

LES VICES REDHIBITOIRES DE LA FEMME EN DROIT MUSULMAN :

remarques juridico-médicales

PAR

H. JAHIER

ET

G.-H. BOUSQUET

Professeur d'Obstétrique
Professeur agrégé d'Obstétrique

Professeur de Sociologie
Musulmane à la Faculté de Droit
de l'Université d'Alger

I



ES considérations juridico-médicales qui vont suivre sont de nature à étonner beaucoup toutes les personnes qui, en fait de droit de mariage, ne connaissent que le Droit Civil Français. Voici, en effet, ce qu'écrit le Professeur J. Carbonnier, et qui est d'une remarquable exactitude :

« Tout en psychologie, notre droit matrimonial n'a plus de place pour la donnée biologique corporelle. Nul doute que le réalisme canonique ne lui ait inspiré quelque horreur. Le corps humain n'apparaît pour ainsi dire jamais dans le code civil : l'homme y est personne, c'est-à-dire pur esprit. Une fois établies les pubertés forfai-taires, on ne reparlera plus du corps humain dans le mariage. Et pourtant, le problème de la consommation de l'union s'est posé à la pratique, mais l'abstention du devoir conjugal ne peut entraîner la dissolution du lien que si elle a été volontaire, disons même injurieuse ; l'impuissance ne peut l'entraîner que si elle a été dissimulée dolo-sivement. La défaillance de l'élément physique n'est retenue qu'en raison de l'outrage de l'ouragan affectif qu'elle a provoqué chez l'un des conjoints. Notre droit ne veut connaître la copula carnalis qu'à travers le sentiment. » (1)

On peut dire, sans crainte de se tromper, qu'on peut laisser « entre toutes les mains » un Code Civil Français, même annoté : en effet, pour celui-ci, le mariage est avant tout le contact de deux patrimoines, à tort ou à raison d'ailleurs.

Il est, en effet, d'autres législations où le mariage apparaît beaucoup plus comme correspondant à la définition que Chamfort donnait de l'amour « le contact de deux

(1) J. Carbonnier, in « Le Droit Privé Français au milieu du XX^e siècle », pp. 331-331, Paris, 1950.

épidermes », et où ce qui concerne l'aspect charnel de celui-ci a une très grande importance juridique.

C'est en premier lieu, comme le rappelle Carbonnier, le droit canon, où tout ce qui concerne la copula carnalis a des répercussions considérables : en matière de formation et de dissolution du mariage, nullité pour cause d'impuissance, droits et devoirs des époux, etc...

Tout le monde sait, en effet, que, selon l'Eglise catholique, un mariage non consommé peut être frappé de nullité. Ce mariage est dissous, soit automatiquement par la profession religieuse solennelle, soit par une dispense concédée par Rome pour une juste cause, sur la demande, soit des deux, soit d'une partie, même contre le gré de l'autre (Canon III9) : c'est pourquoi les canonistes ont, entre autres, dû étudier les cas de malformations des époux, ne permettant pas la consommation de l'union conjugale.

Dans ces conditions, on ne s'étonnera pas que A. Esmein ait écrit : « Le Droit Canonique assigne aux rapports sexuels, à la copula carnalis, une importance particulière ; aucune législation n'est, je le crois, allée aussi loin dans cette voie ». (2)

II

Et pourtant il existe un système théologico-religieux où les questions sexuelles sont étudiées avec encore plus de minutie et de complaisance (3) : c'est celui de la Loi Musulmane, du « châr ».

Dans les livres de Fiqh, les Docteurs de la Loi ont, entre autres, été portés à examiner les vices redhibitoires des conjoints. Ceci se comprend d'autant mieux qu'à leurs yeux, le mariage est, avant tout, l'acte par lequel une femme devient licite à un homme, celui par lequel le couple ne commet plus le péché de zina (fornication), lorsque l'homme jouit de la femme. Comme, de plus, toute l'éthique sexuelle de l'Islam est bâtie en fonction, non pas exclusivement mais principalement, de la satisfaction du mâle, la question des vices redhibitoires de la femme présente un intérêt considérable, c'est d'elle qu'il sera surtout question ici.

Le Droit Musulman prévoit donc un certain nombre de vices corporels ou mentaux (folie), qui permettent de faire annuler le mariage.

L'intérêt de ces dispositions apparaît de suite lorsque c'est le mari qui en est atteint, car elles donnent à l'épouse le droit d'obtenir la cessation de la vie conjugale que (sauf en rite malékite), elle ne peut obtenir par le divorce.

(2) Le Mariage en Droit Canon, lire 1^{re} Edition, T. I, p. 83.

(3) Nous songeons à tout ce qui touche aux menstrues sur quoi les Docteurs de la Loi insistent tant.

En ce qui concerne le mari, on serait porté à croire qu'il n'en va pas de même, puisqu'il peut toujours, sans formalité ni conditions, se débarrasser de son conjoint par la répudiation. En réalité, l'annulation présentera encore pour lui un grand avantage : il pourra se faire restituer la dot par lui versée.

Notre but étant ici de traiter principalement, nous l'avons dit, des vices de la femme qui ont pour résultat de rendre la vie sexuelle normale des époux difficile, ou impossible, nous ne donnerons qu'un aperçu très sommaire du reste de la théorie.

Parmi ces vices, il y a d'abord les vices spéciaux du mari, impuissance et castration, le rite hanéfite n'admet que ceux-là et la théorie des vices n'existe donc pas selon cette école pour la femme. (4)

Il y a ensuite les vices communs aux deux sexes. On trouve, chez les auteurs, une liste qui comprend généralement : folie, lèpre, éléphantiasis ; cependant, à ces trois vices, le grand Kitâb-el-Fiqh ajoute le fait de déféquer pendant le coït, c'est ce que l'on nomme, dit-il (p. 180), *el adhyata*. (5)

Arrivons-en maintenant aux vices propres à la femme, en notant d'ailleurs qu'en toute cette matière, il convient de distinguer entre les vices qui ne donnent droit à l'annulation que si l'exemption en a été spécifiée au moment de la conclusion du mariage, et ceux qui y donnent droit en tout état de cause, selon diverses modalités juridiques que nous passons sous silence. Le première catégorie qui comprend par exemple (Ibidem, p. 189) : la cécité, la teigne, etc... ne nous retiendra pas ici.

III

La seconde, dont nous ne traiterons que du seul point de vue de l'école malékite, comprend essentiellement et avant tout l'obstruction vaginale, à savoir le *ratq* et le *qarn*. (6)

(4) Il s'agit, bien entendu, aussi de la concubine esclave, et l'annulation porterait sur sa vente.

(5) Voir *Kitâb-el-Fiqh' ala el-Madhahib el-arba'a*, T. IV, par Moh, El-Gaziri, sans date, excellent ouvrage moderne. Cf. Cha'râni Mizân, édit. de 1354, II, p. 121 (trad. Perron, par extrait, p. 220-221) avec en marge, Dimachql, Rahmatou-el-Aimti, II, p 72 ; Saïfou-Aalâh, *Kitâb-en-Nikah* (Bosna-Seraï, 1354), p. 10, etc...

Averroës, *Bidaya* (« Du mariage », p. 131 de la trad. Maïmèche) dit pourtant que, selon Abou Hanifa, *Qarn* et *Ratq* (voir ci-dessous) donnent droit au mari de résilier le mariage ; sans doute, sur ce point, comme sur de nombreux autres, les disciples n'ont pas suivi l'enseignement du fondateur. En tout cas, de nos jours, le mari devra avoir recours à la répudiation.

(6) Pour ceci et ce qui suit, en plus des auteurs cités plus haut : Khalil Mokhtaçar, version Guidi-Santillana (II, p. 31) ; Quirawani, *Risâla*, avec le commentaire de Chernouïbi (édit. de 1319, p. 139) ce dernier partiellement traduit par Fagman (p. 126) ; Ibn'Açem Tohfa, vers 1577 (texte et traduction Houdas et Martel).

Moh, ben Abdallah el Bekri, *Loubâb-el-Loubâb* (p. 100 de l'édit. de Tunis, 1347).

Dans la *Moudawwana* qui rapporte la doctrine de Mâlek même, d'après Ibn-el Qâsim, il est dit qu'un vice léger (*Khafif*) suffit pour donner droit à l'option ; il n'est pas nécessaire que le coït soit physiquement impossible, en effet, la folie qui est un vice certain ne rend pas celui-ci impossible.

Le *ratq*, du verbe *rataqa*, « être soudé, ne former qu'une seule pièce » se dit d'une femme qui n'ayant que l'orifice urinaire, est impropre à la cohabitation.

Cette absence de vagin perméable n'est pas une malformation très rare. Elle peut se limiter à la persistance d'un hymen imperforé, derrière lequel le sang menstruel s'accumule, mois par mois, pour constituer l'hématocolpos, facile à évacuer par simple incision.

Mais, le plus souvent, il y a agénésie du vagin, avec ou sans existence d'un utérus plus ou moins malformé et d'ovaires plus ou moins fonctionnels. Les cas les plus fréquents sont ceux où les ovaires sont actifs, leur sécrétion normale ayant permis le développement des seins et des ovaires génitaux, externes, mais où l'utérus est peu ou pas développé.

Dans ce cas, les événements se déroulent selon plusieurs possibilités.

Le mari n'arrivant pas à consommer le mariage demande l'annulation du mariage ou répudie sa femme.

Dans d'autres cas, rares il est vrai, la répétition des tentatives crée un pseudo vagin par dépression progressive de l'hymen et les époux s'en contentent. L'un de nous en a vu plusieurs exemples. Ou bien, comme l'a signalé le Docteur Bernasconi, d'Alger, le coït peut s'accomplir par introduction progressive dans l'urèthre, puis la vessie. L'un de nous l'a observé une fois, la femme n'avait consulté que pour stérilité. L'urèthre avait gardé sa possibilité de contention des urines mais se laissait facilement franchir par une bougie.

Si le coït se pratique par voie de substitution anale, il faut croire que le couple n'en est pas incommodé, car, en trente ans de pratique gynécologie, l'un de nous n'a jamais été consulté pour cela.

Mais il y a plus : l'un de nous a le souvenir précis d'une femme de 30 ans, venue consulter pour stérilité et qui n'avait jamais été réglée. A l'examen, elle présentait en bonne place un vagin un peu court, cicatriciel, au fond duquel s'ouvrait une minuscule fistule intestinale.

L'histoire était la suivante ; mariée très jeune, le premier rapport avait été pour elle un abominable déchirement, accompagné de graves pertes de sang et de syncopes. Et, en diminuant d'intensité, chaque tentative nouvelle de rapprochement avait renouvelé les douleurs et les hémorragies. Puis tout fini par s'arranger et c'est à peine si, de temps à autre, des gaz et des liquides passaient par le vagin, car les rapprochements conjugaux avaient réalisé le premier temps de toute création opératoire de néo-vagin : ils avaient clivé la vessie du rectum et, peu à peu, la brèche s'était épidermée, puis calibrée. Voilà bien l'*ifadhâ* dont nous reparlerons plus loin.

Le *qarn* doit être interprété comme toute tumeur dure empêchant l'intromission,

et par cela nous devons comprendre toute les variétés de tumeurs fibreuses, hystiques tendues, cartilagineuses, parfois cancéreuses, de la région vulvaire.

Soit qu'elles aient pris naissance dans les lèvres mêmes, ou le vesticule, ou au niveau de l'hymen parfois cartilagineux, soit au contraire qu'une tumeur vaginale, ou plus souvent utérine, polype fibreux, par exemple, ne soit descendue de haut en bas pour venir obstruer l'entrée du vagin. (7)

IV

A côté de ces deux vices fondamentaux qui ne permettent pas la consommation du mariage, il y a ceux qui « empêchent la jouissance » du mari, bien entendu, comme le remarque le Loubab. Ici, le Droit Musulman va plus loin que le Droit Canon qui ignore totalement ces causes d'annulation. (8)

Ceux-ci sont :

a) *Le 'afl* que les lexiques traduisent par hernie chez la femme. Il ne peut s'agir des variétés de hernies communes aux deux sexes, car aucune d'elles, inguinales, crurales, ombilicales, n'est susceptible d'entraver le plaisir du mari.

Il s'agit certainement de prolapsus génital, et encore de prolapsus importants, car la cystocèle moyenne, si fréquente chez les multipares, la rectocèle non rare également, n'ont jamais été à l'origine de consultations pour ce motif. Au contraire, l'orifice du vagin, obstrué par un col prolabé, peut être un obstacle relatif à la copulation normale et à la satisfaction masculine.

b) *L'istihâda*. Il s'agit là de pertes sanguines, survenant en dehors de l'écoulement physiologique. Lorsqu'on connaît la répugnance des hommes en général pour la période menstruelle, et plus encore combien, chez les Juifs et les Arabes, les Docteurs de la Loi ont insisté sur les moyens de reconnaître si le sang perdu est menstruel ou non, dans le but d'éviter l'impureté rituelle que le coït entraîne au cas de menstruation, on conçoit facilement que leur prolongation inhabituelle (ménorragies), ou les pertes intermenstruelles (métrorragies), puissent être considérées par les Musulmans comme un vice rédhibitoire.

Les causes gynécologiques en sont innombrables : depuis le simple polype mu-

(7) L'obstruction est retenue comme vice par toutes les écoles, mêmes hérétiques (sauf, bien entendu le rite hanéfite, rite chéléfite, Minhâdj.el-'T'alibin (texte et trad. de V. d. Berg, II, 361), Fath-el-Qarib (idem, p. 464) ; rite hanbalite, Cha'rani et Dimachql (eodem loco), Ibn Qudamâ, trad. Laoust, p. 184 ; rite ibâdhite, Le Nil, éd. Lithograph, I, p. 296 ; rite chimite duodécimain. Query, Recueil des lois schiyytes, I, p. 709.

Quant au reste, ces écoles admettent plus ou moins les vues des malékites, nous renvoyons pour le détail aux textes cités.

(8) Alors que ratq et quarn sont la « clausura » et l' « arctatio » de celui-ci.

queux jusqu'au cancer, tout peut faire saigner, et encore ne voulons-nous pas insister sur les hémorragies fonctionnelles d'origine endocrinienne qui nous ont paru rares chez la Musulmane.

c) *Le natn ou bakhr*. Ces termes signifient, avec des acceptions un peu variées, la puanteur : natn, en général, et bakhr plus particulièrement celle de la bouche, alors que la mauvaise odeur génitale se devrait dire plutôt djakhr.

Le Kitâb (p. 183) précise que, seule, cette dernière doit être prise en considération chez la femme. Ces odeurs sont rarement un symptôme isolé, mais accompagnent certaines vaginites, métrites, ulcérations bénignes ou malignes, certaines rétentions placentaires ou sphacèle de polype, toutes causes de pertes sanguines ou purulentes. De même, certaines fistules recto-vaginales que nous trouverons plus loin.

Les traitements des anciens médecins arabes étaient les lavages et injections aromatiques, les fumigations, l'introduction vaginale de pâtes à pharmacopée délirante. Nous savons que le traitement doit être celui de la cause et que l'odeur ne traduit que la présence de germes tels que le colibacille ou les gangréneux qui dégagent des gaz malodorants.

d) *L'ifâdha*. Le verbe fâdha signifie « estropier une femme au cours du coït, au point de lui fendre le périnée ».

Il s'agit certainement de toutes les séquelles de lésions traumatiques des voies basses de la femme, en général d'ailleurs d'origine obstétricale, et non par coït (nous avons donné de celles-ci un exemple plus haut).

Ces lésions ne sont pas rares dans les milieux où l'obstétricie moderne n'a pas encore pénétré : elles succèdent à des accouchements ayant traîné en longueur en général par dystocie pelvienne, et où des zones plus ou moins étendues des voies génitales, comprimées pendant des heures, se sont sphacélées, entraînant des fistules vésico-vaginales, recto-vaginales, ou les deux réunies, ce qui réalise l'infirmité répugnante majeure, le cloaque.

Le cancer est, lui aussi, susceptible de réaliser de pareilles lésions, mais il aura longtemps saigné auparavant, réalisant l'istihâdhâ.

A cette liste, qui est de la généralité des auteurs, le Loubâb ajoute :

Le h'arquou-en-nâr, textuellement « brûlure du feu ». Nous devons entendre par là bien des choses.

Est-ce, comme on l'a dit, la brûlure de la blennorragie masculine ou féminine, qui d'ailleurs ne gêne le coït que peu de temps, sauf complications ? Est-ce cet herpès récidivant qui, dans certains ménages, succède au moindre rapprochement des époux. se contaminant l'un l'autre et ne s'immunisant pas ?

Ou faut-il entendre par là les sensations subjectives féminines de brûlures, des prurits exacerbés, comme dans certaines vaginites à trichomonas ou dans certaines neurodermites rares en milieu musulman ? Ou encore des vaginismes qui sont la contraction spasmodique des muscles constricteurs et s'accompagnent, en même temps que d'impossibilités d'intromissions, de sensations abominables de brûlure, de déchirement au moindre contact. Nous pencherions vers cette explication en notant, toutefois, que le vaginisme est rare en milieu musulman. Une dernière question se pose : comment faire la preuve de ces vices, afin que l'annulation du mariage soit prononcée ?

Les Docteurs en général ne traitent pas des moyens de preuve en cette matière. Sous réserve des règles posées par certains d'entre eux, (9) ce sont les principes généraux qui sont applicables. Comme il s'agit de choses sur lesquelles normalement les femmes sont, seules, appelées à pouvoir témoigner, on fera donc appel à des témoins de ce sexe qui auront à examiner l'épouse.

Il nous paraît cependant que l'on pourrait construire un cas où le témoignage des mâles serait recevable : si les deux maris successifs préfèrent répudier la femme en question, un troisième pourrait invoquer leurs témoignages en cette matière : on sait, en effet, que la preuve par excellence en Droit musulman est celle fournie par deux témoins mâles.

(9) Sur ce point, voir la note d'imminente publication par G.-H. BOUSQUET, Revue Algérienne de Législation.

