



Universiteit
Leiden
The Netherlands

L'Exclusion des Athlètes Trans et Intersexes aux Jeux Olympiques & Paralympiques de Paris 2024

Mattiussi, J.; Tissandier-Nasom, E.; Prosper, S.; Touzeil-Divina, M.

Citation

Mattiussi, J., & Tissandier-Nasom, E. (2024). L'Exclusion des Athlètes Trans et Intersexes aux Jeux Olympiques & Paralympiques de Paris 2024. In S. Prosper & M. Touzeil-Divina (Eds.), *Collection L'Unité du Droit* (pp. 27-44). Paris: L'Epitoge-Comité de L'Unité du Droit. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/4177478>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4177478>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

L'EXCLUSION DES ATHLÈTES TRANS & INTERSEXES AUX JEUX OLYMPIQUES & PARALYMPIQUES DE PARIS 2024

Julie MATTIUSI & Elias TISSANDIER-NASOM
Maîtresse de conférences à l'Université de Strasbourg, CDPF
& doctorant à l'Université de Leiden, Pays-Bas

Événement sportif de renommée mondiale, les *Jeux Olympiques de Paris 2024* attirent la lumière de l'exposition médiatique sur la ville de Paris, sur les plus grands.es athlètes de l'époque, mais aussi sur les dysfonctionnements du mouvement sportif international¹. Ainsi sont-ils une occasion d'interroger la place des droits humains dans le milieu sportif international. Une place réduite si l'on considère la question de l'inclusion des personnes trans, intersexes et non-binaires dans les compétitions sportives.

Depuis la seconde moitié du XX^e siècle, les évolutions de la recherche médicale, scientifique et sociologique conduisent à déconstruire la réalité biologique de deux « sexes » masculin et féminin². Les corps humains sont en effet constitués d'une variété de caractéristiques sexuées, si bien que les corps qualifiés de « *féminins* » et de « *masculins* » ne recouvrent pas l'ensemble de la population mondiale. Les personnes exclues de ces deux catégories au plan biologique sont considérées comme présentant une « *variation du développement sexuel*³ ». Celles-ci peuvent, d'une part, se manifester au plan chromosomique. Ainsi d'une personne qui aurait des chromosomes sexuels XXY. Elles peuvent, d'autre part, se manifester aux plans anatomique ou hormonale. Un individu aux chromosomes XY peut alors présenter des caractéristiques sexuées féminines⁴, en cas d'insensibilité totale ou partielle aux androgènes par exemple, tandis qu'une personne aux chromosomes XX peut présenter des caractéristiques sexuées masculines⁵. Les personnes concernées par cette situation sont nommées, dans le cadre de la présente étude, personnes intersexes. Ces personnes, au plan de l'expression de leur genre, peuvent s'identifier comme hommes, femmes, ou comme personnes non-binaires.

¹ Sur cette notion V. LEGENDRE C., *La coordination du mouvement sportif international et des ordres juridiques étatiques et supra-étatiques*, LGDJ 2020 ; pour la qualification de *Lex Sportiva* : LATTY F., *La Lex Sportiva – recherche sur le droit transnational*, Thèse Nanterre 2005, HAL.

² Sur l'idée d'un *continuum* sexuel entre masculin et féminin au plan médical : FAUSTO-STERLING A., *Corps en tous genres – La dualité des sexes à l'épreuve de la science*, 2000 ; La découverte, Paris, 2012, p. 51.

³ La terminologie la plus courante, issue de l'anglais, est celle de DSD (*disorder of sexual development*). Elle est toutefois contestée en ce qu'elle porte une vision pathologisante de l'intersexualité. Est ainsi préconisée l'utilisation de termes plus neutres comme « différence du développement sexuel » ou « variation du développement sexuel », ex. *Rapport au nom de la délégation au droit des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes* (M. BLONDIN et C. BOUCHOUX dir.), p. 16.

⁴ Individus DSD 46 XY.

⁵ Individus DSD 46 XX.

À l'inverse, les personnes dont les caractéristiques sexuées correspondent aux conventions biologiques binaires sont nommées « *dyadiques* ».

Quelles que soient leurs caractéristiques sexuées, les individus peuvent par ailleurs être cisgenres ou transgenres. Les personnes cisgenres sont celles dont l'expression de genre correspond à celle qui leur a été assignée à la naissance. Les personnes transgenres ou « *trans* » sont celles dont l'identité de genre ne coïncide pas avec celle qui leur a été attribuée à la naissance. Les personnes trans peuvent s'identifier au sein d'une catégorie binaire (hommes et femmes trans) comme au-delà de la binarité (personnes trans non-binaires). Une personne intersexe peut ainsi être trans ou cisgenre – c'est le cas, par exemple, d'une personne identifiée comme présentant une variation du développement sexuel assignée femme à la naissance et s'identifiant comme femme tout au long de sa vie. Les personnes qui ne sont pas intersexes peuvent, elles aussi, être trans ou cisgenre. Ainsi, une personne dont les caractéristiques sexuées sont masculines, assignée homme à la naissance et évoluant en tant qu'homme tout au long de sa vie est cisgenre, mais si son identité de genre se révèle différente, il s'agit d'une personne trans.

Face à ces différentes réalités, que dit le droit ? En France, il n'existe que deux sexes à l'état civil : masculin ou féminin. Ainsi, une personne intersexe doit nécessairement être déclarée dans un sexe ou l'autre au moment de sa naissance⁶. La situation des personnes trans est prise en compte dans un cadre qui demeure binaire : une personne assignée femme peut demander un changement de sexe à l'état civil pour être reconnue aux yeux de la loi comme un homme, et *vice versa*⁷. Il faut préciser que ce changement de sexe peut, depuis 2016⁸, être obtenu avec ou sans réassignation sexuelle chirurgicale et/ou traitement hormonal visant à féminiser ou à masculiniser le corps. En revanche, il n'est pas possible de se faire reconnaître comme étant de sexe neutre⁹. Cette possibilité existe toutefois dans un nombre croissant d'États tels que l'Allemagne, les Pays-Bas, l'Autriche ou encore l'Islande¹⁰.

Ces différentes évolutions ne sont pas sans perturber le mouvement sportif international. Et pour cause : le sport est historiquement une discipline masculine. L'ouverture de la

⁶ C. civ., art. 57.

⁷ C. civ., art. 61-5.

⁸ Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016, *JORF* 19 nov. 2016.

⁹ Cass. 1^{re} civ. 4 mai 2017, n°16-17189, *Bull. I* : *JCP G* 2017. 716, note M. GOBERT ; *JCP G* 2017. 696, note P. INGALL-MONTAGNIER ; *D.* 2017. 1404, note B. MORON-PUECH ; *D.* 2017. 1399, note J-P. VAUTHIER ; *D.* 2018. 919, obs. M-X. CATTO ; *AJ fam.* 2017. 354, obs. J. HOUSIER ; *RTD civ.* 2017. 607, obs. J. HAUSER ; *LPA* 2017, n°120, p. 18, note M. PÉRON ; *Gaz. pal.* 2017, n°19, p. 20, note P. LE MAIGAT ; *Gaz. pal.* 2017, n°25, p. 91, note B. BLOQUEL ; *dr. fam.* 2017, étude 9, note J-R. BINET ; *RJPF* 2017, n°6, note S. MAUCLAIR ; Absence de condamnation de la France à ce titre par CEDH, 31 janvier 2023, n°76888/17 : *Dalloz actu* 2023, obs. M. MESNIL, *ibidem* obs. M. BRILLAT ; *AJ fam.* 2023. 168, obs. L. BRUNET, *ibid.* 70 note A. DIONISI-PEYRUSSE ; *D.* 2023. 400, note B. MORON-PUECH ; *JCP G* 2023. 232, note B. MORON-PUECH & J. MATTIUSI ; *Dr. fam.* 2023, n°4, note M. LAMARCHE ; *RDH* 2023, note A. BOISGONTIER ; *Gaz. pal.* 2023, n°6, p. 30, obs. C. BERLAUD ; *ibid* n°10, p. 28, note B. PITCHO & M. PETKOVA ; *ibid* n°14, p. 69, note K. ZAROUKIAN et L. ASTRUC-BACIOTTI ; *L'essentiel droit de la famille et des personnes*, n°3, p. 2, obs. J-M. LARRALDE.

¹⁰ CEDH, 31 Janvier 2023, *Aff. Y c. France*, n°76888/17, § 37. ; E. TISSANDIER-NASOM, « Effective Recognition and Protection of Non-Binary Gender Identities in the Council of Europe Framework », *UCLR* 8(2), 2023, [en ligne : <https://doi.org/10.6092/issn.2531-6133/18609>].

discipline aux femmes s'est opérée dans la non-mixité, d'une part en raison de la supposée fragilité des corps féminins qu'il conviendrait de ne pas malmenager dans la perspective de la grossesse et de l'accouchement¹¹, d'autre part pour visibiliser le sport féminin¹². La bi-catégorisation a ainsi régi le développement du sport féminin au sein des différentes fédérations disciplinaires, hormis dans le cas de quelques exceptions notables comme l'équitation. Rapidement toutefois, des femmes aux caractéristiques physiques « *hors normes* » sont identifiées comme des menaces pour leurs concurrentes et l'histoire du sport a ainsi connu des périodes où les tests de féminité systématiques ont été pratiqués sur les athlètes et ce dès les années 1960¹³.

Performances sportives et caractéristiques biologiques sexuées sont ainsi corrélées à la faveur d'un stéréotype connu : les femmes seraient plus faibles et plus fragiles, tandis que les hommes seraient plus puissants et plus forts. La problématique de l'iniquité en termes de performance, au cœur de l'idée même de compétition, est alors devenue une problématique de caractéristiques sexuées et de genre.

Les *Jeux Olympiques* de Sydney de 2000 furent une première occasion de visibiliser la question. Le Comité international olympique avait alors annoncé l'abolition des tests systématiques¹⁴. Pourtant, quelques années plus tard, au Mondial de Berlin de 2009, allait éclater l'affaire qui contribuerait à porter la question devant les tribunaux. Caster SEMENYA y remporte le 800 mètres en catégorie féminine. Son apparence physique athlétique intrigue alors les journalistes, qui dans une presse sans finesse n'hésite pas à questionner le genre de Madame SEMENYA¹⁵. Sous la pression médiatique, celle-ci est soumise à un test de féminité qui révélera au monde, en même temps qu'à la sportive elle-même, une variation du développement sexuel. Madame SEMENYA entend néanmoins poursuivre sa carrière, ce qui conduira sa fédération de rattachement – la fédération internationale d'athlétisme aujourd'hui nommée *World Athletics* – à adopter un premier règlement obligeant toutes les femmes à abaisser leur taux de testostérone sous 10 nanomoles par litres de sang¹⁶. Madame SEMENYA se plie à l'exigence en prenant la pilule contraceptive en continu, ce qui n'affectera pas ses performances.

¹¹ F. CARPENTIER, « Alice MILLIAT et le premier « sport féminin » dans l'entre-deux guerres », *Revue d'histoire* 2019/2 (n°142).

¹² F. CASTAN-VICENTE, A. BOHUON, P. HENAFF-PINEAU & N. CHAVANAT, « Les pionnières françaises du sport international des femmes : Alice MILLIAT et Marie-Thérèse EYQUEM, entre tutelle médicale et non-mixité militante ? », *STAPS* 2019/3, n°125, p. 31.

¹³ A. BOHUON, *Catégorie « dames » – le test de féminité dans les compétitions sportives*, éditions iXe, 2012.

¹⁴ A. BOHUON, « Activités – Compétitions sportives – « Test de féminité » : vide juridique et bouleversement de l'ordre sportif », *JS* 2010, n°96, p. 42.

¹⁵ Ex. « Et si la championne du monde du 800 m était un homme ? », *LePoint.fr*, 20 août 2009 ; « Maudit hermaphrodite ? », *Libération*, 21 août 2009 ; « Le cas SEMENYA », *L'Equipe*, 20 août 2009 ; « Athlétisme : quel est le sexe de la reine du 800 m ? » *Le Parisien.fr*, 20 août 2009.

¹⁶ Le taux de testostérone des personnes aux caractéristiques sexuées dites féminines est en moyenne situé entre 0,5 et 3,10 nanomoles par litres de sang chez les 20 à 30 ans, tandis que celui des personnes aux caractéristiques sexuées masculines est de 12,1 à 29,5 nanomoles par litres de sang en moyenne pour la même tranche d'âge, P. DIEUSAERT, *Guide pratique des analyses médicales*, 6^e éd. 2015, p. 1221. Pour les athlètes intersexes au taux de testostérone élevé, le taux peut se situer entre deux.

Dans le même temps, l'athlète féminine indienne Dutee CHAND, également considérée comme présentant une variation du développement sexuel et concourant en athlétisme sur d'autres compétitions, obtient gain de cause devant le Tribunal arbitral du sport¹⁷. Madame SEMENYA interrompt alors son traitement et saisit à son tour les instances de sa discipline. Dans son cas néanmoins, il sera considéré que le traitement qu'elle subit est proportionné. Dans le même temps, le Règlement de *World Athletics* est modifié. À la fois pour cantonner la condition de testostérone aux femmes XY¹⁸, ce qui réduit le champ d'application du Règlement, mais aussi pour abaisser le taux de testostérone requis à 5 nanomoles par litres de sang¹⁹.

La date des *Jeux 2024* approchant est une occasion nouvelle pour le Comité international olympique d'afficher sa considération pour l'inclusion des personnes trans et intersexe. La Convention olympique retient ainsi le principe de non-discrimination au sein des principes fondamentaux de l'*Olympisme*, incluant notamment l'interdiction de la discrimination basée sur le genre²⁰. Il fait néanmoins le choix de remettre l'épineuse question entre les mains des fédérations internationales disciplinaires²¹.

À partir de ce moment, la question de l'inclusion des femmes trans est associée à celle des femmes intersexes. Les problématiques de l'intersexuation et de la transidentité sont pourtant distinctes. Les femmes trans concernées par les exclusions sont celles qui ont obtenu leur changement de sexe à l'état civil et qui, en tant que femmes, souhaiteraient concourir en catégorie féminine. L'enjeu pour les instances sportives serait alors de s'assurer qu'elles ont suffisamment modifié leur corps et en particulier abaissé leur taux de testostérone pour concourir à performances égales avec les femmes dyadiques et cisgenres.

Depuis 2021, plusieurs fédérations disciplinaires se sont effectivement prononcées sur l'inclusion des personnes trans et intersexes²². L'Union cycliste internationale²³ et la Fédération internationale de natation *World Aquatics*²⁴ posent, pour concourir en catégorie femme, un double critère. Un taux de testostérone maintenu sous 2,5 nanomoles par litre de sang d'une part, ne pas avoir connu les effets de la testostérone à

¹⁷ TAS, 24 juillet 2015, 2014/A/3759 : *Rev. arb.* 2016. 31, note F. LATTY.

¹⁸ Par une modification en date de 2019.

¹⁹ Par une modification en date de 2018.

²⁰ Comité International Olympique, *Charte Olympique* ; principe 04, [en ligne :

<https://stillmed.olympics.com/media/Document%20Library/OlympicOrg/General/FR-Olympic-Charter.pdf>].

²¹ Cadre du CIO sur l'équité, l'inclusion et la non-discrimination sur la base de l'identité sexuelle et de l'intersexuation, novembre 2021.

²² Pour un bilan non exhaustif de l'état des règles des différentes fédérations internationales à la fin de l'année 2023 V. [en ligne : <https://www.transathlete.com/international-federations>].

²³ « Eligibility regulation for transgender athletes », [En ligne :

https://assets.ctfassets.net/76117gh5x5an/5Qwu5ycbagkT3ApUSZg9N9/c7b5fea8d1d49aab3b0375d95769b721/20230714_Modification_Transgender_Regulation_Juillet_2023_ENG_red.pdf].

²⁴ *World aquatics*, « Policy on eligibility for the men's and women's competition categories », 19 juin 2022 : [https://resources.fina.org/fina/document/2023/03/27/dbc3381c-91e9-4ea4-a743-84c8b06debef/Policy-on-Eligibility-for-the-Men-s-and-Women-s-Competition-Categories-Version-on-2023.03.24.pdf] : P. MICHEL, « la nouvelle réglementation de la FINA sur l'éligibilité des athlètes intersexes et transgenres, ou le danger de l'exclusion », *RLDF* 2022, n°34.

la puberté d'autres part. *World rugby* se concentre, quant à elle, sur le fait de ne pas avoir subi les effets de la testostérone à la puberté²⁵. *World Athletics*, enfin, continue de distinguer les personnes trans et intersexes. Si les premières sont soumises à des conditions similaires à celles des cyclistes et nageur.euses, les personnes intersexes se voient soumises à la seule condition de taux de testostérone, toutefois abaissée à 2,5 nanomoles par litre de sang²⁶.

Il faut ajouter que la plupart des fédérations ne connaissent que les catégories masculine et féminine, excluant d'emblée les personnes non-binaires. Si la fédération internationale de natation a tenté récemment de créer, pour ses Mondiaux²⁷, une catégorie « ouverte » à tous et à toutes, et donc aussi aux personnes non-binaires, trans et intersexes, l'absence d'inscrire à cette compétition a conduit à son annulation²⁸.

Ces règles qui se multiplient posent d'évidentes questions en termes de droits humains qui, pourtant, ne trouvent pas de réponse dans le mouvement sportif international²⁹. Ainsi, dans le cadre des *Jeux Olympiques*, la Règle 61, alinéa 2, de la *Charte olympique* oblige les participant.es aux compétitions à se soumettre à l'arbitrage en cas de litige. Même en dehors du cas des *Jeux*, des clauses d'arbitrage figurent dans les règlements sportifs que les parties acceptent pour pouvoir participer aux compétitions internationales³⁰. Le contentieux échappe ainsi aux juridictions étatiques au profit de juridictions privées, en principe impartiales, mais non tenues par les lois étatiques et conventions internationales.

À l'échelle européenne, plusieurs décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme témoignent d'une volonté de la Cour de connaître des violations des droits des athlètes sur le sol européen³¹. Dans ces précédents, les fédérations internationales en cause avaient toutefois leur siège en Suisse, ce qui constituait un lien territorial de nature à justifier la compétence de la Cour européenne. Dans l'affaire SEMENYA, l'arrêt du 11 juillet 2023 étend encore la compétence de la Cour puisque le seul lien avec la Suisse est la localisation du Tribunal arbitral du sport et que la Cour accepte, pour la première fois, d'opérer son contrôle au regard des droits substantiels de la Convention. Quoique la

²⁵ [En ligne : <https://www.world.rugby/the-game/player-welfare/guidelines/transgender/men>].

²⁶ Règlement C3.6 régissant l'admissibilité à concourir dans la catégorie féminine (DDS) 23 mars 2023, entrant en vigueur le 31 mars 2023 et Règlement C3.5 régissant l'admissibilité à concourir des athlètes transgenres 23 mars 2023, entrant en vigueur le 31 mars 2023 [En ligne : <https://worldathletics.org/about-iaaf/documents/book-of-rules>].

²⁷ P. OBERLI, « Femmes trans, elles se battent pour briser le tabou sportif », *Le Matin* n°19318, 8 octobre 2023.

²⁸ « Natation : aucun inscrit dans la "catégorie ouverte" pour les nageurs transgenres à la coupe du monde », *Le Figaro*, 3 octobre 2023.

²⁹ Sur la difficile percée des droits humains en milieu sportif, V. conférence de présentation du travail doctoral de T. SHINOHARA « Paving the way for protection of human rights in sports : the case of intersex and transgender female athletes », Center of olympics studies & the globalization of sport, 7 décembre 2023.

³⁰ C. LEGENDRE, *La coordination du mouvement sportif international et des ordres juridiques étatiques et supra-étatiques*, LGDJ 2020, n°263 et s. sur une critique de l'intégrité du consentement à ces clauses qui ne remet pas pour autant en cause leur validité.

³¹ CEDH, 2 octobre 2018, *aff. MUTU et PECHSTEIN c. Suisse*, n°40575/10 et 67474/10 ; CEDH, 5 mars 2020, *aff. PLATINI c. Suisse*, n°526/18.

décision ne soit pas définitive en raison d'un renvoi de l'affaire en Grande chambre, ce contexte rend particulièrement intéressant d'analyser les Règlements sportifs à l'aune de la Convention et de la jurisprudence dans le cadre d'un ouvrage dédié à l'organisation des *Jeux Olympiques*.

En l'occurrence, les Règlements sportifs conduisent à l'exclusion d'athlètes en raison de leur identité de genre et de leur sexe, ce, de façon frappante, suscite immédiatement la réflexion quant à l'existence de discriminations (I). Lorsque les athlètes ne sont pas totalement exclues, elles concourent au prix d'actions sur leur corps pour abaisser leur taux de testostérone, ce qui ne semble pas compatible avec la protection du corps humain (II).

I. L'EXISTENCE DE DISCRIMINATIONS

Aux vues des réglementations imposées aux athlètes trans et intersexes afin de participer aux épreuves sportives internationales au sein de la catégorie féminine, il est nécessaire de considérer l'existence d'un traitement discriminatoire. Si la discrimination au sens de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CESDH) n'est pas autonome, elle apparaît ici systématiquement combinable avec le droit au respect de la vie privée (A). À cet égard, les discriminations potentielles sont plurielles (B) et intersectionnelles (C).

A. *Non-discrimination et respect de la vie privée incluant identité de genre*

Toute personne a un droit d'être protégée contre toute forme de discrimination. Par discrimination, on entend tout acte ou décision qui traite une personne de manière moins favorable en raison d'une caractéristique spécifique, tel que l'âge, l'origine ethnique ou le genre et l'orientation sexuelle³². Le droit français prévoit diverses mesures protectrices contre la discrimination. Notamment, la loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations interdit la discrimination fondée sur l'identité de genre, le sexe, l'orientation sexuelle et les caractéristiques génétiques³³. La protection contre la discrimination en droit français est donc large et l'égalité des citoyens devant la loi est même reconnue comme ayant valeur constitutionnelle³⁴.

La loi française en matière de discrimination est également influencée par les directives de l'Union Européenne et les décisions de la Cour Européenne des Droits de l'Homme. Dans ce cadre, la base légale applicable est l'article 14 de la CESDH³⁵. L'article 14 ne

³² Amnesty international, « What Is Discrimination ? »,

[en ligne : <https://www.amnesty.org/en/what-we-do/discrimination>].

³³ Loi n°2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, *JORF* 28 mai 2008.

³⁴ Constitution du 4 octobre 1958, Préambule et art. 1^{er}.

³⁵ CEDH, « Guide Sur l'article 14 de La Convention Européenne Des Droits de l'homme et l'article 1 du Protocole n°12 à la Convention » [en ligne :

https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide_Art_14_Art_1_Protocol_12_FRA].

prohibe pas la discrimination de façon autonome, mais dans l'application des droits et libertés assurés par le reste de la Convention et ses Protocoles. L'article 14 interdit en particulier la discrimination fondée sur l'identité de genre, l'orientation sexuelle et les caractéristiques génétiques³⁶. Ces différents critères relevant en même temps de la sphère d'autonomie personnelle garantie par l'article 8 de la Convention, ces deux articles sont souvent combinés pour traiter de ces cas de discrimination³⁷.

La Cour Européenne des Droits de l'Homme reconnaît que l'identité de genre ainsi que l'orientation sexuelle – tout comme les caractéristiques sexuées³⁸ – font partie intégrante de l'identité fondamentale d'un individu. En conséquence, la marge d'appréciation laissée aux États membres dans leur application du principe de non-discrimination est limitée³⁹.

Pour qualifier un traitement discriminatoire contraire à la CESDH, il faut caractériser une différence de traitement de personnes placées dans une situation comparable. Ledit traitement est considéré comme discriminatoire si l'État n'est pas en mesure de se prévaloir d'une justification objective. Toute mesure doit ainsi poursuivre un objectif raisonnable et être proportionnée au but recherché⁴⁰. Si une différence de traitement est due à l'identité de genre ou aux caractéristiques sexuées de l'individu défavorisé, les raisons invoquées par l'État doivent être « *particulièrement solides et convaincantes* » ou constituer un « *motif impérieux* » afin de passer outre la marge d'appréciation restreinte⁴¹. En l'occurrence, l'existence d'une discrimination semble pouvoir être discutée entre plusieurs groupes placés dans des situations comparables.

B. Des différences de traitement plurielles

Dans la mesure où les différences de traitements ne doivent conduire à comparer que des groupes placés dans une semblable situation, il convient ici de s'interroger sur différents cadres de comparaison : d'abord entre les catégories binaires féminines et masculines, puis, au sein de la catégorie féminine entre les athlètes trans et inter et leurs compétitrices cisgenres et dyadiques, et, enfin, vis-à-vis des athlètes non-binaires qui ne se voient incluses dans aucune catégorie.

³⁶ CEDH, 12 mai 2015, *aff. IDENTOBA et autres c. Géorgie*, n°73235/12., § 96 (orientation sexuelle et identité de genre) ; CEDH, 21 décembre 1999, *aff. Salgueiro DA SILVA MOUTA c. Portugal*, n°33290/96., § 28 (orientation sexuelle) ; CEDH, 26 février 2002, *aff. FRETTE c. France*, n°64727/11 (orientation sexuelle), § 32 ; CEDH, 1^{er} décembre 2009, *aff. GN et autres c. Italie*, n°43134/05., § 126 (caractéristiques génétiques).

³⁷ CEDH, 26 mars 1985, *aff. X Et Y c. Pays-Bas*, n°8978/80 (vie sexuelle), § 22 ; CEDH, 22 mars 2016, *aff. Sousa GOUCHA c. Portugal* n°70434/12 (orientation sexuelle), § 27 ; CEDH, 22 octobre 1981, *aff. DUDGEON c. Royaume-Uni* n°7525/76., § 41 ; CEDH, 14 mai 2020, *aff. BEIZARAS et LEVICKAS c. Lituanie* n°41288/15., § 109 ; CEDH, 27 septembre 1999, *aff. SMITH et GRADY c. Royaume-Uni*, n°33985/96 et 33986/96., § 71.

³⁸ La Cour n'emploie pas directement ce terme de caractéristique sexuée, par souci de clarté et de pédagogie la présente communication réunie sous cette bannière les occurrences « caractéristiques génétiques » et « sexe ».

³⁹ CEDH, 19 juin 2014, *aff. HÄMÄLÄINEN c. Finlande*, n°37359/09., § 109.

⁴⁰ Convention Européenne des Droits de l'Homme, article 8(2).

⁴¹ CEDH, 21 septembre 2013, *VALLIANATOS et autres c. Grèce* n°29381/09 et 32684/09., § 77 ; CEDH 11 juillet 2023, *aff. SEMENYA c. Suisse*, n°10934/21 : *Club des juristes* 2023, note M. MAISONNEUVE ; *D.* 2023. 1684, note J. MATTIUSI ; *RDH* 2023, note A. BOISGONTIER & C. LANIER ; *Comm. com. electr.* 2023 chron. 13, obs. J-M. MARMAYOU, § 168.

i. Les discriminations entre catégories binaires (« féminine » et « masculine »)

La première différence de traitement qui apparaît lorsque l'on examine le monde sportif de haut niveau touche à la conception même des catégories binaires homme et femme. Dans ce sens, on note que les limitations préalablement examinées définissant le droit d'accès à la catégorie féminine n'ont pas d'équivalent pour la catégorie masculine. Ainsi, seule la catégorie féminine se trouve limitée, même plafonnée. Les catégories binaires ne sont donc pas approchées de façon égalitaire⁴².

Cela peut être expliqué par les origines de la construction du système sportif international. L'institution olympique est en effet foncièrement androcentrée⁴³. La compétition sportive, dans la grande majorité des disciplines fut créée pour les athlètes masculins, avec pour but principal de tester les capacités physiques masculines⁴⁴. La conséquence directe est l'exclusion des femmes du monde sportif. Lorsque les athlètes féminines commencèrent à être intégrées aux compétitions, la solution choisie fut donc la création d'une sous-catégorie féminine au sein de laquelle les femmes seraient en mesure de participer sans être désavantagées⁴⁵. Il en ressort l'émergence d'un concept spécifique de sexe/genre propre au monde sportif. Cette différence ne dépend non pas de définitions universelles scientifiques ou sociales des catégories de genre mais de critères construits autour de facteurs biologiques jugés pertinents dans la séparation des athlètes, notamment la composition chromosomique ainsi que la présence de testostérone dans le sang⁴⁶. En conséquence, la catégorie masculine n'est pas plafonnée et les facteurs biologiques y sont d'autant plus considérés comme des marqueurs de performances. Là où un athlète présente un avantage biologique sur ses contreparties, aucune limitation n'est imposée sur ses capacités qui sont simplement considéré comme un « *don de la nature* »⁴⁷. À l'inverse, au sein de la catégorie féminine, l'institution olympique internationale sépare les athlètes légalement féminines de celles jugées biologiquement masculines. En conséquence, la participation aux compétitions sportives dans la catégorie féminine est plafonnée. Tout avantage biologique doit être limité voir supprimé, cela pouvant aller jusqu'à requérir le traitement médical de l'athlète. Cet

⁴² J. MATTIUSI, « Bi-catégorisation des sexes et compétitions sportives : vers la fin d'un dogme ? », *D.* 2022.1822.

⁴³ *Supra* introduction.

⁴⁴ On note très peu de sports conçus pour les athlètes féminines, parmi ceux-là peuvent être mentionnés la gymnastique rythmique ou la natation synchronisée ainsi que le patinage artistique.

⁴⁵ I. MARTÍNKOVÁ and others, « Sex and Gender in Sport Categorization: Aiming for Terminological Clarity » (2022) 49 *Journal of the Philosophy of Sport* 134 ; Rapport de la Haute Commissaire des Nations Unies aux Droits de l'Homme, « Convergence de la discrimination raciale et de la discrimination fondée sur le genre dans le sport (A/HRC/44/26) », 2020, § 11. On note également que cette construction est aussi largement basée sur des critères raciaux occidentaux.

⁴⁶ J. COOPER, « Fair competition and inclusion in sport: Avoiding the marginalisation of Intersex and Trans women Athletes », 2023, 8 *Philosophies* 28 [en ligne : <https://www.mdpi.com/2409-9287/8/2/28>].

⁴⁷ K. KARKAZIS, « They're Chasing Us Away from Sport': Human Rights Violations in Sex Testing of Elite Women Athletes », *Human Rights Watch* 2020, p. 84 et s.

aspect discriminatoire est souligné par l'athlète Caster SEMENYA dans sa requête à la Cour européenne des droits de l'Homme dénonçant le Règlement de *World Athletics*⁴⁸.

Il existe donc une différence de traitement entre les athlètes féminines et masculines. Cependant, dès lors que l'on considère l'impact de ces régulations sur les athlètes féminines ne correspondant pas aux critères d'accession imposés, se pose la question de la disproportionnalité d'une telle méthode de séparation des athlètes. Il existe des disciplines sportives, telles que la boxe, au sein desquelles les athlètes sont divisées tant par leur genre qu'en fonction de marqueurs autres tel que l'âge, le poids, la taille, *etc.* Il est donc possible de repenser les divisions sportives en d'autres termes qu'en sous-catégories genrées. Le sport est fondamentalement basé sur l'inégalité des corps et des capacités qui découlent de multiples inégalités tout autant biologiques que sociales et culturelles, pour exemple dans l'accès aux infrastructures et aux entraînements⁴⁹. À cet effet, les inégalités que tentent de supprimer les régulations d'accès à la catégorie féminine se retrouvent partout par ailleurs dans le sport de haut niveau. Qui plus est, le fait que ces régulations ne touchent que la catégorie féminine indique la volonté de retenir une forme de contrôle sur le corps des femmes qui ne semble nullement proportionnée⁵⁰.

La discrimination semble également présente entre femmes trans ou intersexe et femmes cisgenres ou dyadiques.

ii. La discrimination entre femmes trans ou intersexes et femmes cisgenres ou dyadiques

Au vu des limitations imposées aux athlètes trans et intersexes, il est net qu'il existe une différence de traitement par rapport aux athlètes cisgenres auxquels les limitations ne s'appliquent pas même lorsque leur taux de testostérone courant dépasse le maximum autorisé⁵¹. Il convient donc de déterminer si cette différence de traitement est justifiée par les dispositions de l'article 8(2) de la CESDH. La justification avancée par les corps sportifs repose sur le concept d'équité au sein de la catégorie féminine⁵². À cet effet, il est nécessaire de mentionner que les instances dirigeantes du sport sont, en général, tenue

⁴⁸ CEDH, 11 juillet 2023, *aff. SEMENYA c. Suisse*, § 129.

⁴⁹ *Supra* 45 (A/HRC/44/26), § 15-21.

⁵⁰ Résolution 2465 du Parlement du Conseil de l'Europe, « Pour des règles du jeu équitables – Mettre fin à la discrimination à l'égard des femmes dans le monde du sport », 2022. § 4.

⁵¹ Règlement C3.6 régissant l'admissibilité à concourir dans la catégorie féminine (DDs) 23 mars 2023, entrant en vigueur le 31 mars 2023 et Règlement C3.5 régissant l'admissibilité à concourir des athlètes transgenres 23 mars 2023, entrant en vigueur le 31 mars 2023 [En ligne : <https://worldathletics.org/about-iaaf/documents/book-of-rules>]. Cela n'a pas toujours été le cas (Trib. Féd. Suisse, 1^{re} Cour de droit civil, *préc.* § A.f.c.), et certaines fédérations internationales continuent d'évoquer de façon générique les personnes souffrant de variation du développement sexuelle (par exemple, *World Rugby* parle de « personnes non binaires »), ce qui pourrait englober des femmes aux chromosomes XX dont le taux de testostérone est plus élevé que la moyenne en raison d'un hirsutisme (D. G. ROUILLER, « Hirsutisme », *Revue médicale Suisse* 2005-I, 420-1) ou d'un syndrome des ovaires polykystiques (A. BOHUON, *Catégorie « dames » – le test de féminité dans les compétitions sportives*, éditions iXe, 2012, p. 129, note 1).

⁵² *Ibid.*, § 1.1.a.

de respecter le principe de non-discrimination mais ne semblent pas avoir d'obligation similaire quant au maintien de l'équité basé sur les capacités physiques des athlètes⁵³. En ce sens, le principe d'inclusion, et donc de non-discrimination, peut, et certainement « devrait », outrepasser le principe d'équité⁵⁴.

L'argument de l'équité repose sur la mise en avant d'un supposé avantage détenu par les femmes trans et intersexes dû au fait qu'elles ont pu vivre une puberté typiquement considérée masculine. Les instances gouvernementales du sport, particulièrement le Comité olympique, s'appuient sur cet avantage supposé afin de justifier les limitations imposées aux athlètes trans et intersexes. Les règlements ainsi construits définissent le niveau de testostérone dans le sang ainsi que la sensibilité aux androgènes comme les facteurs centraux permettant de définir l'avantage que possède les athlètes ayant vécu une puberté typiquement masculine. Plus spécifiquement, le règlement de *World Athletics* se base sur la supposition que cet avantage est comparable à celui des athlètes masculin cisgenre et dyadique⁵⁵. Un premier problème avec cette approche vient de son essence réductrice. En effet, il n'existe pas de facteur biologique unique universellement reconnu comme suffisant à séparer le masculin du féminin⁵⁶. Cependant, l'utilisation fréquente du sexe biologique comme facteur de distinction permet d'introduire une prétendue objectivité scientifique dans la séparation des individus en catégories binaires⁵⁷. En outre, le choix de critères biologiques définis révèle une vision de la masculinité, et bien plus spécialement de la féminité, propre au monde du sport⁵⁸. S'il n'est pas problématique de poser des limites de participation au sein d'une catégorie (on songe par exemple au contrôle des marqueurs biologiques susceptibles de révéler un dopage), de telles limitations doivent reposer sur des critères solides. Ainsi, tant du point de vue des réglementations du système olympique que de celles de la CESDH, une restriction de l'accès à la catégorie féminine ne pourrait éventuellement être considérée comme justifiée que si l'avantage supposé des femmes trans et intersexes était solidement prouvé scientifiquement⁵⁹.

Si l'on se concentre sur le Règlement de *World Athletics*, il semble au premier abord que la décision de centrer les restrictions d'accès à la catégorie féminine sur le niveau de testostérone et la sensibilité aux androgènes est étayée par plusieurs études scientifiques. Ces recherches, notamment celle réalisée par HANDELSMAN, HIRSCHBERG et

⁵³ *Supra* 46, J. COOPER, p. 4.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 4; S. TEETZEL, « The Onus of Inclusivity: Sport Policies and the Enforcement of the Women's Category in Sport », 2014, 41 *Journal of the Philosophy of Sport*, 113.

⁵⁵ Cadre du CIO sur l'équité, l'inclusion et la non-discrimination sur la base de l'identité sexuelle et de l'intersexuation, novembre 2021.

⁵⁶ *Supra* 46, J. COOPER, p. 7.

⁵⁷ *Supra* 47, K. KARKAZIS.

⁵⁸ D. COOPER & *alii*, « Abolishing Legal Sex Status: The Challenge and Consequences of Gender-Related Law Reform », 2022, [en ligne : <https://www.kcl.ac.uk/law/research/future-of-legal-gender-abolishing-legal-sex-status-full-report.pdf>].

⁵⁹ M. MARTOWICZ & *alii*, « Position Statement: IOC Framework on Fairness, Inclusion and Non-Discrimination on the Basis of Gender Identity and Sex Variations », 2023, 57, *British Journal of Sports Medicine* 26, [en ligne : <https://bjsm.bmj.com/lookup/doi/10.1136/bjsports-2022-106386>], § 6.1.

BERMON (2018), semblent présenter des conclusions prouvant l'avantage certain des athlètes trans et intersexes et la directe corrélation de cet avantage avec leur niveau de testostérone courant dans le sang⁶⁰. Ces études placent l'avantage des athlètes trans et intersexes autour de 2.1-7.8% par rapport aux autres athlètes féminines⁶¹. Cependant, la méthodologie et les conclusions de ces études sont largement questionnées. Les critiques soulignent l'inadéquation statistique des données choisies, l'absence de consentement éclairé des athlètes dont les données ont été utilisées, ainsi que le manque d'indépendance de l'équipe de recherche vis-à-vis de *World Athletics*. De plus, les résultats de ces recherches n'ont pas pu être répétés *a posteriori*⁶². Une étude menée par Roger PIELKE a tenté d'analyser les résultats de ces recherches d'un point de vue objectif. Il en ressort un potentiel avantage lié au niveau de testostérone plafonnant à 1.5-2.1%⁶³. Cette étude montre, de surcroît, que l'avantage le plus conséquent pour les épreuves d'athlétisme semblent apparaître pour le 100 mètres au bénéfice des athlètes présentant un taux de testostérone courant plus faible que la moyenne⁶⁴.

Aux vues de cette absence de consensus sur l'avantage que confère la présence de testostérone endogène chez les athlètes trans et intersexes dans la pratique du sport de haut niveau, il convient de conclure que les restrictions qui leur sont imposées sont loin de satisfaire le critère de preuves scientifiques robustes avancé par le Comité olympique. Au même titre, la base scientifique semble bien trop instable pour constituer une justification raisonnable et un « motif impérieux » au sens de l'article 8(2) de la CESDH. De plus, mis en parallèle avec l'impact de ces restrictions sur l'intégrité physique et mentale des athlètes visés ainsi que sur le principe d'inclusion dans le sport, la justification n'apparaît pas proportionnée⁶⁵.

L'existence d'un traitement discriminatoire est d'autant plus évidente lorsque la question d'un potentiel avantage physique est mise de côté. Il s'agit notamment de la situation dans laquelle se trouve actuellement les joueuses professionnelles d'échec trans. La nouvelle réglementation de la Fédération Internationale d'Échecs impose un arrêt total de participation aux épreuves féminines pour une durée de deux ans à compter du moment où une femme trans voit son genre changé administrativement dans le système

⁶⁰ IAAF, « Eligibility Regulations for the Female Classification (Athletes with Differences of Sex Development) » [en ligne : <https://worldathletics.org/news/press-release/eligibility-regulations-for-female-classifica>], end note 1-2, p. 21.

⁶¹ S. BERMON & P-Y. GARNIER, « Serum Androgen Levels and Their Relation to Performance in Track and Field: Mass Spectrometry Results from 2127 Observations in Male and Female Elite Athletes » (2017) 51 *British Journal of Sports Medicine* 1309 [en ligne : <https://bjsm.bmj.com/content/51/17/1309>] ; S. BERMON & alii, « Serum Androgen Levels Are Positively Correlated with Athletic Performance and Competition Results in Elite Female Athletes » (2018) 52 *British Journal of Sports Medicine* 1531 [en ligne : <https://bjsm.bmj.com/content/52/23/1531>].

⁶² *Supra* 46, J. COOPER., p. 15.

⁶³ R. PIELKE, R. TUCKER & E. BOYE, « Scientific Integrity and the IAAF Testosterone Regulations » (2019) 19 *The International Sports Law Journal* 18 [en ligne : <https://doi.org/10.1007/s40318-019-00143-w>].

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ *V. infra*.

de la Fédération⁶⁶. Il n'existe à ce jour aucune assurance que ces athlètes seront autorisées à participer à l'issue de ce délai, ou sous quelles conditions. Cette décision ne se base pas sur une potentielle différence de capacité entre hommes et femmes dans la pratique des échecs, sauf à considérer que les hommes seraient biologiquement plus intelligents que les femmes. De plus, cette régulation ne touche que les femmes trans qui auraient changé leur marqueur de genre après avoir commencé leur carrière sportive. La question se pose donc de savoir si elle s'appliquerait similairement au cas de joueuse ayant transitionné avant de s'inscrire aux épreuves internationales. Enfin, cette réglementation marque une différence de traitement profonde entre personnes trans en ce qu'elle impose le retrait de tout titre et victoire obtenus par un homme trans dans la catégorie féminine avant de changer son genre, ce qui ne s'applique pas aux femmes trans ayant obtenu des titres dans la catégorie masculine avant leur transition⁶⁷.

iii. La discrimination à l'égard des personnes non-binaires

Au-delà de la discrimination existante au sein de la catégorie féminine et entre les catégories binaires, aucune place n'est dédiée aux athlètes non-binaires. Par non-binaire, on entend toute personne dont l'identité de genre ne correspond pas à la binarité femme/homme socialement établie. Dans ce sens, une personne non-binaire peut comprendre son identité de genre comme un entre-deux, fluide ou encore complètement en dehors du spectre du genre. Dans le sport de haut niveau, la catégorisation des athlètes s'organise purement autour de catégories de sexe/genre binaire. Là où des athlètes trans et intersexes demandent à être traitées conformément à leur identité de genre et ce sans discrimination dans la catégorie féminine, les athlètes non-binaires sont forcés de nier leur identité s'ils participent à quelque épreuve sportive. Ceux, celles qui décident de poursuivre une carrière sportive sont forcés de subir des micro-agressions quotidiennement dues à l'invisibilisation de leur identité. À cela s'ajoute une pression sur les participants non-binaires qui les isole du reste des athlètes et, dans de nombreux cas, les poussent à arrêter leur pratique sportive⁶⁸.

Aux niveaux international et olympique, on note l'existence de compétitions sportives en mixité de genre⁶⁹. De telles épreuves pourraient permettre l'inclusion des athlètes non-binaires de manière respectueuse. Cependant, le concept de mixité adopté dans ces épreuves se fonde largement sur des idéaux genrés. Ainsi, ces épreuves sont gouvernées par des quotas requis de joueurs par genre – i.e. un certain nombre de femmes/hommes

⁶⁶ FIDE, Regulations on Transgender Chess Players' Registration on FIDE Directory 2023

[en ligne : https://doc.fide.com/docs/DOC/2FC2023/CM2_2023_45.pdf].

⁶⁷ C. MOSES & L. MCCARTHY, «Some Transgender Women May Be Barred From Women's Chess Competitions» *The New York Times* (17 August 2023) :

[en ligne : <https://www.nytimes.com/2023/08/17/sports/chess-transgender-women-ban-fide.html>].

⁶⁸ L. ROWELLO, «How Should Nonbinary Athletes Navigate the Gendered World of Sports?» (*Them*, 12 October 2021) [en ligne : <https://www.them.us/story/nonbinary-athletes-navigate-gendered-sports-world>].

⁶⁹ CIO, «Mixed-Gender Events: A Sign of Innovation and Greater Gender Diversity at Tokyo 2020» (*Olympics.com*, 31 July 2021) [en ligne : <https://olympics.com/ioc/news/mixed-gender-events-a-sign-of-innovation-and-greater-gender-diversity-at-tokyo-2020>].

requis par équipe – excluant donc *de facto* la reconnaissance des athlètes non-binaires⁷⁰. L'échec de la catégorie neutre pour les Mondiaux de natation est un exemple de l'inadéquation des tentatives d'inclusion ne reconnaissant pas strictement la valeur d'une identité non-binaire à part entière et non comme un groupe « autres » qui regrouperait tous.tes les athlètes ne correspondant pas aux attentes genrées du monde sportif. Il est possible que cette approche soit développée dans le futur afin d'être rendu concrètement inclusive. Néanmoins, il est probable que l'inclusion des athlètes non-binaires ne sera entièrement atteinte que par la suppression de la catégorisation de genre dans le monde du sport. Une telle avancée serait également bénéfique aux athlètes féminines dans toute leur diversité en ce qu'elle signifierait une fin du contrôle du corps sportif féminin par des définitions réductrices et discriminatoires⁷¹.

iv. Discrimination intersectionnelle : impact accru sur les athlètes racisées

Dans sa requête à la Cour Européenne des Droits de l'Homme, Caster SEMENYA souligne que l'impact du Règlement de *World Athletics*, est bien plus large sur les athlètes racisées⁷². Cette idée a été mise en avant par les trois experts des Nations unies autorisés à s'exprimer par la Cour au titre d'une tierce intervention. Ils mettent en avant que ces règlements touchent de façon disproportionnée les athlètes du « *Global South* », et particulièrement sur celles d'origine africaine et asiatique. Il est également mentionné que ces règlements sont intrinsèquement discriminatoires car ils se fondent sur des stéréotypes de genre et raciaux qui établissent une manière acceptable d'être considéré comme une athlète féminine⁷³.

Il existe peu de données détaillées sur les conséquences exactes des réglementations d'accès à la catégorie féminine à ce jour. Cependant, la majorité des cas médiatisés d'athlètes ayant subi une exclusion ou ayant reçu une injonction au traitement médical pour diminuer leur niveau de testostérone concerne des athlètes racisées⁷⁴. Ces réglementations sont largement basées sur le niveau de testostérone courant dans le sang. Or, de nombreuses études scientifiques réalisées dans différents contextes prouvant que le niveau de testostérone moyen varie en fonction de facteurs environnementaux tels que le niveau de nutrition, le stress, etc⁷⁵. Bien qu'il n'existe pas de différence purement génétique lié à la race ou l'origine ethnique quant au niveau de testostérone, il est clair que l'endroit et le contexte dans lequel une athlète se développe ont une influence

⁷⁰ Cf. *supra* 68, L. ROWELLO.

⁷¹ Cf. *supra* 54, S. TEETZEL., p. 115.

⁷² Cf. *supra* 47, K. KARKAZIS., p. 80 ; CEDH, 11 juillet 2023, *aff. SEMENYA c. Suisse*, § 129.

⁷³ CEDH, 11 juillet 2023, *aff. SEMENYA c. Suisse*. § 149 ; *Supra* 47, K. KARKAZIS; p. 80.

⁷⁴ *Supra* 45, (A/HRC/44/26)., § 32.

⁷⁵ Durham University, «Men's testosterone levels largely determined by where they grow up», *ScienceDaily*, 25 June 2018. [en ligne : www.sciencedaily.com/releases/2018/06/180625122437.htm]. K. MAGID, R. T. CHATTERTON, F. U. AHAMED, G. R. BENTLEY, «Childhood ecology influences salivary testosterone, pubertal age and stature of Bangladeshi UK migrant men». *Nat Ecol Evol* 2, 1146–1154 (2018). [en ligne : <https://doi.org/10.1038/s41559-018-0567-6>].

déterminante sur ses niveaux hormonaux. Il s'ensuit que les valeurs établies par les instances sportives internationales sont peut-être fondées sur les valeurs de références dans les pays du « *Global North* ». Elles seraient donc peu représentatives des valeurs moyennes de la totalité des athlètes participant aux épreuves. Cet argument est soutenu par l'Assemblée Générale des Nations unies qui souligne que la discrimination vécue par les femmes et filles dans le milieu du sport ne peut être pleinement comprise qu'en parallèle avec les discriminations dont elles sont victimes dans tous les autres aspects de la société⁷⁶.

De plus, ces règlements visent principalement les athlètes trans et intersexes qui ont vécu une puberté masculine. Or il est évident que l'accès aux soins de santé liés à la transidentité ou à l'intersexuation est bien plus développé, particulièrement la prépuberté, dans les pays dit du « *Global North* ». Par conséquent, les athlètes du « *Global South* » sont désavantagées dans leur capacité même à accéder au traitement qui pourrait leur permettre de se conformer aux critères d'accession sans limitations. Cela se traduit par une utilisation de la race comme un « *critère de filtrage dans le sport de haut niveau* »⁷⁷.

L'étude de la discrimination en matière d'accès des athlètes trans et intersexes à la catégorie féminine doit donc être appréhendée sous l'angle intersectionnel. Il s'agit également de l'approche recommandée par le Conseil de l'Europe⁷⁸.

Il est donc établi que l'organisation actuelle de la bi-catégorisation dans le monde du sport est discriminatoire à multiples titres. Malgré cela, certaines athlètes décident tout de même de poursuivre leur carrière sportive et de se plier aux demandes des règlements en suivant des traitement médicaux et hormonaux afin de diminuer leurs taux de testostérone. Se pose, dès lors, la question de savoir si les réglementations ne produisent pas des atteintes au corps humain.

II. LES ATTEINTES AU CORPS HUMAIN

Si les athlètes ne sont pas, à proprement parler, obligé.es de transformer leur corps pour pouvoir concourir, les conséquences d'un refus de s'y soumettre est de nature à peser sur leur consentement, de sorte qu'il est possible d'y voir des obligations médicales forcées (A). Ces obligations ne sont toutefois pas les mêmes pour les personnes trans et pour les personnes intersexes (B).

A. Des obligations médicales forcées

La Convention européenne des droits de l'Homme protège le corps humain à travers deux articles. L'article 3 prohibe les actes de torture ainsi que les traitements inhumains

⁷⁶ *Supra* 47, (A/HRC/44/26), § 7.

⁷⁷ *Ibid.* § 12.

⁷⁸ Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe, *Résolution 2465 - Pour des règles du jeu équitables – Mettre fin à la discrimination à l'égard des femmes dans le monde du sport.*, para 7.2.6.

et dégradants. L'article 8, quant à lui, protège le droit au respect de la vie privée dans un sens large, incluant l'intimité de la vie privée, mais aussi l'autonomie personnelle, dont relève l'autonomie corporelle⁷⁹.

L'obligation faite aux athlètes d'abaisser leur taux de testostérone de façon continue, pendant une période délimitée ou non, est-elle attentatoire aux droits humains ? De façon générale, le raisonnement achoppe sur la notion de consentement. En effet, les conditions posées par les Règlements ne sont pas des obligations : les athlètes peuvent parfaitement choisir de ne pas s'y soumettre. Seulement elles doivent alors en assumer les conséquences, qui ne sont toutefois pas des moindres.

L'athlète qui fait le choix de ne pas subir les traitements médicaux requis renonce à l'exercice de son sport en compétition internationale, ce qui revêt pour elle des enjeux économiques, professionnels et humains. Économiques d'abord, parce que les athlètes concernées par la compétition internationale en vivent. Renoncer aux compétitions internationales, c'est renoncer non seulement au gain potentiel qu'elles représentent, mais aussi au *sponsoring* qui soutient les carrières de haut niveau. Professionnelles aussi, car les athlètes concernées par les compétitions internationales ont généralement investi le sport de haut niveau depuis un très jeune âge. La compétence sportive acquise constitue leur principale valeur économique sur le marché du travail. Renoncer aux compétitions internationales, soit les plus importantes de la discipline, revient à renoncer à une carrière professionnelle dont les portes s'étaient pourtant ouvertes sur la base des seuls résultats de l'athlète. Humains enfin, car le sport et la compétition font parfois figure de passion pour les personnes qui les pratiquent, et qui se voient privées d'une partie importante (la compétition internationale) d'une activité centrale dans leur vie.

La lourdeur des enjeux pose la question de savoir si le choix de prendre des traitements est un véritable choix libre et éclairé ou s'il revient à *céder* à la pression qu'exerce sur les athlètes la perspective de renoncer à leur carrière sportive. Dans l'affaire *SEMENYA*, la question n'est pas analysée de façon autonome, mais au titre de l'article 8 combiné à l'article 14. Les développements de la Cour sur ce point sont néanmoins intéressants puisqu'elle affirme que « *la requérante n'a pas de véritable choix* »⁸⁰ dans la mesure où le dilemme auquel elle est confrontée – prendre un traitement ou cesser la compétition, la place de toutes façons en situation de renonciation à ses droits fondamentaux. Un choix forcé donc, de prendre des traitements qui n'ont rien de secondaire, mais qui doivent conduire à distinguer la situation des personnes trans et intersexes.

B. Des obligations médicales distinctes selon les personnes concernées

Les obligations médicales en cause n'ont pas la même résonance selon que la sportive concernée est une personne trans ou intersexe.

⁷⁹ S. HENNETTE-VAUCHEZ, *Disposer de soi ? – Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps* ; L'Harmattan ; 2004, p. 417 ; B. GIRARD, *Responsabilité civile extracontractuelle et droits fondamentaux*, LGDJ ; 2015, n°98, p. 117.

⁸⁰ CEDH 11 juillet 2023, *aff. SEMENYA c. Suisse*, préc. § 187.

S'agissant des personnes intersexes, elles sont par définitions des athlètes dont le taux de testostérone est élevé, qui se trouvent face à la nécessité de le réduire. Le traitement le plus connu et le plus léger pour réduire le taux de testostérone de ces athlètes est la pilule contraceptive. Elle doit alors être prise en continue, de sorte à éviter les remontées du taux. Si le Tribunal arbitral du sport et, après lui, le Tribunal fédéral suisse ont pu relever que le traitement est pris par « *des millions de femmes dans le monde* » comme pour minimiser ces effets⁸¹, il faut néanmoins rappeler que les effets secondaires des pilules contraceptives existent et font l'objet d'analyses critiques féministes⁸². Par ailleurs, les personnes concernées ici – les personnes intersexes – sont le plus souvent infertiles et donc théoriquement débarrassées de cette charge contraceptive. Leur imposer la prise de pilule en continue en raison de leurs caractéristiques sexuées, alors même que ces mêmes caractéristiques sexuées rendent inutile pour elles toute contraception souligne une forme de paradoxe pour le moins ironique. Enfin, Caster SEMENYA souligne dans son recours que la pilule contraceptive n'est pas pensée pour cet usage. Elle n'a fait l'objet d'aucune expérimentation en ce sens et fait des athlètes concernées des « *cobayes* » exposées aux risques non évalués que représente la prise de la pilule contraceptive à d'autres fins que la contraception et en continu⁸³.

Afin d'éviter ce traitement continu et d'assurer un taux de testostérone faible, des interventions plus attentatoires à l'intégrité physique peuvent être envisagées. La presse s'est ainsi faite l'écho, dans les années 2010, de gonadectomies permettant d'éliminer les gonades produisant de la testostérone⁸⁴. Il s'agit néanmoins d'interventions chirurgicales très invasives dont il n'a plus été question dans les médias depuis.

Cette réalité doit néanmoins conduire à relever que les règles excluant les athlètes ayant subi les effets de la testostérone à la puberté peuvent conduire des sportives intersexes qui auraient connaissance de leur condition dès l'enfance à agir sur leur corps pour pouvoir mener une carrière de haut niveau. Outre qu'un tel choix ne devrait en aucun cas être mû par une logique de carrière mais bien par une recherche d'épanouissement personnel, il faut ajouter que chez l'enfant prépubère, le choix passerait nécessairement par les détenteurs de l'autorité parentale. La porte est alors ouverte à de nombreuses dérives, au premier rang desquelles l'exercice d'une influence parentale en faveur d'un traitement pour favoriser la carrière de haut niveau de leur enfant.

⁸¹ TAS 30 avril 2019, 2018/O/5794&5798 : *Rev. arb.* 2019. 3, note M. MAISONNEUVE ; Trib. Féd. Suisse, 1^{re} Cour de droit civil, n°4A_248/2019, 4A_398/2019 : *JCP G* 2020, n°41. 1103, note F. VIALLA ; Dans l'affaire CHAND, TAS 24 juill. 2015, no 2014/A/3759 : *LPA* 2016, n°132, p. 9, obs. J-M. MARMAYOU.

⁸² M. VUILLE, S. REY, C. FUSSINGER & G. CRESSON, « La santé est politique », *Nouvelles questions féministes* 2006/2, vol. 25.

⁸³ CEDH 11 juillet 2023, *aff. SEMENYA c. Suisse*, n°10934/21, *préc.* § 137 et 189.

⁸⁴ M. HENRY, « Les opérées de la testostérone », *Libération* 13 mai 2014. L'article fait état de propositions d'ablation des testicules non descendues (gonadectomie) associée à une clitoridectomie partielle faite à des personnes XY présentant une anatomie féminine associée à des testicules non descendus. V. aussi le témoignage de P-J. VAZEL, entraîneur d'athlétisme et journaliste sportif lors du colloque *Rugby is my pride* du 11 octobre 2023, Carreau du temple, Paris.

Ces règles s'inscrivent pourtant dans un contexte international hostile aux interventions médicales chez les plus jeunes, ce qui souligne l'écart qui se creuse entre la philosophie du milieu sportif et celle des droits humains, laquelle est plus ouverte à l'acceptation des corps de chacun tels qu'ils sont⁸⁵.

C'est essentiellement en ces termes que se pose la question de l'obligation médicale pour les personnes trans. En effet, une femme trans n'ayant pas subi les effets de la testostérone à la puberté est, par définition, une femme qui a subi des interventions et traitements « *féminisants* » avant la puberté, ce qui relève quasiment de l'hypothèse d'école. Il faut certes souligner que les demandes de traitements médicaux et en particulier hormonaux de jeunes personnes trans sont formulées par des individus de plus en plus jeunes. Or ces demandes ne sont pas sans enjeux éthiques⁸⁶. La présente contribution n'a pas pour objet de trancher ce débat en affirmant que les traitements des pré-adolescentes trans sont systématiquement néfastes, ou au contraire qu'ils ne le sont jamais⁸⁷. Il y a néanmoins lieu de souligner que la perspective d'une carrière sportive est de nature à ajouter un enjeu « *parasite* » à un choix personnel extrêmement sensible. Le rapport au corps, à l'identité, aux autres, à soi, les risques médicaux sont des données suffisamment complexes pour ne pas y ajouter, pour la jeune sportive trans, un enjeu de carrière. Le droit européen a évolué vers une ouverture aux changements de la mention du sexe à l'état civil sans traitements médicaux : c'est que cette possibilité doit être laissée ouverte aux personnes trans. L'enjeu de carrière n'est-il pas de nature à fermer cette porte pour des personnes qui pourtant, sans la perspective d'un renoncement à la carrière sportive, n'auraient subi aucun traitement ? C'est sous cet angle que l'obligation de traitement est particulièrement problématique pour les personnes trans.

À cela, il faut ajouter que dans l'hypothèse, rare, où une femme trans aurait subi un traitement hormonal inhibiteur de testostérone dès avant la puberté, celle-ci devrait subir les contraintes afférentes au maintien de son taux en deçà de la limite fixée par l'instance sportive, ce qui ajoute une difficulté au dosage et à la surveillance de son traitement hormonal.

En ce sens, il semble que les conditions visées en ce qu'elles imposent indirectement un traitement médical aux athlètes sont de nature à caractériser des atteintes à leur intégrité physique en contradiction avec les évolutions de la dernière décennie en faveur de la liberté de choisir ou de ne pas choisir de subir un traitement médical de réassignation des caractéristiques sexuées.

⁸⁵ V. not. les instruments internationaux cités dans CEDH 19 mai 2022, n°42821/18, § 39 et s. et l'analyse de B. MORON-PUECH [en ligne : <https://sexandlaw.hypotheses.org/1131>].

⁸⁶ De façon générale, sur les nombreuses problématiques sensibles rencontrées par les jeunes personnes transgenres et intersexes : E. SCHNEIDER, « Les droits des enfants intersexes et trans en Europe sont-ils respectés ? Une perspective », Rapport du Conseil de l'Europe, Novembre 2013.

⁸⁷ A. ALESSANDRIN, « Mineurs trans » : de l'inconvénient de ne pas être pris en compte par les politiques publiques », *Agora débats/jeunesses* 2016/2, n°73, p. 7.

Aux vues des analyses de la présente étude, il paraît difficile de soutenir que les réglementations prétendument inclusives des personnes trans et intersexes sont respectueuses des droits humains. Ainsi, il est fondamental de souligner que le mouvement actuel d'exclusion massive des athlètes trans et intersexes de nombreux milieux sportifs internationaux, allant de l'athlétisme aux échecs, est discriminatoire et, dans certains cas, va jusqu'à porter atteinte à l'intégrité physique des athlètes et ce sans justifications solides. Si l'ancrage fort de la bi-catégorisation en milieu sportif rend difficile la réflexion relative à l'abandon des catégories masculine et féminine, les atteintes aux droits humains ne sont pas tolérables dans le monde sportif moderne. L'inclusion véritable et le respect de la diversité des identités de genre doivent constituer des impératifs suffisamment forts pour inciter les instances à faire évoluer leurs catégories de performance et, dans l'attente, à autoriser chacun.e à concourir.