HAL open science

Regards comparés sur les pratiques d'identification du genre au Moyen Âge et de nos jours

Clovis Chloé Maillet, Benjamin Moron-Puech

To cite this version:

Clovis Chloé Maillet, Benjamin Moron-Puech. Regards comparés sur les pratiques d'identification du genre au Moyen Âge et de nos jours. Clio@Thémis : Revue électronique d'histoire du droit, 2023, 25, pp.3690. 10.4000/cliothemis.3690 . hal-04346765

HAL Id: hal-04346765

https://hal.science/hal-04346765v1

Submitted on 15 Dec 2023

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.

Distributed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License

Clio@Themis
Revue électronique d'histoire du droit

25 | 2023
Genre, histoire et droit

Regards comparés sur les pratiques d'identification du genre au Moyen Âge et de nos jours

Clovis Maillet et Benjamin Moron-Puech

Édition électronique
URL : https://journals.openedition.org/cliothemis/3690
DOI : 10.4000/cliothemis.3690
ISSN : 2105-0929

Éditeur
Association Clio et Themis

Référence électronique
Clovis Maillet et Benjamin Moron-Puech, « Regards comparés sur les pratiques d'identification du genre au Moyen Âge et de nos jours », *Clio@Themis* [En ligne], 25 | 2023, mis en ligne le 01 décembre 2023, consulté le 05 décembre 2023. URL : http://journals.openedition.org/cliothemis/3690 ; DOI : https://doi.org/10.4000/cliothemis.3690

Ce document a été généré automatiquement le 5 décembre 2023.

Le texte seul est utilisable sous licence CC BY-NC-SA 4.0. Les autres éléments (illustrations, fichiers annexes importés) sont « Tous droits réservés », sauf mention contraire.

Regards comparés sur les pratiques d'identification du genre au Moyen Âge et de nos jours

Clovis Maillet et Benjamin Moron-Puech

Curiously and unexpectedly, the study of the arrangements between sex and gender has benefited from research traditions long accepted by medievalists.
Madeline Caviness[1]

1 Si le Moyen Âge a pu être un temps considéré comme une période archaïque dont il n'y aurait « rien à tirer » en termes de progrès pour l'humanité, l'historiographie française du XXe siècle, au travers notamment des œuvres de Jacques le Goff[2], Christiane Klapisch-Zuber[3] ou Yan Thomas[4] s'est efforcée de combattre cette idée, en montrant les avancées importantes réalisées sur cette période, y compris dans le champ de la pensée juridico-philosophique (en témoigne encore l'expression bien connue des juristes, « rasoir d'Ockham », en référence au philosophe anglais Guillaume d'Ockham [1285-1347]). S'inscrivant dans ce courant de pensée, les autaires*[5] du présent texte ont entendu poser les bases d'une comparaison entre la situation des personnes transgenres au Moyen Âge et aujourd'hui, espérant par l'étude des différences et des similitudes tout à la fois mieux comprendre chacune des périodes – c'est là l'une des vertus de la comparaison que de pouvoir poser sur un objet, prétendument bien connu, des questions nouvelles soulevées à l'occasion de sa mise en rapport avec d'autres objets où ces mêmes questions apparaissent – mais aussi savoir si ce Moyen Âge serait véritablement « moyenâgeux » ou s'il n'y aurait pas quelques solutions à y puiser pour la résolution des problèmes contemporains ou futurs rencontrés par les personnes transgenres. Lorsqu'on s'intéresse à l'archéologie des transidentités, il est nécessaire de penser ce concept de manière ouverte au sein d'une histoire qui regroupe différents cas historiques de personnes décrites comme ayant vécu en marge des normes de genre, et ayant vécu une ou plusieurs transitions[6].

2 Ainsi, sur ces personnes vivant à la marge des normes d'identification du genre, il convient d'apporter de manière liminaire quelques précisions terminologiques. Les termes utilisés pour les désigner varient en effet d'une époque à une autre (en habit d'homme ou de femme, travestiz*, transsexuæls*, transgenres), mais aussi d'un pays à l'autre. Quelques fois, les termes se substituent, d'autres fois ils continuent à co-exister ensemble. Varient aussi les termes utilisés pour désigner l'élément déterminant la classification des personnes : sexe, genre, caractéristiques sexuées voire sexuelles ; ces termes pouvant là encore, selon les lieux et les discours, cohabiter avec ceux qui les précédaient ou au contraire les remplacer. Ces évolutions dans la terminologie imposent de préciser, dans l'encadré ci-dessous, la signification des termes qui seront utilisés dans cette comparaison diachronique.

> Genre : ensemble de caractéristiques sociales, prétendument liées indirectement aux caractéristiques sexuées et utilisées pour classer les individus. La classification peut se faire soit sur la base d'une détermination personnelle, appelée identité de genre, soit sur l'expression de son genre perçu par les autres, appelée expression de genre.
> Sexe : ensemble de caractéristiques biologiques ou sociales, prétendument liées directement ou indirectement à la reproduction sexuée et utilisées pour classer les individus.
> Caractéristiques sexuées : ensemble des caractéristiques biologiques liées à la reproduction sexuée d'une personne et utilisées pour classer les individus.
> Personne transgenre / personne trans : personne dont le genre ne correspond pas à celui qui lui a été assigné à la naissance, et qui est prête à changer ou qui a changé de façon permanente ou temporaire de catégorie de genre.

3 Cela étant posé, deux dernières séries de précisions liminaires s'imposent en amont de la comparaison à venir. Les unes sur la méthodologie retenue et les autres, plus substantielles, sur les grandes évolutions ayant affecté les normes d'identification du genre du Moyen Âge à aujourd'hui.

4 Concernant la méthodologie : deux précisions, la première sur les périodes comparées et l'autre sur les objets comparés.

5 Concernant les périodes comparées, il existe une relative homogénéité dans le traitement de l'identification du genre au Moyen Âge (et même jusqu'à la première moitié du XXe siècle[7]). Y existent socialement des hommes et des femmes, ainsi que des eunuques dans le monde byzantin et les pays d'Islam, mais non en Europe occidentale[8]. Certaines personnes intersexuées étaient désignées par les textes comme « hermaphrodites » mais devaient être reconnues comme hommes ou femmes en fonction du « sexe prédominant », quitte à ce qu'il y ait un changement de catégorie de sexe au cours de la vie[9]. Le statut d'homme ou de femme est associé à des droits différenciés.

6 En revanche, les systèmes actuels d'identification du genre en vigueur en Europe sont, depuis quelques années, en proie à d'intenses controverses et sujets à de profondes mutations, de sorte qu'ils sont loin d'être stabilisés[10]. Ainsi existe-t-il actuellement de fortes tensions entre deux manières de caractériser le genre officiel d'une personne : soit en usant des caractéristiques sexuées que présente l'individu à la naissance, soit en usant de l'identité de genre affirmée par la personne lorsqu'elle grandit. Ces tensions

proviennent des pressions exercées par les standards de droit humains émanant de l'Union Européenne[11], du Conseil de l'Europe[12] et de l'organisation des Nations-Unies[13] sur le système adopté par les États et reposant sur l'assignation du genre à partir des caractéristiques sexuées. Cette évolution est néanmoins toujours en cours, de sorte que tous les systèmes européens demeurent dans un entre-deux, rendant complexe la comparaison avec les pratiques en vigueur au Moyen Âge. Voilà pourquoi, afin de comparer le droit actuel et le droit médiéval, il nous apparaît indispensable de prendre pour la période contemporaine deux fenêtres de comparaisons : une en 1992, avant que ne commencent à être pris en compte dans le droit positif européen ces droits humains, et une autre, prospective, fixée de manière approximative en 2040[14], et correspondant à ce que serait le droit européen si étaient / lorsque seront pleinement pris en compte les impératifs liés aux droits humains.

7 Reste que pourrait être discuté le choix des périodes comparées. Les compétences des autaires, en histoire médiévale et en droit contemporain, ont été associées pour des raisons précises. En effet, si l'on prend l'intégralité de la tranche allant du début du Moyen Âge à aujourd'hui, les différences que l'on peut observer d'une période à l'autre ne sont jamais aussi grandes que celles que l'on peut observer entre les périodes médiévale et contemporaine, ce qui justifie la pertinence du choix ici retenu. Ces importantes différences tiennent au fait que, même si, sur la période considérée, le système d'enregistrement des naissances connaît plusieurs évolutions, allant de sa création au XIVe siècle, à sa généralisation au XVe et XVIe siècles, puis à sa laïcisation aux XVIIIe et XIXe siècles et enfin à son amplification lors de la création des premiers *titres d'identité* à partir de la fin du XIXe siècle, aucune de ces évolutions n'a eu d'incidence majeure sur le système d'identification du genre des individus. Seule l'apparition, dans l'après seconde guerre mondiale, de ce que l'on propose d'appeler des titres d'identité universels – c'est-à-dire de titres portatifs imposés à touz* pour établir leur identité – a changé radicalement la donne pour ce qui concerne l'identification du genre. Certes, les trois facteurs ayant conduit à l'apparition de ces titres – bureaucratisation, urbanisation et technicisation – exercent leur influence sur les systèmes juridiques européens depuis au moins le XVe siècle, si l'on prend comme point de départ les premiers efforts de généralisation par les évêques des registres de baptême à des fins non plus comptables[15] mais d'encadrement des populations via les interdits à mariage[16]. Toutefois, cette influence n'a conduit à bouleverser le système qu'à l'issue de la seconde guerre mondiale, lorsque la bureaucratisation, l'urbanisation et la technicisation[17] de la société ont été si fortes que le système traditionnel d'identification des individus, et en particulier de leur genre, n'a pas su résister comme il le faisait jusqu'alors à ces coups de butoir[18], malgré pourtant la nouvelle résistance qu'offrait à cette évolution le discours des droits humains, à l'époque encore trop peu effectif[19]. C'est donc l'apparition des titres d'identité universels qui entraîne la rupture majeure justifiant le choix de la comparaison effectuée.

8 Sur les objets comparés, ensuite, notre attention s'est portée avant tout sur les sources touchant au droit, qu'il s'agisse de sources directes (décisions de justice ou normes édictées par les autorités publiques du moment) ou de sources indirectes faisant état d'un phénomène juridique. Pour identifier les dispositifs à comparer nous avons recherché ceux qui remplissaient la même fonction : organiser l'identification du genre des individus. La comparaison ainsi réalisée procède donc d'une approche « fonctionnaliste »[20], même si elle n'entend pas, comme on le reproche parfois aux

thuriféraires de cette approche[21], défendre que l'approche fonctionnaliste serait la seule pertinente ou encore gommer les différences entre les objets comparés[22]. Par ailleurs, constatant que les règles régissant l'identification du genre fonctionnaient différemment lors de l'opération initiale de rattachement aux catégories et lors du changement ultérieur, nous avons choisi, en amont de cet article, d'examiner séparément ces deux questions en nous posant à chaque fois la même série de questions : pourquoi de telles opérations de catégorisation, où (c'est-à-dire sur quels supports) interviennent-elles ? quand sont-elles réalisées ? qui s'en occupe ? avec quels moyens y procède-t-on et enfin pour quelle effectivité ? À partir de là, nous avons pu identifier les principales différences et points communs entre les pratiques d'identification du genre au Moyen Âge et les pratiques actuelles. Pour présenter les résultats de ces travaux et en tirer des informations dignes d'intérêt, nous avons ici choisi d'exposer d'abord les différences (I), puis les points communs[23] (II) entre d'un côté le système d'identification du genre dans la première période contemporaine examinée (avant 1992) et de l'autre la période médiévale, en montrant à chaque fois comment, par une sorte de mouvement de chassé-croisé, ces différences tendent à s'estomper, et le seront sans doute totalement en 2040, ou à l'inverse comment les similarités tendent à disparaître, et le seront sans doute totalement aussi en 2040.

I. Les différences actuelles en cours d'effacement

9 L'utilisation du pluriel dans cet intitulé est sans doute excessive tant, comme nous l'avons suggéré plus haut, il y a surtout une différence majeure quant aux supports de l'enregistrement du genre, en raison de l'apparition de titres d'identité universels après la seconde guerre mondiale. Certes, d'autres différences que cette évolution des supports existent, néanmoins celles-ci peuvent y être toutes rattachées et être comprises comme de simples corollaires, qu'il s'agisse de la différence quant à la fréquence du recours à des documents écrits établissant le genre officiel ou de celle relative aux types de contentieux se nouant sur le genre des individus. À chaque fois, cependant, l'influence croissante des droits fondamentaux tend à effacer ces différences, comme nous le verrons tant pour la différence principale (A) que ses corolaires (B).

A. La différence principale : les titres d'identité

10 Durant la période médiévale, on peut dire que l'identité se prouve au quotidien au moyen de sa seule personne physique. La généalogie est attestée par des témoignages oraux. Les décrétales de Grégoire VII en 1074 placent au centre la preuve testimoniale, notamment pour juger de la validité du mariage (qui ne peut unir des personnes liées par la consanguinité). Le concile de Rouen, en 1072, impose une enquête préalable pour contrôler la parenté en cas de mariage. La recevabilité des témoignages (deux ou trois personnes proches ou deux ou trois *antiquitores* de la ville) tient à leur réputation (*fama*) et à leur désintéressement[24]. Des documents écrits ne sont que très exceptionnellement sollicités et peuvent être jugés plus suspects que les témoignages car falsifiables. À partir de l'Inquisition, la réputation, *fama publica*, devient une preuve plus importante encore[25]. Par exemple, même pour l'acte de mariage, l'un des actes de la vie civile les plus importants à cette époque, la bureaucratisation des XVe et XVIe siècles ne va pas

aller jusqu'à imposer la production de l'acte de baptême pour vérifier les interdits à mariage. L'article 40 de l'ordonnance de Blois en 1579 se contente ainsi d'exiger des « Curés, Vicaires ou autres, de s'enquérir de la qualité de ceux qui se voudront marier », sans imposer la production d'un acte de baptême prouvant cette identité. Dans la plupart des cas, le religieux connaît la personne et si une vérification supplémentaire est nécessaire, elle se fait sur la base de témoignages comme dans le cas du faux Martin Guerre qui fut ainsi confondu comme imposteur, pour usurpation d'identité en 1560[26].

11 Le fait que le vêtement – soutenu par la mémoire collective –, plutôt que le document écrit sur parchemin ou papier, soit le mode de preuve du genre au quotidien offre aux personnes transgenres, qui emménagent dans un endroit où elles n'ont pas grandi, la possibilité de vivre dans le genre affirmé, toutes les fois où leur apparence et leur comportement sont conformes aux stéréotypes de genre (un « bon *passing* » dirait-on aujourd'hui). Bien sûr, ces changements de genre se font en dehors du cadre juridique. Mis à part sans doute pour les erreurs matérielles, l'idée de modifier les registres pour indiquer d'éventuels changements de sexe n'existe pas à l'époque tant est forte la croyance dans l'existence d'un « vrai sexe ». Plus généralement, l'idée de faire de l'acte de baptême (futur acte de naissance) un reflet de la vie des personnes qu'on mettrait à jour au fur et à mesure des évolutions de son existence est tout à fait inexistante, le système des mentions marginales de l'état étant au demeurant systématisé seulement par le code civil de 1804 et avec une utilisation encore très limitée par rapport à ce qu'il en est aujourd'hui.

12 La différence avec la première période contemporaine examinée (1992) est donc très forte puisque l'identité, et notamment le genre, se prouve au quotidien avec un titre d'identité : en France, la carte nationale d'identité créée par un décret n° 55-1397 du 22 octobre 1955[27] ou le passeport (actuellement le décret n ° 2005-1726 du 30 décembre 2005), même si ces documents ne sont pas obligatoires, comme le rappelait en 2010 une réponse ministérielle[28], et qu'il est possible d'apporter la preuve de son identité par tout moyen. Cette situation est néanmoins problématique pour les personnes transgenres, puisque le genre fixé sur ce document est établi à partir de la mention du « sexe » inscrite sur l'acte de naissance, lequel document fait partie des pièces à produire pour l'obtention de cette carte. Cela signifie donc que toutes les personnes dont le genre affirmé au quotidien ne correspond pas à celui assigné à la naissance seront mises en difficulté soit à raison de la transgression du système de genre, soit à raison d'accusations infondées de falsification du titre d'identité, quand bien même les progrès technologiques des cartes d'identité rendent de plus en plus difficiles les opérations de falsification. On le voit, le vêtement, et plus généralement l'apparence extérieure, ne perdent pas toute incidence dans le système d'identification du genre contemporain. C'est d'ailleurs ainsi qu'on peut comprendre les conditions tenant à la chirurgie lorsque les changements de marqueur de sexe à l'état civil vont commencer à être autorisés en France. Même encore aujourd'hui en France, à un moment où le juge n'a plus le droit de refuser le changement au motif d'une absence de stérilisation ou de traitement hormonal[29], l'apparence n'a pas perdu tout rôle, le juge pouvant contrôler celle-ci lors de la procédure de changement. En atteste par exemple la décision de la Cour de cassation du 4 mai 2017 refusant la demande d'inscription d'un sexe neutre à l'état civil pour le motif, notamment, que la personne requérante disposerait d'une barbe, attribut masculin[30]. Cela étant, cette place donnée au vêtement

dans le système quotidien d'identification du genre demeure secondaire : c'est toujours la pièce d'identité qui est mise au premier plan.

13 Il est probable néanmoins que cette situation change d'ici 2040. En effet, l'importance croissante donnée au respect de l'identité de genre des personnes, sous l'influence du principe (d'origine européenne[31]) d'autodétermination, devrait conduire les États à reconnaître le genre des individus indépendamment de la mention du « sexe » figurant sur leurs titres d'identité, cette mention-même étant appelée à disparaître pour mieux respecter le droit au respect de la vie privée des individus[32]. En France, la circulaire du 29 septembre 2021, intitulée *Pour une meilleure prise en compte des questions relatives à l'identité de genre en milieu scolaire*[33], ouvre cette voie dans le prolongement de recommandations antérieures du Défenseur des droits[34]. Elle recommande en effet à la communauté éducative de respecter l'identité de genre affirmée par l'enfant (si du moins ses deux parenz* en sont d'accord), ce qui passe par le respect des choix de l'enfant quant à son prénom et ses vêtements, peu importe ce qu'indique son état civil. Contestée devant les tribunaux, en raison de sa contradiction alléguée avec les normes régissant l'état civil, la validité de cette circulaire a bien été admise par le Conseil d'État au nom du principe de l'école inclusive inscrit à l'article L. 111-1 du code de l'éducation[35]. De même, cette pleine reconnaissance de l'identité de genre devrait aboutir à redonner une place centrale au vêtement et à l'apparence extérieure comme première indication du genre des personnes. Un certain rapprochement s'opèrera ainsi avec la période médiévale, même si l'acceptation globale de la transidentité demeurera alors très différente d'une période à l'autre. Quoi qu'il en soit, cette différence centrale sur le rôle de la pièce d'identité entraîne un certain nombre de corollaires qu'il convient à présent d'examiner.

B. Le corollaire : les types de contentieux liés au genre

14 L'existence ou non d'un titre d'identité fixant le genre entraîne également un corollaire important sur les procédures juridiques liées à l'identification du genre. En effet, l'existence d'un titre d'identité a un effet centralisateur, en ce sens que les contentieux vont être centralisés autour du genre à l'état civil à partir duquel ce titre a été établi.

15 Au Moyen Âge, les contentieux ou les procédures dans lesquelles apparaît la question du genre sont assez variées. Celui-ci est fondé sur un paradoxe apparent : les seuls textes juridiques qui interdisent explicitement de se présenter selon un sexe qui n'est pas le sien sont d'ordre canonique (le *Deutéronome* 22,5, Concile de Gangres repris dans le Décret de Gratien). Or, compte tenu de la présence d'au moins 35 saintes, dont la première martyre, Thècle, réputæs avoir vécu tout ou partie de leur vie comme des hommes, ou habillæs ainsi, le droit canonique avance plusieurs dérogations, tant que l'on évite les péchés qui pourraient être associés à l'habit masculin[36]. Thomas d'Aquin, dans la *Somme théologique*, évoque ces dérogations liées à la « nécessité », tel que porter de tels vêtements pour « se cacher des ennemis, ou bien par manque d'autres vêtements » (II, II, 169, article 2, solution 3) ; il évoque aussi les justifications de l'interdiction (I, II, 102, article 6, solution 6), à savoir ne pas se faire reconnaitre par Dieu tel qu'on est (porter un habit d'homme pour une femme est associé à l'interdiction juive de porter des vêtements mélangés de lin et de laine), risquer l'idolâtrie (culte de Mars pour lequel les femmes étaient vêtues en guerrières), et attirer la concupiscence

(car les courtisanes s'habillent en homme)[37]. Lorsque ces risques peuvent être évités, le port d'un habit autre que celui de son sexe est toléré.

16 Le crime de « travestissement » n'existe pas en soi au Moyen Âge (le mot apparaît d'ailleurs au XVIe siècle et l'augmentation des procès est surtout sensible au XVIIIe siècle[38]). Ainsi, il faut que les juristes vérifient si le non-respect de son sexe conduit à des crimes. On condamne l'intersection de ce changement de sexe avec d'autres normes telles celles concernant la sexualité dite normale (c'est-à-dire celle à visée procréative entre un homme et une femme), le mariage (lui aussi nécessairement hétérosexuel et soumis à des interdits de consanguinité importants) ou encore l'accès à des métiers interdits aux femmes (prêtrise, fonctions militaires). Par exemple, pour le mariage d'un dénommé Jean en 1388, ce sont les citoyens de Constanz qui dénoncent un possible mariage illicite : Jean a des seins (et est probablement une personne intersexuée) et on se demande s'il ne s'agit pas d'un mariage entre deux femmes, susceptible de condamnation pour « sodomie ». À la suite de l'examen physique du mari, on le relâche car il possède une vulve *et* un pénis, ce qui permet de rendre le mariage légitime[39]. Autre exemple fameux, Jeanne d'Arc. Jeanne, qui vivait comme fille mais portait des habits d'hommes en tant que militaire, a été condamnæ* en 1431 comme relapse. Son jugement se fait à l'intersection entre politique (dans un contexte de guerre civile), religion (hérésie), et justice civile. Ses habits masculins lui furent interdits par la première procédure, car suspects d'hérésie, mais al* les remit, ce qui conduisit à sa condamnation pour être retombæ* dans l'erreur[40].

17 L'acte de naissance n'est jamais au cœur du procès. Les contentieux sont en outre généralement sectoriels, même si ont pu exister des dispenses papales permettant de porter les habits de l'autre sexe[41], encore que rien ne garantissait à la personne que cette dispense serait reconnue dans l'ordre laïc. Notons que la question du genre de la personne apparaît aussi dans les processus de canonisation où le fait d'avoir changé de sexe pouvait être pris en compte. Ce fut le cas pour Joseph de Schönau, connu sous le nom d'Hildegonde, et dont on tente, à partir de 1188, d'écrire la vie en vue d'une canonisation. Or, dans ce récit, a une grande importance le fait que, à l'image des saintes du haut Moyen Âge Eugénie ou Marine[42], Joseph de Schönau ait été un personnage capable de « *genus transire* » (littéralement, faire une transition de genre), puisque né fille il avait vécu toute sa vie en homme dans un monastère cistercien. La question du sexe est aussi soulevée lors de procès pour sodomie où le fait de n'être pas considéré du sexe que l'on revendique pouvait être un moyen d'échapper à la condamnation (au cas où l'accusé venait à être considéré comme « hermaphrodite », comme à Constanz en 1388) ou au contraire d'en être frappé (si le statut d'hermaphrodite n'était pas accordé). On peut mentionner le procès de Rolandina Ronchaia à Venise en 1355, où l'accusæ* est mentionnæ* sous un nom masculin par les enquêteurs (Rolandinus), mais connux* par le public sous le nom de Rolandina et désignæ* comme ayant une apparence féminine. Toutefois on ne mentionne pas le fait que cette personne ait pu être « hermaphrodite », ni qu'elle ait pu changer de genre, et l'assignation masculine aboutit à une condamnation pour sexualité non conforme qui, dans une période de sévère répression, conduit à la peine de mort[43]. Rolandina pouvait être, selon nos critères actuels, aussi bien une personne transgenre qu'une personne intersexuée, mais c'est son comportement sexuel qui fut criminalisé, non son genre en soi. Notons pour finir que, dans ces affaires, les personnes transgenres subissent l'ordre du genre bien plus qu'elles n'en bénéficient. En effet, dans l'extrême majorité des cas,

les procédures juridiques engagées se font contre leur volonté et visent à réaffirmer l'intangibilité des catégories de genre dans des hypothèses où les personnes transgenres auraient tenté de s'en écarter, en profitant de l'absence de système fiable et centralisé d'enregistrement de leur genre.

18 La situation est assez différente avec ce qui se passe dans la période contemporaine où les possibilités de contourner le système officiel d'identification du genre sont bien plus ténues[44]. Cette plus grande effectivité conduit à une réorientation du contentieux qui va se porter avant tout autour de l'état civil, et plus précisément de l'acte de naissance, que l'on va chercher à rectifier (rétroactivement) ou à changer (pour l'avenir). Le contentieux se déplace donc en amont de l'application des règles de droit dépendant du sexe. En effet, contraintes par la mention du sexe sur les titres d'identité, laquelle les empêchent de vivre conformément à leur sexe revendiqué malgré les opérations médicales auxquelles elles peuvent parfois se soumettre, les personnes transgenres initient des contentieux pour obtenir la modification de leur état civil. Seule cette voie leur permet en effet d'obtenir des tiærs* d'être traitées d'une manière conforme à leur identité de genre. Le cas de Coccinelle, cette célèbre chanteuse de cabaret des années 1960-80, permet de bien le comprendre. En effet, désireuse de se marier avec un homme, Coccinelle se résout à faire changer son état civil, en se présentant comme une personne intersexuée pour laquelle il y aurait eu une erreur d'assignation du sexe à la naissance. C'est là que va ensuite se nouer un contentieux. Une fois son changement obtenu, le mariage est célébré sans encombre[45], la décision de rectification de son état civil dissuadant les tiærs de toute action ultérieure pour le contester. Au Moyen Âge, la situation se serait passée tout à fait différemment puisque, si d'aventure des personnes s'étaient opposées à un tel mariage, c'est à l'occasion de celui-ci que le contentieux se serait noué.

19 Cette centralité acquise par l'état civil dans le contentieux devrait néanmoins vraisemblablement évoluer d'ici à 2040. Devrait en effet réapparaître, comme au Moyen Âge, un contentieux des catégories de genre sans lien avec l'état civil ou à tout le moins postérieurement au changement d'état civil. En effet, le droit de chaque personne à l'autodétermination de son genre devrait aboutir à terme à la déjudiciarisation du changement du marqueur de genre et donc à l'absence de tout contrôle en amont. Pour autant, on ne saurait exclure que des contentieux surgissent *a posteriori*, lors de l'application de règles dépendant du genre, en particulier les règles sur les quotas (seules règles différentialistes encore acceptées dans une société prohibant les discriminations entre les femmes et les hommes). En effet, le droit fondamental de toute personne d'accéder à un tribunal permet (ou devrait permettre) aux individus contestant le genre d'autrui de contester celui-ci en justice, afin de priver la personne des avantages de la catégorie de genre à laquelle elle dit appartenir. Cette diversification du contentieux est d'ores et déjà observable à la suite de la démédicalisation du changement du genre intervenue dans plusieurs États et qui conduit à un déplacement du contentieux de l'état civil vers les règles sexuées ou genrées. Le cas des prisonniers transgenres en est un bon exemple. En effet, l'administration pénitentiaire française continue à se montrer très réticente à l'idée de transférer en quartier de femme des personnes qui auraient obtenu le changement de leur état civil sans avoir été stérilisées[46], invoquant toute sorte d'arguments pour ne pas avoir à respecter l'état civil de la personne[47]. De même, existent des différends sur le droit de porter des vêtements de femmes dans des quartiers d'homme, contentieux que la reconnaissance progressive de l'identité de genre ne permet pas d'évacuer

simplement par la référence à l'incongruité d'un tel comportement par rapport à l'état civil et contraignant dès lors l'administration pénitentiaire à mobiliser des arguments de nature sécuritaire[48]. Le cas des sportiz* pourrait aussi être invoqué lorsque, sous couvert d'arguments liés à l'équité sportive, les fédérations sportives viennent priver d'accès aux compétitions féminines des sportiz transgenres ou intersexuæs*, ayant pourtant bien un état civil correspondant à celui demandé par le règlement[49]. Autant d'exemples de contentieux où la question n'est plus celle du « vrai sexe » à l'état civil, mais plutôt celle de la possibilité pour la personne transgenre de bénéficier de telle ou telle règle sexuée ou genrée.

20 Où l'on voit à nouveau comment les fortes différences entre le Moyen Âge et la première période contemporaine examinée tendent à se relativiser sous l'influence des droits humains et notamment du principe d'autodétermination de son identité de genre. Tel n'est pas toujours le cas cependant. La prise en compte des droits humains peut aussi nous éloigner de logiques communes aux deux premières périodes comparées.

II. Les constantes actuelles en cours d'effacement

21 La première constante que devrait effacer le progrès des droits humains d'ici 2040 est le caractère limité dans leurs conditions et/ou leurs effets des procédures de changement du marqueur de genre (A). La seconde est celle tenant à la permanence d'un « ordre du genre exclusif » au Moyen Âge et aujourd'hui (B).

A. Les effets limités du changement de genre

22 L'examen des procédures officielles de changement du marqueur de genre dans l'Ancien droit montre que celles-ci sont rares et réservées surtout à une certaine élite ayant accès aux autorités suprêmes (religieuses ou laïques), seules à même d'aménager cet ordre du genre. De même, sont rares les cas où les personnes ayant changé de genre sont percées dans leur secret après la mort et, même dans ce cas, il arrive qu'elles demeurent malgré tout bien perçues par leurs contemporainz*. Nous ne connaissons pas d'autres cas que ceux des saintz* transgenres du Moyen Âge. Pour la plupart des personnes transgenres de cette époque, il n'existe pas de procédure officielle de changement et la découverte de leur « vrai sexe », lorsque ces personnes ont tenté de s'en émanciper, entraîne une réassignation de sexe. Certes, les interstices laissés vides par le système juridique d'identification du genre demeurent à l'époque suffisamment larges pour permettre aux personnes transgenres, ayant une apparence conforme à leur identité de genre, de vivre comme elles l'entendent. Cependant, ces personnes ne peuvent profiter de cette « possession »[50] d'un état civil qu'autant que leurs caractéristiques sexuées ne sont pas découvertes. Aussitôt qu'elles sont découvertes, les risques encourus, y compris de condamnation pénale parce que le changement de genre leur aurait permis l'accès à des avantages interdits à leur sexe, peuvent être extrêmement importants. Ces risques diffèrent cependant au Moyen Âge lorsqu'il s'agit de personnes non mariées, vivant dans des monastères masculins par exemple, sur le modèle de Marin et Eugène (sainte Marine et sainte Eugénie). Généralement, ces personnes ne sont guère sanctionnées et sont, au pire, condamnées à remettre les habits de leur sexe. Gerson, au moment du Procès de Jeanne d'Arc, expliquait ainsi que

toute l'ancienne loi n'avait pas été conservée dans la nouvelle, et notamment le Deutéronome 22 qui empêchait les femmes de s'habiller en homme et vice-versa. Il reprenait les arguments de la *Somme Théologique* évoquant ces exceptions : si elle n'a rien d'autre, pour voyager, se cacher de l'ennemi, échapper au viol[51] Jeanne d'Arc pouvait s'habiller en homme. Au contraire, l'intersection entre changement de genre ou d'apparence et mariage ou sexualité était potentiellement pénalisable au nom de l'interdiction de la sodomie, effective à partir du XIe siècle[52], et largement criminalisée en Italie aux XIVe-XVe siècles, ce qui explique la condamnation à mort précédemment mentionnée de Rolandina Ronchaia, arrêtæ pour « vice sodomite » en 1355. Une législation plus restrictive sera mise en place à partir du XVIIIe siècle, notamment avec les procès pour « *Female Husbands* », personnes mariées sous un statut d'homme et souvent dénoncées en tant que femmes par leur propre épouse lors d'un contentieux[53].

23 Dans la première période contemporaine considérée, lorsque se mettent en place des procédures de changement de la mention du sexe à l'état civil, celles-ci sont soumises à des conditions extrêmement strictes tenant à la médicalisation, à l'âge, au statut matrimonial, aux ressources financières, à l'accès au droit et à la nationalité, de sorte finalement que nombre de personnes transgenres refusent de ou ne peuvent pas rentrer dans ces parcours[54], tentant alors, malgré leur titre d'identité, de vivre dans le genre affirmé, non sans quelques sentiments « de vulnérabilité, d'humiliation et d'anxiété », pour reprendre les mots de la Cour européenne des droits de l'homme[55]. Du côté des effets, en revanche, le changement est relativement bien reconnu, même si persiste le risque d'effets partiellement reconnus, comme en atteste la situation actuelle des athlètes transgenres où certaines fédérations subordonnent leur participation à l'existence d'une médicalisation très précoce[56]. Aujourd'hui, à l'heure où les conditions médicales s'assouplissent, l'on voit ressurgir cette tendance à limiter la reconnaissance de l'identité de genre du côté des effets, notamment en matière de règles d'établissement de la filiation pour les parentz transgenres ayant préservé leurs facultés procréatrices[57].

24 Cette tendance à limiter le changement de genre quant aux conditions ou aux effets, devrait néanmoins s'estomper à l'avenir. Là encore, les progrès des droits humains devraient conduire non seulement à supprimer progressivement les barrières au changement de genre, ainsi que la Cour européenne des droits de l'homme a pu le faire à propos de la condition médicale[58], mais aussi toutes les limitations des effets de ce changement[59]. À terme, l'on peut donc penser que les personnes trans n'auront plus à vivre dans les interstices du droit mais pourront pleinement être reconnues par l'ordre juridique lui-même.

B. La permanence d'un ordre du genre exclusif

25 Une autre constante qu'on peut observer entre l'Ancien Droit et la première période contemporaine examinée est l'existence de normes d'identification du genre soutenant un « ordre du genre exclusif ». Par cette expression, nous entendons un ordre du genre hiérarchique, où tout le monde n'a pas accès aux mêmes droits ou ressources, et naturaliste, où est imposé une binarité des catégories sexuées et genrées ainsi que l'hétérosexualité.

26 Au Moyen Âge, en effet, un ordre du genre différenciant les statuts et strictement binaire était en place. Parmi les importantes différences figuraient celles concernant

l'héritage, les filles en ayant été progressivement exclues à partir du XIe siècle[60]. Autre différence importante : les procès, où la parole des femmes appelées à témoigner était jugée moins fiable que celle des hommes, mais où il pouvait arriver que les femmes soient traitées comme des mineurz* s'agissant des fautes par elles commises et, dès lors, condamnées à ce titre à une peine moins importante[61]. Des différences existaient également concernant les professions, en particulier à partir du XVe siècle lorsque se multiplièrent les statuts de corporations excluant les femmes ou s'efforçant à tout le moins qu'elles ne puissent pas y exercer des fonctions à responsabilité[62]. En lien avec ceci, les femmes n'étaient également en principe pas acceptées dans les armées, même si existaient des exceptions aussi fameuses que rares, telles que Mathilde de Toscane s'engageant au XIIe siècle pour le Pape ou Jeanne d'Arc se mettant au service du Dauphin de France au XVe siècle. Quant à la binarité, il s'agissait avant tout d'une binarité du genre et non des caractéristiques sexuées, puisque l'existence de personnes « hermaphrodites » était reconnue et largement discutée par les philosophes, théologiens, juristes et docteurs[63]. Concrètement, la personne « hermaphrodite » devait donc se rattacher au « sexe prédominant » en elle, lui permettant alors d'accéder à un mariage légitime[64]. L'Europe du Moyen Âge s'écarte sur ce point d'autres parties du monde et notamment de l'empire Byzantin conférant aux eunuques un statut à part, à côté de celui des femmes et des hommes[65]. Le cas au IXe siècle d'Ignace de Constantinople, castré contre son consentement pour être exclu du trône, mais néanmoins apte plus tard à devenir patriarche et saint, est largement documenté[66].

27 Dans la première période contemporaine examinée, survient, au lendemain de la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1946[67], un vaste mouvement d'égalisation des statuts d'homme et de femme, lequel tend à aplanir les hiérarchies passées, imposant une redéfinition sémantique du terme « homme » (redéfinition déjà largement préparée par l'Académie française[68]). Même si toutes les conséquences de cette norme égalitaire mettront du temps à être tirées, y compris jusqu'à aujourd'hui – que l'on songe aux inégalités persistantes dans les obstacles juridiques à l'accès des femmes aux fonctions religieuses ou encore à l'égale visibilité des femmes et des hommes dans la langue[69] –, l'égalisation des statuts demeure réelle. Pour autant, la division binaire du genre ne disparaît pas, car la prise en compte des droits humains se limite alors à cette époque aux seules femmes et non aux minorités de genre. Ainsi, les demandes de reconnaissance d'autres identités de genre à l'état civil se heurtent-elles à des refus des autorités[70], invoquant parfois la nécessité de la binarité pour l'organisation sociale – ce qui n'est qu'une manière d'affirmer leur attachement à un ordre du genre exclusif[71] –, tandis que, dans le même temps, l'ordre juridique veille sur les frontières du genre en exigeant des « transfuges de sexe »[72] qu'als* adoptent un comportement et une apparence non équivoque aux regard des standards du masculin et du féminin. Par rapport aux périodes antérieures, l'on peut même dire que la binarité de cet ordre du genre se renforce. En effet, à partir des années 1960, commencent à se répandre en Europe des pratiques médicales de repérage et d'effacement systématiques des organes génitaux atypiques par rapport aux standards des corps mâles et femelles[73], de sorte que disparaît progressivement de nos représentations mentales la figure de l'hermaphrodisme, encore pourtant très présente au XIXe siècle[74].

28 Il n'est pas certain toutefois que cet ordre du genre exclusif persiste en 2040. D'une part, en effet, il est des raisons de croire que, à terme, le principe du respect dû à la vie

privée et son corollaire qu'est le droit à la protection des données personnelles, conduira à une suppression de l'enregistrement automatique des caractéristiques sexuées et du genre sur l'acte de naissance, facilitant les parcours d'une catégorie de genre à l'autre. D'autre part, devraient être reconnues, en application du principe d'autodétermination précité, des identités de genre non binaires, voire la possibilité de refuser toute classification de genre, de la même manière qu'aujourd'hui il est possible de se définir comme sans religion[75]. Ces modifications profondes de l'état civil, au cœur du dispositif d'enregistrement du genre, conduiraient selon nous à ébranler cet ordre du genre exclusif. Ces évolutions, jointes à l'extension des quotas pour les femmes ainsi que pour les minorités de genre, comme on le voit poindre dans certains États[76], devraient permettre d'établir un ordre du genre inclusif, combattant les hiérarchies et la naturalisation, au lieu de les entretenir.

NOTES

1. M. H. Caviness, « Féminisme, *Gender Studies* et études médiévales », *Diogène*, 225/1, 2009, p. 33-54.

2. J. Le Goff, *Un autre Moyen Âge*, Paris, Gallimard, 1999.

3. C. Klapisch-Zuber, *La Maison et le nom : stratégies et rituels dans l'Italie de la Renaissance*, Paris, EHESS, 1990 et, dirigé par la même autrice, *Histoire des femmes en Occident*, t. II : *Le Moyen Âge*, Paris, Plon, 1991.

4. Y. Thomas, « Présentation du numéro *Histoire et droit* », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 57/6, 2002, p. 1425-1428.

5. Soucieuz* de pouvoir dire ce qui se pense, les autaires ont fait le choix d'user dans cet article d'un langage inclusif suivant les régularités proposées dans Alpheratz, *Grammaire du français inclusif*, Paris, Vent Solars, 2018.

6. A. Klosowka, G. La Fleur, M. Raskolnikov, *Trans Historical, Gender Plurality before the Modern*, New York, Cornell University Press, 2021 ; A. Spencer-Hall et B. Gutt (dir.), *Trans and Genderqueer Subjects in Medieval Hagiography*, collection Hagiography Beyond Tradition, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2021.

7. G. Houbre, « Francois et Jean, nés filles au XIXe siècle », *L'Histoire*, 372, p. 80-84 et de la même autrice « Parcours transgenres dans la France du XIXe siècle », *Médecine/Sciences*, 38, 2022, p. 801-807.

8. G. Sideris « La trisexuation à Byzance », *De la différence des sexes. Le genre en histoire*, dir. M. Riot Sarcey, Paris, Bibliothèque historique Larousse, 2010, p. 77-100 ; C. Maillet, *Les genres fluides, de Jeanne d'arc aux saintes trans*, Paris, Arkhê, 2020.

9. C. Rolker, « Der Hermaphrodit und seine Frau. Körper, Sexualität und Geschlecht im Spätmittelalter », *Historische Zeitschrift*, 297, 2013, p. 593-620.

10. B. Moron-Puech, « Regards comparatistes sur la mention du sexe à l'état civil pour les personnes transgenres et intersexuées », *État civil et transidentité. Anatomie d'une relation singulière. Genre, identité, filiation*, Aix-en-Provence, PUP, 2021, p. 211-250.

11. V. Cour de Justice des Communautés Européennes, *P c. S et Cornwall County Council*, 30 avr. 1996, C-13/94 ; *Richards c. Secretary of State for Work and Pensions*, 27 avr. 2006, C-423/04 ; Parlement européen, Résolution, *Feuille de route de l'UE contre l'homophobie et les discriminations*

fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre, 4 févr. 2014 ; *MB c. Secretary of State for Work and Pensions*, 26 juin 2018, n° C-451/16; Commission Européenne, *LGBTIQ Equality Strategy 2020-2025*, 12 Nov. 2020. Le principal argument mobilisé ici est le principe de non-discrimination.

12. Conseil de l'Europe, Assemblée Parlementaire, *Condition des transsexuels*, 29 sept. 1989, Recommandation 1117 (1989) ; Cour européenne des droits de l'homme [CEDH], *B c. France*, 25 mars 1992, n° 13343/87 ; Commissaire aux droits de l'homme, *Droits de l'homme et identité de genre*, 29 juill. 2009, CommDH/IssuePaper(2009)2 ; CEDH, *Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juill. 2002, n° 28957/95 ; Assemblée Parlementaire, *Discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et l'identité de genre*, 27 avr. 2010, Résolution 1728 (2010) ; Assemblée Parlementaire, *La discrimination à l'encontre les personnes transgenres en Europe*, 22 avr. 2015 Résolution 2048 (2015) ; ECHR, *A.P., Garçon and Nicot v France*, 6 avr. 2017, n°s 79885/12, 52471/13 and 52596/13). Le principal argument mobilisé est celui du droit au respect de la vie privée et du principe de non-discrimination.

13. ONU, Conseil des droits de l'homme, HRC, *Droits de l'homme, orientation sexuelle et identité de genre*, 17 juin 2011, Résolution 17/19 ; Haut-Commissaire aux droits de l'homme, *Lois et pratiques discriminatoires et actes de violence dont sont victimes des personnes en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre*, 17 nov. 2011, A/HRC/19/41 ; Haut-commissariat aux droits de l'homme, *Born Free & Equal: Sexual Orientation and Gender identity in International Human Rights Law*, Sept. 2012, HR/PUB/12/06; Haut-commissariat aux droits de l'homme, *Living Free & Equal: What States Are Doing to Tackle Violence and Discrimination Against LGBTI people,* 2016, HR/PUB/16/3.

14. Cette date est fixée en contemplation du délai qui a été nécessaire pour permettre aux personnes homosexuelles de bénéficier pleinement de leurs droits humains, entre l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme de 1983, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, prohibant la criminalisation des relations homosexuelles, et l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 23 avril 2020, *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*, condamnant un État pour ne pas avoir de textes criminalisant des discours discriminatoires tenus à l'égard des personnes homosexuelles. Certes, le droit au mariage ne leur est pas encore garanti et l'on pourrait donc en déduire que cette évolution vers un plein respect des droits humains n'est pas encore aboutie, mais les personnes homosexuelles ont désormais accès à des formes protectrices d'union dont on voit mal comment, en l'état de la jurisprudence européenne (B. Moron-Puech, « Des difficultés juridiques des familles MISSEG en Europe, dites aussi familles arc-en-ciel », *Whatever*, 4, 2021, p. 329-356), elles pourraient produire des effets différents de ceux du mariage. En outre, quand bien même il faudrait cinquante ou soixante années pour parvenir à un plein respect des droits de ces personnes, le renforcement progressif de l'effectivité des droits humains devrait conduire à une réduction de la temporalité. La durée de quarante années nous paraît donc crédible.

15. J.-P. Gutton, *Établir l'identité : L'identification des Français du Moyen Âge à nos jours*, Lyon, Presses universitaires de Lyon, 2010.

16. A. Lefebvre-Teillard, *Histoire du droit des personnes et de la famille*, PUF, 1996, n°s 57 et 65.

17. La bureaucratisation qui, de la création des actes de baptême à leur laïcisation en acte d'état civil, puis en leur déploiement *via* les titres d'identité à partir du XIXe siècle (G. Noiriel, « Surveiller les déplacements ou identifier les personnes ? Contribution à l'histoire du passeport en France de la Ire à la IIIe République », *Genèses*, 30, 1998 p. 77-100 ; P. Piazza, *Histoire de la carte nationale d'identité*, Odile Jacob, 2004 ; V. Denis, « Histoire de l'identité en France », *Identification et surveillance des individus*, dir. C. Aghroum *et al.*, Éditions de la Bibliothèque publique d'information, 2010 ; J.-P. Gutton, *op. cit.*), conduit les services de l'Église, puis de l'État, à s'immiscer davantage dans la vie quotidienne des individus pour en régir le comportement. L'urbanisation et les mouvements de population après 1945 qui, faisant échapper les individus au contrôle de leur communauté d'origine, rend nécessaire pour les États le développement d'autres outils de contrôle de l'identité des individus que la mémoire de cette communauté. La technicisation enfin qui, offrant aux États des instruments pour enregistrer, centraliser,

systématiser et fiabiliser les documents d'identité, leur permet de réaliser leurs ambitions de contrôle de l'identité des individus.

18. G. Noiriel, « L'identification des citoyens. Naissance de l'état civil républicain », *Genèses*, 13, 1993, p. 3-28.

19. Voyez par exemple l'échec de la contestation du principe même des titres d'identité qu'a tenté de porter devant la Cour européenne des droits de l'Homme le professeur de droit, Filip Reyntjens : Commission européenne des droits de l'homme, 9 septembre 1992, *Filip Reyntjens*, n° 16810/90.

20. K. Zweigert et H. Kötz, « The Method of Comparative Law », *An Introduction to Comparative Law*, 3e éd, Part I, Chapter 3, Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 23-47.

21. Reproche formulé dans J. Husa, « Functional Method in Comparative Law – Much Ado About Nothing? », *European Property Law Journal*, 2/1, avril 2013, p. 4-21. Reproche adressé à Zweigert et Kötz qui ont ainsi pu soutenir que « en droit, les seules choses qui sont comparables sont celles qui ont la même fonction » (*op. cit.*, p. 34).

22. Y.-M. Laithier, *Droit comparé*, Dalloz, 2009, nos 13-15.

23. Il y a sans doute, dans cet ordre d'exposition, la manifestation d'une croyance des autaires suivant laquelle le passé n'est jamais si éloigné qu'on ne le croit du présent, et inversement.

24. Pour le détail des modalités de contrôle, v. C. Avignon, « Prohibitions canoniques en matière de parenté », *Les stratégies matrimoniales (IXe-XIIIe siècle)*, dir. M. Aurell, Turhnout, Brepols, 2013, p. 237-255. La décrétale d'Urbain II à l'évêque de Gênes précise la notion de témoignage et est reprise dans le Décret de Gratien en C. 36, q. 6, c. 3.

25. J. Théry, « *Fama* : l'opinion publique comme preuve judiciaire. Aperçu sur la révolution médiévale de l'inquisitoire (XIIe-XIVe s.) », *La preuve en justice : de l'Antiquité à nos jours*, Presses universitaires de Rennes, 2003.

26. N. Zemon Davis, *Le Retour de Martin Guerre*, Paris, Tallandier, 2008 [1983].

27. *JORF*, 27 octobre 1955, p. 10604.

28. *JOAN*, 26 octobre 2010, p. 11713 (réponse à la question n° 84003 de Thomas Jean-Claude).

29. Art. 61-6 al. 3 du code civil.

30. Cass., 1re civ., 4 mai 2017, n° 16-17.189.

31. Principe pour la première fois reconnu dans l'arrêt CEDH, 10 mars 2015, *Y.Y. c. Turquie*, n° 14793/08, § 102.

32. D. Borrillo, « La mention du sexe à l'état civil : De l'indisponibilité de l'état des personnes à l'autodétermination », colloque *De l'hermaphrodisme à l'intersexuation*, Université Paris-Diderot, 24 juin 2017, https://hal.science/hal-01597545/.

33. *BOENJS*, n° 36, 30 septembre 2021.

34. Défenseur des droits, *Décision-cadre relative au respect de l'identité de genre des personnes transgenres*, n° 2020-136, 18 juin 2020, spécialement les recommandations n° 2 (sur les personnes mineures) et 3 (sur l'emploi).

35. CE, 28 septembre 2022, n° 458403, 1re et 4e SSR, *Mentionné au Tables*.

36. F. Villemur, « Saintes et travesties du Moyen Âge », *Clio. Histoire, femmes et sociétés*, 10, 1999 ; *Trans* historicities, Transgender Quaterly*, 5/4, 2018.

37. « *Ad sextum dicendum quod, sicut dicitur Eccli, 19, amictus corporis enuntiat de homine. Et ideo voluit Dominus ut populus eius distingueretur ab aliis populis non solum signo circumcisionis, quod erat in carne, sed etiam certa habitus distinctione. Et ideo prohibitum fuit eis ne induerentur vestimento ex lana et lino contexto et ne mulier induerentur veste virili, aut e converso, propter duo. Primo quidem, ad vitandum idololatriae cultum. Huiusmodi enim variis vestibus ex diversis confectis gentiles in cultu autem Veneris e converso viri utebantur vestibus mulierum. Alia Ratio est ad declinandam luxuriam. Nom per commixtiones varias in vestimentis omnis inordinate commixtio coitus excluditur. Quod autem mulier induatur veste virile, aut e converso, encentivum est concupiscentiae, et occasionem libidini praestat* »,

Thomas d'Aquin, *Summa Theologicae*, Commissio Leonina - J. Vrin, Rome / Paris, 1989, (I, II, 102, article 6, solution 6).

38. Des procès pour prise d'habit de l'autre sexe à l'époque moderne sont analysés dans R. M. Dekker et L. van de Pol, *The Tradition of Female Transvestism in Early Modern Europe*, Basingstoke, Macmillan, 1989 et S. Steinberg, *La confusion des sexes. Le travestissement de la Renaissance à la Révolution*, Paris, Fayard, 2001.

39. « En l'an du seigneur 1388, au jour de la saint Martin, une fille est née chez un citoyen nommé Hell et fut baptisée du nom de Catherine. Quand elle grandit, elle portait des vêtements d'homme, se déclara homme, et se fit appeler Jean. Ensuite, Jean se maria avec une belle jeune fille, ils avaient tous deux vingt ans. Il poussa à Jean des seins comme sa femme. Ensuite les citoyens de Rottweil envoyèrent ce couple marié à la cour ecclesiastique de Constance, pour savoir s'il s'agissait d'un mariage convenable. John fut examiné, il avait un penis et une vulve. Le couple fut renvoyé chez lui, tous deux ensemble », Chronique de Konstanz, Stadtarchiv Konstanz, A I 1, fol. 127ra, cité par C. Rolker, « Der Hermaphrodit und seine Frau. Körper, Sexualität und Geschlecht im Spät-mittelalter », *Historische Zeitschrift*, 297, 2013, p. 593-620 et traduit par les autaires.

40. Dans la délibération du 12 avril 1431 (44e séance), al* est déclaræ* hérétique et schismatique. Al se soumet, et s'habille en femme le 20 avril et échappe à la mort avant d'être ramenæ* en prison. Le 28 mai, trouvæ habillæ en homme en prison, on suppute que c'est sur la suggestion du diable et al est déclaræ relapse pour être retombæ dans ses erreurs et hérétique par Maître Nicolas de Venderes, monseigneur Gilles, abbé du monastère de la Sainte-Trinité de Fécamp, ainsi que trente-six docteurs en théologie, et licenciés de droit canon (J.-É. Quicherat, *Procès de condamnation et de réhabilitation de Jeanne d'Arc, dite la Pucelle : publiés pour la première fois d'après les manuscrits de la Bibliothèque royale, suivis de tous les documents historiques qu'on a pu réunir et accompagnés de notes et d'éclaircissements*, vol. 1, Paris, Jules Renouard, 1849, p. 471-472).

41. Le cas le plus connu est plus tardif et date du XVIIe siècle, Catalina de Erauso et le pape Urbain VIII, v. Sherry Velasco, *The lieutenant Nun, Transgenderism, Lesbian Desire and Catalina de Erauso*, p. 57. Ainsi que l'autobiographie de Catalina de Erauso, *Memoirs of a Basque Lieutenant Nun, Transvestite in the New World, Catalina de Erauso*, Boston, 1996, Beacon Press, p. 78.

42. Sources analysées par V. R. Hotchkiss, *Clothes Makes the Man: Female Cross Dressing in Medieval Europe*, New-York, Routledge, 1996 et C. Maillet, *op. cit*.

43. Ce cas est décrit par G. Ruggiero, *The Boundaries or Eros. Sex, Crime and Sexuality in Renaissance Venice*, Oxford, Oxford University Press, 1958, p. 136 ; le récit du procès est conservé dans les archives judiciaires de Venise, *Signori di notte al criminale*, registro 6, f. 64.

44. V. néanmoins quelques cas de réassignations *post mortem* contemporains, montrant la persistance de possibilités de contournement : K. Espineira, « Transitude : pratiques et effets des réassignations post-mortem », *Frontières*, 31/2, 2020.

45. Coccinelle*, Coccinelle par Coccinelle,* Paris, Filipachi, 1987, p. 13 et *Libération*, 17 mars 1962.

46. CE, ord., 9 décembre 2021, n° 458871, *inédit* et la décision de première instance sur laquelle v. D. Robert et B. Moron-Puech, « Qu'est-ce qu'une femme pour l'administration pénitentiaire ? Note sous TA Clermont-Ferrand, 26 nov. 2021, n° 2102482 », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2022, chronique 26.

47. *Ibidem*.

48. TA Lyon, 27 septembre 2022, n° 2103087.

49. J. Mattiussi. « Bi-catégorisation des sexes et compétitions sportives : vers la fin d'un dogme », *Recueil Dalloz*, p. 1822-1827, 2022 ; P. Michel, « La nouvelle réglementation de la FINA sur l'éligibilité des athlètes intersexes et transgenres, ou le danger de l'exclusion », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, chronique 34, 2022. Ces pratiques semblent cependant vouées à disparaître au vu de la jurisprudence récente de la Cour européenne, v. CEDH, GC, 11 juillet 2023, *Semenya c. Suisse*, n° 10934/21.

50. On hésite ici à recourir à la notion juridique de possession d'état, car semble manquer un élément constitutif d'une telle possession, à savoir son caractère dit « public » (*cf.* art. 311-2 du code civil). Sur ces éléments constitutifs et cette notion v. not. F. Granet-Lambrechts et P. Hilt, « Possession d'état », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2021.

51. J. Gerson, *Traité de Jean Gerson sur la pucelle* (*Opus de Mirabili Victoria* [1429]), trad. J.-B. Monnoyeur, Paris, Champion, 1910, p. 24-25, éd. Quicherat, *op. cit.* III, p. 298.

52. P. Damien, *Livre de Gomorrhe*, XIe s., trad. J.-F. Cottier, Paris, Cerf, 2021.

53. J. Manion, *Female Husbands: A Trans History*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020.

54. Pour l'incidence de la classe sociale d'appartenance sur la transition (ou non) de genre à l'état civil, v. E. Beaubatie, *Transfuges de sexe. Passer les frontières du genre*, Paris, La découverte, 2021.

55. CEDH, 11 juillet 2002, *Goodwin c. Royaume-Uni*, nº 28957/85, utilisant ces termes pour décrire la situation des personnes transgenres ne pouvant pas, du fait la législation étatique, modifier leur marqueur officiel de genre pour le faire correspondre à leur identité de genre.

56. FINA, *Policy on eligibility for men's and women's competition categories*, juin 2022.

57. V. en France les résistances des juges du fond à reconnaître le lien de filiation dans l'affaire Cass., 1re civ., 16 septembre 2022, nos 18-50.080 et 19-11.251. *Adde* CEDH, 4 avril 2023, *O.H. et G.H. c. Allemagne*, nos 53568/18 et 54941/18. *Adde* CC, 8 juillet 2022, décembre, nº 2022-1003 ; QPC sur laquelle v. B. Moron-Puech, « La *capitis deminutio* des personnes transgenres consacrée par le Conseil constitutionnel, une vision dépassée de l'office du juge au XXIe siècle », *Recueil Dalloz*, nº 43, 15 décembre 2022.

58. CEDH, 6 avril 2017, *AP, Garçon et Nicot c/ France*, nos 79885/12, 52471/13 et 52596/13. *Adde* la récente décision dans l'affaire *Semenya c. Suisse* (*supra*, note 46).

59. V. en ce sens la décision précitée Cass. 1Re, 16 septembre 2020 dont on a pu dire, dans une lecture optimiste, qu'elle protégeait pleinement les droits des personnes transgenres.

60. C. Klapisch-Zuber Christiane, *Histoire des femmes en Occident*, t. 2 : *Le Moyen Âge*, Paris, Plon, 1990 ; R. Le Jan, *Femmes, pouvoir et société dans le haut Moyen Âge*, Paris, Picard, 2001.

61. D. Lett, *Hommes et femmes au Moyen Âge, histoire du genre, XIIe-XVe siècle*, Paris, Armand Colin, 2013.

62. F. Rivière, « Women in craft organizations in Rouen (14th-15th Century) », *Craftsmen and Guilds in the Medieval and Early Modern Periods*, dir. E. Jullien et M. Pauly, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2016.

63. C. Rolker, *op. cit.*

64. *Ibid.*

65. G. Sideris, *op. cit.*

66. S. Tougher, « Holy Eunuchs! Masculinity and Eunuch saints in Bysantium », *Holiness and Masculinity in the Middle Ages*, dir. P. H. Cullum et K. J. Lewis, Cardiff, University of Wales, 2004, p. 93-108 ; F. Szabo, « Non standard Masculinity and Sainthood in Niketas David's Life od Patriarch Ignatios », *Trans and Genderqueer Spubjects in Medieval Hagiography*, dir. A. Spencer Hall et B. Gutt, Amsterdam, AUP, 2021, p. 109-129.

67. Son préambule affirme en effet l'égalité des femmes et des hommes.

68. É. Viennot, « À propos de la croyance en l'inclusion du signifié femme dans le mot homme », *Droits humain pour tout·e·s*, Montreuil, Libertalia, 2020.

69. Pour la réaffirmation et la défense de cette inégalité v. Premier ministre, *Circulaire relatives aux règles de féminisation et de rédaction des textes publiés au Journal officiel de la République française*, 21 novembre 2017, texte déclaré conforme aux normes constitutionnelles et conventionnelles par le Conseil d'État (CE, 2e et 7e SSR, 28 février 2019, *Association GISS et Fourtic*, nº 414821 et sur cette décision v. B. Moron-Puech, « La grammaire peut-elle être illicite ? La réponse de l'arrêt GISS et Fourtic », *Tribonien*, 3, 2019, p. 124-143).

70. Aux Pays-Bas : HR, 30 mars 2007, nº ECLI:NL:HR:2007:AZ5686 ; en France : Cass., 1re civ., 4 mai 2017, nº 16-17.189.

71. Rappr. É. Viennot et J. Wiels, « Être féministe en 2020 ou comment faire face au succès, *Diogène*, 2019/3, nº 267-268, p. 6-27.
72. E. Beaubatie, *op. cit.*
73. I. Löwy, « Intersexe et transsexualités : Les technologies de la médecine et la séparation du sexe biologique du sexe social », *Cahiers du genre*, 34, 2003/1, p. 81-104 ; J. Manion, *op. cit.* ; M.-X. Catto, « La mention du sexe à l'état civil », *La loi et le genre. Études critiques du droit français*, dir. S. Hennette-Vauchez, M. Pichard et D. Roman, Paris, CNRS, 2014, p. 29-47.
74. M. Le Mens, *Modernités hermaphrodites*, Paris, éditions du Félin, 2019.
75. Un lien peut d'ailleurs être fait entre absence d'enregistrement de la religion et absence d'enregistrement du sexe. V. B. Moron-Puech, « La mention du sexe sur les documents d'identité. Par-delà une binarité obligatoire », *Dimension sexuée de la vie sociale : État civil, genre et identité*, Journées d'études EHESS, Marseille, 2016, https://hal.science/hal-01374403v2.
76. V. en Argentine la *Loi pour la promotion de l'accès à un emploi formel pour les personnes travesties, transsexuelles et transgenres* (*Loi Diana Sacayán – Lohana Berkins)*, nº 27.636, 8 juillet 2021 ; pour les États-Unis, v. naguère en Californie la loi *Corporations: boards of directors: underrepresented communities*, AB 979, loi aujourd'hui abrogée par la justice fédérale (Eastern District Court of California*. All. for Fair Bd. Recruitment v. Weber*, nº 2:21-cv-01951, 16 mai 2023) et qui prévoyait des quotas pour toutes les communautés sous-représentées (« *underrepresented communities* »), y compris donc les minorités de genre. Demeure aux États-Unis une règle concernant les entreprises cotées aux Nasdaq et leur imposant, au titre des règles de bonne gouvernance des entreprises, des quotas de diversité pour, outre les femmes, les « minorités sous-représentées ou les LGBTQ+ » (Nasdaq, Règle 5605(f)).

RÉSUMÉS

On pourrait croire que les pratiques d'identification du genre ont profondément changé avec l'introduction des règles permettant le changement de l'état civil. Pourtant, en imaginant ce que pourrait être le système d'identification du genre dans le futur, s'il était déjudiciarisé et fondé sur l'autodétermination, on peut le comparer avec le droit médiéval. En pratique des personnes prenaient l'initiative de changer leur genre social, et si celui-ci leur était contesté, cela se faisait *a posteriori*, parce que cette transition de genre les amenait à contrevenir à d'autres règles concernant le mariage et ou l'entrée dans d'autres statuts conditionnés par le genre des personnes. L'assignation de genre reposant alors, dans le passé comme dans le futur, sur la base de témoignages, plutôt que sur les documents écrits.

One might think that the way through which gender is identified has changed profoundly with the introduction of civil status change procedures. However, if we imagine what the gender identification system could be in the future, if it were diverted and based on self-determination, we can compare it with medieval law. In practice, people took by then the initiative to change their social gender, and if this was challenged, it was done after the fact, because this gender transition led them to contravene other rules concerning marriage and legal inequalities between men and women. Gender judgement would then proceed in the past as well as in the future based on testimonies, rather than written documents.

INDEX

Keywords : transgender, civil status, identification of persons, gender studies, human rights
Mots-clés : transidentité, état civil, identification des personnes, études sur le genre, droits de l'homme

AUTEURS

CLOVIS MAILLET

Chargé de cours HES Responsable du Work.Master, HEAD – Genève (Haute école d'art et de design)-HES-SO – Haute Ecole Spécialisée de Suisse Occidentale

BENJAMIN MORON-PUECH

Université Lumière Lyon 2, CERCRID et Transversales
Chercheur associé au Laboratoire de sociologie juridique de l'Université Paris-Panthéon-Assas