

GABRIELLE HOUBRE

*Un « sexe indéterminé » ? : l'identité civile
des hermaphrodites entre droit et médecine au
XIX^e siècle*

Le 1^{er} novembre 2013, l'Allemagne est devenue le premier pays européen à offrir une alternative à la dichotomie sexuelle imposée par l'état civil à la naissance. Il est en effet désormais possible de ne pas préciser le sexe « masculin » ou « féminin » dans l'acte de naissance pour les nouveau-nés présentant un sexe génital et gonadique ambivalent. Cette reconnaissance implicite d'un état intersexuel doit permettre d'éviter des opérations chirurgicales normatives intempestives, aux conséquences souvent dramatiques pour les principaux intéressés. En modifiant ainsi une loi civile essentielle, l'Allemagne obéit à une recommandation de son Tribunal constitutionnel fédéral qui, en vertu du respect des droits fondamentaux, estime que « le genre ressenti et vécu est un droit humain de base ». En appelant à une réécriture juridique de l'identité de sexe et de genre plus souple et plus à l'écoute des personnes concernées, les magistrats de la Cour de Karlsruhe participent à un mouvement de fond qui bouleverse le droit fondé sur une déclinaison strictement binaire des sexes dès la naissance. Ils rejoignent ainsi les révisions que d'autres pays – Australie, Argentine, Népal – ont récemment apportées à leur législation en matière de sexe, d'identité et d'identification de la personne¹. Les intersexes, transsexuels et transgenres, ainsi que les diverses associations et organisations plaidant leur cause, se font désormais entendre dans un contexte socio-culturel plus réceptif que jamais².

1. L'Australie, par sa loi du 15 septembre 2011, reconnaît un genre « indéterminé » sur les passeports, à côté des sexes masculin et féminin, suivie par le Népal en 2013 (mise en application d'une recommandation de la Cour suprême du Népal de 2007, en faveur de l'émission de titres de citoyenneté faisant état d'un sexe « autre » à l'intention des personnes ne souhaitant pas être identifiées comme étant de sexe masculin ou de sexe féminin). Mais c'est l'Argentine qui est à l'avant-garde des législations transidentitaires en permettant à tous ses ressortissant.e.s de modifier facilement leur sexe et leur prénom de naissance (loi du 2 juillet 2012).

2. Il existe de nombreuses associations, régionales, nationales ou internationales militant en faveur des droits des intersexes et des trans (voir par exemple le site de l'Observatoire des Transidentités, <http://www.observatoire-des-transidentites.com/>), auxquelles il faut ajouter la plupart des organisations des droits de l'homme (voir notamment le rapport d'Amnesty International, « France. Contribution écrite au gouvernement concernant les violences et les discriminations basées sur l'identité de genre », janvier 2013, ainsi que l'« Avis sur l'identité de genre et sur le changement de la mention de sexe à

Là réside sans doute la modernité de la question de l'identité de sexe et de genre, dans la reconnaissance et la promotion de sa dimension subjective. Car, pour le reste, l'opportunité d'introduire un troisième sexe dans l'état civil est posée avec opiniâtreté par certains médecins dès le XIX^e siècle, certes dans une logique et des termes qui diffèrent de ceux empruntés par l'Allemagne d'aujourd'hui. Interpellé par des personnes tenant leur sexe en disgrâce et réclamant une réassignation civile, ou par leurs conjoints qui se plaignent d'avoir été dupés par une « erreur de sexe » lors de procès à sensation en nullité de mariage, bousculé par une dynamique biologiste impulsée par des médecins conquérants, le droit plie mais ne rompt pas avec son principe de la division binaire des sexes³.

L'INSCRIPTION CIVILE ET LES « ERREURS DE SEXE »

Parce qu'il bouleverse le strict agencement des sexes biologiques et des rôles sociaux en transgressant les frontières entre masculin et féminin, entre normal et anormal, entre réalité et apparence, l'état hermaphrodite s'impose au XIX^e siècle, et tout particulièrement à la Belle Époque, comme un enjeu crucial⁴. Les médecins découvrent avec un mélange de fascination et de répulsion des individus vivre en femmes quand ils sont, à leurs yeux, biologiquement hommes – le contraire étant beaucoup plus rare –, et dénoncent la discordance de ces « erreurs de sexe ». Commises le plus souvent à la naissance, elles sont enregistrées par un état civil dont, en France, les modali-

l'état civil » rendu par la Commission nationale consultative des droits de l'homme, *Journal officiel de la République française*, 31 juillet 2013).

Concernant l'environnement socio-culturel, des œuvres-clefs ont contribué à repenser les frontières des identités de sexe. Ainsi, pour s'en tenir aux intersexes, de *Middlesex*, roman américain de Jeffrey Eugenides (prix Pulitzer 2003) ou, au cinéma, *XXY* et *Le dernier été de la Boyita*, les films argentins de Lucía Puenzo (2007) et de Julia Solomonoff (2010), sans oublier le spectacle de danse contemporaine *Eonnagata* créé par Sylvie Guillem à Londres et à Paris (2009). Le sport donne également un écho régulier à cette question lorsque des athlètes femmes, le plus souvent, sont jugées trop masculines (voir notamment les contestations qui ont entaché le titre de championne du monde obtenu par la Sud-africaine Caster Semenya sur 800 mètres, le 19 août 2009).

3. À une exception près, à ma connaissance, lors du jugement rendu dans le procès en nullité de mariage Darbousse/Jumas (1869-1873) : cf. Gabrielle Houbre, « Alliances 'monstrueuses' en pays cévenol ou l'hermaphroditisme au tribunal », in Vincent Azoulay, Florence Gherchanoc et Sophie Lalanne [dir.], *Le Banquet de Pauline Schmitt-Pantel*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2012, p. 171-181.

4. Alice Dreger, *Hermaphrodites and the Medical Invention of Sex*, Harvard University Press, 1998; Geertje Mak, *Doubting Sex. Inscriptions, Bodies and Selves in Nineteenth-century Hermaphrodite Case Histories*, Manchester, Manchester University Press, 2012; Gabrielle Houbre, 'The Bastard Offspring of Hermes and Aphrodite : Sexual "Anomalies" and Medical Curiosity in Belle Époque France', in Peter Cryle et Christopher Fourth (eds), *Sexuality at the Fin-de-siècle*, Newark, Delaware University Press, 2008, p. 61-76 (version française dans Didier Nativel et Faranirina V. Rajaonah [dir.], *En voyage avec Françoise Raison-Jourde*, Paris, Karthala, 2009, p. 501-511); Geertje Mak, "So we must go behind even what the microscope can reveal". The Hermaphrodite's "Self" in Medical Discourse at the Start of the Twentieth Century", *GLQ. A Journal of Lesbian and Gay Studies*, vol. 11, n° 1, February 2005, p. 65-94; Muriel Salle, « Une ambiguïté sexuelle subversive. L'hermaphroditisme dans le discours médical de la fin du XIX^e siècle », *Ethnologie française*, XI, 1, 2010, p. 123-130.

tés identificatoires prévoient la détermination exclusivement masculine ou féminine du sexe de l'enfant⁵. À l'heure de rédiger le Code civil, les juristes avaient même exprimé de la défiance vis-à-vis de l'aptitude des médecins à interpréter les organes génitaux : « L'art est si souvent trompé par la nature ! Il se perd dans l'obscurité de ses impénétrables mystères ; il prend pour vice de conformation ce qui n'est que différence de forme ; il regarde comme absolu ce qui n'est que relatif ; comme perpétuel ce qui n'est que momentané »⁶. Sans doute parce que, bien après leur interdiction en 1677, les législateurs avaient encore en mémoire l'indécence des procès pour impuissance qui intimaient aux maris incriminés de démontrer leur virilité lors de l'épreuve du Congrès⁷.

De fait, le Code Napoléon occulte le corps biologique et ne dispose d'aucune mention spécifique à destination des hermaphrodites⁸. Ce n'est pas le cas, par exemple, dans plusieurs États allemands qui anticipent le cas des bébés au sexe non identifiable, du moins avant l'entrée en vigueur du Code civil unificateur dans l'Empire en 1900. Le Code bavarois de 1756 stipule ainsi que « les hermaphrodites auront l'état que des experts leur assigneront ou qu'ils se seront eux-mêmes attribué »⁹. Dans la lignée du droit du Moyen Âge, la législation prussienne de 1794 laisse les parents décider du sexe à la naissance, tout en réservant le droit à l'enfant parvenu à dix-huit ans d'en changer s'il le désire¹⁰. En France, le nouveau-né doit être présenté dans les trois jours suivant sa naissance à l'officier d'état civil qui « énoncera » son sexe, selon les articles 55 et 57 du Code civil. La question de savoir si les officiers

5. C'est le décret adopté le 20 septembre 1792, fondant l'état civil moderne, qui prévoit la spécification du sexe alors qu'elle n'était pas mentionnée dans la « Déclaration du Roy » du 9 avril 1736, normalisant la tenue par les curés des registres paroissiaux. Le Code civil de 1804 reprend l'essentiel du décret du 20 septembre 1792.

6. Rapporteur de la commission chargée de l'examen du titre de la paternité et de la filiation, dans Pierre-Antoine Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, Videcoq, 1836, p. 117 du tome 10.

7. Pierre Darmon, *Le Tribunal de l'impuissance. Virilité et défaillances conjugales dans l'Ancienne France*, Paris, Seuil, 1979.

8. Si au Moyen Âge, l'hermaphrodite, perçu comme une créature maléfique, pouvait être condamné en tant que tel, ce n'est plus le cas sous l'Ancien Régime : la justice lui demande de choisir le sexe qui domine en lui et d'adopter les vêtements qui vont avec (Jean Domat et Louis d'Héricourt, *Les Lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, Savoye, 1777, p. 12). La jurisprudence française adopte en cela une coutume qui remonte au droit romain et respecte la norme de la division de l'humanité en hommes et femmes énoncée par les casuistes de l'Empire romain : « Il n'y avait pas d'autre issue pour résoudre les ambiguïtés de la nature, que de les réduire à l'un ou l'autre des deux genres établis par le droit. L'androgyné était décrété nécessairement homme ou femme, après qu'avait été examinée en lui la part des deux » (Yan Thomas, « La division des sexes en droit romain », in Pauline Schmitt Pantel [dir.], *Histoire des femmes en Occident*, tome I, *L'Antiquité*, Paris, Plon, 1991, p. 105).

9. Cité par Alexandre Lacassagne, *Les Actes de l'état civil*, Lyon, Storck, 1887, p. 90.

10. Sur le droit au Moyen Âge, voir William Belime, *Philosophie du droit*, Paris, Durand, 1869 (1844), p. 59 du tome 2. *Code général pour les États prussiens*, Paris, Imprimerie de la République, an IX, tome 1, première partie, tit. I^{er}, art. 19 : « Lorsqu'il naît des hermaphrodites, les parents déterminent dans quel sexe ils doivent être élevés », art. 20 : « Cependant, un individu de cette espèce, lorsqu'il a dix-huit ans accomplis, est libre de choisir à quel sexe il veut et prétend appartenir », art. 21 : « C'est d'après ce choix que ses droits sont désormais fixés », art. 22 : « Mais lorsque les droits d'un tiers dépendent du sexe d'une personne qui se prétend hermaphrodite, le premier peut demander qu'elle soit examinée par les gens de l'art » et art. 23 : « La décision des gens de l'art prévaut sur le choix de l'hermaphrodite et des parents ».

d'état civil devaient se contenter de recueillir l'information ou la vérifier a souvent été discutée. Pour Joseph Jérôme Siméon, qui prit une part éminente dans l'élaboration du Code, ils ne sont que « rédacteurs et conservateurs de ce que les parties leur déclarent [...] ils ne peuvent écrire que ce qu'on leur dit, et même uniquement ce qu'on doit leur dire », ce qui exclut toute velléité de contrôle ou d'annotation¹¹. Ce n'est pourtant pas toujours la lecture qui sera faite du Code après sa promulgation, surtout quand il s'agit de vérifier le sexe d'un nouveau-né, situation qui confronte théorie et pratique en même temps qu'acteurs et sujets du droit. Dès 1806, le procureur impérial Charvilliac demande à l'officier d'état civil de considérer par lui-même ce qu'il doit attester, sous peine d'être trompé par une famille indélicat¹². Les autorités veulent ainsi lutter contre les familles qui déclareraient une fille à la place d'un fils, pour éviter la conscription, ou, a contrario, un fils à la place d'une fille, si elles en ont l'intérêt.

C'est dans cet esprit que, le 22 janvier 1842, le tribunal de police correctionnelle de Bourges sanctionne le refus opposé par Philippe-Jacques de Bengy à la demande de vérification du sexe de son enfant par l'officier d'état civil¹³. Ce refus, au motif que celle-ci n'est pas prévue par l'article 56 du Code civil, émane d'un juriste confirmé, comme le prouve sa brillante carrière dans la magistrature à Bourges, à la paternité affermie – la nouveau-née est la dernière de ses quatorze enfants¹⁴. De Bengy ayant déclaré qu'« il ne souffrirait pas qu'on déshabillât [son enfant], sous prétexte de vérifier l'exactitude de la déclaration qu'il faisait de son sexe », l'officier d'état civil renonça à dresser l'acte de naissance et de Bengy comparut devant le tribunal pour délit de défaut de déclaration de naissance¹⁵. Nonobstant l'avis du procureur du roi, qui ne pensait pas que l'attitude de Bengy relevât explicitement du Code pénal, les magistrats, s'appuyant sur les discussions préliminaires au Code civil et sur l'avis de juristes réputés, légitiment le comportement de l'officier d'état civil « qui est censé n'avoir écrit que la vérité, dont il est doublement convaincu après les déclarations qui lui ont été faites, et par ce qu'il a vu lui-même; il ne doit donc pas croire sans avoir vu parce qu'il ne voit pas

11. Pierre-Antoine Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, op. cit., p. 289. Art. 35 du Code civil : « Les officiers de l'état civil ne pourront rien insérer dans les actes qu'ils recevront, soit par note, soit par énonciation quelconque, que ce qui doit être déclaré par les comparants ».

12. *Le Guide de l'officier de l'état civil*, Paris, Rondonneau, 1806, p. 29. Voir aussi Antoine François Hutteau d'Origny, *De l'état civil et des améliorations dont il est susceptible*, Paris, Demonville, 1823, p. 141 et Alexandre-Édouard Le Molt-Nettancourt, *Manuel des officiers de l'état civil*, Paris, Warée, 1827, p. 39. Adam est d'avis contraire, *Le Guide pratique de l'officier de l'état civil*, Paris, Hingray, 1834, p. 84.

13. Arch. dép. du Cher, 32U295.

14. Simple conseiller auditeur en 1822, Bengy est président de la cour royale de Bourges en 1829, avant de démissionner peu après la révolution de Juillet 1830, ce qui laisse penser que des motifs politiques, voire des rivalités personnelles, participent également au renvoi en correctionnelle de l'incident. Dossier de Bengy, Arch. nat., BB/6/527 n° 2207; Jacques et Jean de Bengy de Puyvallée, *Essai généalogique sur la famille de Bengy et ses alliances*, Paris, G. de Bengy, 1979.

15. Art. 346 du Code pénal de 1810.

pour lui, mais pour une famille absente et pour la société qui se repose sur sa fidélité¹⁶. Le tribunal condamne dès lors le notable, avec les circonstances atténuantes, à un franc symbolique¹⁷.

Dès la Restauration, les médecins mettent en garde contre l'inadéquation d'une loi trop rigide en regard des complexités biologiques. Charles-Chrétien-Henri Marc, auteur de plusieurs articles de médecine légale dans le *Dictionnaire des sciences médicales*, dont celui consacré aux hermaphrodites, est en 1817 le premier à écrire : « Rien ne conduit plus aisément à des erreurs que de prétendre, dans tous les cas, déterminer, peu de temps après la naissance, le sexe d'enfants dont les parties génitales ne sont pas régulières. Lorsque la conformation de l'individu laisse le moindre doute sur le véritable sexe, il est convenable d'en avertir l'autorité, et d'employer, s'il le faut, des années à observer le développement progressif du physique et du moral de l'hermaphrodite, plutôt que de hasarder sur son sexe un jugement que des phénomènes subséquents pourraient tôt ou tard renverser »¹⁸. Marc ne va pas plus loin quant aux dispositions qui pourraient être prises pour aménager l'état civil de l'enfant, mais il prévient de l'erreur de sexe et de la rectification de l'acte de naissance qui pourraient survenir.

Sous la monarchie de Juillet, d'autres lui emboîtent le pas, mais le sujet intéresse encore peu, y compris à l'Académie royale de médecine. Jean-Baptiste Bouillaud, qui y avait présenté quelques mois auparavant sa découverte d'un chapelier reconnu femme lors de son autopsie, en fait l'expérience lors de la séance du 6 août 1833¹⁹. Arguant des exemples fréquents « d'erreurs de sexe aux inscriptions des actes de l'état civil » pour obtenir de l'Académie qu'elle inscrive l'hermaphrodisme comme thème à venir d'une discussion, il s'entend répondre – à tort – par ses confrères Adelon et Breschet qu'en cas de sexe incertain, l'officier d'état civil pouvait inscrire sur l'acte de naissance « sexe non déterminé », et les deux anciens présidents de s'opposer à une « étude de l'hermaphrodisme [qui ne] semble pas pouvoir être faite dans une discussion académique »²⁰. En 1844, le docteur Vanswyghoven, connaisseur plus avisé du Code, soulève le problème pour la Belgique, régie par les mêmes dispositions d'état civil : « Mais dans le doute que faire ? Deviner, ou déclarer que le nouveau-né est du sexe le plus apparent pour le moment, le masculin par exemple, et ne s'apercevoir de son erreur que quelques jours

16. Le jugement cite Philippe-Antoine Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, Bertin et Danel, 1807-1808, 4 volumes, et le baron Favard de Langlade, *Répertoire de la nouvelle législation civile, commerciale et administrative*, Paris, Didot, 1823, 5 volumes. Il est plus vague sur la discussion préluant à la rédaction du Code civil, Siméon étant de l'avis contraire.

17. Art. 463 du Code pénal.

18. « Hermaphrodite », *Dictionnaire des sciences médicales*, op. cit., p. 116. Voir Clyde Plumazille, « Élaborer un savoir sur la sexualité : le *Dictionnaire des sciences médicales (1812-1822)* », *Clio, Histoire, Femmes et Sociétés*, 2010, n° 31, p. 111-133.

19. Jean-Baptiste Bouillaud, « Exposition raisonnée d'un cas de nouvelle et singulière variété d'hermaphrodisme observée chez l'homme », *Journal universel et hebdomadaire de médecine et de chirurgie pratiques*, janvier-mars 1833, tome 10, p. 467-500.

20. *Archives générales de médecine*, série 2, n° 2, 1833, p. 590.

après [...] ? Communiquer à l'officier de l'état civil le doute qui plane sur le véritable sexe de l'enfant, et l'engager à attendre quelques jours avant de porter le nouveau-né sur les registres de l'état civil ? Mais le délai fixé par la loi est prêt à expirer, il faut prendre une décision, l'officier attend, et la science reste indécise »²¹.

Il faut attendre, en France, l'engagement de Joseph-Napoléon Loir, secrétaire de la Société de médecine du département de la Seine, pour voir s'éveiller l'intérêt public. Le médecin interpelle en effet directement l'État sur les conséquences fâcheuses des dispositions juridiques concernant la déclaration de naissance : d'une part la présentation obligatoire des nouveau-nés à la mairie, qu'il vente ou qu'il neige, occasionnerait une surmortalité infantile, de l'autre, les officiers d'état civil ne seraient pas compétents pour vérifier le sexe parfois trompeur d'un enfant. Dès 1845, Loir brandit l'argument à l'Académie des sciences morales et politiques : « La détermination du sexe, dans certains cas, offre quelquefois même pour les personnes de l'art, des difficultés qui passent, le plus souvent, inaperçues sous les yeux de l'employé chargé de la présentation. Lorsque ce dernier vérifie le sexe, il n'hésite jamais dans sa détermination, et il est exposé à commettre des erreurs en désignant, sans s'en douter, un sexe pour un autre », et de multiplier les exemples connus d'erreurs de sexe²². Loir se dépense sans compter pour convaincre les autorités de réformer les modalités de présentation de l'enfant devant l'officier d'état civil. Entre 1845 et 1858, il saisit à plusieurs reprises les ministres de la Justice et de l'Intérieur pour réclamer notamment que les naissances soient constatées au domicile des familles par un adjoint du maire, et qu'un service de médecins délégués soit mis en place pour vérifier le sexe des nouveau-nés le cas échéant²³. En 1846, le Conseil général charge le préfet de la Seine d'étudier la question et, le 2 novembre 1847, le comte de Rambuteau rend un rapport de dix-huit pages qui écarte méthodiquement les propositions du

21. Charles Vanswygenhoven, « Note sur un hermaphrodisme incomplet accompagné d'hypospadias, observé sur un enfant du sexe masculin », *Journal de la Société des sciences médicales et naturelles de Bruxelles*, février 1844. Voir aussi l'article de son confrère Henriette, « Est-ce un garçon ? Est-ce une fille ? Ou les médecins et les officiers de l'état civil dans l'embarras », *Journal de médecine, de chirurgie et de pharmacologie*, Bruxelles, janvier 1855. Sur la Belgique, Julie de Ganck, *Le Sexe, une invention moderne ? Histoire des réactions face aux anomalies sexuelles et à l'hermaphrodisme en Belgique contemporaine 1830-1914*, *Cahiers de l'Université des femmes*, 2012, n° 8.

22. Joseph-Napoléon Loir, *De l'exécution de l'article 55 du Code Civil relatif à la constatation des naissances*, Paris, Joubert, 1846, p. 15. Voir aussi, du même auteur, *Du service des actes de naissance en France et à l'étranger. Nécessité d'améliorer ce service. Mémoire lu à l'Académie des sciences morales et politiques le 19 juillet 1845*, Paris, impr. de Panckoucke, 1845 ; *Du Baptême considéré dans ses rapports avec l'état civil et l'hygiène publique*, Paris, Joubert, 1849 ; *Des sexes en matière d'état civil*, Paris, Cotillon, 1854 ; *De l'état civil des nouveau-nés*, Paris, Cotillon, 1854 ; *Mémoire sur la centralisation des actes de l'état civil au domicile d'origine, lu à l'Académie des sciences morales et politiques, le 23 août 1856*, Paris, Cotillon, 1856 ; *Centralisation des actes de l'état-civil. Bulletins ou tableaux complémentaires. Mémoire lu à l'Académie des sciences morales et politiques le 6 septembre 1862*, Paris, Durand, 1862.

23. Cf. notamment sa lettre du 4 août 1845 à M. Martin du Nord, ministre de la Justice ; le rapport du Dr. Hillairet au ministre de l'Intérieur, daté de juin 1855 ; le rapport du garde des Sceaux à l'Empereur daté du 25 juillet 1855 ; la lettre du 3 août 1858 adressée par le ministre de l'Intérieur au garde des Sceaux, Arch. nat., BB/30/1606.

docteur Loir²⁴. Après consultation des maires d'arrondissement de Paris, il le contredit sur la fréquence des cas de « sexe incertain » à la naissance qu'il estime très rares et, reprenant l'intervention de Siméon dans la discussion préalable au Code civil, il insiste sur la nécessité pour l'officier d'état civil de s'en tenir à la parole du déclarant quant au sexe de l'enfant.

Toutefois, un nombre croissant de municipalités, sensibles à l'argument qui désignait le transport des bébés à la mairie dans les trois jours comme responsable de nombreux décès, mirent en œuvre un service de constatation des naissances à domicile par des médecins délégués, à l'équivalent de ce qui existait déjà habituellement pour les décès²⁵. En 1855, le docteur Hillairet, prenant le relais de son confrère Loir, fait remettre à l'empereur un rapport en ce sens, tout juste présenté à la Commission d'hygiène²⁶. Le garde des Sceaux se montre toutefois hostile à l'idée de modifier le Code civil et préfère laisser la rédaction des actes de naissance aux seuls fonctionnaires publics, sans qu'ils soient tributaires en aucune façon des médecins²⁷. On ne s'étonne dès lors pas que Paris, proche du pouvoir, ne se résolve à mettre en place le service à domicile des médecins délégués aux naissances qu'à la fin du Second Empire, en 1868²⁸.

LA FRONDE DES MÉDECINS CONTRE L'ORDRE JURIDIQUE

Attirant l'attention des autorités sur les difficultés à lire, parfois, le sexe d'un nouveau-né, Loir est le premier, en 1854, à proposer d'introduire dans l'acte de naissance une mention spécifique : « Il suffirait peut-être qu'il fût prescrit à MM. les maires de se tenir en garde contre ces cas exceptionnels, de les qualifier dans l'acte de naissance, après avis du ministère public, par la dénomination de SEXE DOUTEUX, et de placer en marge de l'acte-minute les initiales s.D. abrégatif de sexe douteux »²⁹. S'il a conscience d'exposer ainsi l'enfant à un « léger préjudice », il pense « prévenir des circonstances beaucoup plus graves », à savoir la rectification d'une erreur de sexe et ses répercussions sociales.

Loir échoue dans son combat, mais il amorce pourtant un débat qui rebondit une vingtaine d'années plus tard sous l'impulsion cette fois d'Am-

24. Arch. dép. Seine, VD4/1, pièce 260.

25. Après Douai et Versailles en 1846, Bruxelles en 1847, puis Carcassonne, Arras, Lyon (*Le Moniteur*, 25 mai 1867).

26. « [Le docteur Hillairet] fait observer que l'examen de l'enfant par un homme de l'art assurerait mieux la désignation du sexe qui, dans certaines circonstances, présente des difficultés même pour les médecins et qu'il offrirait des garanties de plus pour la régularité de l'état civil », rapport du garde des Sceaux à l'Empereur, 25 juillet 1855, Arch. nat., BB/30/1606.

27. Rapport du garde des Sceaux à l'Empereur, 25 juillet 1855, Arch. nat., BB/30/1606.

28. Pierre Picot, *Le Respect du secret médical*, op. cit., p. 36. Officiellement, la présentation des nouveau-nés à la mairie est abrogée par la loi du 25 mars 1958, mais, dans la réalité des pratiques, elle était tombée depuis longtemps en désuétude.

29. *Des sexes en matière d'état civil*, op. cit., p. 28.

broise Tardieu, sommité médicale s'il en est³⁰. S'intéressant à partir des années 1860 à l'identité de sexe, il publie, en 1874, le manuscrit autobiographique laissé par Alexina B, alias Adélaïde Herculine Barbin³¹. Déclarée fille à sa naissance, en 1838, Herculine avait été élevée comme femme avant d'endosser les habits d'homme après qu'un examen médical eut diagnostiqué un sexe masculin et que le tribunal civil de Saint-Jean-d'Angely eut ordonné en 1860 la rectification du sexe et du prénom en Abel sur son acte de naissance. Les souffrances endurées pour s'adapter à son nouveau sexe social l'ont conduite au suicide en 1868. Avec la publicisation de cette histoire, Tardieu a largement contribué à infléchir le regard porté sur la personne hermaphrodite, en attirant l'attention de ses collègues sur les contrecoups sociaux funestes des « erreurs de sexe » commises à la naissance. De fait, dans la littérature médicale, le cas d'Alexina B. devient bientôt, et pour longtemps, la référence première en matière d'hermaphrodisme³². L'attention se porte donc vers le lien de cause à effet entre état civil et « erreurs de sexe » et la multiplicité des cas convainc de nombreux médecins de s'emparer du problème, d'autant qu'ils ont une compréhension de plus en plus affûtée des difficultés qu'il peut y avoir, à l'occasion, à définir le sexe masculin ou féminin d'un nouveau-né³³. Pour autant, les prises de position divergent et, rivalités professionnelles aidant, tournent parfois à la polémique sur l'existence ou pas d'un hermaphrodisme neutre qui rendrait, le cas échéant, pertinente la création d'un troisième sexe à l'état civil³⁴. Pour Tardieu, l'immense majorité des nouveau-nés qui présentent un sexe incertain sont en fait des garçons mal conformés et il n'existe pas, à de rarissimes exceptions près, d'hermaphrodisme neutre³⁵.

Cette opinion va être frontalement combattue à partir des années 1880, lesquelles voient le milieu médical littéralement en ébullition sur l'individu

30. Ambroise Tardieu est alors médecin consultant de Napoléon III (1860), professeur de médecine légale à la faculté de médecine de Paris (1861), président de l'Académie de médecine (1867), président du Comité d'hygiène et de salubrité (1867), président de l'Association générale des médecins de France (1868). Expert reconnu auprès des tribunaux, il a rédigé près de cinq mille deux cents rapports médicaux-légaux et compte plus de cent vingt publications entre 1839 et 1876; Louise Bertaux, *Ambroise Tardieu (1818-1879)*, [s.l.], [s.n.], 1987.

31. *Question médico-légale...*, op. cit.

32. En 1978, Michel Foucault publie le manuscrit d'Alexina B., assorti d'un dossier documentaire : *Herculine Barbin dite Alexina B.*, Paris, Gallimard, 1978.

33. Si les erreurs de sexe sont effectivement fréquentes dans les actes de naissance, elles sont en revanche très rarement imputables à un sexe irrégulier mais plutôt à une fausse déclaration du père ou à une simple négligence rédactionnelle de l'officier d'état civil. Ainsi à Châteauroux, le tribunal civil procède à dix-huit rectifications d'erreurs de sexe dans des actes de naissance entre 1810 et 1859, onze entre 1860 et 1865, vingt-et-une entre 1866 et 1873 et quinze entre 1877 et 1885, sans que rien dans les jugements émis permette d'affirmer que certains cas concernaient des hermaphrodites (Tribunal civil de Châteauroux, Arch. dép. Indre, 3U1/419 à 422).

34. Dans *L'Énigme de l'amour entre les hommes* (1864-1865), Karl Heinrich Ulrichs théorise l'existence d'un « troisième sexe » révélé par une « âme de femme dans un corps d'homme » et établit une correspondance entre hermaphrodisme et homosexualité. Laure Murat reprend l'expression dans un ouvrage essentiellement consacré à l'homosexualité : *La Loi du genre. Une histoire culturelle du « troisième sexe »*, Paris, Fayard, 2006.

35. *Question médico-légale...*, op. cit., p 32.

hermaphrodite³⁶. Cet engouement est à resituer dans une époque où toutes les disciplines, sexologie et psychanalyse comprises, semblent converger vers le sexe et la sexualité. Dorénavant, les hermaphrodites intéressent au-delà de la médecine légale ou de l'anatomie pour toucher de nouvelles spécialités comme la psychiatrie, la psychologie, la neurologie ou la gynécologie. L'histoire de l'hermaphroditisme devient celle des difficultés à saisir les réalités biologiques du sexe et le partage des rôles sociaux³⁷. Les médecins se donnent pour mission de déterminer la nature du « vrai » sexe hermaphrodite, dans un désir d'assignation identitaire exclusive que Michel Foucault avait questionné dès 1980 – « Avons-nous vraiment besoin d'un vrai sexe ? »³⁸. Il repensait ainsi, après son *Histoire de la sexualité*, les catégories de sexe et la sexualité en tant que système de pouvoir au cours d'une démonstration critiquée par Judith Butler et contredite également par Anne Fausto-Sterling dans ses travaux sur l'intersexualité remettant en cause le système binaire sexe biologique / genre social³⁹.

C'est dans ces années 1880 que Pierre Garnier relance le débat sur l'ambivalence du sexe hermaphrodite à la naissance. Il présente devant la Société de médecine légale de Paris, le 8 juin 1885, un mémoire appelant à modifier l'article 57 du Code civil qui, selon lui, impose de déclarer le sexe de l'enfant selon des modalités nuisibles car « formelle[s], absolue[s] et ne comport[ant] ni restriction ni suspension » et regrette qu'il faille se prononcer « aussitôt catégoriquement sans que la loi tienne compte des diverses anomalies se rencontrant dans l'aire génitale susceptibles d'entraîner le doute, la méprise et l'erreur à ce sujet, ni des lésions, des altérations organiques, internes ou externes des organes de la génération, rendant cette constatation difficile, impossible même à ce moment d'une manière exacte et précise »⁴⁰. Garnier remet donc en cause, au moins partiellement, la binarité sexuelle juridique en s'interrogeant sur le caractère d'« urgence à demander au législateur une restriction suspensive dans la déclaration par la mention *sexe indéterminé ou douteux* »⁴¹. La position est sans doute trop audacieuse pour ses collègues de

36. Gabrielle Houbré, 'The Bastard Offspring of Hermes and Aphrodite: Sexual "Anomalies" and Medical Curiosity in Belle-Époque France', art. cit.

37. Alice Dreger, *Hermaphrodites...*, op. cit., p. 15.

38. Son texte sur « Le vrai sexe » est d'abord l'objet d'une communication lors d'un colloque d'*Arcadie*, en novembre 1980 (*Dits et écrits*, Paris, Gallimard/Quarto, tome 2, 2001, p. 617-625) avant d'introduire l'édition anglaise d'*Herculine Barbin* en 1980.

39. Michel Foucault, *Histoire de la sexualité*, Paris, Gallimard, 3 volumes, 1976-1984 ; Judith Butler, *Trouble dans le genre. Le féminisme et la subversion de l'identité*, La Découverte, 2005 [1^{re} éd. 1990], p. 189 et sq. ; Anne Fausto-Sterling, *Sexing the Body. Gender Politics and the Construction of Sexuality*, New York, Basic Books, 2000 et *Les Cinq sexes. Pourquoi mâle et femelle ne sont pas suffisants*, Paris, Payot, 2013 [1993], avec l'intéressante préface de Pascale Molinier, p. 7-38.

40. Art. 57 du Code civil (décret du 11 mars 1803) : « L'acte de naissance énoncera le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant, et les prénoms, noms, profession et domicile des père et mère, et ceux des témoins ». Pierre Garnier, qui ne connaît visiblement pas le travail de Joseph-Napoléon Loir, pense être le premier à avoir attiré l'attention sur cette question, « Du pseudo-hermaphroditisme... », op. cit., p. 286.

41. *Ibidem*, p. 292.

la Société de médecine légale qui considèrent plutôt que les erreurs de sexe à la naissance doivent, si besoin est, constituer une cause de nullité de mariage par erreur de la personne⁴².

D'autres spécialistes de l'hermaphroditisme rejoignent pourtant Garnier. En 1886, Charles Debierre, qui est encore médecin militaire et n'a pas entamé sa carrière politique, investit encore plus directement le territoire juridique en proposant une nouvelle version de l'article 57 subordonnant l'action du représentant de la loi au diagnostic médical : « Tout nouveau-né sera soumis à l'examen médical ; l'acte de naissance énoncera le sexe, mais seulement quand celui-là sera de toute évidence » – et en lui adjoignant un article additionnel : « Dans le cas de doute sur le sexe, il sera sursis jusqu'à la puberté (15 à 18 ans), époque à laquelle le sujet sera soumis à une commission médico-judiciaire qui statuera sur son sexe et sur son inscription comme homme, femme ou neutre sur les registres de l'état civil, mais, en attendant l'acte de naissance portera en marge les signes S.D. (sexe douteux) »⁴³. Le professeur de médecine légale Alexandre Lacassagne partage l'opinion de Debierre et suggère une légère variante en étendant la période de la puberté de 14 à 20 ans et, surtout, en introduisant l'idée que le ou la principal(e) intéressé(e) puisse avoir son mot à dire : « Pendant cette époque, sur sa demande, ou au commencement de la 20^e année, le sujet sera soumis, après décision du tribunal de première instance, à un examen médical qui statuera sur le sexe, et l'inscription comme homme, femme ou neutre sur les registres de l'état-civil. En attendant un arrêt du tribunal civil, l'acte de naissance portera en marge les lettres S. D. (sexe douteux) »⁴⁴.

Les textes des deux médecins, outre qu'ils introduisent civilement l'idée d'un troisième sexe « neutre », témoignent aussi de la volonté de leur corporation de renforcer leur influence dans le processus juridique, revendication qui s'exacerbe encore quand il s'agit du mariage⁴⁵. Il n'est pas anodin de voir Debierre et Lacassagne s'arroger ici le geste scripturaire du législateur – on a peine à imaginer, au même moment, un juriste proposer une ordonnance en lieu et place d'un médecin –, marquant ainsi formellement que c'est à eux de faire la loi sur pareil sujet, quitte à introduire en force le biologique dans le Code civil qui l'avait intentionnellement banni. Dès 1868, le docteur Félix Delfau, en attaquant le caractère consultatif de l'expertise médicale soumise au libre arbitre du tribunal, théorise ainsi le primat du médical sur le juridique : « Les magistrats, lorsqu'ils font appel aux lumières des médecins,

42. Pierre Garnier, *Célibat et célibataires*, Paris, Garnier, 1887, p. 91-93. Gabrielle Houbre, « Alliances "monstrueuses"... », *op. cit.*

43. Charles Debierre, « L'hermaphrodite devant le Code civil », *Archives de l'anthropologie criminelle et des sciences pénales*, 1886, tome 1, p. 338.

44. Alexandre Lacassagne, professeur à la faculté de médecine de Lyon, expert auprès des tribunaux, *Les Actes de l'état civil*, Lyon, Storck, 1887, p. 91-92 et *Précis de médecine légale*, Paris, Masson, 1906, p. 130.

45. La modification de l'article 180 du Code civil constituera une autre bataille des médecins, voir Gabrielle Houbre, « Alliances "monstrueuses"... », *op. cit.*

déclinent leur propre compétence dans la matière et se démettent d'une partie de leurs fonctions en faveur des médecins. Ces magistrats restent *juges du Droit*; mais ils instituent les médecins *juges du Fond*. Le magistrat-juge ne peut donc, ainsi que cela s'est quelquefois présenté, se refuser à accepter les rapports du *médecin-juge*⁴⁶.

À la suite de Debierre et de Lacassagne, des médecins représentant une grande diversité professionnelle entrent dans le débat. Albert Leblond, médecin de la prison de Saint-Lazare, Paul Brouardel, professeur de médecine légale, Louis Guinard, professeur à l'École nationale vétérinaire de Lyon, René Guéricolas, médecin militaire, comptent également parmi les partisans de l'inscription civile, même momentanée, d'un troisième sexe « neutre » ou « douteux »⁴⁷. D'autres, en revanche, à l'instar d'Henri Legrand du Saulle, aliéniste, de Joseph Briand, pharmacien, ou de Xavier Delore, chirurgien, se montrent plus nuancés⁴⁸. Prenant leurs distances avec la légitimation juridique d'un troisième sexe, ils préconisent d'en référer seulement aux autorités dans les cas douteux et, en cela, se réclament de Marc qui conseillait d'attendre « s'il le faut des années à observer le développement progressif du physique et du moral de l'hermaphrodite » avant de distinguer un garçon d'une fille. Toutefois, Marc, qui reconnaissait au début de la Restauration une catégorie d'« hermaphrodisme neutre avec absence de sexe » et l'attribuait à des testicules freinés dans leur descente avant d'atteindre le scrotum, prescrit d'attribuer le sexe masculin⁴⁹. Gabriel Tourdes, professeur de médecine légale, recommande également ce parti comme étant celui « qui offre le moins de chances d'erreur et d'inconvénient », trouvant moins préjudiciable de voir une fille déclarée garçon à l'état civil et élevée au milieu de jeunes gens, qu'un garçon déclaré fille évoluer dans un univers féminin⁵⁰.

Dans cette opposition bipartite sexe neutre / sexe masculin, une voix originale se fait entendre, celle du spécialiste polonais Franz Neugebauer qui, tout en discernant des hermaphrodites neutres, préconise « dans un sentiment d'humanité louable, de déclarer les enfants de sexe douteux comme s'ils étaient du sexe féminin, parce qu'en vivant au milieu des filles ils auront moins à souffrir de leurs anomalies qu'en vivant parmi des garçons, plus

46. *Devoirs et droits des médecins*, Paris, Delahaye, p. 96. Le rapport d'experts est par ailleurs une mesure d'instruction facultative, *Code de procédure civile* de 1808 (art. 302).

47. Albert Leblond, *Du pseudo-hermaphrodisme comme empêchement médico-légal à la déclaration du sexe dans l'acte de naissance*, Paris, Steinheil, 1885, p. 6-7; Paul Brouardel, « Des empêchements au mariage et de l'hermaphrodisme en particulier », *Gazette des hôpitaux civils et militaires*, 1^{er} janvier 1887, p. 2 (il modère son propos en 1904, écrivant : « un sexe neutre n'existe pas, chaque personne est homme ou femme », *Annales d'hygiène publique et de médecine légale*, 4^e série, tome 1, 1904, p. 193-204); Louis Guinard, *Précis de tératologie. Anomalies et monstruosité chez l'homme et chez les animaux*, Paris, Baillière, 1893, p. 330-331; René Guéricolas, *De l'hermaphrodisme vrai chez l'homme et les animaux supérieurs*, Lyon, Stock, 1899, p. 100 et 103.

48. Henri Legrand Du Saulle, *Traité de médecine légale et de jurisprudence médicale*, Paris, Delahaye, 1874, p. 30; Joseph Briand et Ernest Chaudé, avocat, *Manuel complet de médecine légale*, Paris, Baillière, 1874, p. 112; Xavier Delore, *Des étapes...*, *op. cit.*, p. 25.

49. Marc, « Hermaphrodite », *Dictionnaire...*, *op. cit.*, p. 115.

50. Gabriel Tourdes, *Dictionnaire encyclopédique...*, *op. cit.*, p. 648.

facilement persécuteurs», soit la position inverse de celle défendue par Tourdes et quelques autres⁵¹. Plus radicaux dans leur opposition à un quelconque sexe « neutre », les chirurgiens Théodore Tuffier et André Lapointe désavouent nommément Debierre et sa proposition de troisième sexe en se plaçant, ce qui n'est pas si fréquent, du point de vue des principaux intéressés : « Les hermaphrodites doivent être classés parmi les hommes et parmi les femmes ; et les condamner, de par la loi, à vivre en marge des deux sexes, ce serait revenir en partie aux conceptions de l'Antiquité et du Moyen Âge. La possession d'un sexe est une nécessité de notre ordre social, pour les hermaphrodites comme pour les sujets normaux », et de prôner, à la suite de Marc, Tardieu ou Tourdes, un enregistrement civil sous le sexe masculin⁵².

On retrouve l'opposition bipartite sexe neutre / sexe masculin chez les juristes, et cela d'autant plus logiquement qu'ils s'appuient sur les travaux des médecins pour développer leurs théories. Ainsi, en 1872, le doyen de la faculté de droit de Nancy, Philippe Jalabert, se fonde essentiellement sur Tardieu pour affirmer que « les données de la science confirment donc la division absolue des personnes en deux genres », tandis qu'à la fin du siècle, le juriste Eugène Wilhem, reprenant l'expression *neutrius generis* employée par les docteurs Virchow et Neugebauer et traduite par « sans sexe, insexuel », opte pour que les « enfants nés avec des malformations importantes des organes génitaux [soient] déclarés “hermaphrodites” auprès de l'état civil »⁵³. Il rappelle à ce propos la proposition de Debierre pour aussitôt prendre ses distances avec elle, critiquant l'omniprésence médicale qui la sous-tend autant que la création définitive d'un troisième sexe. Wilhem assortit sa propre disposition temporaire d'un sexe hermaphrodite à la naissance de la possibilité pour la personne concernée de choisir son sexe, masculin ou féminin, à partir de sa majorité, dans l'esprit des Codes bavarois et prussien du XVIII^e siècle. Par ailleurs, il maintient la prééminence du droit sur la médecine, en confiant au procureur et au tribunal le soin de trancher en cas de litige entre l'hermaphrodite et les médecins intervenant dans le processus d'adoption finale du sexe⁵⁴.

*

Le Code civil français, en conformité avec la tradition juridique du dimorphisme sexuel hérité du droit romain, ne verra, *in fine*, aucune modification concernant la déclaration du sexe masculin ou féminin à la naissance

51. Cité par Théodore Tuffier et André Lapointe, « L'hermaphroditisme... », *op. cit.*, p. 257.

52. Théodore Tuffier et André Lapointe, « L'hermaphroditisme, ses variétés et ses conséquences pour la pratique médicale », *Revue de gynécologie et de chirurgie abdominale*, tome 16, 1911, p. 256.

53. Philippe Jalabert, « Examen doctrinal de jurisprudence civile », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 22^e année, tome II, 1872-1873, p. 132 ; Eugène Wilhem, « L'hermaphrodite et le droit », *op. cit.*, p. 292. Wilhem est surtout connu pour publier, sous son nom et sous son pseudonyme de Numa Praetorius, des livres et articles sur les questions du sexe et de l'homosexualité.

54. *Ibidem*, p. 292-293.

et n'évoquera en aucune manière un quelconque troisième sexe, neutre, douteux, ou hermaphrodite, comme d'ailleurs, à la même époque, le Code allemand de 1900, le Code suisse de 1907 ainsi que le droit autrichien, italien et russe⁵⁵. Il est donc hautement improbable de lire dans des actes de naissances une asexuation, même provisoire, d'un nouveau-né. Il existe cependant quelques rarissimes exemples d'irrégularités juridiques. Ainsi l'acte de naissance de Camille Duvau, né à Saint-Germain-en-Laye le 13 octobre 1885, a été déclaré initialement « Camille Henri, du sexe masculin », avant que ne soient rayés les mots « Henri, du sexe masculin » au profit de la mention marginale « Dont le sexe n'a pu être déterminé, et à revoir »⁵⁶. Un acte précurseur... de la nouvelle loi allemande.

*Gabrielle Houbre est maîtresse de conférences
à l'Université Paris Diderot*

55. *Ibidem*, p. 293.

56. Arch. dép. Yvelines (en ligne) et Adrien de Mortillet, « Jeune hermaphrodite », *Bulletins de la société d'anthropologie de Paris*, Paris, Masson, tome 8, 1885, p. 650-652. Les docteurs Ricoux et Aubry mentionnent également un acte de naissance qui, en 1828, portait la mention « sexe hermaphrodite », « Un prétendu androgyne dans un service de femmes », *Le Progrès médical*, tome 10, n° 37, 1899, p. 183. La commune n'étant pas indiquée, il a été impossible de vérifier cette assertion.