

Najate Nerci

## **L'hermaphrodite dans la jurisprudence islamique : Signes, identités et imaginaire**

### **THE HERMAPHRODITE IN ISLAMIC JURISPRUDENCE: SIGNS, IDENTITY AND IMAGINARY**

**Abstract:** We intend to examine in this study the categories of thought on which ancient Islamic jurisprudence was based to build its representations of the hermaphrodite. We will see to what extent these representations have contributed to perpetuating the absolute natural and cultural distinction between masculinity and femininity, how they participate in the attribution of socially discriminatory gender roles, based on cognitively “oriented” categories. These representations and values ultimately constitute an imaginary geometry of relationships, roles and functions within an antithetical masculine/feminine bipolarity.

**Keywords:** Hermaphrodite; Islamic Jurisprudence; Jurisprudence of Truth; Jurisprudence of Reality; Imaginary; Feminine; Masculine; Signs; Body.

### **NAJATE NERCI**

Hassan II University of Casablanca, Morocco  
najate.nerci@gmail.com

DOI: 10.24193/cechinox.2022.42.05

La jurisprudence islamique a été confrontée dès sa fondation à légiférer sur des questions sociétales liées au genre. Il s’agit plus concrètement de problèmes socio-anthropologiques que ni les textes fondateurs de la religion musulmane ni les sources premières du législateur n’ont traités. Aucun détail n’est fourni au juriste islamique appelé à établir les limites voire les frontières sociales entre le masculin et le féminin et à se prononcer sur les différents cas pratiques et particuliers qui s’écartent de la dyade dite naturelle composant l’espèce humaine.

Parmi les cas soumis aux juristes et aux autorités en place, se trouvent ceux liés à l’existence ou à l’apparition simultanée de signes physiques de masculinité et de féminité chez une même personne. Il s’agit de cas d’ambiguïté sexuelle où il est difficile de fournir une évaluation du degré d’irrégularité de la conformation génitale de la personne, au sein même de la géométrie sociale des corps humains ou des sujets à qui le discours théologique s’adresse. Pourtant c’est ce discours de référence qui est chargé de réguler les modalités majeures et mineures de la vie religieuse et sociale des

femmes et des hommes, que ce soit dans l'exercice du culte par la prière, le pèlerinage et l'imamat, le partage des successions, les prescriptions du mariage, du divorce et de filiation, ou encore dans les dispositions relatives au code pénal telle la *diyya*<sup>1</sup> et qui diffère selon que la victime soit femme ou homme, ou encore les injonctions vestimentaires aux uns et aux autres (soie, or, voile).

Le genre sexuel et social appelé hermaphrodite ou plus précisément l'herma-problématique ou encore l'herma-parfait dont il est difficile, voire impossible, de déterminer le sexe au regard de la présence simultanée des deux appareils génitaux masculins et féminins, brise la « *summa divisio* : la division principale » et révèle la dimension du flou, non dans le genre, mais sur l'organe sexuel même. Cette ambiguïté confronte le juriste à une impasse dans la détermination de l'identité rendant ainsi laborieux de statuer ou d'appliquer un jugement conforme à la charia et convenant à son cas. Puisque face à ces cas de figure, les textes péremptoirs de la charia ne fournissaient aucune règle de référence permettant de légiférer. De ce fait, le juriste n'a eu d'autre choix que de recourir aux outils de l'*ijtihād*<sup>2</sup> tout en prenant en compte les représentations religieuses et sociales des notions de genre et de sexe. C'est dans ce contexte que s'inscrit l'entreprise de trouver la réponse à ces problématiques dans les récits, l'Histoire, la médecine, l'anatomie et les sciences de l'exégèse. Dans la tentative de sortir de l'impasse ou du défi que représentait le cas de l'hermaphrodite, le juriste islamique s'est accommodé face au défi auquel sont confrontés non seulement le savoir du juriste, ses raisonnements analogiques, ses

procédés de réflexion mais aussi, ses textes théologiques dont la signification première n'admet pas l'existence d'un troisième sexe qui n'est ni mâle, ni femelle, ou qui se situe dans l'entre-deux.

L'Hermaphrodite parfait menace la division dite naturelle et sociale des hommes et des femmes de perte de crédibilité, de désintégration de la polarisation binaire qui régit depuis l'aube des temps la société. Cette menace redoutable pour l'ordre social phallocratique et pour la jurisprudence qui y préside, requiert sa reconstruction sur la base d'un troisième sexe que le binarisme historique n'autorise pas. L'Hermaphrodisme montre clairement le malaise qu'éprouvent des juristes à appréhender en droit interne cette question, et au-delà celles de l'identité sexuelle et du genre. En effet, la reconnaissance d'une éventuelle nouvelle catégorie sexuelle pose non seulement une véritable question de société, mais soulève également de nombreuses interrogations religieuses et remet profondément en cause les fondements du droit islamique.

En effet, le juriste islamique appréhende toute ré-interrogation de la vérité religieuse affirmant dans la surface du texte que l'espèce humaine se compose uniquement de mâle et de femelle sans mention aucune d'un troisième possible ou d'un intermédiaire entre les deux, comme cela est prescrit dans le Coran : « *Il crée ce qu'il veut. Il donne à qui il veut des filles et donne à qui il veut des garçons, ou mêle à la fois garçons et filles ; et il fait stérile qui il veut ; il est omniscient et omnipotent* »<sup>3</sup>. Le juriste islamique est confronté dès lors à un double défi :

- D'abord, celui de se conformer à la surface du texte sacré, et partant infirmer

de manière irrévocable l'existence de ce troisième sexe dans la création originelle.

- Ensuite, celui de reconnaître l'existence de ce troisième sexe, compte tenu de la véracité et de l'authentification de faits sociaux avérés et redondants, d'observations et d'investigations autour de cas certains, tout en attestant du caractère rare des singularités liées au sexe, des incertitudes liées au genre et à l'identité sexuelle avec confirmation de leur rareté.

Le juriste peut ainsi aboutir au principe théologique décrétant que ce qui représente une exception ou une rareté se conforme à ce qui est communément admis, courant et prépondérant, et que les exceptions et les raretés n'ont pas d'effet (car ce qui est rare ou exceptionnel dépend de la majorité, du général et du multiple). Dès lors, le juriste islamique est parvenu à une sorte de réconciliation entre la vérité religieuse qui n'admet que la dualité de la création d'un côté, et l'ouverture sur des possibilités infinies de la création divine d'un autre côté, vu que Dieu crée ce qu'il veut et décide de qui sera homme, femme ou hermaphrodite.

Ces possibilités octroyées au pouvoir divin permettent l'acceptation des versets relatant la création du couple masculin/féminin en tout comme une originalité dans l'existence et une réalité dominante. Elles permettent en même temps de ne pas prétendre au contrôle du pouvoir divin et de le restreindre aux deux sexes, car l'étendue du pouvoir divin fonde le fait qu'il est à l'origine de tout ce qui sort de l'ordinaire et qui est d'ordre exceptionnel, voire du surnaturel, du merveilleux ou encore du miraculeux.

La jurisprudence islamique fait appel à une conciliation entre la règle établie

c'est-à-dire le principe fixe de la création, et le permanent/l'originnaire d'un côté, et la mutation, ou encore la variante exceptionnelle, du genre et du sous-genre d'un autre côté. Cet accommodement permet au juriste islamique de souscrire à l'existence de l'hermaphrodite entendu comme le produit du pouvoir et de la volonté divine et de soutenir en même temps que tout ce qui apparaît comme hermaphrodite est au fond soit mâle soit femelle et non pas un troisième sexe, tout en gardant en vue le principe de la puissance de la volonté de Dieu et ce qu'elle peut engendrer.

Avec cette conciliation, le juriste islamique estime avoir résolu le problème par la reconnaissance de la dualité du visible et de l'invisible ou de l'apparent et du latent (l'apparent est hermaphrodite et le latent est mâle ou femelle). Il déploie alors tous ses efforts pour repérer des caractéristiques biologiques probantes pour que soit établie l'altérité sexuelle dudit hermaphrodite, écarter toute suspicion ou confusion à son propos et l'acheminer vers la masculinité ou la féminité selon le signe dominant ou prépondérant chez la personne en question.

Or, ces signes perdent de leur teneur l'un après l'autre lorsqu'ils sont mis à contribution dans le déchiffrement de la confusion et de la fusion apparente dans cette créature, jusqu'à ce que les signes soient tous égaux, non-marqués ou non-révélateurs de l'appartenance sexuelle de l'une des constituantes de l'hermaphrodite. Il apparaît que lorsque la confusion s'intensifie, il devient impossible de séparer voire d'établir une distinction entre les signes ou d'accorder la primauté de l'un sur l'autre, le juriste est confronté à un réel problème, et ses principes d'interprétation ne sont plus en mesure de distinguer et de

renvoyer l'hermaphrodite à l'une des parties de la dyade : mâle ou femelle.

Ces principes interprétatifs constituent en eux-mêmes un problème. Les signes sur lesquels il comptait dans le discernement et la distinction s'égalent et se métamorphosent en non-signes quand le corps de l'hermaphrodite ne fournit pas d'indices indiquant une identité masculine parfaite ou une identité féminine pure. Dès lors, commence chez le juriste le compte à rebours pour sortir de la dyade masculinité/féminité vers une trinité de la vérité. Il se départ alors de tous les signes qu'il reconsidère comme étant probables, aléatoires et non déterminants. Il reconnaît implicitement ou explicitement, non seulement l'existence de l'hermaphrodite ou son droit à l'existence, mais atteste de son identité autonome avec des sentences de la charia qui ne sont ni ceux des hommes, ni ceux des femmes, mais spécifiques à l'hermaphrodite.

Le juriste passe alors d'une jurisprudence de la vérité qui traite de la véracité de l'hermaphrodite et rejette l'existence d'une vérité autre que le féminin et le masculin, à celle de la réalité qui accueille la différence entre réalité de l'hermaphrodite et vérité de la dualité : féminité/masculinité. Toute face à ce dilemme, une question demeure en suspens : selon quelle autre perspective la jurisprudence islamique considère-t-elle l'hermaphrodite, se le représente et le classe, et selon quelle conception de la création ? Est-ce par le changement du paradigme de la binarité : féminité/masculinité, sa ré-interrogation, et son extension pour qu'elle intègre d'autres genres qui ne se distinguent ni par leur masculinité, ni par leur féminité ou par la préservation de ce paradigme et sa conservation en affirmant que

l'exception confirme la règle, ne l'annule pas et ne la remet pas en question ?

Nous comptons examiner dans cette étude les catégories de pensée sur lesquelles s'est fondée la jurisprudence islamique ancienne pour construire ses représentations de l'hermaphrodite. Nous verrons dans quelle mesure ces représentations ont contribué à perpétuer la distinction naturelle et culturelle absolue entre masculinité et féminité, comment elles participent de l'attribution des rôles de genre socialement discriminatoires, à partir de catégories « orientées » pour penser le monde afin de reprendre l'expression de Françoise Héritier (1996). Des binarités telles que : original/dérivé, fort/faible, haut/bas, antérieur/postérieur, premier/dernier, présence/absence, majeur/mineur, rapide/lent, droit/gauche, constant/inconstant, complet/incomplet, continu/discontinu.

S'adjoignent à ceux-là d'autres binarités antinomiques qui confèrent aux signes de la féminité et de la masculinité des attributs qui sont à l'origine des catégories fondées dans la culture et par la culture, et constituent au final une géométrie imaginaire des relations, des rôles et des fonctions au sein d'une bipolarité antithétique masculin / féminin<sup>4</sup>. C'est sur la part des attributs féminins et masculins assignés à l'hermaphrodite, sur sa tergiversation entre les deux que nous focaliserons notre réflexion.

### **Les sources de la jurisprudence islamique de l'hermaphrodite**

L'on peut consulter la jurisprudence de l'hermaphrodite dans les anciennes fatwas<sup>5</sup> émis en réponse à des demandes sur le statut de l'hermaphrodite dans

l'exercice de la prière, du partage de l'héritage, de l'habillement, de la dénomination, du prix du sang et enfin de l'affectation à des postes de responsabilité. Ces questionnements portent, en fait, sur la position du genre (social) de l'hermaphrodite. Nous pouvons rencontrer cette jurisprudence dans un certain nombre de chapitres de jurisprudence consacrés aux exceptions des dispositions juridiques des hommes et des femmes.

Ce sujet était initialement éparpillé dans les ouvrages de jurisprudence et dans plusieurs chapitres et parties, relatifs à la prière, aux funérailles, à l'héritage et autres questions religieuses. Ce n'est qu'à partir du IV<sup>e</sup> siècle de l'hégire, que s'est développé un discours juridique propre au statut de l'hermaphrodite, suite à la prolifération des requêtes de fatwas, l'émergence de multiples cas soumis aux autorités religieuses, aux muftis<sup>6</sup>, aux juges et même aux dirigeants de l'État. La montée en puissance de cette problématique dans le débat social a requis la rédaction d'ouvrages qui lui sont exclusivement dédiés. Ils comprennent des recherches jurisprudentielles autonomes relatives aux hermaphrodites, dont un livre unique en son genre, écrit au début du XV<sup>ème</sup> siècle après JC sous le titre «*Idah Almochkil min Ahkam Alkhounta Mochkil* »<sup>7</sup> par Sheikh Jamal Eddine Al Essnawi al-Shafi'i. Cet ouvrage<sup>8</sup> a été une référence de nombreux écrits anciens de la jurisprudence islamique. Nous recueillons principalement la plupart des définitions et des comparaisons jurisprudentielles de cette étude en raison de sa rigueur et de sa richesse jurisprudentielle. Nous faisons appel aussi à de nombreux autres livres jurisprudentiels, exégétiques, historiques et littéraires, dont certains résultats ont été

cités dans la plus grande encyclopédie de jurisprudence islamique de l'ère moderne publiée par le ministère des Awqaf et des Affaires Islamiques de l'État du Koweït : « L'encyclopédie de la jurisprudence islamique »<sup>9</sup>.

Cette encyclopédie regroupe l'ensemble du patrimoine jurisprudentiel islamique ancien en 45 volumes, classés par ordre alphabétique. Le volume 20 comprend un article jurisprudentiel sur l'hermaphrodite formulé en une synthèse détaillée des avis des sentences des juristes sur l'hermaphrodite, et de leurs recommandations quant à la détermination de son statut juridique et social. Cet article de l'encyclopédie est devenu une référence crédible et accessible pour les étudiants en jurisprudence islamique et autres muftis sur le sujet.

Nous tenons à préciser ici que nous limitons nos recherches à la jurisprudence ancienne avec ses diverses doctrines, ses écoles, ses narrateurs et ses premiers pionniers, dont les traces, les points de vue, les jugements interprétatifs, et les positions vis-à-vis de l'hermaphrodite prédominent sur les représentations de la majorité des musulmans et de la plupart des juristes religieux de l'ère moderne. Ces représentations ne s'écartent pas de l'horizon cognitif des temps anciens. Nous ne nions pas pour autant l'apport d'une jurisprudence contemporaine de penseurs affiliés aux courants de la réforme religieuse de la jurisprudence islamique contemporaine, et qui ont pris en compte les résultats de recherche en biologie, en médecine, en anatomie, en sciences humaines (linguistique, anthropologie...) et études de genre, bien qu'ils soient peu nombreux, dans l'intérêt juridique et législatif porté à l'hermaphrodite

et à d'autres genres sociaux dans les sociétés arabes et islamiques.

### Lenjeu de notre recherche

Notre recherche vise à interroger le matériau cognitif et conceptuel sur lequel s'appuyait la jurisprudence ancienne pour construire ses représentations sur le genre « hermaphrodite », et à vérifier dans quelle mesure cette représentation contribuait à perpétuer la distinction dite naturelle et culturelle absolue entre masculinité et féminité. Ce matériau a servi à assigner des rôles sociaux discriminatoires au genre, sur la base de binarités telles que : original/secondaire, fort/faible, supérieur/inférieur, plus/moins, antérieur/postérieur, premier/dernier, récurrent/interrompu, présence/absence, parfait/imparfait, rapide/lent, droit/gauche, constant/inconstant, et autres couples opposés qui greffent sur les signes masculins et féminins des valeurs, des attributs, des qualificatifs et des caractéristiques qui sont à l'origine des données socio-anthropologiques établies au sein de la culture et de ses valeurs. Ces valeurs appartiennent à une géométrie imaginaire des rapports, des rôles et des fonctions au sein de la dualité opposée : masculin/féminin. Nous nous attacherons notamment à établir les valeurs octroyées aux signes de la féminité et de la masculinité chez l'hermaphrodite et l'incertitude qui les entoure<sup>10</sup>.

### Problème d'identification

L'hermaphrodite correspond à ce que Luc Brisson appelle dans un ouvrage éponyme : « Le sexe incertain »<sup>11</sup>. Incertain du fait que ni les signes de la masculinité, ni ceux de la féminité ne sont tangibles. La

jurisprudence islamique présente la même définition : « L'hermaphrodite est un individu qui n'admet pas une définition sur la base de la division binaire distinguant la masculinité de la féminité, et partant, il est sans identité sexuelle spécifique, et sans signe physique distinctif »<sup>12</sup>. L'hermaphrodite est une personne dotée des deux sexes, qui possède simultanément les deux organes sexuels, ou il n'a ni l'un ni l'autre, mais plutôt un orifice qui ne ressemble ni au pénis ni à la vulve, d'où il urine, contrairement à une personne ou à un être pourvu d'un seul sexe masculin ou féminin.

Le juriste Al-Asnawi soutient dans son livre consacré à l'hermaphrodite : « Le mot hermaphrodite trouve son origine dans la nourriture dite « hermaphrodite » pour son goût équivoque, dont le goût prévu n'est pas réalisé et qui se confond avec le goût d'une autre nourriture. L'hermaphrodite est ainsi nommé parce qu'il comprend deux formes différentes à la fois »<sup>13</sup>. La signification linguistique arabe de l'hermaphrodite s'origine dans l'impossibilité de distinguer le goût particulier d'une nourriture qui demeure incertain. Les goûts y sont mélangés, suspects et trop proches.

Sur le plan de la terminologie, l'hermaphrodite est : « une personne avec deux organes génitaux (féminin et masculin à la fois), ou possédant juste un orifice par lequel il urine »<sup>14</sup>.

Il est donc soit un être qui porte dans son corps simultanément les appareils de la masculinité et de la féminité, soit celui qui n'en possède aucun. La morphologie, la physiologie déjouent ainsi le strict agencement des sexes masculin et féminin, puisque que l'appareil génital demeure l'outil apparent le plus déterminant de

l'appartenance sexuelle au féminin ou au masculin. Est exclue de cette définition, toute personne qui porte en elle une identité sexuelle biologique bien définie accompagnée d'une identité psychologique et comportementale autre (elle est, dès lors, dans une position entre le physique et le psychique, contrairement à l'hermaphrodite qui est « entre deux morphologies »).

Dans la jurisprudence islamique, l'hermaphrodite est nommé : « Al Mukhannath » et son pluriel est « Makhanith » (Takhanout (hermaphrodisme) signifie, ici, duplicité, fêlure et inclinaison vers le semblable sexuel). Il est le genre social féminin par le corps et aliéné dans ses propensions sexuelles masculines vers les femmes, ou inversement dans ce que l'on peut désigner par le terme androgyne dont la nature apparente ne correspond pas à la nature profonde. La jurisprudence islamique réserve à celui-ci des sentences différentes de celles qui s'appliquent à l'hermaphrodite parfait. Ces sentences sont inscrites dans les lois relatives aux punitions et aux peines prescrites pour les comportements qui s'écartent du droit chemin (adultère, sodomie, lesbianisme, « femmes masculinisées, et hommes imitant les femmes », maudits par la Charia, homme féminisé ou efféminé/homme à l'apparence féminine...). Elles concernent donc les comportements sociaux réprouvés dont l'individu porte la responsabilité morale et pénale, car il n'a pas été créé à l'origine à cette image, mais plutôt à l'image d'un mâle selon son anatomie sexuelle et son appareil génital. «L'hermaphrodite traité par la jurisprudence est bel et bien l'hermaphrodite composé»<sup>15</sup>, comme le mentionne Jalāl al-Dīn al-Suyūti, l'un des érudits du XVe siècle après JC (1445-1505), c'est-à-dire

l'individu humain qui se démarque de la définition qui lui a été assignée sur la base de la division binaire distinctive de la masculinité et de la féminité. Il est dès lors sans identité de genre définie, et sans marque de genre physique ou extérieure notable.

### **L'origine de la création de l'hermaphrodite, dans les récits islamiques**

La première question à laquelle fut confronté le juriste islamique contraint d'admettre l'existence de l'hermaphrodite tout en lui refusant une identité spécifique est celle d'examiner l'origine de sa création. Il trouva la matière première nécessaire à l'élaboration des représentations du corps de l'hermaphrodite dans les textes, les récits et les mythes, ainsi que dans les dits des anciens sur la première création, voire les règles linguistiques.

Si dans les récits grecques, l'hermaphrodite est issu de l'union entre Hermès et Aphrodite, d'où le nom herm/aphrodite, puisque les dieux ont uni les deux corps pour n'en faire qu'un, ce qui a donné naissance à un être humain mâle et femelle à la fois (mythe relaté dans les métamorphoses d'Ovide)<sup>16</sup>, dans les récits arabo-islamiques, sont relatés de multiples récits sur la genèse des créatures et leurs origines. Nous appuierons notre analyse sur deux récits de Zakaria Kazouini (juriste et écrivain né en 1203 à Qazvin en Perse et mort en 1283 après J.-C. à Bagdad), rapportés dans un ouvrage considéré comme l'un des plus importants de la cosmographie islamique : « Les merveilles des créatures et l'étrangeté des êtres »<sup>17</sup>. Il y évoque dans le chapitre intitulé : « Au fondement de la masculinité et de la féminité », trois



raisons qui président à la différence des sexes :

1. L'augmentation de la température dans la matière engendre un mâle et son affaiblissement génère une femelle, et par conséquent, les organes génitaux sont formés en fonction des degrés de la chaleur. Il s'agit d'un niveau intermédiaire et étrange dans la substance de la création, ni chaud ni froid, ni intense ni léger, et c'est ce niveau du « tiède » qui préside à la genèse de l'hermaphrodite, qui est, dès lors, ni mâle ni femelle.

2. La deuxième raison est l'emplacement, si le fœtus est créé sur le côté droit de l'utérus, il est de sexe masculin, et s'il est créé sur le côté gauche de l'utérus, il est de sexe féminin, avec la possibilité de création au milieu de l'utérus qui donne l'hermaphrodite.

3. Si le mouvement des spermatozoïdes se fait de la droite de l'homme vers la droite de la femme, le garçon sera un mâle entièrement masculin. S'il se fait de la gauche de l'homme vers la gauche de la femme, naîtra une femelle parfaitement féminine. Si les spermatozoïdes se dirigent de la droite vers la gauche, le mâle est féminisé, S'ils vont de la gauche à la droite, on aura une femelle masculinisée».

Toutefois, il est une quatrième cause que Kazouini névoque pas et que d'autres exégètes et commentateurs islamiques ont déduit du récit prophétique sur l'origine de la genèse de l'espèce humaine, et ce dans le but de remédier au silence de ce récit resté muet sur la formation de l'hermaphrodisme. Pour cela, ils font usage d'interprétation des indices tirés de l'édit prophétique en privilégiant la signification implicite et indirecte au sens explicite et

direct. Dans le dit prophétique : le fœtus est créé à partir des « liquides » des deux partenaires. Si ceux de l'homme précèdent ceux de la femme ou étaient plus élevés, le nouveau-né sera de sexe masculin, si ceux de la femme arrivent en premier, le nouveau-né sera de sexe féminin<sup>18</sup>.

Le juriste en déduit qu'en cas d'égalité de vitesse entre les deux, l'être formé sera inévitablement hermaphrodite, c'est-à-dire : « une combinaison de masculinité et de féminité »<sup>19</sup> comme le dit Abd al-Wahhab al-Sha'rānī (né en 1492 au Caire, il y mourut en 1565). Ainsi : « Si l'un des deux (partenaires) n'éjacule pas du liquide avant l'autre, ou qu'ils éjaculent ensemble, de sorte que les deux liquides se mélangent et que l'un des deux ne s'élève pas au-dessus de l'autre, alors Dieu créera un fœtus combinant masculinité et féminité. S'ils s'équivalent à tous égards sans déviation de l'un ou de l'autre, alors le fœtus aura des menstruations qui proviennent de son vagin et des éjaculations de sa verge. Il pourra, donc, enfanter et aussi mettre en grossesse »<sup>20</sup>

Nous constatons dans ce récit des origines que les représentations que se fait la société des caractéristiques de la matière s'appuie sur la supériorité du chaud sur le froid, de la droite sur la gauche. La chaleur et ses degrés (augmentation, diminution, tiédeur) et la position spatiale (droite, gauche, milieu) se muent en des signes distinctifs des identités sexuelles féminines et masculines. Elles participent de la pensée de la différence et de la hiérarchisation des sexes. Si les niveaux de chaleur et de position s'équivalent, le nouveau-né est un hermaphrodite ne détenant aucun attribut prédominant les autres. Or, c'est lorsqu'une force exerce son influence sur les fondements de la nature qui fonde la domination



dans la culture et la société. Le signe tient donc sa substance des valeurs culturelles et sociales dominantes.

L'hermaphrodite, lui, ne possède pas de signe de victoire et de domination, de suprématie et de préséance dans une hiérarchie des attributs et des valeurs, comme c'est le cas pour le masculin ou le féminin. Il est porteur de signes neutres et égalitaires, conciliateurs, de signes de fusion et de confusion, faits d'incertitude, de paix, de répit, s'incarne de ce fait en lui deux sens égaux dans la force et la faiblesse et dans l'antériorité et la postériorité. Il délaisse l'arène des contraires, abandonne la lutte pour la domination, et la préséance au détriment de l'une des deux parties opposées et rivales. L'hermaphrodite, dans la quête même de son origine, s'est constitué de la rupture des deux contraires et du renoncement au conflit pour la prépondérance et le pouvoir. Il se situe dans le passage d'une position de concurrence, d'adversité à un état d'apaisement et d'égalité. Ainsi sort-il du cadre conflictuel et hiérarchique, se soustrait aux lois de la nature, à l'opposition entre les contraires de laquelle aucun ne s'impose sur l'autre.

La matière ou l'élément « liquide » ou plus précisément ce que Bachelard appelle dans son ouvrage : « L'eau et les rêves » : « l'élément eau/l'imaginaire hydrique »<sup>21</sup> joue un rôle déterminant dans les représentations que se fait le juriste islamique de la genèse et des attributs de la masculinité et de la féminité. Si la première genèse de l'espèce humaine à la création d'Adam, s'est faite à partir de l'argile (L'eau mélangée à la terre) ou de ce que Bachelard appelle « la pâte imaginaire »<sup>22</sup>, la caractéristique cinétique de l'élément aquatique ou de ces eaux dynamiques (rapidité,

lenteur, vigueur, inertie, préséance) donne forme à la division sexuelle des mâles et des femelles. Elle fournit une explication de l'origine des genres.

Notre intérêt pour l'investissement de cette eau originelle et symbolique dans la représentation que se fait le juriste de la genèse de l'hermaphrodite et de son avènement dans la nature, porte particulièrement sur cette mise à contribution de la valorisation coranique de la substance aqueuse. Le juriste investit la parole divine : « Nous avons fait de l'eau toute chose vivante »<sup>23</sup> et sa prégnance symbolique dans la création du monde en vue de résoudre le conflit des interprétations autour de la problématique de l'hermaphrodite.

### **Le conflit des attributs dans le signe hydrique**

Si la nature cinétique de l'élément liquide (son mouvement, sa direction, sa force et sa vitesse) dont sont issus les deux genres : mâle et femelle, et si les mouvements moyens et égaux se trouvent aux antipodes de la nature et de la logique qui requièrent la prédominance pour produire la différence binaire selon la représentation symbolique que se fait le juriste islamique de la création originelle des sexes, ne peuvent générer que ce qui est de l'ordre du suspect, de l'équivoque, et de l'ambigu figurés par l'hermaphrodite, c'est paradoxalement cet élément liquide sorti du suspect ambigu appelé hermaphrodite, qui déterminera son sexe de sa naissance et de son cheminement dans la vie à sa puberté. L'imaginaire hydrique et les caractéristiques de cette eau chez l'hermaphrodite, enfant et adulte, fournit au juriste les fondements des hypothèses à même de formuler la sentence sur

le sort de l'hermaphrodite après la création, c'est-à-dire donner forme et sens à son passage de la nature à la culture et à la société.

En effet, le juriste décide du sexe de l'hermaphrodite à partir de son élément liquide, et la première eau qu'il examine c'est l'urine et la fonctionnalité de l'un ou l'autre des organes intimes : mâles et femelles de l'hermaphrodite détermine son identité, s'il utilise son organe masculin pour uriner, il est de sexe masculin, s'il utilise son organe féminin, il est de sexe féminin. La source définit l'origine et tranche l'incertitude.

Les juristes et les commentateurs ont souligné dans les sentences de l'hermaphrodite que le signe hydrique urinaire provient de la tradition arabe préislamique qui s'y réfère pour rattacher l'hermaphrodite au sexe masculin ou au sexe féminin et décider par conséquent de ses droits de succession, ils citent également la sentence de l'un des dirigeants préislamiques<sup>24</sup> à ce sujet. Ils font référence aussi à des sentences émises par le prophète et ses compagnons dans des dits qui sont sujets à caution (Des dits émanant selon eux du prophète et de son cousin et compagnon Ali Ibn Abi Talib) : « L'héritage imparti à l'hermaphrodite est déterminé à partir du repérage de l'endroit d'où il urine ou de son urètre »<sup>25</sup>.

Mais, en adoptant ce signe hydrique coutumier censé définir le sexe de l'hermaphrodite et privilégier l'une des deux possibilités (mâle ou femelle), le juriste se heurte à une autre éventualité qu'est la provenance simultanée de cet élément liquide des deux organes (masculin et féminin)<sup>26</sup>. Dans ce cas, il met à contribution deux autres catégories provenant des caractéristiques de cet élément hydrique qu'il tient

de ses représentations de la hiérarchie pyramidale qui structure les relations humaines, et de la rivalité, la concurrence et le conflit qui façonnent l'imaginaire social :

- La catégorie de l'antérieur/postérieur (premier/dernier, supérieur/subordonné) :

Si l'urine chez l'hermaphrodite sort d'abord de son organe génital masculin, ensuite de l'organe génital féminin, il est déclaré mâle et vis-versa. S'il n'arrive pas à déterminer lequel est antérieur à l'autre, le juriste fait appel à une autre taxinomie, et donc à la catégorie suivante :

- La catégorie de la grande et petite quantité.

Une grande quantité sortie de l'un des organes détermine dans les représentations du juriste l'appartenance sexuelle de l'hermaphrodite. Si une plus grande quantité sort de l'organe masculin, il est mâle et vice-versa. Mais cette catégorie mettant l'accent sur ces signes et ces caractéristiques soulève dans la jurisprudence islamique des problèmes de faisabilité de mesure et de quantification qui plus est porte préjudice aux règles de bienséance et de bon goût.

Si tous ces signes urinaires (test urinaire) prouvent leur inefficacité dans la détermination de l'identité de l'hermaphrodite, dans la mesure où l'on ne peut pas distinguer ni l'antérieur du postérieur, ni le premier du dernier, ni le phallique du vaginal alors l'hermaphrodite est privé de toute identité durant son enfance, jusqu'à sa puberté et son âge adulte, ou bien il garde une identité différée et suspendue dans l'attente d'une sentence ultime quand deux autres liquides à même de déterminer son identité sexuelle feront leur apparition. De ce fait, seule l'alchimie de l'élément liquide peut donner lieu à une lecture claire et définitive de la part du juriste. Mais

cette alchimie requiert la contribution du temps pour que surgisse son effet dans l'octroi d'une appartenance sexuelle à l'hermaphrodite. Masculinité apparente ou féminité apparente sont, en fait, latentes dans le corps du jeune hermaphrodite et attendent l'émergence d'autre liquide sous l'effet du temps et du développement du corps du jeune hermaphrodite.

• Le liquide latent ou attendu :

L'enfant hermaphrodite acquiert selon le juriste islamique son identité au fil du temps. Son identité d'hermaphrodite-enfant que l'eau/urine ou le test urinaire n'a pas permis de trancher est une identité intemporelle. L'enfant finit par grandir et le temps participe de la fixation de son identité. Il s'agit alors d'une identité temporelle. D'autres signes feront leur apparition et l'on passera de la performance urinaire à la performance sexuelle. L'hermaphrodite sera reconnu mâle ou femelle d'après son activité sexuelle. Un autre élément liquide est appelé à lui donner les signes distinctifs requis pour le placer dans une des parties de la dyade féminin/masculin. Le temps de la puberté apparaît avec des signes masculins ou féminins décisifs dans la sortie de l'asexué ambigu dans le corps de l'enfant à l'asexué clair dans le corps de l'adulte transformé en un corps aux signes stables et visibles émergeant de ses parties intimes et dissimulés.

Rien n'est plus clair dans le corps d'un hermaphrodite adulte que ce nouveau liquide latent dans l'un des organes mâles ou femelles, qui sort au grand jour à la puberté, pour annoncer non seulement la masculinité ou la féminité de l'hermaphrodite, mais aussi le passage des deux organes de la performance urinaire conjointe (activité urinaire) à la performance sexuelle

(activité sexuelle). L'hermaphrodite est reconnu par sa sexualité, c'est-à-dire par ses aptitudes sexuelles à générer un nouveau liquide potentiel et attendu de l'un de ses organes mâle ou femelle<sup>27</sup>, comme il est rare qu'au stade de la puberté, il émette simultanément le liquide de fécondation (masculinité) et le liquide de fertilité (féminité) des deux organes.

1. Le liquide de la fécondation :

Le juriste considère que la sécrétion du sperme est un indicateur de masculinité de l'hermaphrodite et prouve que la masculinité est authentique en lui, quant à son autre membre, il demeure dans un état d'inertie, de mort et de non-fonctionnalité sexuelle, c'est-à-dire dans une position de non-devenir dans le temps. Il échoue à passer d'une fonctionnalité naturelle (uriner) à une fonctionnelle sexuelle (émettre le liquide de fécondation)

2. Le liquide de fécondité : Si le membre féminin de l'hermaphrodite adulte est actif et fonctionnel dans la sécrétion du liquide fertile (sang menstruel) contrairement à l'atrophie de l'organe masculin qui est incapable de libérer le liquide sexuel fertilisant, le juriste décide des signes de l'hermaphrodite adulte, et le rattache aux femelles.

Si l'hermaphrodite tombe enceinte, il est déclaré femme et mère et s'il met en état de grossesse une femme, il est déclaré homme. Cependant, un certain nombre de juristes ont pris en compte des images réelles ou imaginées, hypothétiques ou supposées de l'hermaphrodite dans le cas où les organes masculins et féminins auraient la même activité sexuelle produisant simultanément deux liquides : liquide de fertilisation et liquide de fertilité. Ce qui signifie, selon le juriste islamique, que

les deux signes hydriques ne sont pas des signes porteurs de la confirmation d'une identité de genre propre à l'hermaphrodite, car ils se joignent (ils sont issus des deux appareils, des deux organes génitaux) et se disjoignent (présence concomitante du liquide de fécondation et du liquide de fertilité chez un hermaphrodite)<sup>28</sup>.

Au fur et à mesure que les deux signes deviennent signifiants sans signifiés (signes vides), ou signifiants à sens opposés (signes épars), il s'avère impossible de les utiliser comme arguments et l'on se trouve devant un hermaphrodite à proprement parler, mais certains juristes font appel à d'autres signes physiques qui accompagnent l'eau de fertilité et de fécondation, qu'ils observent tout au long des étapes de développement du corps de l'hermaphrodite. Au cours du passage de celui-ci de l'enfance à la jeunesse, de la puberté à l'âge adulte, ces développements peuvent favoriser la tendance à l'un des deux sexes dans le corps de l'hermaphrodite, comme l'émergence de signes de masculinité telle la pousse de la barbe, ou l'émergence de signes de féminité tels les seins (le développement mammaire)<sup>29</sup>.

Mais, ce sont là des signes marginaux qui ne revêtent pas chez le juriste islamique la même importance accordée à l'élément liquide, et ne détiennent pas sa force différentielle et argumentative dans la distinction et l'identification du sexe de l'hermaphrodite. Les livres de jurisprudence et d'exégèse tout comme les biographies de théologiens musulmans mentionnent des récits, qui indiquent tous que les signes de la barbe et de la poitrine n'ont aucune valeur inférentielle, ou qu'elles sont deux signes porteurs de signifiants sans signifiés (une identité de genre), vu que cet argument est rendu invalide par la force de

faits réels, et l'on peut citer à cet égard deux récits relatés dans plus d'une source d'information et d'exégèse :

1. Une histoire racontée par Al-Qurtubi dans son exégèse<sup>30</sup> à propos d'un étudiant dont il était l'ami. Il le décrit comme un hermaphrodite de par son apparence extérieure, car il avait des seins proéminents et n'avait pas de barbe, mais il avait une servante avec laquelle il entretenait une relation intime. Il comptait parmi les adultes de sexe masculin. Al-Qurtubi n'a jamais pu découvrir son secret. Il dit : « Malgré notre amitié, la pudeur m'empêchait de lui poser la question, et je regrette aujourd'hui de ne pas l'avoir interrogé sur sa condition »<sup>31</sup>. Le signe des seins saillants et le manque de poils de barbe n'ont pas altéré le comportement masculin de l'étudiant hermaphrodite. En conséquence, par le biais de l'observation, la barbe et les seins, comme l'affirme Al-Asnawī : « ne peuvent rien attester »<sup>32</sup> quant à l'affirmation de la féminité ou de la masculinité, tout comme l'absence d'une barbe ne signifie pas qu'il s'agit d'une femme et l'absence de seins n'indique pas qu'il s'agit d'un homme.

2. Une autre histoire évoquée dans un livre hagiographique d'al-Muhibbi relate qu'ils doutaient d'un commerçant qui avait une grande barbe, ils ont mené une enquête et constaté « qu'il s'agissait d'une femme et qu'il avait un vagin. Le gouverneur de la ville l'avait examiné et découvert son identité, alors il lui a rasé la barbe et lui a ordonné de porter le voile. J'ai appris par la suite qu'elle s'était mariée et avait enfanté »<sup>33</sup>. Al Muhibbi a rapporté des histoires similaires sur des personnes transgenres dans les années 1226 et 1374 après J.-C, et dont le cas a été soumis aux juges et aux gouverneurs qui ont ordonné que

leurs barbes soient rasées car ils montraient des signes de féminité et étaient pris pour des femmes, ou ils ont recommandé des chirurgies pour amputer un membre masculin ou féminin non fonctionnel chez un hermaphrodite.

Le but de se référer à ces récits est de souligner que le juriste en général ne prêtait guère suffisamment d'attention aux signes de la barbe et des seins, considérés comme trompeurs, alors qu'il portait un intérêt certain aux fluides et aux liquides que nous avons évoqués : Eau archaïque authentique (l'eau de la première création), l'eau infantine (le liquide urinaire), et l'eau adulte (sperme et menstruation). Les signes de la barbe et de la poitrine n'indiquent pas une appartenance identitaire sexuellement distincte.

Nous soulignons également que, même si le signe de la grossesse et de l'enfantement, a permis à certains juristes de trancher en faveur de la féminité de l'hermaphrodite, et qu'il prime par conséquent sur tous les signes qui s'y opposent, d'autres juristes évoquent des histoires relatant que les hermaphrodites avaient été pères et mères, c'est-à-dire qu'ils avaient enfanté et fécondé<sup>34</sup>.

### **De la description de l'eau à l'inventaire des os/côtes ou du liquide au solide**

Lorsque les fluides testés par le juriste ne représentent pas un signe distinctif de la masculinité et de la féminité, il recourt à son patrimoine narratif et mythique, qui relate l'origine de la création de la femelle (Ève), conçue non pas à partir de l'eau originelle mêlée à la terre ou à l'argile et de pâte imaginaire, mais de quelque chose de solide, de dur<sup>35</sup>.

Les récits transmis dans les livres des dits du Prophète et dans les ouvrages sur l'histoire de la création du monde et de l'origine de la race humaine, et dans les écrits d'interprétation qui expliquent la création d'Eve s'appuient sur le mythe de la côte gauche retirée à Adam pour créer celle-ci. Le juriste a enquêté sur la crédibilité de ce récit islamique évoqué dans le dit prophétique et également dans l'Ancien Testament, et qui a été formulé par les livres des premières exégèses musulmanes. Il a vérifié sa crédibilité à partir de son impact sur les corps masculin et féminin puisque ce qui a été retiré à Adam doit inévitablement avoir des traces dans les corps masculins de sa lignée et de sa progéniture, et que cette côte, qui a été transférée à Eve, aura inévitablement une trace dans les corps féminins de sa lignée et de sa progéniture : « car la femme dépasse l'homme d'une côte »<sup>36</sup>.

Ainsi, il a été rapporté que certains juristes islamiques s'adossant à la détermination par Ali Ibn Abi Talib, cousin du prophète et un de ses principaux compagnons, du sexe de l'hermaphrodite par le biais du calcul du nombre de ses côtes droite et gauche<sup>37</sup>, considéraient que la présence d'une côte gauche de plus dans le corps d'un hermaphrodite est un signe indiquant qu'il est une femelle. En revanche, l'absence d'une côte gauche alors que celle qui lui correspond sur le côté droit est présente fournit la preuve qu'il est de sexe masculin.

Mais la majorité des anciens juristes n'ont pas pris en considération cet argument pour deux raisons : si la présence ou l'absence d'une côte était un fait avéré, l'on s'en serait satisfait pour sa force démonstrative et distinctive et le problème aurait été résolu et l'on n'aurait pas eu recours à

l'expérimentation d'autres signes<sup>38</sup>. Cela aurait été d'autant plus valide qu'il s'agit d'un principe fixe de l'anatomie. La deuxième raison est que la jurisprudence de la réalité (le test de réalité) nie que ce signe puisse être plausible parce que la réalité et l'anatomie prouvent que les côtés des hommes et des femmes sont égaux en nombre : « Vingt-quatre côtes, de chaque côté, il y en a douze »<sup>39</sup>. Ainsi, il va s'en dire que cet argument n'a aucune validité : « il ne peut constituer une référence »<sup>40</sup> vu que la réalité et l'autopsie du corps de l'hermaphrodite, ne peut donner du poids à ce signe solide par inférence. La non pertinence de cet argument rejoint ainsi l'invalidation du signe liquide ou fluide.

**Dépréciation des signes  
physiologiques et biologiques  
(apparents et matériels) ou des  
signes physiques aux signes  
psychologiques**

**P**artant du défaut de pertinence de tous ces signes liquides et solides dans l'expérimentation matérielle physique et sensorielle, pour trancher entre masculinité et féminité du corps de l'hermaphrodite, le juriste islamique se résigne à contrecœur à deux paramètres essentiels :

- Sur la base de l'affirmation selon laquelle la condition de l'hermaphrodite n'est pas censée être clarifiée, il devient dès lors possible de le considérer comme un hermaphrodite à part entière, se suffisant à lui-même, et ne souffrant d'aucun contrôle jurisprudentiel de son corps. Il n'a nul besoin d'une sentence lui conférant l'appartenance à l'un des deux sexes (masculin ou féminin). Le juriste passe ensuite à contrecœur à la thèse qu'il a

rejetée au début de son examen des signes, à savoir que le corps de l'hermaphrodite ne possède aucun signe distinct séparant sa masculinité de sa féminité, et que son identité se situe entre les deux, ou qu'il est à la fois féminin et masculin, c'est-à-dire un troisième sexe. C'est ainsi que certains juristes ont admis que « l'hermaphrodite est un troisième genre. Il n'est ni homme ni femme »<sup>41</sup>

Abu Bakr Ibn al-Arabi l'a confirmé dans son exégèse. Il considérait que le silence du Coran sur ce genre, ne revient pas à nier son existence ou l'impossibilité de son existence, car le Coran évoquait le fait que la majorité des êtres existants se constituaient en couples : mâles et femelles, et il a passé sous silence les cas rares parce qu'ils entrent dans le cadre du pouvoir divin dans la mesure où Dieu crée ce qu'il veut. Abou Bakr Ibn al-Arabi considérait que quiconque qui nie l'existence de l'hermaphrodite en avançant l'argument que Dieu a divisé la création en deux sans tiers, mâle et femelle, fait preuve d'ignorance de la langue, de déficience et de défaillance en matière de connaissance de l'immensité du pouvoir divin : « L'existence en témoigne [c'est-à-dire atteste de l'existence de l'hermaphrodite] et l'observation dément celui qui nie son existence »<sup>42</sup>.

Malgré les réticences de la majorité des juristes à reconnaître ce troisième genre dans le cadre de la jurisprudence de la vérité, ils l'ont quand même reconnu dans celui de la jurisprudence de la réalité, qu'ils en aient conscience ou non. La preuve en est qu'ils ont mis en place pour cet hermaphrodite/troisième sexe une troisième jurisprudence et une troisième sentence en matière du droit de succession qui ne

se trouvent ni dans le livre sacré ni dans la tradition prophétique.

L'hermaphrodite hérite de la moitié de la part de l'homme et de la moitié de la part de la femme, ce qui signifie que sa part dans ce cas sera inférieure à celle du mâle et supérieure à celle de la femelle<sup>43</sup>. Il accomplit également la prière du groupe (Salat Al-Jama'a) dans la mosquée dans un lieu entre le lieu de prière des femmes et celui des hommes, c'est-à-dire dans un troisième lieu, et que son prix de sang représente la moitié du prix de sang d'une femme et la moitié de celui d'un homme. Il en est ainsi dans de nombreuses sentences jurisprudentielles dans lesquelles les juristes ont énoncé la combinaison de la sentence concernant la masculinité et celle de la féminité dans le cas d'un hermaphrodite, et n'ont pas planché en inclinant la balance vers l'un des deux sexes. Ils l'ont placé dans un troisième genre, ainsi selon eux la catégorisation suit un triple ordre : masculinité/hermaphroditisme/féminité. Il est placé derrière les mâles et en avance sur les femmes. Concernant la sentence sur son mariage suite à l'indétermination de son sexe, il est empêché de se marier et l'on lui recommande la patience et l'attente jusqu'à ce que sa condition devienne plus claire<sup>44</sup>.

• La deuxième solution préconisée par les juristes qui ne se sont pas contentés de l'examen des signes physiologiques apparents et matériels et des limites qu'il génère, consiste à se lancer dans l'aventure du test des signes internes et psychologiques, dans le but d'y déceler une différence ou une distinction qui favorise la masculinité de l'hermaphrodite ou sa féminité. Ce procédé compte sur la réponse de l'hermaphrodite lui-même à qui l'on demande de révéler ses inclinations et ses désirs sexuels ;

c'est-à-dire s'il éprouve un penchant vers les femmes, et ressent du désir pour elles. Dans ce cas, la sentence repose sur l'objet du désir de l'hermaphrodite.

Le désir de l'hermaphrodite pour les femmes fait de lui un mâle, s'il en a pour les hommes, il est considéré comme étant de sexe féminin<sup>45</sup>. Compter sur le signe psychologique intérieur ne dépend pas de la perception du juriste, mais plutôt de ce que l'hermaphrodite ressent. Les juristes ont construit leurs verdicts, leurs tests et investigations des signes de l'identification sexuelle de l'hermaphrodite sur ses propres inclinations, désirs et sentiments. Autrement dit, on renvoie le jugement sur l'identité du sujet, à son choix et à sa croyance en son identité et son être sexuel psychologique. A partir de là, la société le juge selon son choix entre deux options qui ne souffrent pas de troisième alternative, ni de médiation non moins encore de la combinaison des deux. Il sera de sexe masculin ou de sexe féminin et sera, dès lors, soumis aux sentences de la masculinité ou de la féminité.

Aucunes dispositions particulières ne sont envisageables quand il aura décidé lui-même de son appartenance sexuelle. Le verdict est irrévocable au point que des sanctions ont été prévues s'il lui arrive de se rétracter après son mariage, par exemple. Il est forcé de garder l'identité sexuelle qu'il a choisie au départ (son premier choix) même s'il lui est apparu clairement que son choix était erroné. Cela permet de prévenir la confusion et l'incertitude dans la division sociale binaire : un homme et une femme, et d'empêcher la reconnaissance la bisexualité de la personne : être simultanément homme et femme : «Il peut épouser l'un des deux [homme ou femme], et s'il en épouse un, il ne peut pas épouser l'autre.»<sup>46</sup>



Le signe psychologique est plus fort selon certains juristes que les signes physiologiques et physiques dans la mesure où les choix de l'hermaphrodite peuvent revêtir un caractère péremptoire et irrévocable dans la détermination de son identité, si ce n'est que la jurisprudence islamique l'entoure de restrictions qui l'empêchent d'être définitif. Ils évoquent la probabilité que l'hermaphrodite puisse avoir des tendances qui s'éloignent de son vrai sexe. Ici, encore le juriste établit une distinction entre ce qui est authentiquement psychologique chez l'hermaphrodite, et ce qui est déviant et anormal. La parole ultérieure n'est pas prise en compte. Seule la parole première et originale est considérée comme pertinente. En empêchant l'hermaphrodite de changer d'avis, les juristes tentent d'éviter la sédition et le mélange des filiations dans la société, et la chute dans l'immoralité<sup>47</sup>.

Certains juristes ont ajouté à ces signes psychologiques intérieurs, ce qui fait partie du comportement, de la morale et des interactions sociales de l'hermaphrodite. S'il possède les caractéristiques de la masculinité définies par la société (les stéréotypes de genre) telles que le courage, la chevalerie, l'héroïsme, la combativité et autres, il rejoindrait le rang des hommes et s'appliqueraient à lui les sentences des mâles<sup>48</sup>, et s'il possède les caractéristiques assignées à la féminité telles la tendresse, le volume et le timbre de la voix, il rejoindrait le rang des femmes, et les sentences relatives des femelles s'appliqueraient à lui.

## Conclusion

L'espèce humaine comprend des cas où se joignent indistinctement masculinité et féminité, chose qui ne permet pas

d'établir une différence extérieure. Il faut alors recourir à ce qui est latent (orientation sexuelle) pour faire la différence. Nous déduisons au terme de notre réflexion que la jurisprudence islamique, dans son investigation et examen sur le cas de l'hermaphrodite, a fini par le placer dans deux jurisprudences parallèles et divergentes au sein de la jurisprudence islamique.

Une jurisprudence de la vérité qui refuse de lui reconnaître une véritable identité ontologique indépendante d'une vérité absolue, immuable et éternelle n'admettant que la dyade : masculin/ féminin, et faisant sien le « *principium medii exclusi* » ou une troisième possibilité n'est pas accordée. Et une jurisprudence de la réalité qui reconnaît l'existence de l'hermaphrodite, et délibère autour des sentences à énoncer dans son cas. Dans la mesure où les tests des signes biologiques et physiques du masculin et du féminin ne sont pas significatifs, expressifs et convaincants, et qu'il est difficile voire impossible de faire prévaloir l'un sur l'autre, les juristes se résolvent à reconnaître son existence. Ils mettent l'accent sur son caractère confus et ambigu tout en avançant que la difficulté qu'ils éprouvent à se prononcer sur son cas est due à une incapacité à lire les signes et à une faiblesse de leurs interprétations et pondérations.

Ainsi, à l'origine et selon la vérité ontologique, il n'y a nul hermaphrodisme dans l'existence, l'identité et l'être. Cet état de fait n'est admis que dans son apparence et son aspect extérieur. Toutefois, dans leurs efforts pour préserver les droits de l'hermaphrodite à une vie sociale, ils ont été contraints de légiférer et de lui octroyer un troisième rang, supérieur à celui des femmes et inférieur à celui des hommes parce que les règles de la domination exigent qu'il y ait un haut

et un bas. Selon cette disposition, les juristes n'ont pas pu se démettre de la dualité du haut et du bas. Ils l'ont inscrit dans le corps de l'hermaphrodite pour contrôler ce qui pouvait rompre la frontière entre masculinité et féminité et remettre en question la division binaire des sexes, instaurer l'égalité entre elles dans les valeurs que leur assigne la société.

La masculinité est opposée simultanément à la féminité et à l'hermaphrodisme. Une opposition entre le haut et le bas, l'originel et le subalterne, le plus et le moins, le plus fort et le plus faible, le dominant et du dominé, entre autres.

L'hermaphrodite s'oppose au féminin puisqu'il a plus de privilèges (dans le droit des successions, le témoignage, la filiation, le prix de sang et autres sentences). La prédominance relève de la masculinité, même si elle est confuse car l'origine est masculine et la masculinité est l'origine. Avec cette géométrie, le juriste restitue l'hermaphrodite dans le paradigme de genre de la masculinité et de la féminité, et dans la hiérarchie entre

les sexes fondée sur la domination masculine. Le corps de l'hermaphrodite est ainsi soumis à un contrôle et toute éventualité de sa participation de la subversion de la division sociale entre les sexes et de l'abolition de ses frontières sont de ce fait écartée. Dès lors, l'hermaphrodisme qui figure l'impossible équivalence, tempérance, équilibre et combinaison dans une réalité fondée sur le dualisme, est plus proche de l'imaginaire et du sexe imaginé que du sexe réel et accompli.

Nous pouvons en déduire que la jurisprudence islamique n'a pas reconnu l'hermaphrodite en tant qu'identité autonome, en dehors de la dualité féminin/masculin. Mais, elle fut astreinte de lui prescrire des droits et des obligations en toute indépendance de ceux des hommes et des femmes. L'hermaphrodite est placé dans une jurisprudence de la réalité qui lui concède une place intermédiaire (dans la prière et dans les droits de succession à titre d'exemples) la jurisprudence de la vérité, elle, n'a pas pu lui octroyer d'identité. Son statut se tient, dès lors, dans l'entre-deux possibles.

## BIBLIOGRAPHIE

- Abd al-Wahhab ibn Ahmad al-Sha'rānī, *lawakih al anwar al kodssiyya Al montakat min al foutoubat al makkiiyya*, Beyrouth, Librairie Nachiroun, 2015, T2.
- Abu 'abdullah Muhammad Al-Qurtubi, *al-Jāmi' li Ahkām al-Qur'an*, (le tafssir), collationné par Abdellah Ibn Abdelmohssine Attourki, Vol. 18, Beyrouth, Moassassat Arrissala, 2006.
- Abu Bakr Ibn al-Arabi, (juriste andalou né à Séville en 1076 et mort à Fès 1148). *Ahkām Al Qur'an*, Ed Dar Al Koutoub Al ilmia, Beyrouth, 2002, T 4.
- Al Mawsoua' Al Fikhiyya (l'encyclopédie de la jurisprudence islamique), Ministère des Awqaf et des Affaires islamiques, Kuwait, 2<sup>ème</sup> édition, 1990, T. 20
- Al-Qurtubi, *al-Jāmi' li Ahkām al-Qur'an*, (le tafssir), Vol. 8, authentification, Beyrouth, fondation Arrisalat.
- Dictionnaire Larousse URL : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/ijtihad/18644>.
- F. Héritier, *Masculin/Féminin : La pensée de la différence*, Paris, Odile Jacob, 1996.
- G. Bachelard, *La terre et les rêveries de la volonté*, Librairie José Corti, Paris, 1948.
- G. Bachelard, *L'eau et les rêves, Essai sur l'imagination de la matière*, Paris, Librairie José Corti, 1942.
- Ibn Mandour Annisabouri (mort en 930 ap. j.c), *Alarussat fi Assonan wa Alijmaa wa Alikhtilaf*, collationnement Hamed Almahalaoui Attamimi, Dar Alkoutoub, Beyrouth, 2012, T 4, p. 320.

- Ibn Qudamah al-Maqdissi, (1147-1223), AL-MUGHNI, T.5, Révision Mohamed Ibn Abdelkader Atta, 2008, Beyrouth, Ed. Dar Al Kutub Al Ilmia.
- Jacques Desautels, *Dieux et mythes de la Grèce ancienne : la mythologie gréco-romaine*, Volume 10 Presses Université Laval, 1988.
- Jamāl al-Dīn Al-Asnawī, *idab al mochkal fi abkam al khontha al mochkal*, Manuscrit Maktabat Al Azhar acharif, Le Caire , Egypte, N 340039.
- Le Coran.*
- Luc Brisson, *Le sexe incertain : androgynie et hermaphrodisme dans l'Antiquité gréco-romaine*, Paris : Les Belles Lettres, 1997.
- Muhammad Amīn ibn Faḍl Allāh ibn Mouhib Allah Al muhibbi (1651-1699), *kholasat Al atar fi aayana al karn al Hadi al Achar*, Al matbaa al wahbia, 1886, V 3.
- Sandra Tomc, Sophie Bailly, Grâce Ranchon (dir), *Pratiques et langages du genre et du sexe : Déconstruire l'idéologie sexiste binarisme*, 2016, Louvain-la- Neuve, EME Editions.
- Zakaria Al kazwini, 'Adjā'ib al-makhlūqāt wa gharā'ib al-mawjūdāt, Les merveilles de la création et l'étrangeté des êtres, Publications Al Aalami, Beyrouth, 2000.

---

## NOTES

1. C'est le nom arabe du prix du sang, c'est-à-dire une sorte de compensation financièrement déterminée dont doit s'acquitter le coupable ou sa famille pour expier un homicide involontaire envers la famille de la victime, ou à ses ayants droit selon la religion musulmane.
2. Ijtihad : « (mot arabe « effort »). Effort de compréhension et d'interprétation du Coran et de la charia pour adapter ces sources, notamment dans le droit, à chaque époque ». URL : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/ijtihad/186449>. Consulté le 22/10/2021.
3. Le Coran, Verset : Ash Shura 42-50.
4. F. Héritier, *Masculin/Féminin : La pensée de la différence*, Paris, Odile Jacob, 1996, p.9. Voir la déconstruction du modèle de binarité fondé sur la valence différentielle des sexes qui sert à établir une hiérarchie de la valorisation d'un sexe et la dévalorisation de l'autre.
5. Fatwa : Dans la religion islamique, consultation juridique donnée par une autorité religieuse à propos d'un cas douteux ou d'une question nouvelle ; décision ou décret qui en résultent. URL : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/fatwa/32988>, consulté le 28/01/2022.
6. Mufti : Interprète officiel de la loi musulmane. (Jurisconsulte, il rend des sentences, les fatwa.), URL : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/mufti/53117>, consulté le 28/01/2022.
7. Littéralement : « L'élucidation du problème des sentences de l'hermaphrodite ». Sheikh Jamal Eddine Al Essnawi al-Shafi'i est un juriste fondamentaliste chafite, mort en l'an 772 après JC et 1370 de l'hégire, originaire de la ville d'Esna, la ville d'Egypte antique. Il était responsable de l'émission des fatwas et de l'enseignement).
8. Nous possédons trois copies photographiques de ses manuscrits, dont la plus claire est le manuscrit de la bibliothèque égyptienne Al-Azhar, composé de 197 pages/98 feuilles. Cet ouvrage n'a pas été, à ce que nous sachons, imprimé jusqu'aujourd'hui.
9. Al Mawsoua' Al Fikhiyya (l'encyclopédie de la jurisprudence islamique), Ministère des Awqaf et des Affaires islamiques, Kuwait, 2<sup>ème</sup> édition, 1990, T. 20.
10. Voir F. Héritier ; la déconstruction du modèle de binarité construit sur la valence différentielle des sexes qui sert à établir une hiérarchie de la valorisation d'un sexe et la dévalorisation de l'autre. Sandra Tomc, Sophie Bailly, Grâce Ranchon, *Pratiques et langages du genre et du sexe : Déconstruire l'idéologie sexiste binarisme*, 2016, Louvain-la- Neuve, EME Editions, p.27.
11. Luc Brisson, *Le sexe incertain : androgynie et hermaphrodisme dans l'Antiquité gréco-romaine*, Paris : Les Belles Lettres, 1997, p.18.

12. Jamāl al-Dīn Al-Asnawī, *idab al mochkal fi abkam al khontha al mochkal*, Manuscrit Maktabat Al Azhar acharif, Le Caire, Egypte, N 340039, feuille n 4. Luc Brisson, *Le sexe incertain : androgynie et hermaphrodisme dans l'Antiquité gréco-romaine*, Paris : Les Belles Lettres, 1997, p.18.
13. Jamāl al-Dīn Al-Asnawī, *idab al mochkal fi abkam al khontha al mochkal*, Manuscrit Maktabat Al Azhar acharif, Le Caire, Egypte, N 340039, feuille n 4.
14. *Ibidem*.
15. Al Mawsouaà Al Fikhiyya (l'encyclopédie de la jurisprudence islamique) Ministère des Awqafs et des Affaires islamiques, Kuwait, 2<sup>ème</sup> édition, 1990, T 20, p.
16. Jacques Desautels, *Dieux et mythes de la Grèce ancienne : la mythologie gréco-romaine*, Volume 10 Presses Université Laval, 1988, p 258.
17. Zakaria Al kazwini, *Adjā'ib al-makhlūqāt wa gharā'ib al-marwājūdāt*, Les merveilles de la création et l'étrangeté des êtres, Publications Al Aàlami, Beyrouth, 2000, p. 260.
18. C'est un dit prophétique qui a été mentionné par an-Nassa'i (829-915) dans Sunnan an-Nassa'i, un des grands recueils de dits prophétiques, et qui porte le numéro n° 9073 : « Si le liquide de l'homme est plus élevé que celui de la femme (et dans un autre dit : s'il le devance) le fœtus sera de sexe masculin, et si le liquide de la femme est plus élevé que celui de l'homme (et dans un autre dit : s'il le devance), le fœtus sera de sexe féminin.
19. Abd al-Wahhab ibn Ahmad al-Sha'rānī, *lawakih al anwar al kodssiyya Al montakat min al foutoubat al makkiiyya*, Beyrouth, Librairie Nachiroun, 2015, T2, p 336.
20. Abd al-Wahhab ibn Ahmad al-Sha'rānī, *lawakih al anwar al kodssiyya Al montakat min al foutoubat al makkiiyya*, collationné par Farid Ahmed Elmazid, 2015, Beyrouth, Librairie nachiroun, T2, p 336.
21. G. Bachelard, *L'eau et les rêves, Essai sur l'imagination de la matière*, Librairie José Corti, Paris, 1942, pp 195,250.
22. *Ibid.*, p. 78.
23. Le Coran, Sourate Les prophètes, verset 30.
24. Abu 'abdullah Muhammad Al-Qurtubi, *al-Jāmi' li Ahkām al-Qur'an*, (le tafssir), collationné par Abdellah Ibn Abdelmohssine Attourki, Vol. 18, Beyrouth, Moassasat Arrissala, 2006, p 505.
25. *Ibid.*, p. 505-506.
26. *Ibid.*, p. 506. Tous les ouvrages de l'ancienne jurisprudence islamique avec ses diverses écoles répertorient ces catégories et classifications hiérarchiques des urines selon la dualité de préséance/infériorité, abondance/rareté : Ibn Qudamah al-Maqdissi, (1147-1223) , AL-MUGHNI, T.5, Révision Mohamed Ibn Abdelkader Atta, 2008, Beyrouth, Ed. Dar Al Kutub Al Ilmia, p.135.
27. Jamāl al-Dīn Al-Asnawī, *idab al mochkal fi abkam al khontha al mochkal*, op cit, feuille n 8.
28. *Ibid.*, feuille n°10.
29. *Ibid.*, feuille n° 10 et feuille n° 9 : « Le sperme n'a aucune signification. »
30. Al-Qurtubi, *al-Jāmi' li Ahkām al-Qur'an*, (le tafssir), Vol. 8, authentification, Beyrouth, fondation Arrisalat, p 506.
31. Al-Qurtubi, *al-Jāmi' li Ahkām al-Qur'an*, (le tafssir), Vol. 8, *ibid*, p 506.
32. Jamāl al-Dīn Al-Asnawī, *idab al mochkal fi abkam al khontha al mochkal*, op cit, feuille, n° 10.
33. Muhammad Amin ibn Faql Allāh ibn Mouhib Allah Al muhibbi (1651-1699), *kbolasat Al atar fi aayane al karn al Hadi al Achar*, Al matbaa al wahbia, 1886, V 3, p.316.
34. Al-Sha'rānī, *lawakih al anwar al kodssiyya Al montakat min al foutoubat al makkiiyya*, op, cit., p. 463 et p. 336.
35. Voir la dialectique du dur et du mou ou le mariage de l'eau et de la terre in Première partie, chapitre IV La pâte, G. Bachelard, *La terre et les rêveries de la volonté*, Librairie José Corti, Paris, 1948, p.74 et p.104.
36. Abu 'abdullah Muhammad Al-Qurtubi, *al-Jāmi' li Ahkām al-Qur'an*, (le tafssir), op cit, Vol. 18, p. 506.
37. Ibn Qudamah al-Maqdissi, AL-MUGHNI, T 5, op, cit., p. 136.
38. *Ibidem*.

39. Jamāl al-Dīn Al-Asnawī, *idāh al mochkal fi abkam al khontha al mochkal*, op. cit., feuille n° 11.
40. *Ibidem*.
41. *Ibid.*, feuille n°5.
42. Abu Bakr Ibn al-Arabi ( juriste andalou né à Séville en 1076 et mort à Fès 1148). *Abkām Al Qurān*, Ed Dar Al Koutoub Al ilmia, Beyrouth, 2002, T 4, p 99.
43. Ibn Qudamah al-Maqdissi, AL-MUGHNI, op. cit., T 5, p .138.
44. *Ibid.*, p.552.
45. Jamāl al-Dīn Al-Asnawī, *idāh al mochkal fi abkam al khontha al mochkal*, op. cit., feuilles n 11-12-13-14.
46. L'imam al-Shafi'i (l'un des quatre imams de la jurisprudence islamique sunnite) cité in : Ibn Mandour Annisabouri (moert en 930 ap. j.c), *Alawssat fi Assonan wa Alijmaa wa Alikhtilaf*, collationnement Hamed Almahalaoui Attamimi, Dar Alkoutoub, Beyrouth, 2012, T 4, p. 320.
47. Ibn Qudamah al-Maqdissi, *Al-mughni*, T 5, op, cit., p. 552.
48. Jamāl al-Dīn Al-Asnawī, *idāh al mochkal fi abkam al khontha al mochkal*, op. cit., feuille n 9.