



HAL
open science

La victoire de Caster Semenya devant la CEDH, un premier relais pour la protection des droits des athlètes intersexuées ?

Audrey Boisgontier, Clément Lanier

► To cite this version:

Audrey Boisgontier, Clément Lanier. La victoire de Caster Semenya devant la CEDH, un premier relais pour la protection des droits des athlètes intersexuées? : À propos de la décision CEDH, 11 juillet 2023, Mokgadi Caster Semenya c. Suisse, no 10934/21.. La Revue des droits de l'Homme, 2023, pp.18548. hal-04224952

HAL Id: hal-04224952

<https://hal.science/hal-04224952>

Submitted on 3 Oct 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.

Copyright

La victoire de Caster Semenya devant la CEDH, un premier relais pour la protection des droits des athlètes intersexuées ?

À propos de la décision CEDH, 11 juillet 2023, Mokgadi Caster Semenya c. Suisse, n° 10934/21.

Audrey Boisgontier and Clément Lanier



Electronic version

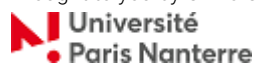
URL: <https://journals.openedition.org/revdh/18548>

ISSN: 2264-119X

Publisher

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Brought to you by Université Paris Nanterre



Electronic reference

Audrey Boisgontier and Clément Lanier, "La victoire de Caster Semenya devant la CEDH, un premier relais pour la protection des droits des athlètes intersexuées ?", *La Revue des droits de l'homme* [Online], Actualités Droits-Libertés, Online since 02 October 2023, connection on 02 October 2023. URL: <http://journals.openedition.org/revdh/18548>

This text was automatically generated on October 2, 2023.

The text and other elements (illustrations, imported files) are "All rights reserved", unless otherwise stated.

La victoire de Caster Semenya devant la CEDH, un premier relais pour la protection des droits des athlètes intersexuées ?

À propos de la décision CEDH, 11 juillet 2023, Mokgadi Caster Semenya c. Suisse, n° 10934/21.

Audrey Boisgontier and Clément Lanier

- 1 Les juges de la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) ont rendu le 11 juillet dernier une décision importante et attendue à propos du règlement appliqué par la fédération internationale d'athlétisme (*World Athletics*, anciennement *International Association of Athletics Federations*, IAAF) aux athlètes intersexuées¹ afin de leur permettre de concourir dans la catégorie femme. Cette décision marque la fin (provisoire²) d'une longue bataille judiciaire menée par l'athlète sud-africaine Caster Semenya contre les réglementations développées par *World Athletics*,³. Les juges de Strasbourg ont en effet reconnu que son droit de ne pas subir de discrimination n'avait pas été garanti par les juridictions suisses, violant ainsi les dispositions de l'article 14 combiné à l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme (CESDH).
- 2 Un rapide rappel des faits s'impose afin de saisir les enjeux de cette décision. La sportive, double championne olympique et triple championne du monde du 800 mètres, contestait le règlement adopté par *World Athletics* en 2018 imposant aux athlètes « présentant des différences du développement sexuel » (DSD) de limiter leur taux de testostérone pour concourir au sein de la catégorie femme⁴. Caster Semenya ayant refusé de se soumettre à ce règlement qu'elle considère discriminatoire et dépose une requête d'arbitrage devant le Tribunal arbitral du sport (TAS) qui a confirmé, dans une sentence du 30 avril 2019, la validité du règlement⁵. L'athlète forme un recours contre cette décision devant le Tribunal fédéral suisse, compétent au regard du lieu où siège la

juridiction arbitrale, Lausanne. Il a rejeté ce recours le 25 août 2020⁶. Caster Semenya a donc saisi la Cour européenne le 18 février 2021.

- 3 De nombreuses violations sont alléguées par la requérante. D'une part, les tests de féminité subis par l'athlète et l'obligation de suivre un traitement hormonal pour abaisser son taux de testostérone afin de pouvoir participer aux compétitions internationales constitueraient une violation de l'interdiction des traitements dégradants (article 3 CESDH), du droit au respect de la vie privée et familiale (article 8) et seraient discriminatoires (article 14). D'autre part, le contrôle restreint réalisé par la plus haute juridiction suisse, qui se cantonne à l'examen de la conformité de la sentence avec l'ordre public suisse, serait contraire au droit à un procès équitable (article 6) et au droit à un recours effectif (article 13). Aussi, à l'issue d'un raisonnement qui n'a pas emporté l'adhésion unanime des juges⁷, la Cour conclut-elle à la violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention, ainsi qu'à la violation de l'article 13⁸.
- 4 La décision de la Cour européenne est à n'en pas douter une étape importante vers une protection effective des athlètes intersexuées dans le sport. Elle reconnaît en effet une violation de l'article 14, mais seulement en raison de l'absence d'examen par le Tribunal fédéral suisse des griefs de discrimination allégués, sans donc remettre en cause directement le règlement de la fédération lui-même (I). L'éviction des autres motifs de violations soulevés par la requérante montre néanmoins une certaine réserve de la Cour et appelle à une certaine prudence quant à l'application de cette solution à de possibles futurs contentieux relatifs aux droits fondamentaux des athlètes intersexuées (II).

I/- La reconnaissance à demi-mot d'une discrimination envers les athlètes intersexuées

- 5 La reconnaissance par la CEDH d'une violation de l'article 14 de la Convention constitue une avancée en matière de protection des droits fondamentaux des athlètes (A). Cela ne doit pas pour autant occulter le fait que la Cour n'a tranché les faits de l'espèce que d'une manière détournée, sans se prononcer directement sur le fond du règlement de la fédération d'athlétisme, pourtant à l'origine de l'affaire (B).

A/- Le constat d'une violation de l'article 14, amorce d'une protection des droits fondamentaux des athlètes

- 6 À titre préliminaire, la CEDH, en réponse à une exception d'irrecevabilité soulevée par la Suisse, se déclare compétente *ratione personae* et *ratione loci* pour examiner la requête formée. Cette conclusion n'avait rien d'évident. En effet, le règlement en cause est édicté par une fédération internationale, c'est-à-dire, du point de vue juridique, une association, dont le siège se trouve en l'occurrence situé à Monaco, État partie à la CESDH. Il a été entériné par le TAS, tribunal arbitral non étatique, puisqu'il émane du Conseil international pour l'arbitrage en matière de sport, fondation de droit suisse. Enfin, la requérante est de nationalité sud-africaine.
- 7 La Cour parvient toutefois à se reconnaître compétente en constatant l'existence d'un lien juridictionnel entre Caster Semenya et la Suisse. L'arrêt explique ainsi que, dès lors

que le Tribunal fédéral suisse a accepté de connaître du recours formé par la requérante contre la sentence du Tribunal arbitral du sport, le rejet dudit recours doit nécessairement être considéré comme une « approbation tacite » de la sentence arbitrale⁹. Or, la Suisse ayant ratifié la CESDH, elle ne saurait approuver un acte violant les droits fondamentaux d'un particulier sans violer elle-même cette Convention. Partant, la compétence de la Cour est établie.

- 8 Au-delà des circonstances particulières de l'affaire, cette conclusion signifie que la CEDH reconnaît pleinement l'applicabilité de la Convention au domaine du sport, confirmant ainsi sa jurisprudence¹⁰. La référence appuyée de la Cour à « l'objet et [au] but de la Convention » conforte d'ailleurs cette solution : dans un contexte d'arbitrage forcé¹¹, une solution contraire à celle retenue « risquerait de couper de l'accès à la Cour toute une catégorie de personnes, à savoir les sportives professionnelles »¹². L'arrêt semble ainsi témoigner d'une volonté d'accroître la protection des droits fondamentaux des athlètes et d'éviter la crainte formulée quelques années plus tôt par Jean-Paul COSTA, que « les sportifs [soient] beaucoup moins bien protégés que les citoyens ordinaires »¹³. L'arrêt adopte d'ailleurs une formule similaire à celle de son ancien président : la juridiction « ne voit pas pourquoi la protection judiciaire devrait être moindre pour des sportifs professionnels que pour des personnes exerçant un métier plus conventionnel »¹⁴.
- 9 En l'espèce, la Cour fait application de l'article 14 de la Convention, combiné à l'article 8 : elle se prononce sur l'existence d'une discrimination dans le droit à la vie privée et familiale de l'athlète sud-africaine. Certes, bien que la non-discrimination représente un principe fondamental prévu par la Charte olympique¹⁵, la logique sportive est en elle-même porteuse de stéréotypes et produit des discriminations¹⁶. Cela est d'autant plus vrai à haut niveau : les compétitions sportives sont intrinsèquement inégalitaires, elles n'ont d'autre but que d'établir une hiérarchie et valoriser des capacités, notamment physiques, hors du commun. Cela semble difficilement conciliable avec la recherche d'une égalité entre les athlètes. L'exigence d'égalité doit alors, tout au plus, être recherchée sur la ligne de départ. C'est d'ailleurs, en France, du principe d'égalité que découle le principe de sincérité des compétitions sportives¹⁷. Ce principe, dont la dénomination peut varier — on parle également de loyauté de l'affrontement, d'égalité des chances, ou d'équité sportive — justifie l'existence de règles, de règlements et la mise en place de catégories¹⁸. Afin de garantir l'incertitude sur le résultat d'une compétition, aucun athlète ne doit bénéficier d'un « avantage significatif » sur ses concurrents. Aussi, les sportifs sont-ils classés et séparés, selon leur âge, leur taille, leur poids ou encore leur sexe.
- 10 L'application de l'article 14 au sport de haut niveau n'avait donc rien d'évident. La catégorisation sportive selon le sexe n'a d'ailleurs, pendant longtemps, fait l'objet d'aucun contentieux sous l'angle de la non-discrimination. La Cour de justice de l'Union européenne a certes pu reconnaître que les organisations sportives sont tenues de respecter ce principe et ne peuvent opérer de discrimination selon la nationalité¹⁹, mais cette jurisprudence semble se cantonner au volet économique du sport professionnel et est éloignée de la catégorisation sexuée²⁰. Remarquons cependant qu'en France, le Conseil d'État a estimé que, si la pratique d'un sport en compétition ne peut être interdite aux femmes en raison du principe de non-discrimination, cela n'empêche toutefois pas les fédérations d'interdire les équipes mixtes²¹. Dans ce contexte, le présent arrêt *Semenya c. Suisse*, en ce qu'il concerne au premier chef les conditions pour

concourir dans la catégorie femme, constitue une avancée majeure pour le droit de la non-discrimination et ce à deux égards.

- 11 D'une part, la CEDH conclut à la violation de l'article 14, combiné à l'article 8, bien que le litige concerne deux personnes privées, une athlète et une fédération internationale, en mobilisant l'effet horizontal de la Convention²². Pour arriver à cette conclusion, la Cour a estimé que les États devaient non seulement s'abstenir d'opérer une discrimination dans l'exercice des droits fondamentaux des individus, mais également « prendre des mesures propres à protéger les personnes relevant de leur juridiction contre les traitements discriminatoires – et ceci même si le traitement discriminatoire est administré par des particuliers »²³. Les juridictions nationales ne peuvent ainsi pas interpréter un acte juridique d'une manière qui entrerait « en flagrante contradiction avec l'interdiction de discrimination »²⁴. La reconnaissance d'un effet horizontal à l'article 14 n'est pas nouvelle,²⁵ mais s'avère indispensable à une protection effective des individus en général et des athlètes en particulier contre les discriminations. Le sport étant essentiellement régi par des normes issues d'acteurs privés, nationaux ou internationaux, sans intervention des États, l'absence d'effet horizontal conduirait à une absence de protection des sportifs contre les discriminations. Là encore, le souci d'une protection accrue des droits fondamentaux des athlètes, ici du droit à la non-discrimination, est perceptible.
- 12 D'autre part, l'affaire est examinée sous l'angle d'une discrimination fondée sur les caractéristiques sexuelles et génétiques, ce qui constitue un second aspect majeur de l'arrêt. La CEDH avait déjà eu l'occasion d'affirmer que les caractéristiques génétiques, à l'origine du handicap d'un individu, constituent un motif prohibé de discrimination²⁶, mais ne s'était encore jamais prononcée sur les caractéristiques sexuelles comme motif à part entière ; c'est désormais chose faite. Cette solution ne surprend guère au regard de la jurisprudence de la Cour, qui reconnaît l'identité de genre comme motif de discrimination²⁷ et qui interprète de plus en plus extensivement la liste non exhaustive de critères de l'article 14²⁸, laquelle recouvre les caractéristiques « par l[es]quelle[s] des personnes ou groupes de personnes se distinguent les uns des autres »²⁹, que celles-ci soient innées ou non³⁰. Bien que la Cour présente ce nouveau motif comme évident³¹, cela emporte des conséquences importantes sur le régime des exceptions à la règle de non-discrimination. En effet, la CEDH restreint drastiquement les motifs susceptibles de justifier des différences de traitement fondées sur les caractéristiques sexuelles. Ces motifs, à l'instar de ceux pouvant justifier les différences fondées sur le sexe, ne peuvent reposer que sur des « considérations très fortes », des « motifs impérieux » ou sur des « raisons particulièrement solides et convaincantes »³².
- 13 Ces aspects de l'arrêt représentent, pour le droit de la non-discrimination comme pour les personnes intersexuées, des apports majeurs. Cependant, le raisonnement très prudent de la Cour, qui se refuse à qualifier directement le règlement de *World Athletics* de discriminatoire, affaiblit considérablement la portée de sa décision.

B/- L'occasion manquée de se prononcer sur le caractère discriminatoire du règlement

- 14 Le constat d'une violation de l'article 14 de la CESDH, combiné à l'article 8, ne saurait être interprétée hâtivement comme une condamnation par la Cour du caractère discriminatoire du règlement litigieux, dans la mesure où c'est la Suisse qui est

condamnée et non la fédération. Cela n'est pas qu'une précision procédurale³³ : le raisonnement suivi par la Cour se concentre en effet sur la décision du Tribunal fédéral suisse, plus précisément sur les garanties institutionnelles et procédurales qu'il offre³⁴. En conséquence, ce qui est en cause et critiqué par la Cour de Strasbourg c'est le contrôle restreint opéré par le tribunal fédéral, lequel n'a pas porté suffisamment d'attention à l'argument de la violation du droit de Caster Semenya à la non-discrimination.

- 15 Le tribunal fédéral avait en effet opté pour un contrôle restreint à la compatibilité de la sentence arbitrale du TAS avec l'ordre public suisse, au motif que le TAS « n'est ni un tribunal étatique ni une autre institution de droit public suisse, mais une entité, dépourvue de la personnalité juridique, émanant (...) d'une fondation de droit privé suisse »³⁵. Plusieurs éléments soulevés par la requérante (la justification scientifique du règlement, les difficultés d'application de celui-ci et les effets secondaires des traitements imposés aux athlètes pour diminuer leur taux de testostérone) n'ont pas été pleinement analysés par la juridiction suisse. De son côté, le principe d'interdiction des discriminations n'a été envisagé que dans sa composante verticale et non dans sa composante horizontale. Un tel contrôle a donc empêché la requérante de « bénéfici[er] en Suisse des garanties institutionnelles et procédurales suffisantes qui lui auraient permis de faire valoir ses griefs de manière effective »³⁶, ce qui constitue une violation de l'article 14 de la CESDH.
- 16 Par ce choix de raisonnement, les juges de Strasbourg atténuent considérablement la portée de leur décision. En effet, il est tout à fait possible de lire celle-ci comme ne mettant en cause que l'approche du tribunal fédéral suisse, et non la limite de taux de testostérone imposée pour la participation à certaines compétitions³⁷. Pour autant la Cour formule profusion de critiques plus ou moins implicitement au règlement de la fédération. En effet, elle qualifie de « sérieuses » les interrogations quant aux effets secondaires « significatifs » d'un traitement hormonal et les doutes quant à la pertinence scientifique du règlement³⁸ ; elle rappelle à la Suisse ses obligations éthiques issues de la Convention d'Oviedo, notamment les principes de bienveillance et de non-malfaisance³⁹ ; qualifie les arguments de Caster Semenya tendant à constater une discrimination de « bien étayés et crédibles »⁴⁰ et termine en indiquant « n'[être] pas en mesure d'affirmer que le Règlement DSD, tel qu'appliqué à l'égard de la requérante, peut être considéré comme une mesure objective et proportionnée au but visé »⁴¹.
- 17 Il ne semblait cependant pas impossible d'adopter un raisonnement différent qui, non content de reprocher un manque de garanties et d'effectivité à la procédure devant le Tribunal fédéral suisse, se prononcerait également sur le fond et le caractère éventuellement discriminatoire du règlement. Pour cela, la Cour aurait pu s'appuyer sur le précédent issu de l'affaire *Pla et Puncernau*, laquelle concernait également l'effet horizontal de l'article 14 et constatant le caractère discriminatoire de l'acte juridique en cause (un testament) selon l'interprétation qu'en avaient fait les juridictions andoranes⁴². Appliquée à la présente espèce, une démarche analogue aurait conduit la Cour à se prononcer sur l'existence ou non d'un but légitime justifiant l'existence du règlement et sur la question de la proportionnalité du règlement. Cela aurait non seulement permis de se prononcer sur la question du caractère discriminatoire du règlement de *World Athletics*, mais également de poser les jalons d'une jurisprudence relative aux catégories sportives. Or, comme le remarque à juste titre le juge Pavli dans son opinion concordante, la question des « catégories sportives binaires face à un

monde non binaire » suscite des débats houleux et risque d'être à l'origine d'un contentieux nourri, dont on peine à croire qu'il n'arrivera pas jusqu'à Strasbourg⁴³.

- 18 La CEDH passe ainsi à côté d'une opportunité de se prononcer sur le régime juridique des catégories sportives sexuées, lesquelles reposent sur un « sexe sportif » distinct à la fois du sexe biologique (rappelons que Caster Semenya a été assignée de sexe féminin à la naissance, s'identifie comme femme, a vécu et vit comme femme) et du sexe juridique (les femmes trans, dont le changement de sexe a été reconnu à l'état civil ne peuvent aujourd'hui pas concourir dans la catégorie femme). La pertinence de la testostérone comme critère pour définir ce sexe sportif est en outre contestée d'un point de vue scientifique⁴⁴. La Cour aurait pu relever cette incertitude quant à la corrélation entre testostérone et performance physique afin de questionner la marge d'appréciation dont disposent les autorités sportives dans la délimitation des catégories de sexe.
- 19 La Cour ne se prononce pas davantage sur la manière dont le règlement est appliqué par la fédération d'athlétisme. Pourtant, Caster Semenya a allégué dans sa requête une application « [visant] de manière disproportionnée les athlètes du "Global South" »⁴⁵ et susceptible de constituer à ce titre une discrimination indirecte fondée sur la race, l'appartenance ethnique ou la couleur de peau⁴⁶. Cette allégation est pourtant loin d'être sans fondement, les tests de féminité et les exclusions de la catégorie femme concernant très majoritairement des athlètes non blanches⁴⁷.
- 20 Ainsi, si la reconnaissance d'une violation de l'article 14 revêt une importance majeure, de nombreuses questions demeurent aujourd'hui en suspens, en raison de l'absence d'examen tant du règlement lui-même que de la situation globale des athlètes intersexuées.

II/- L'absence regrettable de prise en compte de la situation globale des athlètes intersexuées

- 21 Outre les griefs tirés de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention, la requérante arguait également d'une violation des articles 3 et 8 (pris isolément) en ce que l'application du règlement de la fédération d'athlétisme porterait atteinte à sa dignité ainsi qu'à son droit à l'intégrité physique. Ces deux fondements ont été écartés par la Cour, alors même que la question des examens et traitements médicaux prévus par la réglementation est au cœur du contentieux (A). En conséquence, l'hypothèse de la participation des athlètes intersexuées aux compétitions sportives conformément à la protection de leurs droits fondamentaux est encore incertaine, tant le juge européen s'arme de prudence dans une décision qui semble seulement marquer le début d'un contentieux bien plus vaste (B).

A/- Un manque de considération pour la question du droit à l'intégrité physique

- 22 Selon la requérante, la réglementation mise en œuvre par la fédération d'athlétisme portait atteinte à ses droits garantis par les articles 3 et 8 de la CESDH dans la mesure où sa participation aux compétitions sportives visées était conditionnée à des examens et traitements dont la nécessité médicale n'était pas avérée. Les deux fondements

invoqués ont toutefois été écartés par le juge de Strasbourg, réduisant ainsi la portée de sa décision.

- 23 En ce qui concerne l'article 3, qui garantit le droit de ne pas être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants, la Cour s'appuie – de nouveau – sur un élément procédural afin d'écartier le grief. Elle relève en effet que l'athlète ne peut se prévaloir en l'espèce d'avoir été soumise à des examens ou traitements médicaux contraires à l'article 3, puisqu'elle a justement décidé de renoncer à participer aux compétitions afin de ne pas les subir⁴⁸. Cela rend par conséquent le grief « manifestement mal fondé » et donc irrecevable au titre de l'article 35 de la Convention selon la Cour⁴⁹.
- 24 La Cour prend néanmoins soin de souligner que si l'athlète avait effectivement subi les actes médicaux exigés par le règlement contesté, un tel grief aurait « constitué l'essence même d'une allégation d'atteinte à la dignité au sens de l'article 3 de la Convention »⁵⁰. Si cela se comprend en termes de recevabilité, on regrettera que de ce fait la Cour ne se soit pas prononcée sur des actes médicaux et chirurgicaux exigés par le règlement litigieux, auquel l'athlète a justement refusé de se soumettre en raison de l'atteinte à son droit de ne pas subir de traitements dégradants contraires à la dignité⁵¹.
- 25 En outre, quand bien même ce fondement ne pouvait être retenu, faute pour la requérante d'avoir été directement soumise aux traitements médicaux imposés par la réglementation, un autre argument aurait pu permettre de retenir une violation de l'article 3 : celui selon lequel le règlement imposé porte *en lui-même* atteinte « à la dignité, à l'honneur et à la réputation de la requérante, à raison de ses effets humiliants et stigmatisants »⁵². Sans apporter plus de détails, la Cour considère ici que le seuil de gravité requis pour aboutir à une telle conclusion n'est pas atteint⁵³. Si dans sa jurisprudence constante, la Cour ne définit pas une liste de critères précis afin de caractériser ce seuil minimal, elle s'appuie néanmoins sur un ensemble d'éléments afin d'apprécier le cas d'espèce, tels que « la durée du traitement et de ses effets physiques ou mentaux ainsi que, parfois, du sexe, de l'âge et de l'état de santé de la victime »⁵⁴. Or, de nombreux éléments auraient pu être soulevés et conduire au constat d'un traitement portant une atteinte grave à la dignité de la requérante, et notamment le fait que le règlement prévoit des examens menés à de multiples reprises en l'absence même de nécessité médicale, aussi bien de nature gynécologique que psychologique⁵⁵, ou encore que les traitements hormonaux imposés ont des effets secondaires qui impactent la santé des athlètes⁵⁶. D'autant plus que, comme le fait remarquer le juge Pavli dans son opinion concordante, des préoccupations éthiques ont été largement exprimées par des groupes d'experts médicaux⁵⁷. Ainsi, le principe même d'imposer un traitement médical dans le seul but "d'altérer une performance sportive" est considéré comme « intolérable » par l'Association médicale mondiale⁵⁸.
- 26 Lorsque le seuil de gravité requis pour appliquer l'article 3 n'est pas atteint, le juge européen peut avoir recours à l'article 8, disposition par excellence garante de la protection du droit à l'intégrité physique. Mais la Cour estime qu'il n'est pas nécessaire d'examiner les griefs tirés du seul article 8, puisque l'examen avant tout formel auquel elle procéderait ne soulèverait « aucune question distincte essentielle » par rapport à celui qu'elle a mené dans le cadre de l'article 14 associé à l'article 8⁵⁹. Il aurait pourtant été possible d'examiner, au-delà des seules « garanties institutionnelles et procédurales en place »⁶⁰, si l'obligation même de se soumettre au règlement afin d'être autorisée à participer aux compétitions sportives représentait une violation du droit au respect de

la vie privée, dans la mesure où le droit à l'intégrité physique n'était pas la seule composante en jeu. En effet, plusieurs éléments auraient pu être retenus : la révélation de l'intersexuation de la requérante au grand public (très largement médiatisé), la remise en question de son identité en tant que femme, l'impossibilité de poursuivre sa carrière professionnelle sans entrave, ou encore l'impossibilité de formuler un consentement libre et éclairé aux traitements imposés par le règlement.

- 27 En effet, il est possible de souligner, avec le juge Serghides⁶¹, que la requérante était en réalité face à un « choix impossible »⁶², comme le souligne d'ailleurs la Cour elle-même lors de son examen de l'applicabilité de l'article 14 combiné à l'article 8 : elle devait soit se soumettre aux traitements médicaux prévus par le règlement, soit renoncer à participer aux compétitions sportives de son choix⁶³. Ce « choix de Hobson » la contraignait donc à devoir privilégier l'exercice de l'un ou l'autre de ses droits fondamentaux, à savoir le droit de pratiquer sa profession d'une part, ou le droit à la protection de son intégrité physique et psychique⁶⁴. Cette situation n'est d'ailleurs pas sans rappeler celle à laquelle étaient confrontées les personnes trans dans l'affaire *AP, Garçon et Nicot c. France*⁶⁵. La Cour de Strasbourg avait retenu une violation de l'article 8 de la Convention au vu du « dilemme impossible » qui leur était imposé : subir une opération de changement de sexe afin de modifier la mention de leur sexe à l'état civil, ou garantir l'exercice de leur droit à l'intégrité physique sans être en mesure de faire reconnaître leur identité par le droit⁶⁶.
- 28 Pourtant, la Cour ici ne se prononce pas sur les conséquences d'un tel dilemme. De nouveau, l'aspect procédural évince les problématiques de fond qui auraient pu être traitées par le juge de Strasbourg. C'est en ce sens que la décision commentée marque seulement le point de départ du contentieux lié à la protection des droits fondamentaux des athlètes intersexuées, dont la participation au sein des compétitions sportives en l'absence de traitement discriminatoire est encore loin d'être garantie.

B/- La trajectoire incertaine de la participation des athlètes intersexuées au sein des compétitions sportives

- 29 Si la décision de la CEDH est décisive pour Caster Semenya en ce qu'elle reconnaît le traitement inadéquat auquel elle a été soumise tout au long de la procédure l'opposant à *World Athletics*, elle manque toutefois de garantir à la requérante – et plus généralement, aux athlètes concernées par le règlement – la possibilité de concourir sans être sujettes à un règlement discriminatoire exigeant de subir des traitements dont la nécessité médicale n'est pas avérée. En effet, dans la mesure où le juge européen se contente de constater le manque de garanties institutionnelles et procédurales devant les juridictions suisses (cf. supra), il n'est pas exclu que les règlements de la fédération d'athlétisme relatifs aux règles d'éligibilité pour la catégorie femme soient déclarés conformes à la Convention dans le cadre de futurs contentieux. Le raisonnement de la Cour laisse entendre que dans le cas où un contrôle plus approfondi serait cette fois-ci appliqué par le juge national, le règlement pourrait être appréhendé comme « une mesure objective et proportionnée au but visé »⁶⁷, au motif que « la fin justifie les moyens »⁶⁸. Certes, il est désormais reconnu que les différences de traitement fondées sur les caractéristiques sexuelles doivent, tout comme celles fondées sur le sexe, être justifiées par des « considérations très fortes » ou encore des « motifs impérieux »⁶⁹. Toutefois, l'objectif de garantir une compétition équitable, tel que

présenté par *World Athletics*, pourrait être admis comme but légitime. En témoigne par exemple l'avis exprimé au sein de l'opinion dissidente commune. Selon les juges Grozev, Roosma et Ktistakis, « les autorités sportives devraient disposer d'une large marge d'appréciation dans l'élaboration de mesures » destinée à placer les athlètes dans une situation d'égalité⁷⁰. Ils insistent notamment sur la nécessité d'assurer « une protection spéciale aux femmes », sous-entendant, tout comme la fédération d'athlétisme, que la différence de traitement subie par les athlètes intersexuées est légitime et nécessaire afin de garantir *in fine* la participation des femmes dans le sport⁷¹. Le raisonnement repris ici est somme toute classique, mais largement contestable car il se fonde sur l'idée que le seul taux de testostérone plus élevé, « caractéristique des hommes par opposition aux femmes », est responsable d'une performance sportive plus élevée⁷².

- 30 Au-delà, on voit que la Cour anticipe elle-même les futurs contentieux sur lesquels elle sera amenée à se prononcer. Ainsi, de manière quelque peu étonnante (car *a priori* non nécessaire), elle développe un point de comparaison entre la situation de Caster Semenya, athlète intersexuée, et celle des athlètes transgenres⁷³. La Cour souligne en ce sens que le règlement appliqué aux athlètes intersexuées était similaire à celui relatif aux sportives transgenres⁷⁴, alors même qu'elles se trouvent dans des situations sensiblement différentes. Or, conformément à la jurisprudence *Thlimmenos c. Grèce*, une discrimination peut être constatée au titre de l'article 14 de la Convention lorsque les États n'appliquent pas un traitement différent à des individus dont les situations ne sont pas équivalentes⁷⁵. Il nous semble que cette précision apportée par la Cour s'appuie sur deux motivations : d'une part, cela lui permet de souligner de nouveau les carences du contrôle exercé par le Tribunal fédéral suisse, sans pour autant se prononcer sur les conséquences en elles-mêmes d'un défaut de différenciation entre ces deux catégories d'athlètes ; d'autre part, et peut-être de manière plus tacite, le juge européen paraît prendre de l'avance sur les affaires qui lui seront soumises à l'avenir. En indiquant clairement que contrairement aux athlètes intersexuées, l'avantage dont bénéficient les athlètes transgenres « découle de leur constitution biologique initiale », à savoir de « leur naissance en tant qu'homme »⁷⁶, il se prémunit d'une éventuelle application de la jurisprudence *Semenya* à la situation de futures requérantes transgenres. Cette précaution paraît d'autant plus stratégique à la fois afin de rassurer les juges de la Cour quant au fait que les faits d'espèce sont bien distincts du contentieux relatif aux athlètes transgenres (rappelons en effet que la violation de l'article 14 combiné à l'article 8 a été reconnue à seulement quatre voix contre trois), mais aussi dans le but de ne pas être lié par la décision rendue lorsqu'il sera question de traiter de la situation des athlètes transgenres. Il est en effet fort probable que la question de la participation des femmes trans au sein de la catégorie femme se pose un jour devant le juge européen au regard de la multiplication des règlements de fédérations sportives à ce sujet⁷⁷. Reste à savoir si la Cour saisira alors l'occasion pour se prononcer sur le fond des réglementations et donc sur le cœur de la problématique commune aux athlètes intersexuées et trans, à savoir la bicatégorisation sexuée dans le sport.

*

- 31 La décision de la Cour apparaît donc seulement comme une première étape dans la remise en cause de la pertinence de la réglementation appliquée aux athlètes intersexuées, laquelle continue pour le moment d'être appliquée⁷⁸. Dans un

communiqué de presse publié le jour même de la décision de la Cour européenne, *World Athletics* informe que le règlement DSD – dans sa nouvelle version encore plus stricte⁷⁹ – demeure en vigueur, puisqu'il s'agit selon la fédération d'un règlement « nécessaire, raisonnable et proportionné », indispensable afin de garantir une compétition équitable entre les athlètes de la catégorie femme⁸⁰. De leur côté différents organes de protection des droits humains alertent sur les discriminations subies par les athlètes intersexués⁸¹. Le bras de fer est donc à venir et le débat relatif à la bicatégorisation loin d'être clos. Il y a fort à parier que la CEDH sera, tôt ou tard, à nouveau saisie de requêtes qui prendront le relais de celle de Caster Semenya.

*

Les Lettres « Actualités Droits-Libertés » (ADL) du CREDOF (pour s'y abonner) sont accessibles sur le site de la Revue des Droits de l'Homme (RevDH) – Contact

NOTES

1. Selon le Commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe, l'intersexuation désigne « les personnes qui, compte tenu de leur sexe chromosomique, gonadique ou anatomique, n'entrent pas dans la classification établie par les normes médicales des corps dits masculins et féminins » (Commissaire aux droits de l'homme, *Droits de l'Homme et personnes intersexes*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, juin 2015, p. 13).
2. L'affaire peut en effet être renvoyée devant la Grande Chambre en vertu de l'article 43 de la CESDH, « dans un délai de trois mois à compter de la date de l'arrêt ».
3. À noter qu'une version antérieure de la réglementation avait été contestée par l'athlète indienne Dutee Chand ; le Tribunal arbitral du sport avait alors suspendu son application (Tribunal arbitral du Sport, 24 juillet 2015, *Dutee Chand v. Athletics Federation of India (AFI) & International Association of Athletics Federations (IAAF)*, 2014/A/3759).
4. IAAF, 23 avril 2018, Règlement régissant la qualification dans la catégorie féminine (pour les athlètes présentant des différences du développement sexuel) : selon le règlement, une athlète présentant une différence du développement sexuel et dont le taux de testostérone est supérieur à 5 nmol/L ne peut concourir aux épreuves allant du 400 mètres au mile sans faire baisser et maintenir ce taux via des traitements hormonaux.
5. Sentence du TAS, 2018 /O/5794 & 5798, *Mokgadi Caster Semenya & Athletics South Africa c/ IAAF*. Pour un commentaire, cf. MAISONNEUVE Mathieu, « Chronique de jurisprudence arbitrale en matière sportive », in *Revue de l'arbitrage*, n° 3, octobre 2019, p. 903-965.
6. Tribunal fédéral suisse, 25 août 2020, *Semenya et Athletics South Africa c/ IAAF*, n° 4A_248/18 et 4A_388/18.
7. La solution est adoptée à une courte majorité de quatre juges contre trois.
8. La violation de l'article 13 de la Convention, constatée en raison de l'absence d'examen par le Tribunal fédéral suisse des arguments pourtant sérieux de la requérante, ne sera pas étudiée dans la présente contribution.

9. §§ 104-105 de l'arrêt.

10. CEDH, 2 octobre 2018, *Mutu et Pechstein c. Suisse*, n° 40575/10 et 67474/10.

11. La Cour qualifie l'arbitrage de « forcé » conformément à sa jurisprudence *Mutu et Pechstein* précitée, dans la mesure où les athlètes n'ont d'autre choix que d'accepter la compétence du Tribunal arbitral du sport. La Cour reconnaît, au demeurant, « les avantages d'un tel système "centralisé" pour les litiges en matière de sport, notamment afin de garantir une certaine cohérence et uniformité de la jurisprudence au niveau international » (§ 111).

12. § 111 de l'arrêt.

13. JAPPERT Julien et LOROSCIO Maëlys, « "La justice sportive est nécessaire, tout comme le contrepoids de la CEDH" : interview de Jean-Paul Costa », *Sport et citoyenneté*, 10 octobre 2016, en ligne.

14. § 178 de l'arrêt.

15. Alinéas 4 et 6 des principes fondamentaux de l'Olympisme de la Charte olympique (dans sa version du 8 août 2021).

16. Cf. à ce sujet le dossier « Sport et discriminations » dans *Les Cahiers de la Lutte contre les Discriminations* (n° 4, 2017/2).

17. Cons. const., 9 décembre 2004, *Sport professionnel*, n° 2004-507 DC.

18. BOUVON Anaïs, « "Test de féminité" : vide juridique et bouleversement de l'ordre sportif », *Jurisport*, n° 96, 2010, p. 42.

19. CJUE, 12 décembre 1974, *Walrave et Koch*, aff. 36-74 sur l'interdiction de recruter un entraîneur d'une nationalité différente de celle des athlètes qu'il entraîne ; CJUE, 14 juillet 1976, *Donà c. Mantero*, aff. 13-76 à propos de l'interdiction pour des joueurs de football étrangers de participer aux compétitions d'un championnat national.

20. L'arrêt *Walrave et Koch* (préc.) exclut expressément l'application du droit de l'Union européenne les « questions intéressant uniquement le sport » (§ 8). V. toutefois CJUE, 18 juillet 2006, *Meca-Medina c. Majcen*, aff. C-519/04.

21. CE, 27 juin 1986, *Époux S.*, n° 73596.

22. Ce concept, dont les origines peuvent être trouvées en 1958 dans le célèbre arrêt Lüth de la Cour constitutionnelle allemande, consiste à affirmer que les particuliers ne sont pas uniquement bénéficiaires des droits fondamentaux, ils sont également destinataires de l'obligation de les respecter. En d'autres termes, les droits fondamentaux ne sont pas uniquement des droits défensifs opposables à l'État, mais également des normes objectives, irriguant l'ensemble de l'ordre juridique. À ce sujet, cf. HOCHMANN Thomas et REINHARDT Jörn (éd.), *L'effet horizontal des droits fondamentaux*, Paris, Pedone, « Droits fondamentaux », 2018, 218 p.

23. § 192 de l'arrêt.

24. § 193 de l'arrêt.

25. CEDH, 18 février 1999, *Larkos c. Chypre*, n° 29515/95 ; CEDH, 13 juillet 2004, *Pla et Puncernau c. Andorre*, n° 69498/01.

26. CEDH, 1^{er} décembre 2009, *G. N. et a. c. Italie*, n° 43134/05, §§ 125 et s., à propos de personnes atteintes de thalassémie, maladie génétique.

27. CEDH, 12 mai 2015, *Identoba et autres c. Géorgie*, n° 73235/12 ; CEDH, 6 juillet 2021, *A.M. et a. c. Russie*, n° 47220/19. Certains auteurs estiment en effet « qu'il ne serait pas illogique de considérer les distinctions fondées sur l'intersexualisme (...) des distinctions fondées sur le genre » (SCHIEK Dagmar et al., *Cases, materials and text on national, supranational and international non-discrimination law. Ius commune casebooks for the common law of Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2007, p. 79).

28. Plus précisément, l'expression « ou toute autre situation » de l'article 14 fait l'objet d'une interprétation que la Cour elle-même qualifie de large (CEDH, 16 mars 2010, *Carson et a. c. Royaume-Uni*, n° 42184/05, § 70).

29. CEDH, *Carson et a. c. Royaume-Uni*, préc., § 70.

30. CEDH, 10 mars 2011, *Kiyutin c. Russie*, n° 2700/10.

31. Selon la Cour, la notion « est couverte, à n'en pas douter » par l'article 14 (§ 158). Malgré un raisonnement laconique, il importe de souligner qu'il s'agit de la reconnaissance d'un motif de discrimination distinct de l'identité de genre ou de l'orientation sexuelle, permettant de mieux rendre compte de la réalité et de la spécificité de la discrimination touchant les personnes intersexuées.

32. § 169 de l'arrêt.

33. La CEDH ne peut être saisie qu'à l'encontre d'un État partie.

34. § 170 de l'arrêt.

35. Tribunal fédéral suisse, 25 août 2020, Caster Semenya et Athletics South Africa c/ International Association of Athletics Federations, n° 4A_248/2019 et 4A_398/2019, § 5.1.1.

36. § 201 de l'arrêt.

37. D'ailleurs, cette lecture est celle adoptée par World Athletics : « we remain of the view that the DSD regulations are a necessary, reasonable and proportionate means of protecting fair competition in the female category. (...) The case was filed against the state of Switzerland, rather than World Athletics » (communiqué de presse du 11 juillet 2023, en ligne).

38. § 181-183 de l'arrêt.

39. § 189 de l'arrêt.

40. § 201 de l'arrêt.

41. § 201 de l'arrêt.

42. CEDH, *Pla et Puncernau c. Andorre*, préc., not. §§ 60 et s.

43. L'opinion dissidente commune aux juges Grozev, Roosma et Ktistakis appelle également à étudier la question du caractère potentiellement discriminatoire du règlement, dans une optique toutefois inverse, à savoir de conclure à l'absence de violation de l'article 14 et de reconnaître aux organisations sportives la possibilité de mettre en place des catégories en fonction d'un sexe hormonal, déterminé en fonction du taux de testostérone des athlètes.

44.

45. § 129 de l'arrêt.

46. La Cour se contente d'écarter cet aspect de la requête, estimant simplement qu'il n'est « pas nécessaire » (§ 159) de se prononcer sur cet aspect dans la mesure où elle retient déjà le critère des caractéristiques sexuelles, suffisant pour étudier la question de la violation de l'article 14. Cela étant, l'arrêt semble, implicitement, en citant le rapport relatif à la résolution 2465 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, reconnaître la réalité de la stigmatisation particulière des athlètes LGBTI de couleur, notamment d'origine africaine ; sans aller toutefois jusqu'à le formuler explicitement, à la différence notable du Conseil des droits de l'Homme des Nations Unies (cf. *Résolution 40/5 sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes et des filles dans le sport* du 21 mars 2019, n° A/HRC/RES/40/5).

47. Sur ce point, cf. BOHUON Anaïs et QUIN Grégory, « Sport », in RENNES Juliette (dir.), *Encyclopédie critique du genre*, Paris, La Découverte, 2021, pp. 715-726 ; ainsi que BOISGONTIER Audrey, « L'appréhension de la non-binarité dans le secteur sportif. Des atteintes aux droits humains justifiées par la catégorisation sexuée », in BUI-XUAN Olivia (dir.), *Le(s) droit(s) à l'épreuve de la non-binarité*, Paris-Saclay, IFJD, « Colloques & Essais », 2023, pp. 153-167 et les références citées.

48. § 215 de l'arrêt.

49. CESDH, Article 35 3. a) et 4.

50. § 215 de l'arrêt..

51. Voir par exemple la décision du Tribunal arbitral du sport dans lequel il est fait mention des effets secondaires du traitement tels que rapportés par Caster Semenya : TAS, sentence du 30 avril 2019, *Mokgadi Caster Semenya & Athletics South Africa c. IAAF*, 2018/O/5794 & 5798, § 79.

52. § 216 de l'arrêt.

53. § 216 de l'arrêt.

54. Voir par exemple CEDH, 11 juillet 2006, *Jalloh c. Allemagne*, n° 54810/00, § 67.

55. IAAF, Règlement régissant la qualification dans la catégorie féminine (pour les athlètes présentant des différences du développement sexuel), 23 avril 2018, Annexe 3, para. 20.
56. Il est également possible de souligner que la mise en œuvre des réglementations telle que celle contestée en l'espèce peut conduire à des traitements médicaux bien plus lourds qui atteignent, à n'en pas douter, le seuil de gravité de l'article 3 de la Convention. En effet, bien que le règlement précise que « les modifications anatomiques chirurgicales ne sont requises en aucune circonstance » (IAAF, Règlement régissant la qualification dans la catégorie féminine (pour les athlètes présentant des différences du développement sexuel), 23 avril 2018, § 2.4), une gonadectomie pourra parfois être proposée par l'équipe médicale lorsque le traitement hormonal ne permet pas de faire baisser suffisamment le taux de testostérone, devenant ainsi le seul moyen pour les athlètes de participer aux compétitions. Sur ce point, nous nous permettons de renvoyer à Audrey Boisgontier, « Is the lex sportiva on track for intersex person's rights? The World Athletics' regulations concerning female athletes with differences of sex development in the light of the ECHR », in DUVAL A., KRÜGER A. et LINDHOLM J. (ed.), *The European Roots of the Lex Sportiva*, Swedish Studies in European Law, Hart Publishing, vol. 18 (à paraître).
57. Opinion dissidente du juge Pavli, § 20.
58. Association Médicale Mondiale, « Les représentants des médecins réaffirment leur opposition au règlement de l'IAAF », 15 mai 2019 [\[en ligne\]](#).
59. § 205 de l'arrêt.
60. § 170 de l'arrêt.
61. Opinion en partie dissidente du juge Serghides, § 21 : le juge considère que de ce « choix forcé » résulte une « violation simultanée » des articles 3 et 8 de la Convention.
62. KARKAZIS Katrina et CARPENTER Morgan, « Impossible "Choices": The Inherent Harms of Regulating Women's Testosterone in Sport », in *Journal of Bioethical Inquiry*, n° 4, vol. 15, 1 décembre 2018, pp. 579-587.
63. § 124 de l'arrêt.
64. § 124 de l'arrêt.
65. CEDH, 6 avril 2017, AP, *Garçon et Nicot c. France*, n° 79885/12, 52471/13, 52596/1.
66. Nous nous permettons de renvoyer à Audrey Boisgontier, « Is the lex sportiva on track for intersex person's rights? The World Athletics' regulations concerning female athletes with differences of sex development in the light of the ECHR », in DUVAL A., KRÜGER A. et LINDHOLM J. (ed.), *The European Roots of the Lex Sportiva*, Swedish Studies in European Law, Hart Publishing, vol. 18 (à paraître).
67. § 201 de l'arrêt.
68. § 24 de l'opinion concordante du juge Pavli.
69. § 169 de l'arrêt.
70. Opinion dissidente commune aux juges Grozev, Roosma et Ktistakis.
71. *Ibid.*
72. Pour une étude critique de l'argument de la testostérone comme avantage insurmontable, voir notamment KARKAZIS Katrina et JORDAN-YOUNG Rebecca M., « The Powers of Testosterone: Obscuring Race and Regional Bias in the Regulation of Women Athletes », in *Feminist Formations*, n° 2, vol. 30, 2018, p. 1-39.
73. § 196 et s. de l'arrêt.
74. En effet, le taux de testostérone imposé aux athlètes intersexuées et aux femmes transgenres été identique, à savoir 5 nmol/L.
75. CEDH, 6 avril 2000, *Thlimmenos c. Grèce*, n° 34369/97, § 44.
76. § 198 de l'arrêt.
77. Voir par exemple : le règlement de la fédération internationale *World Aquatics* du 19 juin 2022 qui empêche les femmes trans de participer aux compétitions dans la catégorie femme si elles ont passé le stade de la puberté masculine (World Aquatics, 19 juin 2022, Policy on Eligibility for the

Men's and Women's Competition Categories) ; le communiqué du *World Eightball Pool Federation* (WEPF) du 27 août 2023 : à partir du 1er janvier 2024, les compétitions féminines seront ouvertes uniquement « to individuals who are born female » [en ligne] ; ou encore le communiqué de l'Union cycliste internationale (UCI) du 14 juillet 2023 qui interdit aux femmes trans ayant transitionné après leur puberté de participer à l'ensemble des épreuves au sein de la catégorie féminine [en ligne].

78. D'autres athlètes sont directement concernées et impactées par la mise en œuvre de cette réglementation, comme Francine Niyonsaba ou Margaret Wambui, également spécialistes de l'épreuve du 800 mètres.

79. World Athletics, Règlement régissant l'admissibilité à concourir dans la catégorie féminine (athlètes présentant des différences du développement sexuel), 23 mars 2023 : désormais, le taux de testostérone maximal est fixé à 2,5 nmol/L (au lieu de 5 nmol/L) pour une période d'au moins 24 mois (et non plus 6 mois), et ce pour n'importe quelle épreuve dans une compétition internationale (et plus seulement aux épreuves allant du 400m au mile) ; ce règlement a notamment pour but d'exclure les athlètes trans ayant connu une puberté masculine de la catégories femmes, soit, *de facto*, la totalité des athlètes trans.

80. Communiqué de *World Athletics* du 11 juillet 2023 (en ligne).

81. Voir par exemple la prise de position du Haut-Commissariat des Nations unies aux droits de l'homme suite à la décision de la Cour ("UN experts welcome European Court ruling upholding rights of women athletes in Semenya v. Switzerland", 17 juillet 2023 [en ligne]).

ABSTRACTS

Le contentieux qui oppose Caster Semenya à *World Athletics* touche enfin à son terme. L'athlète sud-africaine avait saisi en 2018 le Tribunal arbitral du sport afin de contester un règlement de la fédération internationale d'athlétisme. Celui-ci imposait aux athlètes intersexuées ou « présentant une différence du développement sexuel » (DSD) de réduire leur taux de testostérone afin de concourir dans la catégorie femme. Dans une décision du 11 juillet 2023, la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) a reconnu que la requérante avait été victime d'un traitement discriminatoire au vu de l'incapacité des juridictions suisses de lui assurer des garanties institutionnelles et procédurales suffisantes, emportant ainsi la violation de l'article 14 combiné à l'article 8 de la Convention. Si cette décision est sans conteste un pas important vers la protection des athlètes intersexuées, elle manque toutefois de saisir certains aspects pourtant au cœur de la problématique, tel que le droit au respect de l'intégrité physique.

AUTHORS

AUDREY BOISGONTIER

Doctorante à l'Université Paris Nanterre, CREDOF.

CLÉMENT LANIER

Doctorant à l'Université Paris Nanterre, CREDOF.