аналогия с религиозной верой, но все же. Данная аналогия связана с культурной значимостью как языка, так и религии. Возможность иметь религиозную принадлежность и знакомиться с религиозными проявлениями в раннем возрасте должна рассматриваться как важный элемент в рамках интегральной концепции благополучия и лучших интересов ребенка. Признание подобного подхода, конечно, не означает безоговорочного оправдания практики обрезания у маленьких мальчиков. Но это дает намек на позитивное отношение к религии как потенциальному фактору в контексте принадлежности к сообществу общения, социальной и культурной жизни и, следовательно, элемента, который должен быть интегрирован в концепцию благополучия ребенка. Даже критики религии вполне могут признать, что помимо жесткой оппозиции существуют и легитимные альтернативы, способные выстроить отношения между лучшими интересами ребенка, с одной стороны, и требованиями религиозной свободы детей и родителей — с другой.

Конечно, этот аргумент не может нейтрализовать критические замечания по поводу обрезания у детей. Тем не менее он может изменить отношение к родителям, которые просят или согласны провести обрезание своих маленьких мальчиков. По-видимому, они решают и действуют, исходя из благополучия своих детей. Многие набожные люди чувствуют себя обиженными как в роли родителей, так и в роли верующих, если их доброе намерение отвергается и игнорируется; если в процессе исполнения своего базового права на родительскую заботу они подвергают-

ся уголовному осуждению[51]. Ключевой идеей является осмысление положительного влияния религиозной принадлежности на благополучие ребенка. Как только подобное влияние будет признано — как потенциальное или нормативное влияние, — станет легче обсуждать наилучшие способы продления существования религиозных традиций, имеющих фундаментальную значимость, например, обрезания, так что телесное вмешательство будет признано идущим на пользу благополучию ребенка (кроме того, легче станет и обсуждать адекватное понимание категории благополучия).

5. Влияние немецких дебатов о религии и праве на свободу религии в плюралистическом обществе

5.1. Религиозная идентичность

Споры были спровоцированы решением суда, которое совершенно не оценило ту значимость и ценность, которую мусульмане и евреи придают ритуальной практике обрезания. Игнорируя данный аспект, суд не искал баланса между ценностями религиозной идентичности обоих сообществ и медицинскими аспектами благополучия ребенка.

Поэтому неудивительно, что многие представители мусульманской и еврейской диаспоры постарались публично объяснить религиозное значение мужского обрезания в рамках их религиозной традиции[52]. Например, в иудейской традиции обрезание является многовековой базовой ритуальной практикой, тесно свя-

51. *Engin H.* Die deutsche Beschneidungsdebatte: Anmerkungen aus muslimischer Perspektive // Beschneidung: Das Zeichen des Bundes in der Kritik. Zur Debatte um das Kölner Urteil/Hrsg. Johannes Heil, Stephan J. Kramer. Berlin, 2012. S. 256–260; *Walter Ch.* Beschnitten // FAZ 11.07.2012.

52. Боденхеймер критикует относительно слабую реакцию еврейской общины Германии с точки зрения ее аргументативности и интеллектуальной глубины. По его мнению, для иудеев недостаточно просто сослаться на библейские нормы без объяснения религиозных правил еврейской жизни, вытекающих из того опыта, который привел к формированию идентичности еврейского народа (См. *Bodenheimer A.* Haut ab! Die Juden in der Beschneidungsdebatte. S. 25–36). Необходимость более ясно обосновать приверженность иудеев практике мужского обрезания с различных научных и практических точек зрения обосновывается в следующей работе, см.: Beschneidung: Das Zeichen des Bundes in der Kritik. Zur Debatte um das Kölner Urteil/Hrsg. Johannes Heil, Stephan J. Kramer. Berlin, 2012. Данный том содержит материалы конференции, прошедшей в Высшей школе юридических исследований в Гейдельберге в сентябре 2012 года.

занной с иудейской идентичностью. В иудейском сообществе уже возникали споры по поводу необходимости проведения обрезания у мальчиков. Несколько ученых обратили внимание на спор XIX века, разразившийся в еврейской диаспоре Германии: тогда возник вопрос, должен ли ритуал обрезания быть продолжен в наши дни[53]. И до сих пор в еврейском сообществе, в основном в Израиле и США, раздаются голоса, ставящие под сомнение практику обрезания у младенцев[54]. Однако большинство евреев по всему миру (не только ультраортодоксы и ортодоксы, но также реформаторы и либералы) следуют практике обрезания младенцев мужского пола на восьмой день после рождения для инициации и обозначения религиозной принадлежности — отмена этой традиции невозможна ни при каких обстоятельствах. У меня нет возможности вдаваться в дальнейшие подробности относительно иудейской и мусульманской традиций обрезания. Я могу лишь предложить несколько пояснений, касающихся значимости обрезания для иудейской традиции[55].

Согласно библейскому повествованию, обрезание сущностно связано с актом основания иудаизма: завет между Богом и Израилем (как рассказано в книге Бытия 17). Тем не менее значимость обрезания для еврейской идентичности не может сводиться только к библейскому тексту. Обрезание тесно связано с историческим опытом еврейского народа с древнейших времен. Этот исторический опыт связан с повсеместной необходимостью защищать свои особенности и отличия от притязаний правящей власти, не имея при этом возможности быть нацией со своей территорией и своими социальными порядками. Именно в этом контексте обреза-

53. *Bodenheimer A.* Haut ab! Die Juden in der Beschneidungsdebatte. Göttingen, 2012. S. 36–43; *Brämer A.* Die jüdische Beschneidungsfrage in Deutschland um 1850 // Beschneidung: Das Zeichen des Bundes in der Kritik. Zur Debatte um das Kölner Urteil / Eds. Johannes Heil, Stephan J. Kramer. Berlin, 2012. S. 36–40; *Jütte R.* Die Medikalisierung eines religiösen Rituals — der: von der wachsenden Deutungsmacht der Ärzte im Beschneidungsdiskurs // Beschneidung: Das Zeichen des Bundes in der Kritik. Zur Debatte um das Kölner Urteil / Eds. Johannes Heil, Stephen J. Kramer. Berlin, 2012. S. 173–180.

54. Circumcision and Human Rights / Eds. George C. Denniston, Frederick M. Hodges, Marilyn Fayre Milos. Springer Science, 2009.

55. В виду исторических особенностей еврейской и мусульманской жизни в Германии существует традиция обсуждать плюсы и минусы обрезания исключительно в рамках немецко-еврейского диалога, при этом до самого последнего времени голоса мусульманского сообщества по этому вопросу практически не были слышны. Обращение к иудейским источникам, естественно, никоим образом не значит, что исламский опыт может быть заменен или приравнен к опыту иудейскому.

ние превратилось в особо значимый маркер отличия, что нашло свое отражение в раввинской литературе[56]. Даже в современных дебатах о необходимости обрезания внутри иудейского сообщества присутствуют обращения к историческому опыту[57]. Сведения, которые можно извлечь из исторических источников, а именно из дебатов в еврейской общине Германии XIX века, показывают, что не *акт обрезания* как таковой (обряд), а факт того, что человек *живет с обрезанием* (институт), делает евреев отличными от других[58]. Подвергая своих младенцев мужского пола обрезанию, родители-иудеи включают их в завет с Богом и тем самым продолжают историю этого завета. Таким образом, практика обрезания значит гораздо больше, чем просто обряд инициации, касающийся конкретного ребенка и его религиозной биографии. Телесный знак удостоверяет и выявляет договор Бога с Его народом, который продолжается сквозь века[59].

Даже стороннему наблюдателю должно быть понятно, что подобное понимание обрезания никак нельзя назвать маргинальным. Это не только одна из ритуальных норм, но также и элемент религиозной принадлежности, признаваемый основополагаю-

56. *Bodenheimer A.* Haut ab! Die Juden in der Beschneidungsdebatte. S. 25–48.

57. *Brämer A.* Die jüdische Beschneidungsfrage in Deutschland um 1850. При дальнейшем обсуждении не следует игнорировать тот факт, что внутри иудейского сообщества часто звучат критические голоса, не в последнюю очередь связанные с феминизмом. Приведу лишь два примера: американка Мириам Поллак выступает против обрезания младенцев, считая ее практикой, которая не только нарушает телесную целостность ребенка, но и пагубно воздействует на врожденный инстинкт матери по уходу за своим малышом. Она интерпретирует данный обряд, совершаемый отцом, как патерналистское противопоставление женской линии передачи родства в еврейской общине и, следовательно, как нечто, относящееся к гендеру и власти. «Обрезание разрешило передачу прав наследования по мужской линии и присвоило привилегированный статус мужчинам. [...] Тем не менее, [...] евреем является тот, чья мать [sic] еврейка. Вплоть до сегодняшнего дня материнская линия важнее традиции обрезания». Если Поллак акцентирует внимание на том, что является основой еврейской идентичности, то немецко-еврейский библеист Ханна Лисс апеллирует к уровню нормативной религиозной практики: согласно Писанию, основным маркером еврейской религиозной идентичности является соблюдение Шаббата, а обрезание лишь необходимая предпосылка для ритуальной практики. Таким образом, именно внутрииудейская дискуссия должна оценить внутренние и внешние аргументы, сбалансировать пересекающиеся блага и аспекты этого деликатного дела так, чтобы это позволило сохранить основы идентичности при условии должного уважения к личным правам человека.

58. *Bodenheimer A.* Haut ab! Die Juden in der Beschneidungsdebatte. S. 37; *Brämer A.* Die jüdische Beschneidungsfrage in Deutschland um 1850. Оба со ссылкой на: *Zunz L.* Gutachten über die Beschneidung, Frankfurt/Main, 1844.

59. *Lentes Th.* Zwischen Kulturmarke und Säkularisierung // Frankfurter Rundschau. 03.07.2012.

щим огромным числом толкователей иудейской традиции. Обрезание можно назвать телесным выражением традиции еврейской идентичности[60]. Таким образом, обрезание является одной из наиболее важных религиозных практик в иудейской традиции[61].

5.2. Свобода религии и гражданство

В Германии большинство участников дискуссии по поводу обрезания в основном проигнорировали религиозный смысл этой практики, оказавшейся криминализированной в результате решения суда. Данный конфликт далеко выходит за рамки вопроса о правовом статусе одной религиозной практики. Здесь на кону вопрос о статусе религии в нашем обществе: основной вопрос, поднятый волнами общественных дискуссий (подобное происходит не в первый раз, правовые и публичные дебаты прежних лет сигнализировали о схожих тенденциях): является ли религия — во всем множестве конфессий, верований и практик — признанной частью общественной жизни? Ответить на этот вопрос положительно (не эмпирически, но нормативно), конечно, не означает, что отныне религия и религиозные вопросы должны быть выведены за рамки обсуждений и споров. Но что необходимо, так это культура уважения и признания верующих, если не самих религиозных верований и убеждений. Это не что иное, как следствие признания права на свободу вероисповедания в качестве как положительного, так и отрицательного права. Таким образом, главное — это признание права на свободу вероисповедания в качестве

60. Inid.

61. Если учитывать смысл религиозного контекста, то тогда подобное телесное вмешательство может быть интерпретировано не как членовредительство, но как акт телесного совершенствования (См. *Lentes Th.* Zwischen Kulturmarke und Säkularisierung // Frankfurter Rundschau. 03.07.2012). Было бы интересно двигаться дальше в этом направлении и, в частности, начать дискуссию о телесных символах, сопоставляя критику религиозного обрезания с критикой иных практик телесного вмешательства и совершенствования: например, вакцинация (*Reihenimpfungen*) младенцев и маленьких детей, которая также подразумевает серьезное вмешательство в телесную целостность. У меня нет возможности обсуждать этот вопрос в рамках данной статьи. Однако замечу, что достаточно странно обращать внимание на медицинские преимущества детской вакцинации, игнорируя дискуссии о связанных с ней проблемах, и в то же время учитывать лишь критические аргументы относительно практики обрезания; например, так поступает Хольм Пуцке в своем комментарии к судебному решению в Кельне (См. *Putzke H.* Recht und Ritual — ein großes Urteil einer kleinen Strafkammer. S. 622–624).

базового личного права со всей серьезностью и со всеми вытекающими из него последствиями.

Те, кто в категорической форме приписывает себе и своей позиции лояльность ценностям Просвещения — а это именно самые строгие критики религиозных практик (не только в рамках обсуждаемого здесь дела), — часто характеризуются очень узким пониманием того, к чему они апеллируют. Некоторые комментаторы критикуют подобную позицию как «вульгарный рационализм»[62] или — как это было во время предыдущих дебатов об исламе в Европе — «просвещенческий фундаментализм»[63]. Согласно «просвещенческому фундаментализму», религиозные практики должны были быть оценены и обоснованы исходя из их общественной полезности[64]. Это свидетельствует о глубоком непонимании сути свободы вероисповедания, а также о поразительно узком понимании идей Просвещения: право защищает свободное выражение религиозной веры и практики (или же право воздерживаться от нее), пока это выражение совместимо с правовым порядком в целом[65]. Никто не может быть принужден редуцировать свою веру до того, с чем каждый может рационально согласиться.

Необходимо упомянуть и второй аспект[66]: дебаты ясно показали, что часть нашего общества отвергает тот социальный этос, который необходим для стабилизации базовых прав, гарантированных Конституцией Германии. То, что нам необходимо, так это дух взаимного уважения и терпимости; подобный этос может создать прочную основу для обсуждения и решения неизбежно возникающих конфликтов. Это вызов, стоящий как перед верующими, так и перед «светскими» гражданами. Первая группа должна быть готова убедительно объяснить, какие практики они считают частью своей религиозной идентичности и почему они обраща-

62. *Kermani N.* Triumph des Vulgärrationalismus // Süddeutsche Zeitung. 30.06.2012; *Bielefeldt H.* Menschenrecht, kein Sonderrecht. Einige Klarstellungen zur aktuellen Beschneidungsdebatte.

63. Islam in Europa. Eine internationale Debatte/Hrsg. Thierry Chervel, Anja Seeliger. Frankfurt/Main, 2007.

64. *Putzke H.* Die strafrechtliche Relevanz der Beschneidung von Knaben. Zugleich ein Beitrag über die Grenzen der Einwilligung in Fällen der Personensorge.

65. *Bielefeldt H.* Menschenrecht, kein Sonderrecht. Einige Klarstellungen zur aktuellen Beschneidungsdebatte. S. 80.

66. Данный параграф основан на более фундаментальных размышлениях, которые могут быть найдены в моей последней книге, посвященной праву на религиозную свободу, см.: *Heimbach-Steins M.* Religionsfreiheit. Ein Menschenrecht unter Druck. S. 139–178.

ются за защитой, апеллируя к праву на религиозную свободу[67]. Они должны быть осведомлены о том, что государство несет ответственность за всю совокупность конституционных прав, поэтому оно может формулировать условия, при которых религиозная практика будет разрешена или ограничена. Короче говоря, они должны соотносить свою религиозную идентичность со статусом граждан светского государства и членов плюралистического общества. Это не проблема до тех пор, пока законность религиозной идентичности не ставится под сомнение нерелигиозными или антирелигиозными согражданами или учреждениями.

«Светские» граждане также должны предпринять усилия. Они должны уважать и как минимум относиться с терпением к своим религиозным согражданам. Они могут ощущать беспокойство от легитимных проявлений религиозных убеждений в публичном пространстве. Критика религии разрешена как часть права на свободу слова, она не представляет угрозы для права на свободу религии. Подобная критика не угрожает мирному сосуществованию до тех пор, пока она не становится оскорбительной или унизительной по отношению к верующим, чьи убеждения и практики подвергаются критике[68]. Проанализированные выше дебаты свидетельствуют о том, что критика религии не всегда держалась в рамках допустимых стандартов. Эта проблема не может быть решена лишь законодательными мерами. Это вопрос культуры и образования — задача для общества в целом. Это вопрос политического подхода к решению таких конфликтов. Итог рассматриваемого дела свидетельствует о том, что требовать от государства заставить религиозные общины «просветить» себя с помощью уголовного законодательства нелегитимно.

Есть и третий момент, который также требует внимания (я упомяну его здесь лишь очень кратко). Различные факторы могут как помочь, так и помешать развитию уважения и внимания в общественной и политической сфере. В рассматриваемой дискуссии политическое внимание, очевидно, было предопределено историческим шлейфом немецко-еврейских отношений. Именно этот шлейф явился причиной спешки в подготовке нового зако-

67. *Bielefeldt H.* Menschenrecht, kein Sonderrecht. Einige Klarstellungen zur aktuellen Beschneidungsdebatte.

68. *Baumgartner Ch.* Religiously Offensive Speech and Freedom of Expression in Liberal Democratic Societies // Political Practices and International Order. Proceedings of the Annual Conference of the Societas Ethica (Oxford 2006)/Eds. Stefan Heuser, Hans G. Ulrich. Berlin, 2007. P. 116–131.

на и стремления правительства не провоцировать масштабные дискуссии о границах и статусе законной религиозной практики. Если бы еврейская община не была так глубоко затронута последствиями данной (мусульманской) истории, официальная реакция и политическое внимание, возможно, были бы куда слабее. Дело бы обсуждалось в контексте проблем религии мигрантов и не имело бы высокого приоритета, сравнимого с тем, что оно имеет в ситуации сегодняшней Германии[69].

Заключение

В заключении я кратко перечислю основные аспекты дела в связи с религиозной свободой.

Обрезание как «грубый факт» является телесным вмешательством, которое должно быть серьезным образом обосновано. В противном случае его следует считать преступным членовредительством.

Так как в реальности практика никогда не является просто «грубым фактом», лишенным контекста, придающего ей смысл, то, соответственно, различные факторы, благодаря которым практика наделяется смыслом — позитивным или негативным, — должны приниматься во внимание во всей своей конфликтной взаимозависимости.

Правовой спор разворачивается вокруг трех пересекающихся конституционных прав — права на физическую неприкосновенность (ребенка), права на свободу вероисповедания (обоих родителей и ребенка), а также права на родительскую заботу и опеку.

Решение суда в Кельне оказалось неспособно найти баланс между пересекающимися основными правами. Данное решение проигнорировало фундаментальное значение практики для религиозной идентичности мусульман (и иудеев); в данном решении не была даже предпринята попытка спасти то религиозное благо, которое оказалось под угрозой.

Одним из основных этических аспектов правового конфликта является вопрос о том, как концептуализировать благополучие ребенка. Что подразумевает это благополучие и что именно для него требуется? Является ли оно категорией, которая может

69. Боденхеймер характеризует ситуацию с евреями в Германии как постепенное «расчуждение», см.: *Bodenheimer A.* Haut ab! Die Juden in der Beschneidungsdebatte. S. 12.

быть использована в качестве границы, поставленной органами государственной власти, внутри которой родители свободны выбирать лучшее для своего потомства в соответствии со своими личными убеждениями — в том числе убеждениями религиозными? Именно такое понимание предлагается международными документами по правам человека. Или же благополучие следует мыслить как категорию, которая получает позитивное наполнение законными властями, ориентирующимися исключительно на по-медицински понимаемые лучшие интересы ребенка (именно такая трактовка была предложена судом в Кельне). Из данной альтернативы следует, что родители не имеют никакой свободы в плане реализации своего права и обязанности по уходу и опеке. Подобное следствие самым существенным образом затрагивает право на религиозную свободу.

Общественная дискуссия была очень эмоциональной, порой она велась с использованием антирелигиозной аргументации. Это свидетельствует об уменьшении понимания, а также уважения и терпимости по отношению к религии и религиозной практике в немецком обществе. На мой взгляд, это свидетельствует о проблеме этоса плюралистического сообщества, которое должно опираться на фундаментальные принципы взаимного уважения, признания и толерантности. Без культивирования этих принципов конституционное право на свободу вероисповедания теряет необходимое ему пространство симпатии и лишается питательной среды своего принятия даже в области юриспруденции.

Конфликт глубоко затронул и ранил чувства принадлежности и гражданства мусульманских и еврейских общин Германии. Что касается евреев, то данный конфликт рассматривался в контексте немецкой истории после Холокоста. И хотя это не может влиять на правовые решения (здесь речь идет не о привилегиях для отдельных групп, но о более широком праве на свободу вероисповедания), но все же по уровню своего политического резонанса данный конфликт стал делом государственного масштаба. В частности, об этом свидетельствует та срочность, с которой были предприняты усилия по созданию нового и уточнению старого законодательства.

Может показаться, что новое законодательство успокоило встревоженные религиозные общины и гарантировало их правовую безопасность. Однако есть сомнения в том, сможет ли оно положить конец спорам и помочь избежать новых — в том числе и юрисдикционных — конфликтов. С одной стороны, это связа-

но с отсутствием ясности в отношении критериев благополучия и лучших интересов ребенка. С другой стороны, это вопрос воспитания религиозного и мировоззренческого плюрализма в нашем обществе.

В общем и целом немецкая дискуссия об обрезании крайне показательна. Она выявляет текущую ситуацию в обществе в том, что касается религиозной и антирелигиозной динамики. Ситуация напряженная и имеет большой конфликтный потенциал. Религиозные общины и церкви должны быть готовы к этой ситуации, они должны быть готовы объяснить, что и по каким причинам они считают основополагающим для своей религиозной идентичности. Им необходимо иметь аргументы в пользу того, что, на их взгляд, должно быть защищено правом на свободу вероисповедания.

Перевод с английского Николая Кухаренко

Библиография/References

Baumgartner, Ch. (2007) „Religiously Offensive Speech and Freedom of Expression in Liberal Democratic Societies", In S. Heuser and H. G. Ulrich (eds.) *Political Practices and International Order. Proceedings of the Annual Conference of the Societas Ethica*, pp. 116–131. Oxford.

Bielefeldt, H. (2006) *Zum Innovationspotential der* UN*-Behindertenkonvention*. Deutsches Institut für Menschenrechte (Hg.). Essay Nr. 5. Berlin.

Bielefeldt, H. (2012) „Der Kampf um die Beschneidung. Das Kölner Urteil und die Religionsfreiheit", *Blätter für deutsche und internationale Politik*. Nr. 9: 63–71 [http://www.blaetter.de/archiv/jahrgaenge/2012/september/der-kampf-um-die-beschneidung, accessed on 13.12.2012].

Bielefeldt, H. (2012) „Menschenrecht, kein Sonderrecht. Einige Klarstellungen zur aktuellen Beschneidungsdebatte", in J. Heil and S. Kramer (eds) *Beschneidung: Das Zeichen des Bundes in der Kritik. Zur Debatte um das Kölner Urteil,* s. 71–82. Berlin.

Bodenheimer, A. (2012) *Haut ab! Die Juden in der Beschneidungsdebatte*. Göttingen.

Brämer, A. (2012) „Die jüdische Beschneidungsfrage in Deutschland um 1850", in J. Heil and S. Kramer (eds) *Beschneidung: Das Zeichen des Bundes in der Kritik. Zur Debatte um das Kölner Urteil,* s. 36–40. Berlin.

Chervel, Th. and Seeliger, A. (eds) (2007) *Islam in Europa. Eine internationale Debatte*. Frankfurt/Main.

CRPD (2006) *Convention on the Rights of Persons with Disabilities* [http://www.un.org/disabilities/convention/conventionfull. shtml, accessed on 13.12.2012].

Dennistion, G., Hodges, F. and Fayre, M. (eds) (2009) *Circumcision and Human Rights*. Springer.

Deusel, A. Y. (2012) „Medizinische Aspekte der Brit Mila“, in J. Heil and S. Kramer (eds) *Beschneidung: Das Zeichen des Bundes in der Kritik. Zur Debatte um das Kölner Urteil,* s. 181–190. Berlin.

Deutscher Bundestag (2012) *Drucksache 17/10 331: Rechtliche Regelung der Beschneidung minderjähriger Jungen* [http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/17/103/1710 331.pdf, accessed on 13.12.2012].

Deutscher Bundestag (2012) *Drucksache 17/11 295: Entwurf eines Gesetzes über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes* [http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/112/1711 295.pdf, accessed on 13.12.2012].

Deutscher Bundestag (2012) *Drucksache 17/11 430: Entwurf eines Gesetzes über den Umfang der Personensorge und die Rechte des männlichen Kindes bei einer Beschneidung* [http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/17/103/1710 332.pdf, accessed on 13.12.2012].

Engin, H. (2012) „Die deutsche Beschneidungsdebatte: Anmerkungen aus muslimischer Perspektive“, in J. Heil and S. Kramer (eds) *Beschneidung: Das Zeichen des Bundes in der Kritik. Zur Debatte um das Kölner Urteil,* s. 256–260. Berlin.

Fateh-Moghadam, B. (2010) „Religiöse Rechtfertigung? Die Beschneidung von Knaben zwischen Strafrecht, Religionsfreiheit und elterlichem Sorgerecht“, *Rechtswissenschaft, Baden-Baden.* Nr. 2: 115–142.

Fateh-Moghadam, B. (2012) „Criminalizing male circumcision? Case Note: Landgericht Cologne, Judgment of 7 May 2012 — No. 151 Ns 169/11“, *German Law Journal.* 13 (9): 1131–1145.

Fox, M. and Thomson, M. (2009) „Reconsidering ‘Best Interests’. Male Circumcision and the Rights of the Child“, in G. Dennistion, F. Hodges and M. Fayre (eds) *Circumcision and Human Rights.* Springer.

Heil, J. and Kramer, S. J. (eds) (2012) *Beschneidung: Das Zeichen des Bundes in der Kritik. Zur Debatte um das Kölner Urteil.* Berlin.

Heimbach-Steins, M. (2012) *Religionsfreiheit. Ein Menschenrecht unter Druck.* Paderborn.

Jütte, R. (2012) „Die Medikalisierung eines religiösen Rituals — der: von der wachsenden Deutungsmacht der Ärzte im Beschneidungsdiskurs“, in J. Heil and S. Kramer (eds) *Beschneidung: Das Zeichen des Bundes in der Kritik. Zur Debatte um das Kölner Urteil,* s. 173–180. Berlin.

Kahl, J. (2012) *Neun Thesen zur Beschneidungsdebatte aus laizistisch-humanistischer Sicht* [http://www.laizistische-sozis.eu/inhalte-menu/meinung/111-neun-thesen-zur-beschneidungsdebatte-aus-laizistisch-humanistischer-sicht, accessed on 13.12.2012].

Kermani, N. (2012) „Triumph des Vulgärrationalismus“, *Süddeutsche Zeitung.* 30, June [http://www.sueddeutsche.de/kultur/debatte-ueber-beschneidungen-triumph-des-vulgaerrationalismus-1.1397713, accessed on 13.12.2012].

Landgericht K. (2012) *Urteil des Landgerichts Köln zur Strafbarkeit von Beschneidungen nicht einwilligungsfähiger Jungen aus rein religiösen Gründen (151 Ns 169/11)* [http://www.justiz.nrw.de/nrwe/lgs/koeln/lg_koeln/j2012/151_Ns_169_11_Urteil_20120 507.html, accessed on 13.12.2012].

Lentes, Th. (2012) „Zwischen Kulturmarke und Säkularisierung“, *Frankfurter Rundschau.* 3, July [http://www.fr-online.de/meinung/gastbeitrag-zur-beschneidungs-debatte-zwischen-kulturmarke-und-saekularisierung, 1472602,16536 300.html, accessed on 13.12.2012].

Merkel, R. (2012) „Die Haut eines Anderen“, *Süddeutsche Zeitung*. 30 August [http://www.sueddeutsche.de/wissen/beschneidungs-debatte-die-haut-eines-anderen-1.1454055, accessed on 13.12.2012].

Putzke, H. (2008) „Die strafrechtliche Relevanz der Beschneidung von Knaben. Zugleich ein Beitrag über die Grenzen der Einwilligung in Fällen der Personensorge“, in H. Putzke, B. Hardtung, T. Hörnle, R. Merkel, J. Scheinfeld, H. Schlehofer und J. Seier (Hrsg.) *Strafrecht zwischen System und Telos, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008,* s. 669–709. Mohr Siebeck: Tübingen.

Putzke, H. (2012) „Recht und Ritual — ein großes Urteil einer kleinen Strafkammer. Besprechug zu LG Köln, Urt. v. 7.5.2012–151 Ns 169/11“, *MedR*. Vol. 30: 621–625.

Röhl, B. (2012) „Das Wohl des Kindes geht vor“, *Spiegel online*, 20 Juli [http://www.spiegel.de/kultur/gesellschaft/beschneidung-ein-plaedoyer-fuer-das-grundgesetz-von-bettina-roehl-a-845502.html, accessed on 13.12.2012].

Walter, Ch. (2012) „Beschnitten“, FAZ. 11 July [http://www.faz.net/aktuell/politik/staat-und-recht/gastbeitrag-beschnitten-11817408.html, accessed on 13.12.2012].

Wiesemann, Cl. (2012) „Hört auf die Kinder!“, *Außenansicht Montag*. 1 Oktober. Nr. 227: 2.

World Health Organization (WHO)/Joint United Nations Programme on HIV/AIDS (UNAIDS) (2007): Male Circumcision. Global trends and determinants of prevalence, safety and acceptability. Geneva.

Zunz, L. (1844) Gutachten über die Beschneidung. Frankfurt/Main.