



# **Les ambiguïtés sexuelles anatomiques en droit romano-canonique**

Laurent Kondratuk

## **► To cite this version:**

Laurent Kondratuk. Les ambiguïtés sexuelles anatomiques en droit romano-canonique. Eva Pibiri; Fanny Abbott. Féminité et masculinité altérées : transgression et inversion de genres au Moyen Âge, 78, Sismel-Edizioni del galluzzo, pp.121-143, 2017, Micrologus Library, 978-88-8450-763-1. <hal-01489282>

**HAL Id: hal-01489282**

**<https://hal.science/hal-01489282v1>**

Submitted on 5 Mar 2022

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization

# Les ambiguïtés sexuelles anatomiques en droit romano-canonique<sup>1</sup>

Laurent Kondratuk

[121] Les ambiguïtés sexuelles sont de deux types : soit elles sont relatives à un comportement sexuel anormal, minoritaire dans la société ; soit elles concernent une déformation anatomique, de naissance ou du fait d'une action humaine. et il s'agit alors d'une anormalité physique. De l'un ou l'autre type, l'ambiguïté sexuelle a interrogé la morale, la religion et le droit.

Nous étudierons cette question de l'ambiguïté sexuelle anatomique en deux temps. Nous commencerons par aborder la question de l'androgynie et de l'hermaphrodisme sous l'angle mythologique, religieux et juridique (1), en tâchant de déterminer à quel moment surgit et se diffusa le mythe d'hermaphrodite dans la société occidentale (A), en voyant ensuite comment les antiques, les juristes romains au premier plan, élaborèrent toute une casuistique afin d'incorporer l'ambiguïté anatomique des hermaphrodites dans le droit privé, comment ils la théorisèrent pour lui donner un semblant de vérité, la sortir du mythe (B).

Après l'hermaphrodite, on s'intéressera au statut de l'eunuque (2) en l'abordant tout d'abord sous l'angle du droit séculier (A), puis dans les droits religieux, tant juif que canonique (B).

---

<sup>1</sup> Publication dans : Eva Pibiri, Fanny Abbott (dir.), *Féminité et masculinité altérées : transgression et inversion de genres au Moyen Âge*, Firenze, Sismel, Edizioni del Galluzzo (coll. « Micrologus Library », 78), 2017, 121-143

Je remercie les responsables scientifiques et l'éditeur d'avoir autorisé l'ouverture de la contribution en mars 2022, 5 ans après l'édition papier. Les chiffres gras entre crochets, dans le corps du texte, renvoient à la pagination de l'édition papier.

# 1. Hermaphrodisme et androgynie

## A. Androgynie, mythologie et christianisme

L'androgynie ou l'hermaphrodisme, à savoir « [...] la réunion des deux sexes sur le même individu, ou l'existence chez un individu d'un vice de conformation, qui donne à un sexe [122] l'apparence de l'autre »<sup>2</sup> est un phénomène relativement ancien qui est tout d'abord apparu dans les récits mythologiques et les religions archaïques.

Nombreuses sont les divinités qui sont androgynes. On en rencontre dans les cultes asiatiques, du Proche-Orient Ancien, chypriote<sup>3</sup>, syro-phéniciens (Astarté) voire helléniques (Cybèle). Ce ne fut que plus tardivement que se développa en Grèce le mythe d'hermaphrodite, fils d'Hermès et d'Aphrodite, dont la légende, rapportée notamment par Ovide et d'autres auteurs (Martial, Diodore de Sicile) aux alentours du I<sup>er</sup> siècle avant notre ère et celui après, voulait qu'il devint un être bisexué, fruit de l'accouplement

---

<sup>2</sup> G. Tourdes et E. Metzquer, *Traité de médecine légale théorique et pratique*, Paris 1896, 187. Il est selon nous plus juste de parler de pseudo-hermaphrodisme puisque l'hermaphrodisme parfait est l'apanage des mollusques et des crustacés. Afin d'éviter d'alourdir inutilement le texte, nous emploierons les termes *hermaphrodite* et *hermaphrodisme*.

<sup>3</sup> « C'est par l'intermédiaire de Chypre que la conception religieuse de l'hermaphrodisme a pénétré en Grèce [...] S'il est vrai qu'à l'origine il n'y a eu qu'une divinité unique réunissant en elle les deux sexes, à Chypre comme ailleurs, à une époque qu'on ne peut déterminer, mais sans doute très anciennement, cet être unique a fini par se dédoubler ; et à côté d'Aphrodite, est apparu Aphroditos, véritable Aphrodite mâle [...] représenté barbu et phallophore, avec un torse de femme, portant le sceptre, mais vêtu d'habits féminins [...] Dans les cérémonies qui lui étaient consacrées, les hommes s'habillaient en femmes et les femmes en hommes » - L. Couve, « Hermaphroditus », C. Daremberg et E. Saglio (dir.), *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, III, Paris 1900, 136.

avec la nymphe Salmacis<sup>4</sup>.

Mircea Eliade expliquait que le seul cadre toléré d'un côtoiement de l'androgynie et du religieux était de deux ordres. Il y avait tout d'abord l'androgynie divine, les mythes de dieux aux caractères sexuels masculins et féminins (Dionysos, la Vénus chauve, Zervan, etc.). Il y avait, d'autre part, l'androgynisation rituelle, se manifestant par des travestissements, lors de rites nuptiaux en particulier (Grèce antique, Perse, Inde), voire des castrations-émasculations (culte de Cybèle)<sup>5</sup>.

En dehors de ce cadre, « l'hermaphrodite concret, anatomique, était considéré comme une aberration de la Nature ou un signe de la colère des dieux et, par conséquent, supprimé sur-le-champ. Seul [123] l'androgynie rituel constituait un modèle, parce qu'il impliquait, non le cumul des organes anatomiques, mais, symboliquement, la totalité des puissances magico-religieuses des deux sexes »<sup>6</sup>.

L'androgynie divine et l'androgynisation rituelle sont des phénomènes relativement anciens, attestés dans de multiples cultures et civilisations. Le passage, en revanche, de l'androgynie « sacrée » à une androgynie « profane », matérialisée humainement (si l'on peut dire) est très récent dans l'histoire de l'Occident. On peut même attirer l'attention sur le fait que si le mythe de l'être primordial androgynique d'Aristophane, rapporté par Platon dans *le Banquet*, est peut-être la transcription d'un mythe cosmogonique transmis oralement aux alentours du IV<sup>e</sup> siècle avant notre ère<sup>7</sup>, il y eut une inflation certaine de textes et de récits se voulant authentiques, consacrés à la divinité hermaphrodite ou à des cas d'ambiguïté corporelle, autour du I<sup>er</sup> siècle de notre ère<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> Ovide, *Métamorphoses*, IV.285s.

<sup>5</sup> M. Eliade, *Méhistophélès et l'androgynie*, Paris 1995, 111-179.

<sup>6</sup> M. Eliade, *Méhistophélès*, 144.

<sup>7</sup> Platon, *Le Banquet*, 189d-193d.

<sup>8</sup> On ne mentionne que deux textes dans le corps de cette étude, pour un inventaire exhaustif des textes de la littérature antique relatifs à l'androgynie

D'ailleurs le point de départ de la considération de cette question, pour le juriste, serait peut-être à dater de ce I<sup>er</sup> siècle. Il est à noter, tout d'abord, que la théorie ou le fantasme d'une bisexualité corporelle dans la littérature était contemporain d'une croyance dans l'unisexuation de l'homme (théorisée par Galien de Pergame au II<sup>e</sup> siècle de notre ère)<sup>9</sup>. On soulignera, d'autre part, qu'à partir du III<sup>e</sup> siècle avant notre ère, les grands pontifes décidèrent de faire afficher la *Tabula Pontificis* qui relatait les principaux événements de l'année. La *Tabula* rendait notamment publics les prodiges survenus et les faisait ainsi sortir du cadre strictement sacerdotal. De nombreux annalistes utilisèrent ces chroniques, parmi lesquels Tite-Live, et les récits de plus en plus circonstanciés résultaient du passage de la tradition orale à l'écrit<sup>10</sup>.

[124] Pline l'ancien, dans son *Histoire naturelle* (VII.3) évoque à la fois l'hermaphrodite comme source de plaisirs (*deliciis*), démultiplicateur de possibilités sexuelles, à l'époque où il écrit (1<sup>er</sup> siècle de notre ère) mais relate bien le fait qu'il ait été perçu, par le passé, comme un prodige et cite un cas de mutation sexuelle<sup>11</sup>.

---

et l'hermaphrodisme : P. Charlier, *Les monstres humains dans l'Antiquité. Analyse paléopathologique*, Paris 2008, 255-308.

<sup>9</sup> L'homme, parfait, ayant ses parties génitales à l'extérieur de son corps et la femme, imparfaite ou non achevée, les ayant quant à elle, comme par effet de miroir, à l'intérieur. Voir sur cette question : T. Laqueur, *La Fabrique du sexe. Essai sur le corps et le genre en Occident*, Paris 1992, 42ss.

<sup>10</sup> R. Bloch, *Les prodiges dans l'Antiquité classique*, Paris 1963, 112ss.

<sup>11</sup> « Il naît aussi des êtres, qui participent des deux sexes : nous les appelons hermaphrodites ; jadis on les appelait androgynes et on les considérait comme des prodiges, aujourd'hui, au contraire, comme une source de plaisir [...] Le changement de femmes en hommes n'est pas une fable. Nous avons trouvé dans les annales qu'à Casinum, sous le consulat de P. Licinius Crassus et de C. Cassius Longinus, une fille encore sous la puissance paternelle devin garçon et fut transférée sur l'ordre des haruspices dans une île déserte. Licinius Mucianus a rapporté qu'il avait connu personnellement à Argos un nommé Arescon, qui avait porté le nom d'Arescusa et avait même pris mari ; plus tard, il se vit pousser la barbe avec tous les signes de la virilité et prit femme. Cet auteur a été le témoin de la même aventure chez un garçon de Smyrne. Moi-même, j'ai vu, en Afrique, un citoyen de Thysdrus, L. Consitius, changé en homme, le jour de son

Tite-Live, dans son *Histoire romaine* rédigée là encore au premier siècle, rendit compte d'un cas d'hermaphrodisme aux Sabines durant les consulats de Gaius Claudius [Nero] et de Marcus Livius (soit vers l'an 208 avant notre ère). Cet enfant naquit avec un sexe tellement incertain, à la fois masculin et féminin, qu'on ne parvint à déterminer à la puberté quelque prédominance. Ce type de monstre était, à l'instar d'autres prodiges indique Tite-Live, déporté au-delà de la mer<sup>12</sup>.

L'hermaphrodisme, l'androgynie et l'ambiguïté sexuelle tiennent une place de premier ordre dans les religions de l'Antiquité (n'épargnant pas la religion romaine, bien qu'elle y fut assez peu sensible). Ces figures commencent à pénétrer dans la littérature romaine au I<sup>er</sup> siècle et le christianisme primitif a, lui aussi, été concerné par cette question.

À l'instar des autres religions, cette rencontre de l'androgynie et du christianisme est à marquer du double sceau du dégoût et [125] de la sacralisation. L'androgynie a été abordé aussi bien dans les théories cosmogoniques et eschatologiques que christologiques, mais on s'arrêtera sur le fait que les intellectuels chrétiens rendirent compte par l'intermédiaire d'ouvrages de type encyclopédique, tout comme purent le faire les philosophes de l'Antiquité, de récits et autres théories sur l'hermaphrodisme et l'androgynie. Leur démarche n'était absolument pas originale, ces auteurs, parmi lesquels Augustin d'Hippone et Isidore de Séville, mettaient par écrit des savoirs qui se transmettaient par la tradition orale, traversaient toutes les disciplines, dont l'objectif était de faire des membres du clergé des intellectuels « polyvalents ».

---

mariage » (Pline l'Ancien, *Histoire naturelle*. VII, Paris 1977, 49-50). Signalons que Aulu Gelle (II<sup>e</sup> siècle de notre ère), dans les *Nuits attiques*, reproduit également cette histoire (IX.4.16).

<sup>12</sup> Tite Live, *Histoire romaine*, XXXI.12.6-8 : « *In Sabinis incertus infans natus, masculus an femina esset, alter sedecim iam annorum item ambiguo sexu inventus [...]* Fœda omnia et deformia errantisque in alienos fetus naturæ visa ; ante omnia abominati semimares iussique in mare extemplo deportari, sicut proxime C. Claudio M. Livio consulibus deportatus similis prodigii fetus erat ».

On rencontre la figure de l'androgynisme chez Augustin d'Hippone (IV<sup>e</sup>-V<sup>e</sup> s.) en plusieurs endroits de son œuvre.

Dans le *De Civitate Dei*, l'hermaphrodite figure au milieu d'un catalogue de monstres qui peuplent la terre (XVI.8) : « Les androgynes, appelés aussi hermaphrodites, dit Saint Augustin, bien que relativement rares, peuvent cependant se rencontrer de temps en temps ; chez eux, les deux sexes sont apparents, si bien qu'on ne sait pas duquel ils doivent recevoir leur nom. La coutume a prévalu de les appeler d'après le plus noble, c'est-à-dire le masculin. En effet, personne ne dit une androgynisme ou une hermaphrodite »<sup>13</sup>.

Comme nombre d'auteurs de cette période, Saint Augustin se contente de donner des définitions, il est plutôt allusif. Il ajoute toutefois que les hermaphrodites prennent le genre grammatical masculin, jugé plus noble, ou peut-être plus enviable. Nous remarquons qu'il n'assortit pas ses définitions de considérations juridico-canoniques, et ne dit pas quelle attitude devrait adopter le légiste si un cas d'hermaphrodisme était avéré. Pour lui, l'hermaphrodisme semble être de l'ordre, si ce n'est du mythe, en tout cas de l'extraordinaire. L'inconnu, le monstrueux, n'est pas pour autant inconsideré. Le Père de l'Église, n'écarter aucun [126] questionnement, le considère dans son argumentation : s'interroger sur la place de l'hermaphrodite ou du monstre dans le dessein de Dieu n'est pas impertinent. Bien au contraire, c'eût fait défaut dans la démarche dialectique s'il ne l'avait envisagé.

Comment s'achève ainsi cette partie descriptive relative aux différents monstres qui peuplent ou peuplèrent la terre ? Peut-on, s'interroge Augustin, les considérer comme descendants d'Adam, inscrits dans le dessein du Dieu créateur et, cette interrogation

---

<sup>13</sup> Saint Augustin, *Œuvres*. II. *La Cité de Dieu*, Paris, Gallimard, 2000, 662-663. (pour la présente traduction). « *Androgyni, quos etiam Hermaphroditos nuncupant, quamvis ad modum rari sint, difficile est tamen ut temporibus desint, in quibus sic uterque sexus apparet, ut, ex quo potius debeant accipere nomen, incertum sit ; a meliore tamen, hoc est a masculino, ut appellarentur, loquendi consuetudo prævaluit. Nam nemo umquam Androgynæcas aut Hermaphroditas nuncupavit* ». (Aurelii Augustini, *Opera*, pars XIV.2, *De Civitate Dei*, libri XI-XXII, Turnholt 1955, 509).

sous-tend un autre problème, le monstre a-t-il une âme qu'il devrait sauver ? Saint Augustin se montre prudent à cet égard et laisse au lecteur le soin de trancher la question : « [...] Mais, si ce sont bien des hommes sur lesquels on a écrit ces merveilles, Dieu n'aurait-il pas voulu créer ces races extraordinaires pour nous éviter de nous tromper en pensant que, dans la naissance de ces monstres, sa sagesse, créatrice de la nature humaine, s'est trompée comme pourrait le faire un quelconque artisan maladroit ? C'est pourquoi il ne doit pas nous sembler absurde qu'il y ait, dans les nations, certains peuples de monstres comme il y a dans l'ensemble du genre humain quelques individus monstrueux. Ainsi, pour mettre un terme à cette discussion avec précaution et prudence : ou bien ces récits sur de telles races sont faux, ou bien celles-ci ne relèvent pas de l'espèce humaine, ou bien, si elles en relèvent, elles descendent d'Adam »<sup>14</sup>. Le commentateur Balde degli Ubaldi, au XIV<sup>e</sup> siècle, répond en quelque sorte à Augustin en abordant la question du monstre comme personne juridique douée d'une âme : « On peut présumer que celui qui n'a pas de corps humain ne dispose pas d'une âme humaine, car on présume que la nature ne met pas d'âme là où il n'y a pas de corps »<sup>15</sup>.

[127] Le second auteur chrétien chez lequel est évoquée la figure de l'hermaphrodite est Isidore de Séville (VI<sup>e</sup>-VII<sup>e</sup> siècles). Isidore de Séville, probablement plus qu'Augustin, a légué une

---

<sup>14</sup> Saint Augustin, *Œuvres*. II. *La Cité de Dieu*, 662-663 – « *Sed si homines sunt, de quibus illa mira conscripta sunt : quid, si propterea Deus voluit etiam nonnullas gentes ita creare, ne in his monstros, quae apud nos oportet ex hominibus nasci, eius sapientiam, qua naturam fingit humanam, velut artem cuiuspiam minus perfecti opificis, putaremus errasse ? Non itaque nobis videri debet absurdum, ut, quem ad modum in singulis quibusque gentibus quaedam monstra sunt hominum, ita in universo genere humano quaedam monstra sint gentium. Quapropter ut istam quaestionem pedetentim cauteque concludam : aut illa, quae talia de quibusdam gentibus scripta sunt, omnino nulla sunt ; aut si sunt, homines non sunt ; aut ex Adam sunt, si homines sunt* ».

<sup>15</sup> « *Quod non habet corpus hominis, animam hominis non praesumitur habere, quia praesumitur quod natura non ponat animam ubi non est corpus* » - cité par V. Marchetti, *L'Invenzione della bisessualità. Discussioni tra teologi, medici e giuristi del XVII secolo sull'ambiguità dei corpi e delle anime*, Milano 2001, 71 note c.



œuvre encyclopédique dont les répercussions furent considérables sur la formation des intellectuels durant le Moyen Âge. Cet évêque de l'Espagne wisigothe traita quasiment tous les domaines du savoir, tant la grammaire, la géométrie, les mathématiques, la zoologie ou encore le droit. On peut voir en lui l'un des artisans de la transmission du droit romain dans les milieux ecclésiastiques, entre les VII<sup>e</sup> et XI<sup>e</sup> siècles.

Augustin traitait les monstres en les intégrant dans une réflexion théologique, Isidore de Séville, dans ses *Étymologies* (XI.3), s'intéresse partiellement, quant à lui, au problème de la filiation adamique tout en ambitionnant davantage de classer ou répertorier systématiquement ces monstres. Les monstres (XI.3.7-39) se répartissent ainsi en : monstres individuels (§ 7-11) ; races monstrueuses (§ 12-27) ; monstres fictifs (§ 28-32) et hommes-bêtes (§ 33-39). Il classe les hermaphrodites parmi les prodiges (*De Portentis*) qui sont, mais il ne fait que paraphraser Varron, « [...] ceux qui sont nés contre la nature ». Toutefois, ces derniers ne sont « [...] pas contre nature, qui est le fruit de la volonté divine, étant la volonté du Créateur la nature de toute chose créée [...] ils ne sont pas contre nature mais vont à l'encontre de la nature créée »<sup>16</sup>. Ces *portenta* sont nommés ainsi car ils annoncent un événement futur, généralement malheureux <sup>17</sup> : survivance d'une croyance ancestrale, bien ancrée dans les consciences des antiques et qui se transmet aux médiévaux.

Isidore de Séville, après des définitions générales, une présentation des nains (ou pygmées), de ceux qui naissent avec une tête et une jambe, avec une tête ou un corps d'animal, en vient aux [128] hermaphrodites ou androgynes <sup>18</sup>. Sa source est très

---

<sup>16</sup> Isidore de Séville, *Etymologies*, XI.3.1 : « *Portenta esse [...] quae contra naturam nata videntur ; sed non sunt contra naturam, quia divina voluntate fiunt, cum voluntas Creatoris cuiusque conditae rei natura sit [...] Portentum ergo fit non contra naturam, sed contra quam est nota natura* ». - Isidoro di Siviglia, *Etimologie o Origini*, volume primo (libri I-XI), Torino 2004, 922-923.

<sup>17</sup> « *Prodigia, quod porro dicant, id est futura praedicant* » (*idem*).

<sup>18</sup> Il aborde encore, après les hermaphrodites : les géants, les cyclopes, les centaures et minotaures, les hydres, les hippocentaures, etc.

probablement platonicienne puisqu'on rencontre des similitudes avec le mythe d'Aristophane chez Platon ou des écrits de Pline l'Ancien, à savoir la latéralité anatomique<sup>19</sup>.

Ces ouvrages synthétiques connurent une postérité certaine durant le Moyen Âge (XIII<sup>e</sup> siècle), notamment dans le *De Naturis rerum* de Thomas de Cantimpré et le *Speculum naturale* de Vincent de Beauvais<sup>20</sup>.

## B. L'hermaphrodite en droit romain et canonique

L'homme de l'Antiquité était persuadé de l'existence de l'hermaphrodisme, bien qu'il n'en avait peut-être aucune connaissance empirique. Les mythes et récits littéraires, hérités pour bonne part de la culture hellénique, s'ils n'étaient pas forcément crus dans leur intégralité, étaient vus comme métaphore de la réalité.

À ce titre, la possession d'attributs sexuels mâle et femelle n'était pas inenvisageable, y compris par le juriste qui devait parer à l'éventualité du surgissement du sujet hermaphrodite dans le théâtre juridique.

Ce surgissement de l'hermaphrodite dans le système juridique romain, à partir du II<sup>e</sup> siècle (chez Ulpien tout d'abord), n'est probablement pas le fruit du hasard. Il a bien fallu, un temps

---

<sup>19</sup> « *Alia comixtione generis, ut ἀνδρόγυνοι et ἑρμαφροδίται vocantur. Hermaphroditæ autem nuncupati eo quod eis uterque sexus appareat. Ἑρμῆς quippe apud Græcos masculus* [Variante : « Graecos Mercurius est » (PL 82, col. 421.)], *Ἀφροίτη fœmina nuncupatur* [Variante « Venus nuncupatur » (PL 82, col. 421.)]. *Hi dextram mamillam virilem, sinistram muliebrem habentes vicissim cœundo et gignunt et pariunt* » - Isidoro di Siviglia, *Etimologie o Origini*, 926-927. Voir également PL 82, col. 420-421.

<sup>20</sup> Sur ces listes de monstres durant le Moyen Âge, voir Brun Roy, « En marge du monde connu : les races de monstres », dans G.-H. Hallard (dir.), *Aspects de la marginalité au Moyen Âge*, Montréal 1975, 70-81.

donné, que l'ambigu sexuel, sorte de la catégorie des prodiges, et soit en quelque sorte démystifié afin de devenir une personne juridique.

La naissance d'un enfant à l'anatomie génitale ambiguë fut longtemps considérée comme un prodige, un mauvais présage pour [129] la cité. Les aruspices, soit ordonnaient la suppression physique de ces monstres (enfermés dans des boîtes jetées en haute mer), soit les exilaient *ad insulam*, « *consulibus deportatus* » (Tite-Live).

Plinie l'Ancien, écrivant au I<sup>er</sup> siècle de notre ère, indiquait que l'hermaphrodite n'était déjà plus signe de catastrophe aux yeux de ses contemporains. S'il n'était plus un message des dieux adressé aux hommes, quel pouvait être désormais son statut ? Était-il toujours monstrueux, ou passait-il dans la catégorie des personnes juridiques, douées de droits et d'obligations, en capacité de poser des actes ?

La question ne trouve pas de réponse évidente. Il semblerait, si on l'interprète littéralement, que la définition de l'*ostentum* par Labéon (rapportée par Ulpien et qui figure dans le *Digeste*), s'applique aussi à l'hermaphrodite<sup>21</sup>. L'*ostentum* étant soit un être naissant contre-nature, avec quelque difformité, soit un prodige. Tout être naissant avec une difformité serait-il alors monstrueux ou contre-nature ; et, finalement, qu'est-ce qu'un prodige ? Le *dictum* de Labéon (50 av. et 20 de notre ère) mériterait certainement d'être nuancé car il pourrait établir un amalgame entre ce qui contredit la nature et le prodige<sup>22</sup>. Une autre définition,

---

<sup>21</sup> D. 50.16.38. Ulpianus 25 ad ed. : « "*ostentum*" Labeo definit omne contra naturam cuiusque rei genitum factumque. duo genera autem sunt ostentorum : unum, quotiens quid contra naturam nascitur, tribus manibus forte aut pedibus aut qua alia parte corporis, quae naturae contraria est ; alterum, cum quid prodigiosum videtur, quae graeci fantasmata vocant ».

<sup>22</sup> Raymond Bloch estime que les termes « prodigium », « portentum » et « ostentum » ne rapportent pas au présage, relatif à l'avenir, mais contiennent davantage « l'idée d'avertissement, de signe, de merveille. Cela est conforme à la valeur primitive du prodige dans la mentalité latine : il est le signe terrifiant de la colère des Dieux et suscite chez l'homme un sentiment d'*horror*, un frémissement qui le saisit devant l'intervention tangible des forces divines. Mais

placée quant à elle dans le chapitre « *de statu hominum* » du *Digeste* de Justinien, classe les monstres et les prodiges, à l'instar des esclaves, dans la catégorie des non-libres, donc des *res Mancipi* ou des *alieni iuris*<sup>23</sup>.

[130] Les hermaphrodites ne semblent pas concernés par cette définition au vu des occurrences présentes dans le *Corpus iuris civilis*. Sont-ils alors « hommes » ou « femmes » ou un troisième genre ; sont-ils libres, c'est-à-dire ingénus, peuvent-ils prétendre aux mêmes droits que ces derniers, ou sont-ils sous le pouvoir (*mancipium*), la tutelle ou la curatelle d'un tiers ?

Jean Bodin, lorsqu'il édita sa *Iuris universi Distributio* (1578), fit de l'hermaphrodite un genre à part entière, aux côtés de l'homme et de la femme. Toutefois nous remarquons combien cette option de la création d'un « troisième sexe » est inopérante pour le casuiste romain. Non seulement il n'entendait pas remettre en cause la binarité homme-femme, en admettant un genre bisexué, mais fit tout le contraire en solidifiant la binarité dans nombre de situations juridiques où la connaissance du genre était requise.

On ne trouve pas de définition de l'hermaphrodite dans le *Corpus iuris civilis*. Ulpien, dont la formule est reprise dans le *Digeste* de Justinien, pose la question de l'assimilation de la personne hermaphrodite : « *Quaeritur, hermaphroditum cui comparamus ? et magis puto eius sexus aestimandum, qui in eo praevalet* » [« On se demande à qui l'on compare l'hermaphrodite ? On pense qu'il appartient au sexe qui prévaut en lui »].<sup>24</sup>

À côté de cette définition, on évoquera deux endroits où le juriste romain envisagea la figure de l'hermaphrodite.

Le premier cas envisagé est la capacité pour l'hermaphrodite

---

il ne préfigure pas l'avenir ». (R. Bloch, *Les prodiges*, 85-86).

<sup>23</sup> D. 1.5.14 Paulus 4 sent. : « *Non sunt liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur: veluti si mulier monstrosum aliquid aut prodigiosum enixa sit. partus autem, qui membrorum humanorum officia ampliavit, aliquatenus videtur effectus et ideo inter liberos connumerabitur* ».

<sup>24</sup> D. 1.5.10. Ulpianus 1 ad Sabinum.

de témoigner lors de l'ouverture et de la lecture d'un testament. L'hermaphrodite peut-il, s'interroge Paul dans ses *Sentences* (IV<sup>e</sup> siècle), être utilisé, c'est-à-dire assister en qualité de témoin, pour la lecture d'un testament... la réponse est affirmative après s'être assuré du bon fonctionnement de ses organes génitaux<sup>25</sup>.

Cela signifie que l'ambiguïté sexuelle est admise mais que par la stimulation, on veut tâcher de déterminer la prévalence du sexe masculin sur le sexe féminin. L'hermaphrodite doit donc, à lire ce texte, être hermaphrodite à prédominance « masculine », virile. Il s'agit là de la première qualité qu'il doit posséder pour [131] témoigner lors de l'ouverture d'un testament. Cela signifie aussi, même si le législateur ne l'évoque pas, qu'il est entendu que l'hermaphrodite admis au témoignage, si le sexe viril est prédominant, possède nécessairement les autres qualités du témoin, à savoir qu'il est citoyen (ou Latin, en tout cas *ingenuus*), pubère, sain d'esprit (par opposition au *furiosus* ou au *demens*) et qu'il n'appartient ni à la famille du testateur ni à celle du légataire<sup>26</sup>.

Poser la question du droit de témoigner à la lecture du testament a pour corollaire la possibilité de tester, qui est le second cas envisagé par le casuiste : « L'hermaphrodite, si prévaut en lui le sexe viril, peut instituer un héritier posthume »<sup>27</sup>. Là encore cet article du *Digeste* de Justinien place incontestablement l'hermaphrodite parmi les personnes capables : l'hermaphrodite peut faire hériter un enfant posthume donc, par extension, il est susceptible d'instituer un héritier tout court.

La capacité à tester comprend approximativement les mêmes conditions que pour la capacité à témoigner à l'ouverture du testament. Le testateur doit, cela va de soi, posséder un patrimoine.

---

<sup>25</sup> « *Hermaphroditus an ad testamentum adhiberi possit, qualitas sexus incaloescentis ostendit* » - D. 22.5.15. Paulus 3 sent.

<sup>26</sup> Sur la forme du testament romain : P.-F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris 1918, 813-829.

<sup>27</sup> « *Hermaphroditus plane, si in eo virilia praevallebunt, postumum heredem instituere poterit* » - D. 28.2.6. Ulpianus 3 ad Sabinum.

La capacité de possession du patrimoine est conditionnée, pour beaucoup, par la condition même de la personne. Ainsi, un esclave n'avait le droit de transmettre qu'une moitié de son pécule ; et seuls deux types de péculs, obtenus par des fils de famille étaient transmissibles : le pécule castrense et le pécule quasi-castrense<sup>28</sup>. Enfin, le testateur doit être pubère, sain d'esprit, ne doit pas être prodigue et, à partir de Justinien, n'être pas sujet à une condamnation pour hérésie<sup>29</sup>.

Ulpien, dans cet article, n'évoque qu'un type d'héritier : le posthume. La mention de cet enfant né après la mort du testateur et qui doit être déterminé (mentionné sur le testament ou né de l'épouse légitime), peut laisser entendre que le législateur [132] romain admettait l'hypothèse de la procréation par la personne hermaphrodite et celle de son union légitime avec une femme.

Ces trois références à l'hermaphrodisme dans le *Digeste* de Justinien, qui datent du II<sup>e</sup> et du IV<sup>e</sup> siècle, puisqu'elles proviennent des œuvres de Ulpien et de Paul, nous permettent d'ores et déjà de remarquer, ce avant d'aborder la question des eunuques, que le législateur romain concevait le genre exclusivement en fonction du sexe anatomique. La *mollitia*, l'attitude efféminée, le recours au travestissement n'avaient, semble-t-il, aucune incidence sur la considération du genre de la personne. Seules les parties génitales permettaient de classer soit dans le genre masculin, soit dans le genre féminin. Yan Thomas avait raison de dire que la réponse du droit écartait délibérément l'aporie et qu'il fallait nécessairement classer l'hermaphrodite de l'un ou l'autre côté, ce malgré l'hypothèse d'une ambiguïté confrontant à l'indécidable<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> Le fils de militaire pouvait prétendre transmettre son pécule castrens s'il mourait à la guerre ; quant au pécule quasi-castrens, constitué par les honoraires ou les donations faits à des enfants au service de la cour ou de l'Église, il fut assimilé au pécule castrens, sous Justinien.

<sup>29</sup> C. 1.7.2.4 et C. 1.5.4.5.

<sup>30</sup> Y. Thomas, « La division des sexes en droit romain », dans P. Schmitt-Pantel (dir.), *Histoire des femmes en Occident. 1. L'Antiquité*, Paris 2002, 133.

On n'a pas mentionné le droit juif, ni le droit de l'Eglise chrétienne primitive, concernant la question de l'hermaphrodisme. L'hermaphrodite semble absent de la littérature juridique juive qui s'est en revanche, on le verra, penchée sur la place de l'eunuque dans la communauté.

Le constat est similaire pour le droit canonique. La figure de l'eunuque a pu très tôt interroger le canoniste, puisque l'eunuque (de naissance ou castré de main d'homme) était un individu à la place bien déterminée dans la société antique, dans la sphère profane, et dont on devait envisager l'intégration dans une communauté de croyants, dans la sphère sacrée. L'hermaphrodite n'a pas fait l'objet d'un traitement particulier, dans la littérature canonique, avant le XII<sup>e</sup> siècle.

En effet, le sujet hermaphrodite n'est cité, dans le *Décret* de Gratien (vers 1140), que comme sujet apte au témoignage lors de la lecture du testament, et encore s'agit-il là d'une reprise du *Digeste* de Justinien (*D. 22.5.15 De testibus*), et non d'une rédaction originale<sup>31</sup>. Gratien ne mentionne pas l'hermaphrodisme en [133] quelque autre endroit du *Décret* où ce sujet serait susceptible de trouver une application, à savoir l'ordination sacerdotale, la prise de l'habit religieux ou le mariage. Il s'agit de toute évidence d'une question ne présentant pas d'intérêt particulier pour le canoniste.

Un siècle plus tard, la figure de l'hermaphrodite est brièvement citée dans la *Summa* d'Hostiensis (vers 1253), à l'initiative de l'auteur, dans le commentaire du titre des *Décrétales* de Grégoire IX (1234) relatif à la frigidity et à l'impuissance<sup>32</sup>. Nous pouvons dire, pour synthétiser que, à une exception près, le *Corpus iuris canonici* ignore absolument la question hermaphrodite.

Ce n'est qu'à la fin du XVI<sup>e</sup> siècle qu'apparaissent

---

<sup>31</sup> C. 4. 2-3. 3 : « *Repetundarum damnatus nec ad testamentum nec ad testimonium adhiberi potest. Hermaphroditus an ad testamentum adhiberi possit, qualitas incalescentis ostendit* ».

<sup>32</sup> Commentaire d'Hostiensis de X. 4.15.1. : Henrici de Segusio Cardinalis Hostiensis, *In tertium Decretalium librum Commentaria*, Venetiis, Apud Iuntas 1581, 31a.

simultanément des procès d'hermaphrodites et des traités de droit canonique qui leur accordent, de manière plus systématique, une place soit dans la partie matrimoniale, soit dans la partie relative à la vie religieuse, soit enfin, mais c'était plus rare, dans la partie relative à l'ordination sacerdotale<sup>33</sup>.

## 2. Les eunuques

### A. L'eunuque en droit romain

La castration et l'émasculatation, avant d'être pratiquées sur les enfants, afin de les faire entrer au service d'un maître, résultaient principalement de sanctions pénales, ce dans de nombreuses sociétés.

Ainsi, à Aššur (XV<sup>e</sup>-XIII<sup>e</sup> siècle avant notre ère), on punissait la pénétration anale masculine de la castration, si ce n'est de l'émasculatation, ainsi que de la sodomie<sup>34</sup>. En Chine, sous la [134] dynastie des Chou (XII<sup>e</sup> siècle avant notre ère), la castration figurait parmi les cinq peines appliquées au criminel dans le code de Chou-Koung<sup>35</sup>. Il en était de même en Egypte, en cas de viol sur

---

<sup>33</sup> Cf. L. Kondratuk, « Le droit canonique devant l'accession des ambigus sexuels au sacrement de l'ordre », in Sofia Boesch Gajano et Enzo Pace (éd.), *Donne tra saperi e poteri nella storia delle religioni*, Brescia 2007, 147-164. On se reportera, concernant cette question de l'hermaphrodisme dans le droit canonique moderne, à l'ouvrage majeur, si ce n'est définitif, déjà mentionné de Valerio Marchetti, *L'Invenzione della bisessualità*.

<sup>34</sup> *Lois assyriennes*, Tablette A, §20, col. II, 93-97 : « Si un homme a couché avec son prochain (et qu'on ait porté contre lui des charges (et) des preuves, on couchera avec lui ; on en fera un eunuque ». (*Les Lois assyriennes*, Paris 1969, 133-134, trad. G. Cardascia).

<sup>35</sup> Les cinq peines étaient : stigmates sur le front ; section du nez ; amputation des oreilles, des mains ou des pieds ; castration ; peine capitale. : J.-J. Matignon, « Les eunuques du Palais Impérial à Pékin », *Bulletins et mémoires de la société*



une femme libre<sup>36</sup>. À Rome, enfin, si l'on en croit Martial, la castration, accompagnée parfois de l'amputation du nez, était en usage pour sanctionner le délit d'adultère<sup>37</sup>.

D'ailleurs la peine de castration demeure une peine courante jusqu'au Moyen Âge, pour punir le violeur ou l'adultère. La peine pour adultère était laissée à la discrétion du mari et, durant le Moyen Âge, du seigneur. Concernant le viol, la loi salique (VI<sup>e</sup>-VIII<sup>e</sup> siècles) punissait le serf coupable de la mort d'une serve, consécutif à un viol, de la peine de castration, à côté de la peine pécuniaire (XXV.5)<sup>38</sup>. Les coutumes du Midi, en tout cas jusqu'au XIII<sup>e</sup> siècle, attestent la sanction de la castration pour le violeur<sup>39</sup>.

Le délinquant était généralement puni à l'endroit même où il avait fauté : ainsi le délinquant sexuel se voyait émasculé ou castré, tout comme le voleur ou le faussaire subissait la peine d'émanotation.

Concernant notre sujet, ce n'est pas la castration-émasculatation en tant que sanction pénale qui doit retenir toute l'attention, [135] mais bien la manière dont étaient envisagées les personnes castrées-émasculées, les eunuques dans les législations antiques, en particulier dans le droit romain et dans les droits religieux.

---

*d'anthropologie de Paris*, 7 (1896), 326.

<sup>36</sup> « Les lois concernant les femmes étaient très sévères. Celui qui était convaincu d'avoir violé une femme libre devait avoir les parties génitales coupées ; car on considérait que ce crime comprenait en lui-même trois maux très grands : l'insulte, la corruption des mœurs et la confusion des enfants ». (Diodore de Sicile, *Bibliothèque historique*, I.78) (I<sup>er</sup> siècle avant notre ère).

<sup>37</sup> Martial, *Epigrammes*, II.60 ; II.83 ; III.85.

<sup>38</sup> « Si un serf a violé une servante, et que celle-ci en soit morte, le serf sera castré, sauf s'il peut se racheter en payant 240 deniers, qui font 6 sous, au maître de la servante. Si celle-ci n'est pas morte, le serf recevra 120 coups sauf s'il peut se racheter en payant 120 deniers au maître » (trad. J.-M. Carbasse, *Introduction historique au droit*, Paris 2001, 126).

<sup>39</sup> J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris 2000, 315.

Les eunuques, durant l'Antiquité, étaient de deux, voire de trois, types. On rencontrait les eunuques de « main d'homme », victimes de guerre qui avaient été émasculées par le vainqueur du combat. Par ce biais était symboliquement amalgamé pouvoir phallique et pouvoir militaire<sup>40</sup>.

D'autres personnes, prêtres ou fidèles, s'automutilaient ou étaient mutilées dans le cadre d'un culte divin.

Enfin, le troisième type d'eunuque, certainement le plus courant dans les sociétés traditionnelles, était l'eunuque émasculé ou castré alors qu'il était enfant et qui se retrouvait sur le marché de l'esclavage. Ce dernier type d'eunuque, préparé dès le plus jeune âge pour devenir serviteur, était attesté en Chine où il servait exclusivement la famille impériale<sup>41</sup>, dans le Proche Orient ancien (Mésopotamie), en Egypte<sup>42</sup>, ou encore dans l'Empire romain d'Orient et d'Occident.

On a vu que le casuiste romain s'est assez timidement intéressé à la question de l'androgynie. Sa réponse devant l'ambiguïté a été constante et univoque. Loin de nier l'hermaphrodite, le législateur a pourtant passé outre le caractère exceptionnel de son anatomie génitale, en posant comme une

---

<sup>40</sup> La question se pose fréquemment de savoir si l'émasculatation était exécutée sur des personnes vivantes ou mortes. Dans le temple de Ramsès III (vers 2000 avant notre ère), à Médinet-Habou, on voit « [...] des scribes faire l'inventaire numérique des mains coupées et des phallus sectionnés, accumulés en tas devant le pharaon. Que ces trophées sanglants soient bien des dépouilles cadavériques et non des amputations commises sur des prisonniers en vie, la chose peut se lire déjà dans les légendes commentant les reliefs, et mieux encore dans ce texte plus développé, de Meneptah [vers 1230 avant notre ère], qui se voit à Karnak, et n'est accompagné d'aucune figuration [...] : "Libyens tués dont on a rapporté les phallus-avec-prépuce" [...] ». (F. Jonckheere, « L'eunuque dans l'Egypte ancienne », *Revue d'histoire des sciences*, 7 (1954), 140-141).

<sup>41</sup> L'institution des eunuques pour le palais impérial, date du II<sup>e</sup> siècle de notre ère, par l'empereur Ho-Ti (dynastie des Tsin). La famille impériale possédait entre 2 et 3000 eunuques à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. Le dernier eunuque de la Cité interdite est décédé à Pékin en 2008.

<sup>42</sup> Des représentations d'eunuques existent sur des sarcophages de la XI<sup>e</sup> dynastie Antef et Montouhotep (vers 2130-1990 avant notre ère).

évidence que l'hermaphrodisme [136] parfait ne pouvait exister et qu'un sexe prédominait obligatoirement. Une fois la prédominance déterminée (par inspection de l'anatomie), l'hermaphrodisme était en quelque sorte annihilé et la personne androgyne pouvait mener une vie ordinaire, si l'on s'en tient aux textes. On remarquera que des questions restent en suspens... Les autorités exerçaient-elles un contrôle sur la vie privée des hermaphrodites pour vérifier qu'ils ne vivaient pas avec une personne de même sexe que leur sexe prédominant ? Les « hermaphrodites virils » pouvaient-ils adopter ? Quel était le statut des hermaphrodites de sexe prédominant féminin, s'ils existaient : étaient-ils placés sous tutelle ; pouvaient-ils se marier ?

Pour l'eunuque, qu'il fut libre ou non, né sans parties génitales ou castré-émasculé, le législateur romain précisa davantage les droits et les devoirs, permettant ainsi de clarifier le statut de l'ambigu sexuel.

On constate tout d'abord une réelle différence de capacité juridique entre l'eunuque de naissance (donc sans parties génitales clairement identifiables ou qui est impuissant et stérile) et la personne castrée. En matière d'adoption il ressort qu'être eunuque de naissance est un motif d'empêchement pour l'adoption, selon les *Institutiones* de Justinien (*Instit. Justinien* 1.11)<sup>43</sup>. À l'inverse, les *spadones*, qu'Hostiensis fait dériver de *spada* (l'épée) puisqu'ils ont eu le pouvoir d'engendrer un temps, se voient reconnaître le droit d'adoption<sup>44</sup>.

Relativement au droit successoral, les eunuques peuvent tester, et l'infirmité physique ne rend pas incapable : cela est vrai pour l'eunuque, et le fut probablement pour l'hermaphrodite.

---

<sup>43</sup> « *Sed et illud utriusque adoptionis commune est, quod et hi qui generare non possunt, quales sunt spadones, adoptare possunt, castrati autem non possunt* ».

À signaler que Gaius n'évoque pas le cas de la personne castrée parmi les incapables : *Instit. Gaius.*, I.103. « *Illud vero utriusque adoptionis commune est, quod et hi, qui generare non possunt, quales sunt spadones, adoptare possunt* ».

<sup>44</sup> F. Roumy, *L'adoption dans le droit savant du XII<sup>e</sup> au XVI<sup>e</sup> siècle*, Paris 1998, 153-156.

Ainsi, le *Digeste* de Justinien (*D.* 28.1.2), reprenant un propos de Labéon, stipule qu'il est requis que le testateur soit en pleine capacité de ses facultés mentales et non qu'il soit en bonne santé [137] (« *non corporis sanitas exigenda est* »)<sup>45</sup> ; et le *Codex* de Justinien qui reproduit une constitution du IV<sup>e</sup> siècle, précise que l'eunuque peut tester dans la mesure où sont respectées les formes du testament (*C.* 6.22.5)<sup>46</sup>.

Concernant le mariage, là encore des divergences existent entre le castré et le simple eunuque de naissance. On retrouve deux mentions dans le *Digeste*. L'une, provenant d'Ulpien, pour préciser la validité du mariage, après célébration, avec l'impuissant et l'invalidité s'il s'agit d'un eunuque (*D.* 23.3.39)<sup>47</sup>. L'eunuque, castré s'entend, ne semble donc pas être apte au mariage d'après le droit romain.

On achèvera cette présentation des textes juridiques relatifs aux personnes castrées ou émasculées par les lois répressives à l'égard de la castration.

Le *Digeste* contient ainsi une disposition à l'encontre de celui qui castré un esclave (*D.* 48.8.6) (confiscation d'une partie des biens)<sup>48</sup>. Une autre disposition vise à condamner celui qui ferait procéder à une castration pour des motivations libidinales (*D.* 48.8.3.4)<sup>49</sup>, assortissant ce délit de la peine de la loi *Cornelia*, à

---

<sup>45</sup> « *In eo qui testatur eius temporis, quo testamentum facit, integritas mentis, non corporis sanitas exigenda est* ».

<sup>46</sup> « *Eunuchis liceat facere testamentum, componere postremas exemplo omnium voluntates, conscribere codicillos salva testamentorum observantia* ».

<sup>47</sup> « *Si spadoni mulier nupserit, distinguendum arbitror, castratus fuerit necne, ut in castrato dicas dotem non esse : in eo qui castratus non est, quia est matrimonium, et dos et dotis actio est* ».

<sup>48</sup> « *Is, qui servum castrandum tradiderit, pro parte dimidia bonorum multatur ex senatus consulto, quod neratio prisco et annio vero consulibus factum est* ».

<sup>49</sup> « *Item is, cuius familia sciente eo apiscendae recipendae possessionis causa arma sumpserit: item qui auctor seditionis fuerit: et qui naufragium suppresserit: et qui falsa indicia confessus fuerit confitendave curaverit, quo quis innocens circumveniretur ; et qui hominem libidinis vel promercii causa castraverit, ex senatus consulto poena legis corneliae punitur* ».

savoir la déportation ou la peine capitale (*D.* 48.8.3.5)<sup>50</sup>.

[138]

## B. L'eunuque dans les droits religieux

Les religions présentes dans le bassin méditerranéen ou du Proche Orient, évoquent la place que peut prendre l'eunuque en leur sein, puisque sa présence est attestée dans quasiment toutes les cultures.

On peut d'ores et déjà dire que la perception de la castration était conditionnée par la conception que l'on pouvait avoir de la divinité. Le culte d'une divinité androgyne admettait en son sein, assez aisément et même quasi systématiquement, à la fois des rites de prostitution, d'abstinence, de travestissement, et enfin de castration-émasculatation. Tous ces rites étaient la transcription terrestre d'une projection de réalité céleste. Il en était par exemple ainsi pour le culte de Cybèle<sup>51</sup>. Originaire d'Asie mineure, ce culte reçut un temple à Rome en l'an 191 avant notre ère (présent dès le V<sup>e</sup> siècle avant notre ère en Grèce). Ses plus fervents fidèles que l'on nommait les *galles*, se castraient, offraient leurs testicules à la divinité et portaient des vêtements féminins. Le culte perdura en Carie, avec les castrations publiques, jusqu'au VIII<sup>e</sup> siècle<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> « *Legis corneliae de sicariis et veneficis poena insulae deportatio est et omnium bonorum ademptio. sed solent hodie capite puniri, nisi honestiore loco positi fuerint, ut poenam legis sustineant: humiliores enim solent vel bestiis subici, altiores vero deportantur in insulam* ».

<sup>51</sup> « Son mythe est exceptionnellement riche, faisant d'elle une maîtresse des fauves représentée sur un char tiré par des lions, ou assise entre les lions sagement disposés de part et d'autre de son trône ; mais aussi une femme féroce et amoureuse d'un berger, Attis, qui aime une fille de roi et qu'elle amène à se castrer de désespoir, à mourir, puis qu'elle ramène à la vie ». (J.-M. Carrié et A. Rousselle, *L'Empire romain en mutation*. [...], Paris 1999, 367.

<sup>52</sup> On se reportera aux *Epigrammes* de Martial qui relate la pratique du

Le judéo-christianisme, quant à lui, a toujours perçu la castration comme un délit, et entendu en préciser les conséquences sur le sacerdoce et sur le mariage.

Le droit vétérotestamentaire, tout d'abord, dans le *Lévitique* (*Lv.* 21, 16-23) (VII<sup>e</sup>-V<sup>e</sup> siècles), mentionne les incapacités d'exercice [139] du sacerdoce, parmi lesquelles figure le cas de « l'homme avec un testicule écrasé » et qui, par interprétation extensive, pourrait s'entendre de la castration et de l'émasculat<sup>53</sup>. Celui qui est infirme « [...] ne viendra pas auprès du voile et ne s'approchera pas de l'autel ; il a une infirmité et ne doit pas profaner mes objets sacrés, car c'est moi, YHWH, qui les ai sanctifiés »<sup>54</sup>.

Il s'agit là de la seule mention, même implicite, du délit de castration-émasculat. La religion juive n'évoque en réalité la figure de l'eunuque que par l'intermédiaire de l'enseignement rabbinique. Au livre *Yebamoth* du *Talmud de Jérusalem* (IV<sup>e</sup> siècle de notre ère), est posée la question de l'entrée de l'eunuque dans la communauté, de son mariage et de la sanction en cas de non conformation au sexe prédominant déterminé par la communauté.

---

cunnilingus par un galle du nom de Baeticus : « Qu'as-tu à faire, ô galle Baeticus, avec une caverne féminine ? C'est au bas-ventre des hommes que cette langue doit s'en prendre. Pourquoi t'a-t-on privé de ta virilité avec un fragment de vaisselle de Samos, du moment qu'un vagin te donnait tant de joie ? Il faut te châtrer la tête : car bien que ta mutilation fasse de toi un galle, tu es pourtant en fraude avec le culte de Cybèle : tu es un mâle par la bouche ». (Martial, *Epigrammes*, III.81).

<sup>53</sup> « L'homme avec un testicule écrasé » est la traduction de K. Berthelot, « La place des infirmes et des "lépreux" dans les textes de Qumrân et les évangiles », *Revue Biblique*, 113 (2006), 215. La finale du verset 20 est traduite différemment, en tout cas plus explicitement, par le traducteur de l'École biblique de Jérusalem : « YHWH parla à Moïse et dit : Parle ainsi à Aaron : Nul de tes descendants, à quelque génération que ce soit, ne s'approchera pour offrir l'aliment de son Dieu s'il a une infirmité. Car aucun homme ne doit s'approcher s'il a une infirmité, que ce soit un aveugle ou un boiteux, un homme défiguré ou déformé, un homme dont le pied ou le bras soit fracturé, un bossu, un rachitique, un homme atteint d'ophtalmie, de dartre ou de plaies purulentes, ou un eunuque ». (*Lv.* 21, 16-20).

<sup>54</sup> *Lv.* 21, 23.

Le terme eunuque désigne à la fois celui qui est né avec un sexe indéterminé et celui qui l'est de la main de l'homme. L'eunuque, mais le terme d'androgynie est aussi employé, s'il est déclaré « homme », doit se conformer au genre qu'on lui a attribué et peut ainsi épouser une femme. Le texte n'envisage pas l'existence de l'eunuque déclaré du genre féminin. L'usurpation de sexe signifiée par l'entretien de relations avec un homme doit être sanctionnée par la peine de la lapidation, à l'instar de la pénétration anale masculine<sup>55</sup>.

[140] Les solutions rabbiniques ne trouvent pas d'application immédiate dans le christianisme, cependant force est de constater que les canonistes, à partir du XVI<sup>e</sup> siècle, lorsqu'ils eurent à s'exprimer sur les cas d'hermaphrodisme, ne prirent pas d'options particulièrement divergentes, tant en droit sacramentaire que pénal.

Le christianisme primitif, on l'a vu, a connu des questionnements relatifs à l'androgynie du premier homme (Adam), de Jésus-Christ, ou des chrétiens à l'heure de l'établissement du Royaume de Dieu. Les théologiens reconnurent çà et là l'existence des hermaphrodites et s'interrogèrent sur la pertinence d'un classement parmi les monstres répertoriés. Très tôt également, ce paradigme de l'androgynie se matérialisa dans le christianisme au point d'inciter les théologiens à clarifier la position de l'Eglise concernant la place des personnes qui interprétaient littéralement la métaphore de « l'eunuque pour le

---

<sup>55</sup> « On appelle *eunuque du soleil* (*de naissance*) dit Rabbi Hiya, au nom de Rabbi Yohanan, celui qui n'a jamais vu le jour à l'état parfait, même une heure (dès qu'il est né). Si l'on a porté la main sur les organes de l'enfant et on l'a châtré pendant qu'il était encore dans le sein de sa mère (sur le point de venir au monde), il sera interdit, d'après tous, à cet enfant d'avoir accès dans la communauté d'Israël (quoique châtré avant de naître, il l'a été par une main humaine). [...] L'homme bouché (aux organes couverts), qui a la suite d'une opération est reconnu pour être du sexe masculin, n'a pas à se laisser déchausser, parce qu'il est considéré comme eunuque. L'androgynie peut épouser une femme, non se laisser épouser (il est tenu pour homme). Rabbi Eléazar dit : les relations avec l'androgynie sont passibles de la peine de la lapidation, comme celles qui ont lieu avec un homme contre nature ». (*Yebamoth*, VIII.5) - *Le Talmud de Jérusalem*, IV, Paris 1960, 125.

Royaume des cieux » (*Mt.* 19, 12) et s'automutilaient<sup>56</sup>.

Les deux textes relatifs à la question de la place de l'eunuque dans l'Eglise datent des IV<sup>e</sup>-V<sup>e</sup> siècles et ont fait jurisprudence sans connaître d'ajout. Le premier, datant de 325, édicté durant le concile de Nicée I, se contentait de statuer sur l'entrée ou le maintien au sein du clergé des eunuques : « Si quelqu'un a subi de la part de médecins une opération durant une maladie, ou a été châtré par des barbares, qu'il reste dans le clergé ; mais si quelqu'un s'est châtré lui-même, alors qu'il était en bonne santé, il convient qu'il cesse d'être rangé dans le clergé, et à l'avenir on ne devra admettre aucun de ceux qui auront agi ainsi [...] »<sup>57</sup>.

Quant au second, repris partiellement par Gratien<sup>58</sup>, il est issu [141] des canons des apôtres, rédigés entre le IV<sup>e</sup> et le VI<sup>e</sup> s. Il réitère une partie du canon conciliaire de Nicée I, en précisant la peine qui doit être infligée à l'eunuque et en l'étendant au laïc. L'apport le plus important de ce texte est le fait de rapporter la partie du corps mutilée à l'ensemble. Toucher à une partie du corps, don de Dieu, c'est attenter au corps dans son intégralité : la mutilation est assimilée à un suicide.

On ne mesure pas forcément la conséquence d'un tel interdit, qui a connu une fortune certaine durant plusieurs siècles, a même fait l'objet de débats. Nombre de théologiens, parmi lesquels Thomas d'Aquin se sont interrogés sur la possibilité de contourner cet interdit en posant la question de la légitimité du sacrifice de la partie afin de sauver le tout<sup>59</sup> : interrogation éthique toujours

---

<sup>56</sup> Notamment la secte des Valentiniens.

<sup>57</sup> « *Si quis a medicis per languorem desectus est aut abscisus a barbaris, hic in clero permaneat. Si quis autem se sanus abscidit, hunc et in clero constitutum abstinere conveniet et deinceps nullum debere talium promoveri [...]* » (Giuseppe Alberigo (dir.), *Les conciles œcuméniques. Les décrets*. II.1, Paris 1994, 6.).

<sup>58</sup> D. 55.8. : « *Licite ordinetur episcopus qui per hominum insidias eunuchizatur. Eunuchus, si per insidias hominum factus est, vel si in persecutione eius sunt amputata virilia, vel si ita natus est, et est dignus, fiat episcopus* ».

<sup>59</sup> « Puisque chaque membre est une partie de tout le corps humain, il existe pour le tout, comme l'imparfait existe pour le parfait. On devra donc traiter un membre selon ce que demande le bien de tout le corps, il arrive cependant



actuelle, à laquelle sont confrontés les professionnels de santé, les magistrats et les personnes *transgenres* lorsqu'est évoquée l'éventualité d'une opération de réassignation sexuelle (*sex reassignment surgery*) afin de faire correspondre le sexe anatomique au genre du demandeur :

« [21] Un eunuque, qui l'est devenu par la cruauté humaine ou qui a été privé de sa virilité dans une persécution ou encore qui est né ainsi, s'il est digne de l'épiscopat, qu'on l'admette. [22] Si quelqu'un s'est châtré lui-même, il ne sera pas clerc ; car il est son propre meurtrier et un ennemi de la création de Dieu. [23] Si un clerc se châtré lui-même, on le déposera, car il est son propre meurtrier. [24] Si un laïc se châtré lui-même, on l'exclura pendant trois ans, car il est l'ennemi de sa propre vie »<sup>60</sup>.

[142] Si l'eunuque volontaire était écarté de la prêtrise, de la vie religieuse de manière générale, puisqu'il avait porté atteinte à l'intégrité de son corps, donné par la nature, par Dieu... la vierge consacrée, celui ou celle qui se faisait « eunuque pour le Royaume des cieux », était un modèle de perfection comportementale chez les chrétiens.

Il peut s'agir là d'un paradoxe : l'abstinence sexuelle, comparable à une castration symbolique, pouvait être perçue comme le refus d'un ordre naturel dictant la reproduction et le peuplement de la Terre. Elle trouvait cependant sa place, dans ce cas précis, en-tête d'une hiérarchie comportementale.

---

accidentellement qu'il soit nuisible ; ainsi un membre infecté peut corrompre le corps tout entier. Donc, si un membre est sain et dans son état normal, il ne peut être coupé sans que tout le corps en pâtisse. Mais parce que tout l'homme est ordonné comme à sa fin à toute la société dont il est une partie, comme nous l'avons dit plus haut il pourra se faire que l'ablation d'un membre, bien qu'elle cause un préjudice à tout le corps, soit ordonnée au bien de la société, en tant qu'elle est imposée comme un châtiment pour réprimer certains péchés [...] » (Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, II<sup>a</sup>-II<sup>ae</sup>, Q. 65, a. 1.).

<sup>60</sup> *Constitutions apostoliques*, VIII.47.21-24 – *Les Constitutions apostoliques*, III, Paris 1987, 281 (trad. M. Metzger).

\*\*\*

On s'est successivement intéressé à l'hermaphrodisme (ou androgynie) qui, s'il fit longtemps l'objet d'un traitement en tant que mythe cosmogonique, est passé dans la réalité aux alentours du II<sup>e</sup> siècle de notre ère, simultanément dans la littérature médicale et juridique. Le simple fait de mentionner l'hermaphrodite dans un corps législatif suffisait-il à en attester l'existence ? On ne saurait dire si le législateur romain s'est comporté en casuiste, s'il a répondu à une demande, cherché à combler une lacune du droit alors même que l'événement nécessitait l'intervention du pouvoir, ou, a élaboré à l'endroit des hermaphrodites une fiction juridique. Enfin, dans quelle mesure, le juriste n'a pas « confondu » les ambiguïtés sexuelles anatomiques les unes avec les autres, et considéré que l'hermaphrodite et l'eunuque appartenaient à une même catégorie d'individus pour lesquels une jurisprudence devait être édictée ? L'eunuque, en tout cas, que l'on rencontrait dans la société, a pu servir de point de référence pour une réflexion sur la socialisation de l'hermaphrodite, même si l'on observe que la situation du second (s'il existait) était plus enviable puisqu'on pouvait admettre qu'il fût *ingenuum*.

La question de l'eunuque est différente, à bien des égards, de celle de l'hermaphrodisme. L'eunuque est une réalité sociale, il est présent dans de nombreuses cultures du bassin méditerranéen d'Orient. De jeunes garçons étaient castrés pour entrer au service d'autrui. L'eunuque avait une valeur marchande ; concurrent de l'esclave, on le disait plus dévoué à son maître et il faisait parfois office de partenaire sexuel, passif dans la relation anale.

[143] L'eunuque, faute d'avoir été considéré comme l'ambigu sexuel d'aujourd'hui, avec la qualité de *personne* à part entière, fut considéré comme l'esclave, à savoir une *chose* dotée de droits et de devoirs.

Le législateur civil ou religieux parvint à définir la place de l'ambigu sexuel dans la société, sur des sujets aussi divers que le

mariage, la transmission patrimoniale, l'adoption ou le sacerdoce... avec cette différence notable toutefois qu'il ne fit pas état de considérations éthiques ou morales, étrangères aux droits d'alors.