

L'INDISPONIBILITÉ DE L'ÉTAT DES PERSONNES, REGARDS HISTORIQUES

The unavailability of the state of people, historical perspectives

Rémi OULION

*Professeur d'histoire du droit et des institutions, Université Clermont Auvergne, Centre
Michel de L'Hospital (CMH) UR 4232, F-63000 Clermont-Ferrand, France*

Mots-clefs : état des personnes, immutabilité, nom, changement de sexe, changement de nom, éléments d'identification de l'état des personnes, époque moderne, époque révolutionnaire, intersexuation.

Keywords: status of persons, immutability, name, sexual reassignment, name change, personal identification elements, modern era, revolutionary era, intersex.

L'étude historique de l'état des personnes en France depuis la fin du Moyen Âge, met en lumière les transformations sociétales et les défis contemporains. L'état des personnes a été soumis à un contrôle toujours plus serré de l'État. Ainsi le nom et le sexe sont, à l'époque moderne et contemporaine, les deux clés d'authentification des personnes et leur modification devient de plus en plus difficile afin de maintenir l'ordre social qu'ils reflètent. Les répercussions des avancées technologiques sur la vie privée et le contrôle étatique sont examinées, soulevant des questions sur la binarité et les normes sociales. Enfin, elles soulignent les défis du droit à penser l'intersexuation dans l'histoire de l'état des personnes.

An historical study of personal status in France since the Middle Ages highlights societal transformations and contemporary challenges. Personal status has been subject to ever tighter control by the Church and the State. In modern and contemporary times, name and gender have become the two keys to authentication, and it is becoming increasingly difficult to change them in order to maintain the social order they reflect. The repercussions of technological advances on privacy and state control are examined, raising questions about binarity and social norms. Finally, they highlight the challenges of the right to think intersex within the history of personal status.

*La Revue du Centre Michel de L'Hospital, n° 28, 2024.
DOI : 10.52497/revue-cmh.2686*

Introduction : de la sainteté d'un principe

« Les reliques d'un principe ». L'intitulé du colloque qui fournit matière au présent exposé interpelle le médiéviste. Les reliques sont des restes matériels du passé qui ont pour caractéristique d'être saints puisqu'ils sont une partie de la dépouille du saint ou bien un objet lui ayant appartenu, ayant été en contact avec les ossements ou le tombeau. Les historiens ont questionné l'état des saints et relevé que les hommes saints étaient parfois féminisés, dans des constructions allégoriques d'allaitement, tandis que les femmes saintes sont virilisées à la mode médiévale, négligeant les tâches du foyer et faisant preuve de raison et de courage, voire recevant de Dieu une barbe leur permettant d'éviter les mariages et protéger leur chasteté. Certains ont donc parlé d'un troisième genre saint, tandis que d'autres ont analysé les saints comme un laboratoire des variables possibles fondées sur les genres masculin et féminin¹.

Bien entendu, j'entends le sens commun que les organisatrices ont souhaité attribuer au terme dans l'intitulé mais l'emploi témoigne de la puissance évocatrice du mot, *a fortiori* en affichant la fracture d'une statue de marbre. Ce marbre, immaculé, alors qu'ils étaient peints de couleurs vives dans l'Antiquité, est une reconstruction esthétique visant à éloigner les bigarrures orientales et marquer la rupture politique avec la méditerranée et l'Europe occidentales². Voilà donc un canon de beauté fracturé, victime de l'iconoclasme d'une société qui ne saurait conserver le « beau » en l'état. Cela ouvre un certain champ de questions : le droit, en tant que technologie du langage et de l'abstraction, peut-il avoir des reliques ? Et ces reliques sont-elles des restes voués à disparaître ou bien un substrat insoluble dans le bouillon de notre culture juridique ? Doit-on vénérer des discours juridiques ? L'état des personnes est-il naturel ou soumis aux transformations du droit positif et des sociétés ?

Il est vrai que l'expression « d'état des personnes » interpelle dans le sens où le *status* évoque une position fixe, immuable, une pérennité. D'où l'emploi au Moyen Âge de ce terme, au génitif, en lien avec les communautés politiques : l'état du royaume, de la cité, de la communauté. Elle donnera naissance à cette expression puissante qui gouverne le monde actuel : l'État.

Ainsi, l'état des personnes est lié aux transformations et permanences de l'État lui-même, l'état civil des personnes étant lié à leur état politique. Dans l'esprit du Code civil de 1804, c'est la « présomption de la loi » qui garantit l'état des personnes, présomption née du caractère public et solennel du mariage car, le souligne Portalis :

Les opérations de la nature dans le mystère de la génération, sont impénétrables³.

-
1. Sur ces points, cf. Didier Lett, *Hommes et femmes au Moyen Âge. Histoire du genre XII^e-XV^e siècle*, 2^e éd., Malakoff, Armand Colin, coll. « Cursus », 2013, pp. 124-128.
 2. Philippe Jockey, *Le mythe de la Grèce blanche. Histoire d'un rêve occidental*, Paris, Belin, coll. « Alpha », 2015, 318 p.
 3. Jean-Étienne-Marie Portalis, « Discours préliminaire du premier projet de Code civil », in *Motifs et discours prononcés lors de la publication du Code civil par les divers orateurs du Conseil d'État et du*

Il ne pouvait imaginer que, deux cents ans plus tard, il serait possible de lever une bonne partie de ces mystères, au point que les individus eux-mêmes en devinssent les maîtres par la science médicale⁴.

Malgré une surveillance de plus en plus serrée des citoyens par les technologies numériques, l'État perd le contrôle sur les corps et ne peut plus se réfugier derrière l'ignorance qui a forgé l'état des personnes. Et cette fin du contrôle étatique sur les corps serait-elle une « bonne » chose ? Le principe est si ancien et ancré dans la culture juridique que le juriste et le citoyen s'inquiètent de le voir attaqué. Qui désapprouverait le confort d'une situation binaire ? Qui ne rêve d'équilibre et de juste milieu aristotélicien à atteindre entre le défaut et l'excès ? Or, depuis plusieurs décennies, la pression est forte, qu'elle soit sociale ou de la Cour européenne des droits de l'homme, pour briser ce qui semblait immuable et, oserais-je dire, « naturel ».

Le respect de la vie privée, masque d'un individualisme libéral, peut-il disloquer la communauté politique dans ses fondements traditionnels ? Cette vie privée a été bâtie au XIX^e siècle à partir du combat contre les injures et les calomnies, en particulier par voie de presse⁵. Ce qui est en cause est la recherche de la « vérité » entendue dans un sens juridique et sous le règne de la loi. Auparavant, ce qui justifiait le secret de la vie privée était l'honneur, avant toute chose. Toutefois, si une culture de la transparence est peu à peu née à l'époque contemporaine dans la sphère publique, elle a mis beaucoup plus de temps à pénétrer la sphère privée⁶. Aujourd'hui, la manière de « faire connaissance » est bouleversée par les outils numériques. Il n'y a plus de culture de la discrétion ni de respect du « secret de l'autre⁷ ».

Dans un tel contexte, comment refuser aux individus le droit de modeler cette vie qui n'est plus celle d'un sujet, ni même d'un citoyen, mais d'un individu qui s'adapte aux contraintes et autorisations sociales, en décalage avec la tradition juridique ? Une société politique peut-elle autoriser l'expression de tant d'individualités et limiter les injonctions sociales au strict minimum ?

Deux distinctions primordiales émergent dans l'histoire de l'état, tout d'abord celle par le nom (I), puis par le sexe (II), démontrant la longue incapacité à penser par le droit la non-binarité (III).

Tribunat, t. 1 - *Discours*, Paris, Firmin Didot frères, 1838, p. 15.

4. Sur la perception de la grossesse, cf. Emmanuelle Berthiaud, « Le vécu de la grossesse aux XVIII^e et XIX^e siècles en France », *Histoire, médecine et santé*, n° 2, 2012, pp. 93-108. Les femmes enceintes étaient alors bien plus compétentes et concernées que les médecins pour déterminer les signes de grossesse.
5. Jean-Louis Halpérin, « Diffamation, vie publique et vie privée en France de 1789 à 1944 », *Droit et culture*, vol. 1, n° 65, 2013, pp. 145-163.
6. V. notamment les travaux de Frédéric Monier et le programme de recherche franco-allemand, « Politique et corruption (POC/K) », [En ligne] URL : <https://pock.hypotheses.org/> [consulté le 03/04/2024].
7. Patrick Watier, « Le secret de l'autre », *Sociétés*, vol. 3, n° 93, 2006, pp. 35-38. Cf. Frédéric Monier, « La corruption injustifiable : débats publics, pratiques de pouvoir, cultures politiques (XIX^e-XX^e siècles) », présentation au Séminaire de philosophie du droit, [En ligne] URL : <https://ihej.org/seminaires/philosophie-du-droit/corruption/frederic-monier-lhistoire-de-la-corruption/> [consulté le 03/04/2024].

I. La distinction par le nom : une construction moderne de l'État

La globalisation des enjeux politiques, économiques, écologiques et des capacités de communication des individus entre eux ont un impact fondamental sur le rôle des identifiants juridiques des personnes, à savoir leur nom et leur sexe. Ces identifiants de l'individu, en particulier le nom, sont aussi un moyen de « situer socialement⁸ ». Au départ, rappelons que les noms ont été formés par le seul usage : noms de baptême (en grande majorité⁹), toponymes, qualités, métiers, voilà les matrices essentielles des noms en France, qui n'étaient au départ que des surnoms à côté du nom de baptême :

Tout nom propre fut à l'origine un nom commun¹⁰.

Toutefois, cette transition de la liberté de se donner des noms correspondant à l'environnement social immédiat, au nom gravé dans le marbre d'une pièce d'identité nationale est un processus très long qui va de pair avec le développement technologique et la capacité effective de contrôle de l'État sur les individus.

La France n'est pas passée de manière brutale d'un statut de liberté médiéval à un contrôle serré de l'État au XVI^e siècle par le jeu d'ordonnances, dont certaines se sont d'ailleurs avérées légendaires¹¹. L'ordonnance de Blois de 1579, rendant obligatoire l'enregistrement des baptêmes, mariages et sépultures, n'en demeure pas moins un jalon essentiel.

Quiconque a effectué un travail généalogique sait combien l'orthographe du nom est fixée par le scribe lui-même et donc très sensible aux changements de mains, avant la machinisation de l'écriture. Même des noms à peu près fixés localement au XVIII^e siècle subissent des mutations lorsque des officiers d'état civil laïcs souvent bien moins lettrés que les prêtres, ont pris le contrôle des registres sous la I^{re} République.

La tendance générale durant l'époque moderne est donc celle d'une difficulté croissante de changement de nom, *a fortiori* lorsque sont en jeu des noms de fief ou de seigneurie qui deviennent patronymiques¹². L'interdiction des surnoms à l'époque révolutionnaire n'empêche pas leur emploi récurrent dans les arrêts et jugements,

8. Anne Lefebvre-Teillard, « Le nom propre et la loi », *Mots*, n° 63, juill. 2000, p. 9.

9. On peut ainsi trouver dans certains registres d'Ancien Régime en Haute-Loire des « Barthélémy Barthélémy, fils de Barthélémy Barthélémy » ou bien de multiples sœurs prénommées Marie. L'usage du surnom au quotidien est alors évident.

10. Marianne Mulon, *Origine et histoire des noms de famille. Essai d'anthroponymie*, Paris, éd. Errance, 2002, p. 8. Sur les origines médiévales du système anthroponymique à deux noms, v. les six tomes d'*Études d'anthroponymie médiévale* dirigés par Samuel Leturcq et publiés entre 1990 et 2008 par l'université de Tours, désormais disponibles en édition ouverte. [En ligne] URL : <https://books.openedition.org/puf/r/16054> [consulté le 04/04/2024].

11. En particulier ladite ordonnance d'Amboise de 1555 qui aurait interdit, selon certains auteurs du XVIII^e siècle, tout changement de nom sans permission royale. Absente des grands recueils d'ordonnance, ce texte est en réalité une reprise tronquée puis falsifiée d'un édit fiscal révoqué par le Parlement de Normandie. Cf. Anne Lefebvre-Teillard, *Le nom : droit et histoire*, Paris, PUF, 1990, p. 96.

12. Anne Lefebvre-Teillard, *Le nom : droit et histoire*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1990, p. 96 et s.

processus d'identification mais aussi, parfois, d'information psychologique ou physique du prévenu, du « méchant » au « cul de plomb¹³ ».

La Révolution a poursuivi l'œuvre monarchique en rigidifiant le nom dans le but avoué de faire disparaître les particularismes sociaux. Il est d'autant plus remarquable de constater, d'une part que les stratégies de distinction sociale se sont aujourd'hui déportées sur le prénom, d'autre part que c'est par le biais de particularismes intrafamiliaux, voire individuels, que le nom devient de plus en plus disponible.

II. La distinction par le sexe : naturalisation du droit et de la médecine

Autre élément d'identification et de distinction dans l'état des personnes : le sexe. Le sujet est plus complexe puisqu'il est bien plus simple d'évoquer ici la nature. Aujourd'hui, cette question dépasse celle du sexe et touche au fond, à toutes les situations d'exclusion liées au corps, qu'il s'agisse de handicap ou de transformations et mutilations dues à la maladie ou à des pratiques sociales¹⁴.

La question de l'identification par le sexe est fondamentale dans le sens où elle est inscrite dans l'état civil qui ouvre les droits à la citoyenneté. En outre, n'oublions pas que les hiérarchies femme-homme qui sont combattues chez nous dans le champ social et professionnel, sont encore des réalités juridiques dans certains pays, notamment en matière de succession¹⁵. Ces questions sont autant d'injonctions sociales autour de la normalité et de l'intégration dans un environnement sédentaire rigide. Les rapports à l'altérité sont trop souvent perçus comme une entrave au déroulement simple et linéaire du monde, une somme hétéroclite de particularismes et de nuances nuisibles au bien commun.

Le dimorphisme sexuel femme-homme a été fondé, au moins jusqu'au milieu du XVIII^e siècle sur le ton de l'analogie, sur un rapport de contraste plutôt qu'une distinction radicale qui s'impose ensuite. Ainsi la femme est un « homme mutilé » selon Savonarole au XVI^e siècle et réduite à des fonctions de reproduction puisqu'elle incarne le corps et l'homme l'esprit, le froid et l'humide féminin par rapport au chaud et sec masculin selon la théorie des humeurs, elle-même fruit d'une observation des

13. Échantillon extrait de dépouillements des archives de la cour d'assises de la Gironde dans les années 1811-1848. D'où aussi l'intérêt de consulter les archives d'état civil de territoires conquis au XIX^e siècle comme la Savoie, où l'on trouve souvent mention des surnoms dans les registres paroissiaux, incompréhensibles sans connaissance fine des lieux et du savoyard.

14. V. le dossier : « Réparer les corps et les sexes – Intersexuation, transidentité, reconstruction mammaire, et surdité », *Droit et Cultures*, vol. 2, n^o 80, 2020, 209 p. [En ligne] URL : <https://journals.openedition.org/droitcultures/6415> [consulté le 13/02/2024]. Sont évoquées les entreprises de « normalisation autoritaire » et les reconstructions médicales qui « modèlent les corps moins pour répondre aux souhaits des intéressés que pour les conformer à l'attente sociale », Anne-Marie Moulin, « L'arc-en-ciel des corps-identités », postface, *ibid.*, p. 198).

15. Dans le même dossier « Réparer les corps et les sexes », cf. Corinne Fortier, « Troisième genre et transsexualité en pays d'Islam », *Droit et Cultures*, vol. 2, n^o 80, 2020, p. 106.

éléments naturels appliqués à l'être humain¹⁶. Dans la continuité des principes d'Hippocrate et de Gallien, les sexes féminin et masculin sont perçus comme une inversion l'un de l'autre (interne/externe) avant les progrès en dissection qui ont conduit à la naturalisation de l'existence de deux catégories sexuelles distinctes et étanches¹⁷.

III. Distinguer l'indistinct : l'intersexuation

Dans un tel cadre, l'intersexuation, dépassant le cadre restreint de la seule figure construite de l'hermaphrodisme, ne peut exister, et la médecine s'est évertuée à corriger cet état afin de construire un sexe en fonction de celui qui apparaît comme dominant aux yeux des médecins. La détermination du sexe est fondamentale, sous le contrôle du pouvoir car, à l'image du roi souverain absolu défini par Jean Bodin, délié et ne pouvant se lier lui-même :

Le sujet ne peut vouloir contre lui-même¹⁸.

La détermination du sexe est un enjeu social, ordonnant des séries de relations. En histoire du droit, l'intersexualité est un sujet bien plus présent que la transsexualité qui est invisible dans les anciens droits¹⁹ – le terme date des années 1950 – car sa reconnaissance suppose une « conjonction entre une offre psychiatrique nouvelle, des demandes en droit naissantes et une technique médicale en constante progression qui assure la reconnaissance, le diagnostic et la clinique du changement de sexe²⁰ ». Cette histoire a fait l'objet de nombreuses études qui, même lorsqu'elles ne sont pas juridiques, reposent en partie sur des sources, en particulier les procès mais aussi les registres paroissiaux et d'état civil²¹.

-
16. Didier Lett, *Hommes et femmes au Moyen Âge. Histoire du genre XI^e-XV^e siècle*, 2^e éd., Malakoff, Armand Colin, coll. « Coursus », 2013, p. 26 et s.
 17. Julie Mazaleigue-Labaste, « Entre la nature et le droit, une histoire du "vrai sexe" (XVII^e-XXI^e siècle) », in Marie-Xavière Catto, Julie Mazaleigue-Labaste (dir.), *La bicatégorisation de sexe. Entre droit, normes sociales et sciences biomédicales*, Le Kremlin-Bicêtre, Mare & Martin, coll. « Institut des sciences juridique et philosophique de la Sorbonne », 2021, vol. 63, p. 26. Dans le même ouvrage, cf. Michal Raz, « La médicalisation précoce de l'intersexuation. Genèse d'un paradigme », p. 49.
 18. Pierre Égéa, « L'indisponibilité de la personne : confession d'un masque », in Xavier Bioy (dir.), *La personnalité juridique*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse Capitole, 2012, p. 190. [En ligne] URL : <https://books.openedition.org/putc/3038> [consulté le 04/04/2024].
 19. Contrairement à l'androgynie et surtout aux eunuques. Cf. Laurent Kondratuk, « Les ambiguïtés sexuelles anatomiques en droit romano-canonique », in Eva Pibiri et Fanny Abbott (dir.), *Féminité et masculinité altérées : transgression et inversion de genres au Moyen Âge*, Firenze, SISMELE - Edizioni del galluzzo, coll. « Micrologus library », 2017, N° 78, pp. 121-143.
 20. Arnaud Alessandrin, *Sociologie des transidentités*, Paris, Le Cavalier bleu, coll. « Mobilisations », 2018, p. 19.
 21. Littérature très abondante, dont voici quelques éléments indicatifs utilisés dans le présent article. Pour l'Ancien Régime : en lien avec l'héritage romaniste, cf. Arnaud Paturet, « Le traitement de l'hermaphrodite dans la littérature juridique de l'Ancien Régime », *Sociopoétiques*, n° 6, 2021, [En ligne]

Le hasard des dépouillements avait attiré mon attention sur une note marginale à un acte de naissance du 10 août 1822, rapportant le jugement du tribunal de Vienne du 3 juillet 1851 qui ordonne le remplacement du terme féminin par masculin et substituant le « véritable » prénom Claude à celui de Madeleine²². Les juges estiment que l'acte de naissance est entaché d'une erreur matérielle évidente et que cette modification est liée à l'intention du requérant de contracter un mariage qui a effectivement eu lieu deux jours plus tard, avec des enfants à venir²³. Rien dans le texte ne laisse deviner les interventions qui ont peut-être permis cette transformation, si jamais elle avait eu lieu. Cela dit, à supposer que l'officier d'état civil ait été négligent et n'ait pas vérifié le sexe de l'enfant²⁴, ce qu'il n'est d'ailleurs pas tenu de faire et ce à quoi les familles s'opposent parfois²⁵, il apparaît peu probable qu'il confonde, sur le fondement d'une déclaration, Madeleine avec un prénom masculin et en tire les conséquences de genre.

Un cas plus saisissant et explicite a été relevé au XVII^e siècle dans les archives d'Eure-et-Loir²⁶. Anne Brunet est baptisée le 9 mars 1660. Une note marginale à l'acte de baptême indique qu'elle s'est « trouvée hermaphrodite » mais que « le sexe masle ayant prevalu et recogneu par la medecine », elle fut appelée François par l'évêque

URL : <https://revues-msh.uca.fr/sociopoetiques/index.php?id=1417> [consulté le 04/04/2024] ; pour une approche plus littéraire, cf. Patrick Graille, *Les hermaphrodites aux XVII^e et XVIII^e siècles*, Paris, Les Belles Lettres, 2001, 246 p. V. aussi l'étude judiciaire de Mathieu Laflamme, *Le genre au tribunal : l'hermaphrodisme devant la justice de la France d'Ancien Régime*, Université d'Ottawa, 2016, 196 p. [En ligne] URL : <https://ruor.uottawa.ca/items/445a35ea-3e54-4368-8cd3-odef5522bcd9> [consulté le 04/04/2024]. Pour le XIX^e siècle, v. notamment les travaux de Gabrielle Houbre dont le récent « "Un individu d'un genre mal défini". L'hermaphrodisme dans les procès en nullité de mariage (France, XIX^e siècle) », *Rue Descartes*, vol. 1, n° 95, 2019, pp. 80-107.

22. Le choix du prénom n'est sans doute pas lié à son caractère aujourd'hui mixte, dans le sens où les formes féminines Clauda/Claudine étaient employées.
23. Le site des Archives départementales de l'Isère n'est pas optimisé et il est préférable de livrer ici les cotes archivistiques plutôt que d'interminables URL. Pour la naissance : « Isle-d'Abeau (I) naissances décès coll. départementale (1821-1850) », 9NUM/5E194/6, p. 16. Pour le jugement : « Isle-d'Abeau (I) naissances coll. départementale (1851-1875) », 9NUM/5E194/8, pp. 6-7. Pour le mariage : « Isle-d'Abeau (I) mariages coll. départementale (1841-1875) », 9NUM/5E194/9, p. 61. Relevons par ailleurs que Claude Thavernon a une demi-sœur prénommée Madeleine, née en 1850.
24. Ce qui est sans doute le cas de Francise Alfrede, né(e) le 11 sept. 1850 à Challex (Ain), enfant enregistré avec sexe féminin et prénommée Francise Alfrede, qui a pu se marier en tant qu'homme et avoir un dossier militaire sans rectification d'état civil, sur le registre de la collection départementale, en tout cas. Dans ce cas-là, il y aurait erreur de l'officier d'état civil et négligence du maire lors du mariage, sauf à considérer que la mention marginale apparaisse dans le registre communal. Relevé par Gérard Leseigneur.
25. Cf. Gabrielle Houbre, « Un "sexe indéterminé" ? : l'identité civile des hermaphrodites entre droit et médecine au XIX^e siècle », *Revue d'histoire du XIX^e siècle*, n° 48, 2014, p. 66. [En ligne] URL : <https://journals.openedition.org/rh19/4656> [consulté le 04/04/2024].
26. Relevé par Cendrine van Klaveren dont elle a tiré une courte chronique avec la transcription des actes. [En ligne] URL : <https://gw.geneanet.org/cvanklaveren?lang=fr&m=NOTES&f=hermaphrodite> [consulté le 04/04/2024]. Les actes se trouvent dans les registres de Toury (Archives départementales d'Eure-et-Loire) cote GG 6 Toury baptêmes 19 juill. 1647 - avril 1666 pour l'acte de baptême et cote GG 7 Toury baptêmes mariages sépultures 1668 - décembre 1699 pour l'acte d'inhumation.

d'Orléans le 16 juin 1669, en lui « donnant le sacrement de confirmation en foy ». Malheureusement,

Francois ayant été cousu/refermée par un medecin pour ce qui paroissoit féminin, mourut la 14^e année de sa vie par l'impertinence de la médecine, ayant toujours esté malade de la langueur depuis sept ans de cette opération notamment dans la perte de ses purgations.

Tout cela est par ailleurs rappelé dans son acte d'inhumation du 16 août 1676.

Ces deux exemples d'époque moderne et contemporaine, illustrent l'exigence relevée par Michel Foucault visant à faire correspondre « le sexe anatomique, le sexe juridique, le sexe social [...] [qui] nous rangent dans une des deux colonnes de la société²⁷ ». La figure de l'hermaphrodite a évolué dans la littérature depuis l'Antiquité, mais une série de procès a forgé à l'époque moderne les modèles de genres juridiques dont nous sommes encore tributaires. La responsabilité des juristes dans la construction des genres par des discours médicaux, sociaux et comportementaux est fondamentale.

Néanmoins, Mathieu Laflamme a montré que la justice de l'Ancien Régime n'avait pas cherché à modifier les individus et se bornait, malgré des examens physiques invasifs, à sanctionner des comportements alors illégaux :

- travestissement,
- sodomie,
- profanation du sacrement du mariage²⁸.

C'est alors la justice qui détermine le sexe, de manière négative, par la répression de délits et de crimes. De là découle l'évidence d'appartenir à l'un ou l'autre sexe dans les dictionnaires juridiques des modernes et contemporains, comme celui de Claude-Joseph de Ferrière :

Concluons que comme il n'y a point de véritables hermaphrodites, c'est-à-dire en qui les deux sexes soient parfaits, ceux qui participent de l'un et de l'autre sexe, doivent être réputés du sexe qui paroît en leur personne prédominer sur l'autre²⁹.

La place de la science et des experts s'accroît à partir de la seconde moitié du XVIII^e siècle. Elle cloisonne peu à peu la perception des sexes en la naturalisant, alors même que des médecins ne cessent de mettre en garde au XIX^e siècle contre

27. Michel Foucault, « Le mystérieux hermaphrodite », *Dits et écrits, 1954-1988*, Paris, Gallimard, coll. « Quarto », 2001, vol. II : 1976-1988, p. 624.

28. Mathieu Laflamme, *Le genre au tribunal : l'hermaphrodisme devant la justice de la France d'Ancien Régime*, Université d'Ottawa, 2016, 196 p. [En ligne] URL : <https://ruor.uottawa.ca/items/445a35ea-3e54-4368-8cd3-odef552bcd9> [consulté le 04/04/2024].

29. Claude-Joseph de Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique* [1740], Paris, Babuty, 1762, t. 1, p. 1034.

les déterminations hâtives du sexe à la naissance³⁰. Cela consolide l'existence d'une vérité naturelle et l'absence d'états intermédiaires en trouvant toujours plus de critères permettant d'identifier l'un ou l'autre sexe : anatomiques puis physiologiques, étudiant non pas seulement l'apparence mais la fonctionnalité des organes, puis l'étude chromosomique et hormonale. Ironie de l'histoire, c'est aussi la science qui justifie un « retour au droit », dans le sens où les luttes sociales ont poussé à la dénaturalisation des rapports sociaux, en relevant les multiples intermédiaires existants entre mâle et femelle et en insistant sur la part de construction sociale et comportementale du genre³¹.

Une fois encore, l'histoire ne nous dira pas ce qu'il faut faire ou ne pas faire et livrera encore moins de vérité sur ce que nous sommes et voulons être. Elle offre les clés de questionnement des évidences : dans un ordre social fondé sur la supériorité du roi sur ses sujets, de l'homme sur la femme, du père sur sa famille, la détermination non ambiguë du sexe est fondamentale. Mais à partir du moment où l'on considère que les êtres humains sont égaux, sans aucune distinction, l'édifice juridique, qu'il soit soutenu par une nature fantasmée ou un ordre social anachronique, a besoin, non pas d'un étayage de ses murs ou d'un colmatage de ses fissures, mais d'un ambitieux redimensionnement de son intérieur.

30. Cf. Gabrielle Houbre, « Un “sexe indéterminé” ? : l'identité civile des hermaphrodites entre droit et médecine au XIX^e siècle », *Revue d'histoire du XIX^e siècle*, n° 48, 2014, p. 67. [En ligne] URL : <https://journals.openedition.org/rh19/4656> [consulté le 04/04/2024].

31. Sur ces points, cf. Julie Mazaleigue-Labaste, « Entre la nature et le droit, une histoire du “vrai sexe” (XVII^e-XXI^e siècle) », in Marie-Xavière Catto, Julie Mazaleigue-Labaste (dir.), *La bicatégorisation de sexe. Entre droit, normes sociales et sciences biomédicales*, Le Kremlin-Bicêtre, Mare & Martin, coll. « Institut des sciences juridique et philosophique de la Sorbonne », 2021, vol. 63, p. 32 et s.