

Faculté de droit et de criminologie

Le traitement des athlètes intersexes par le règlement DSD à l'aune de la théorie féministe post-moderne du droit de Judith Butler

Entre spécificité sportive, stéréotypes de genre,
discrimination et droits fondamentaux

Auteur : Colassin Clémence
Promoteur(s) : Vielle Pascale
Année académique 2023-2024
Master en droit à finalité spécialisée droit civil et pénal

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat, fût-il de texte non soumis à droit d'auteur, entraîne l'application de la section 7 des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens.

Le plagiat consiste à utiliser des idées, un texte ou une œuvre, même partiellement, sans en mentionner précisément le nom de l'auteur et la source au moment et à l'endroit exact de chaque utilisation*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une œuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette œuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment **<http://www.uclouvain.be/plagiat>**.

Remerciements

Je tiens à remercier sincèrement toutes les personnes qui ont été impliquées, de près ou de loin, dans mon parcours scolaire et universitaire. Au-delà de ce mémoire, elles ont toutes été source, chacune à leur façon, de motivation, d'évolution, et d'inspiration.

Je souhaite tout d'abord adresser mes remerciements à la Professeure Pascale Vielle, pour son suivi et ses nombreux conseils et encouragements tout au long du processus qu'a représenté ce mémoire.

Je tiens également à remercier la Professeur Stéphanie Wattier, qui m'a donné envie d'approfondir cette thématique dans le cadre de mon travail de fin d'études.

Enfin, à tous mes proches, parents, compagnon et amis qui m'ont soutenue durant ces deux années de rédaction, les trois précédentes... et les 18 autres : MERCI.

Table des matières

Abréviations	7
Introduction : Contextualisation et notions cardinales	8
Chapitre 1. Mise en contexte et structure	8
Chapitre 2. La notion d'intersexuation	9
Chapitre 3. Les notions de sexe biologique et de genre : définitions provisoires	10
Partie I. Le pluralisme juridique : entre Etats et sport, entre instances internationales et institutions sportives	11
Chapitre 1. Les notions d'ordre juridique et de pluralisme juridique.....	11
Section 1. L'ordre juridique	11
Section 2. Le pluralisme juridique.....	12
Sous-section 1. Définition et considérations générales	12
Sous-section 2. La dimension privée du droit du sport et le pouvoir normatif des fédérations sportives : <i>lex sportiva</i> et <i>lex ludica</i>	14
Sous-section 3. La dimension publique du droit du sport	16
Chapitre 2. Les acteurs de l'ordre juridique sportif : focus sur l'athlétisme professionnel.....	17
Section 1. La fédération internationale d'athlétisme (<i>World Athletics</i>)	17
Sous-section 1. Présentation rapide.....	17
Sous-section 2. Le règlement régissant la qualification dans la catégorie féminine	17
Section 2. Le Tribunal arbitral du sport (TAS)	17
Sous-section 1. Son monopole juridictionnel.....	17
Sous-section 2. Sa participation à la création de la <i>lex sportiva</i>	18
Chapitre 3. Les acteurs des ordres juridiques « publics »	19
Section 1. Le Tribunal fédéral suisse	19
Section 2. Le Conseil de l'Europe.....	20
Sous-section 1. Ses instruments de protection des droits fondamentaux et ses interventions pertinentes dans le droit du sport.....	20
Sous-section 2. La mise en œuvre de ces instruments juridiques.....	21
Section 3. L'Union européenne (UE).....	22
Sous-section 1. Ses instruments de protection des droits fondamentaux et ses interventions pertinentes dans le droit du sport.....	22
Sous-section 2. La mise en œuvre du droit de l'UE	23
Chapitre 4. L'invocabilité des droits fondamentaux en question devant les instances sportives	25
Partie II. Le cadre théorique : la théorie féministe post-moderne du droit de Judith Butler	28
Chapitre 1. Sa logique constructiviste du sexe et du genre : rapprochement des deux notions	28
Section 1. Le genre	28
Section 2. Le sexe.....	30
Chapitre 2. Sa logique déconstructive des normes sociales	32
Chapitre 3. Son ultime objectif.....	33
Chapitre 4. Création d'une grille d'analyse critique.....	34

Partie III. La représentation de la féminité et le traitement des athlètes intersexes dans le sport professionnel	35
Chapitre 1. L’institutionnalisation du sport féminin et la perception de la féminité en son sein	35
Section 1. L’introduction des femmes dans le sport : bicatégorisation sexuée consécutive de la sphère sportive.....	35
Section 2. La féminité sportive : stéréotypes de genre et perception des corps	37
Sous-section 1. La féminité hégémonique.....	37
Sous-section 2. Le rapport au corps de la femme sportive	38
Chapitre 2. Les athlètes intersexes et leur traitement par la Fédération internationale d’athlétisme 40	
Section 1. L’apparition de la question de l’intersexuation et la problématique corrélative rencontrée par les institutions sportives.....	40
Section 2. Les deux piliers de la politique de vérification du sexe de <i>World Athletics</i>	41
Sous-section 1. Les tests de féminité : évolution des techniques	41
Sous-section 2. Les règlements régissant l’admissibilité à concourir dans la catégorie féminine : le taux hormonal comme critère de référence	43
Section 3. Le fondement des réglementations et les critiques formulées à leur rencontre	45
Sous-section 1. Le présumé avantage biologique combattu	45
Sous-section 2. Les critiques scientifiques, socio-sportives et féministes envers les tests et les réglementations	47
Partie IV. Les droits fondamentaux au travail des athlètes intersexes	52
Chapitre 1. La discrimination au prisme du pluralisme juridique	52
Section 1. La discrimination fondée sur le sexe	52
Sous-section 1. L’existence et le fondement d’une discrimination	52
Sous-section 2. La justification de la discrimination.....	55
Section 2. Approche intersectionnelle : la critique raciale féministe (annexe 4).....	57
Chapitre 2. La violation du droit à la vie privée des athlètes intersexes	57
Section 1. Le non-respect des différentes facettes du droit à la vie privée des athlètes intersexes.....	57
Sous-section 1. La protection de l’intégrité physique, psychologique et morale	58
Sous-section 2. La protection des données et informations personnelles.....	61
Sous-section 3. Le droit de développer sa propre identité.....	62
Section 2. La justification des atteintes à la vie privée à l’aune de la <i>lex ludica</i>	63
Sous-section 1. La justification des atteintes au droit à la vie privée	63
Sous-section 2. Conclusion : la <i>lex ludica</i> peut-elle justifier le traitement des athlètes intersexes ?	65
Chapitre 3. Les théories de l’égalité	66
Partie V. Conclusion et perspectives d’adaptation de la sphère sportive	69
Chapitre 1. Le maintien de la bicatégorisation sexuée : reflet de la politique différentialiste et indices post-modernes	69
Chapitre 2. Le sport féminin : terrain de dépassement des normes de genre	71
Bibliographie	76
Annexes.....	86

Annexe 1. Grille d'analyse critique	86
Annexe 2. Chiffres officiels de la participation des femmes aux Jeux Olympiques modernes	88
Annexe 3. Evolution des techniques des tests de féminité.....	88
Annexe 4. Approche intersectionnelle : la critique raciale féministe (pour aller plus loin).....	89

Abréviations

AMA : Agence mondiale antidopage

AMM : Association médicale mondiale

APES : Accord partiel élargi sur le sport

CEDH : Cour européenne des droits de l'Homme

CIO : Comité international olympique

CJUE : Cour de justice de l'Union européenne

DSD : *Disorder of sexual development* – Différence/Trouble du développement sexuel

FINA : Fédération Internationale de Natation

IAAF : International Association of Athletics Federations – Fédération internationale d'athlétisme

JO : Jeux Olympiques

La Convention : Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales

Règlement DSD : Règlement régissant l'admissibilité à concourir dans la catégorie féminine (athlètes présentant des différences du développement sexuel)

TAS : Tribunal arbitral du sport

TFUE : Traité de fonctionnement de l'Union européenne

TUE : Traité sur l'Union européenne

UCL : Université catholique de Louvain

UE : Union européenne

Introduction : Contextualisation et notions cardinales

Chapitre 1. Mise en contexte et structure

« Féminin? Pas si vite. En tout cas, moins vite que la dame court. Vous savez un peu comment est notre époque: formidable, certes, mais bourrée d'incertitudes. (...) C'est que plusieurs soupçonnent que Caster Semenya, 18 ans, est en réalité un monsieur. (...) Vous voyez, rapport à cette époque formidable? Suffit de se croire femme pour en être une. »¹. Ce genre de propos choquants et le sort consécutif réservé aux athlètes intersexes me questionnent tout particulièrement. En tant qu'athlète d'une part, et étudiante en droit de l'autre, je ne peux rester insensible à cette problématique.

À la base de mon mémoire se situe une réglementation de la fédération internationale d'athlétisme (devenue *World Athletics*) qui interdit aux athlètes professionnelles présentant un « *disorder of sex development* » (DSD) de participer aux compétitions internationales si elles ne diminuent pas leur taux naturel de testostérone en-dessous d'un certain seuil. Nous analyserons ledit règlement² (règlement DSD) en détail par la suite, mais force est de constater qu'il y a déjà matière à questionnements et réflexions. Pourquoi parlons-nous uniquement d'athlètes féminines ? Quel est le fondement de cette interdiction ? N'y a-t-il aucune alternative envisageable ? Plus précisément, mon travail répondra à la question de recherche suivante : « De quelle façon les droits humains fondamentaux des athlètes intersexes, en particulier leur droit à la vie privée, sont-ils affectés par le règlement DSD, comment le respect de ceux-ci peut-il être mis en balance avec la spécificité de la sphère sportive, et à partir de ce constat, comment cette réglementation peut-elle s'adapter, à l'aide du droit et de la théorie féministe post-moderne, face à la réalité biologique de ces femmes ? ».

Pour ce faire, il a fallu structurer ma réflexion et opérer des choix qui, selon moi, ont permis d'aborder le sujet de la manière la plus interdisciplinaire, complète, et précise possible. Premièrement, un détour obligatoire par la notion de pluralisme juridique s'impose. En effet deux « mondes » s'affrontent *in casu* : le sport et le droit. Je ne pouvais répondre à ma question de recherche sans distinguer le champ d'action des instances et juridictions sportives, différent de celui des instances et juridictions étatiques et internationales.

¹ J. DION, « Madame Monsieur », disponible sur <https://www.ledevoir.com/opinion/chroniques/263478/madame-monsieur>, 20 août 2009.

² World Athletics, « Règlement régissant l'admissibilité à concourir dans la catégorie féminine (athlètes présentant des différences du développement sexuel) », version 3.0., Tome C, C3.6., entré en vigueur le 31 mars 2023.

Deuxièmement, je présenterai le cadre théorique de mon mémoire. Celui-ci est le socle de toute ma réflexion, de la phase définitionnelle jusqu'à l'ébauche de perspectives en la matière, l'objectif final étant de confronter le règlement DSD à celui-ci, la théorie féministe du droit de Judith Butler, potentiellement porteur d'innovations.

Ensuite, je m'attarderai sur les stéréotypes de genre qui traversent la sphère sportive, et la place consécutive accordée aux personnes intersexes dans l'athlétisme professionnel.

Après cela, l'avant-dernière partie de ce travail traitera des droits fondamentaux de ces athlètes et de leur éventuelle discrimination. Cette partie est essentielle puisque c'est là que se situe toute la problématique du traitement des athlètes intersexes.

Enfin, comme le veut ma question de recherche, j'établirai autant que faire se peut des perspectives d'adaptation du règlement DSD.

Avant toute chose, il importe de définir « scientifiquement » les quelques notions essentielles à la bonne compréhension de ce mémoire. Ces courtes définitions ne se veulent pas intangibles et sont susceptibles d'être affinées au cours de mon travail.

Chapitre 2. La notion d'intersexuation

Les personnes intersexes sont définies par l'ONU comme celles « *nées avec des caractéristiques sexuelles (génitales, gonadiques ou chromosomiques) qui ne correspondent pas aux définitions binaires types des corps masculins ou féminins* »³. Le terme « intersexuation » est ce qu'on appelle un « terme parapluie », utilisé pour désigner de nombreuses variations touchant les caractéristiques sexuelles⁴. Ces personnes peuvent présenter anatomiquement des parties génitales difficilement identifiables comme étant celles d'un homme ou d'une femme, des organes reproducteurs reliés au sexe mâle et femelle (testicules et ovaires), un taux d'hormones sexuelles particulièrement élevé, ou encore des chromosomes X et Y⁵. Il y a autant d'intersexualités qu'il y a de personnes intersexes, ce qui rend la tâche définitionnelle assez complexe. Auparavant, les intersexes étaient « classés » selon l'origine de leur variation sexuelle⁶. Dorénavant, dans la communauté scientifique, on parle de « *trouble du développement sexuel* »⁷.

³ United Nations Human Rights Office, « Human rights violations against intersex people », Background note, 2019, p. 2.

⁴ United Nations Human Rights Office, *ibidem*, p. 2

⁵ Women's sports foundation, « Participation of intersex athletes in women's sports », disponible sur <https://www.womenssportsfoundation.org/>, 20 September 2011, p. 1.

⁶ I. LÖWY, « Intersexe et transsexualités : Les technologies de la médecine et la séparation du sexe biologique du sexe social », *Cahiers du genre*, 2003/1, n°34, p. 85.

⁷ Commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe, « Droits de l'homme et personnes intersexes », Document thématique, juin 2015, p. 15.

S'ajoutant à cette large variété de symptômes physiques, ces personnes vivent et expriment toutes différemment leur condition, une majorité n'en ayant même pas connaissance, nombre d'entre elles s'identifiant depuis toujours comme homme ou femme⁸. C'est le cas de Caster Semenya, figure de proue du combat des athlètes intersexes, que je présenterai plus tard.

Chapitre 3. Les notions de sexe biologique et de genre : définitions provisoires

L'intersexuation est inévitablement liée à la notion de sexe biologique, et entraîne également des conséquences non négligeables sur la manière d'appréhender le genre.

Tout d'abord, partons des définitions d'Ann Oakley, sociologue et féministe britannique. Le sexe se réfère selon elle aux « *différences biologiques entre mâles et femelles : à la différence visible entre leurs organes génitaux et à la différence corrélative entre leur fonction procréatrice* »⁹. Le genre quant à lui se rapporte à « *la classification sociale en masculin et féminin* », raison pour laquelle elle le qualifie de « *sexe social* »¹⁰. Nous faisons face ici à une opposition entre nature et culture, entre « donné » et « construit » : le sexe tient de l'ordre invariable du biologique, là où le genre est construit culturellement¹¹.

Suivant ces définitions, il ne peut exister naturellement que deux sexes : mâle et femelle. Aucune place n'est laissée pour la différence... Comment dès lors intégrer les personnes intersexes dans ce schéma, elles qui se caractérisent justement par une variation des caractéristiques sexuelles binaires ?

Cette thèse, dite fondationnaliste, va être battue en brèche par la théorie constructiviste, essentielle dans le cadre de ce travail¹². Les féministes post-modernes telle que Judith Butler vont remettre en question le dualisme nature/culture, ce qui va favoriser l'inclusion des intersexes dans ce schéma sexe/genre. Elles seront suivies par des biologistes comme Anne Fausto-Sterling, qui va rendre compte de la complexité des dichotomies présentées ci-dessus¹³. Dans la seconde partie de ce mémoire, nous analyserons plus en détail cette thèse du constructivisme social afin d'établir une grille d'analyse critique permettant d'étudier la problématique juridique des athlètes intersexes, induite par l'application du règlement DSD.

⁸ Commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe, *ibidem*, p. 14.

⁹ A. OAKLEY, *Sex, Gender and Society*, 1e éd., London, Temple Smith, 1972, p. 115

¹⁰ A. OAKLEY, *ibidem*, p. 115.

¹¹ L. BERENI, S. CHAUVIN, A. JAUNAIT et A. REVILLARD, *Introduction aux études sur le genre*, 3e éd., Louvain-la-Neuve, Deboeck Supérieur, 2020, pp. 29 à 31.

¹² A. BARIL, « De la construction du genre à la construction du « sexe » : les thèses féministes postmodernes dans l'œuvre de Judith Butler », *Recherches féministes*, 2007, n°2, vol. 20, p. 63.

¹³ A. FAUSTO-STERLING, *Corps en tous genres. La dualité des sexes à l'épreuve de la science*, trad. O. Bonis et F. Bouillot, Paris, La Découverte, 2012, p. 40.

Partie I. Le pluralisme juridique : entre Etats et sport, entre instances internationales et institutions sportives

La bonne compréhension du contexte juridique dans lequel les athlètes intersexes se trouvent s'avère cruciale pour statuer sur une quelconque discrimination à leur égard, voire sur de potentielles violations de leurs droits fondamentaux. C'est pourquoi il me fallait obligatoirement faire un détour par la notion de pluralisme juridique. Mon mémoire n'a cependant pas pour objet une analyse approfondie de celle-ci, qui mériterait de longs développements. Je me contenterai donc du principal ici.

Chapitre 1. Les notions d'ordre juridique et de pluralisme juridique

Dans le cadre de ma recherche, il m'est apparu très rapidement que je devrais tenir compte de deux ordres distincts : celui du sport et celui du droit, européen voire international. À la base de cette constatation se situe une notion essentielle : qu'est-ce qu'un ordre juridique finalement ? J'ai décidé de retenir la théorie du droit de Santi Romano¹⁴ pour répondre à cette question, sa conception théorique de l'ordre juridique rendant possible la considération de la sphère sportive comme ordre juridique à part entière¹⁵.

Section 1. L'ordre juridique

Selon lui, tout corps socialement organisé est un ordre juridique, puisque les seules conditions à l'existence d'un tel ordre sont la présence de sujets, l'institution d'organes au sens large et la création de normes¹⁶. Pour constituer un ordre juridique, le sport doit donc présenter ces caractéristiques, en réalité assez proches de celles dont dispose la puissance publique, d'où l'utilisation du terme « *puissance sportive* »¹⁷. Reprenons rapidement ces trois conditions. Premièrement, il faut rassembler un ensemble homogène de personnes. J'affectionne justement particulièrement l'idée du sport comme celle d'un outil fédérateur. Certains auteurs parlent d'« *ordonnancement* » ou d'« *agencement d'éléments disparates et hétérogènes en un ensemble cohérent et intelligible* »¹⁸.

¹⁴ S. ROMANO, *L'ordre juridique*, trad. L. François et P. Gothot, Paris, Dalloz, 1975.

¹⁵ J'ai décidé de me rallier à la thèse doctrinale majoritaire, d'autres auteurs n'allant pas jusqu'à considérer la sphère sportive comme un ordre juridique à part entière (voy. notamment G. DISTEFANO et P. C. MAVROIDIS, p. 749). Je vais toutefois affiner et nuancer cette affirmation par la suite.

¹⁶ G. DISTEFANO et P. C. MAVROIDIS, « Eparpillement aux Quatre vents : la fragmentation du droit du sport », in *Citius, Altius, Fortius : Mélanges en l'Honneur de Denis Oswald*, A. Rigozzi, D. Sprumont et Y. Hafner (éd.), Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2012, p. 742.

¹⁷ G. SIMON, « Existe-t-il un ordre juridique du sport ? », *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de cultures juridiques*, 2001/1, n°33, p. 99.

¹⁸ G. SIMON, *ibidem*, p. 99.

Deuxièmement, le sport est une vaste organisation hiérarchisée, une association d'associations¹⁹. La sphère sportive s'est effectivement institutionnalisée de plus en plus depuis le début du 20^e siècle au cours d'un « *mouvement sportif international* »²⁰, donnant naissance au CIO, à *World Athletics*, etc. Chaque fédération internationale a le pouvoir d'élaborer les règles applicables à tous les pratiquants de sa discipline, dont le respect effectif est assuré par les fédérations continentales et nationales. Le système sportif repose donc sur une réelle structure hiérarchisée.

Enfin, se pose la question de la normativité. Les normes édictées par ces institutions sont de deux types, et présentent donc des intérêts différents. On parle de normes primaires et de normes secondaires²¹, ou encore de réglementations institutantes et ordonnantes²². Les premières sont adoptées afin d'organiser concrètement les relations au sein de l'ordre juridique. Quant aux autres, elles sont nécessaires pour atteindre la finalité de l'association²³. Dans cette perspective, la finalité de l'ordre juridique sportif est l'organisation de compétitions.

En conclusion, la formule utilisée par Gérard Simon me semble claire et exhaustive : la sphère sportive est « *l'ensemble normatif qui gouverne une sorte de société, composée des différents membres auxquels s'imposent les nombreuses prescriptions, véritable univers réglementaire, liées au jeu des compétitions et dont le non-respect expose à des sanctions* »²⁴. *In casu*, *World Athletics* est une institution sportive capable d'édicter ses propres règles (comme le règlement DSD), applicables à l'ensemble des sportifs ou à certains en particulier (dans ce cas-ci les athlètes présentant un DSD), cela dans le but de permettre l'organisation de compétitions. L'ordre sportif est donc bien selon cette définition un ordre juridique autonome²⁵. Toutefois, nous allons affiner et nuancer quelque peu cette affirmation...

Section 2. Le pluralisme juridique

Sous-section 1. Définition et considérations générales

Nonobstant son caractère autonome, cet ordre juridique est forcément confronté à un environnement plus vaste, et donc à d'autres ordres juridiques. C'est ici que la notion de

¹⁹ G. SIMON, *ibidem*, p. 98.

²⁰ D. ABREU CALDAS, *Le sport et le droit : partenaires ou adversaires ? Analyse des relations juridiques entre l'ordre sportif et l'ordre étatique, au niveau belge et européen. Proposition pour la création d'un service public du sport*, mémoire de fin d'études, Université catholique de Louvain, 2009, p. 17.

²¹ G. DISTEFANO et P. C. MAVROIDIS, *op. cit.*, p. 743.

²² M. VAN HOECKE, « Des ordres juridiques en conflit : sport et droit », *R.I.E.J.*, 1995/2, vol. 35, p. 68.

²³ G. DISTEFANO et P. C. MAVROIDIS, *op. cit.*, pp. 742 et 743.

²⁴ G. SIMON, *op. cit.*, p. 99.

²⁵ G. SIMON, *ibidem*, p. 99.

pluralisme juridique va s'avérer essentielle. On peut le définir comme « *la situation de coexistence de plusieurs ordres normatifs au sein d'une même unité d'espace et de temps* »²⁶. Ce concept juridique est une réalité quotidienne pour tout un chacun : nous sommes tous sujets de multiples ordres juridiques. Si l'on garde l'exemple du sportif professionnel, il est le centre d'imputation simultané de divers ordres : l'ordre étatique en tant que citoyen, son club en tant qu'affilié, sa fédération nationale en tant que licencié, etc. Les pluralistes défendent l'idée selon laquelle le droit n'étant pas l'apanage de l'Etat²⁷, tout groupe socialement organisé peut créer du droit²⁸. Certains vont même plus loin et estiment que dans un Etat de droit, les pouvoirs publics ne peuvent être détenteurs exclusifs de la prérogative normative²⁹. François Rigaux, professeur émérite de l'UCL, en déduit un principe de « réalité » qui ambitionne de délimiter les cadres respectifs de ces systèmes juridiques concurrents, *a contrario* du principe dit « d'effectivité » qui, lui, tend à choisir parmi ceux-ci³⁰. C'est toute l'ambition de cette partie.

La question se pose en effet logiquement de savoir de quelle manière l'ordre juridique sportif cohabite avec les ordres juridiques étatiques et supra-étatiques. Santi Romano parle de la « *relevance* » d'un ordre juridique³¹. Deux possibilités s'offrent aux Etats : nier et ignorer l'ordre juridique sportif, et le laisser dès lors en totale autonomie, ou au contraire le prendre en considération et lui reconnaître expressément une certaine légitimité³². Pour Jean-Yves Carlier, il est bien plus sage pour eux de reconnaître une certaine part d'autorégulation aux ordres juridiques transnationaux tel que l'ordre juridique sportif, dans la mesure où ceux-ci acceptent également de s'insérer en leur sein et de leur reconnaître la place de garants ultimes des droits fondamentaux de leurs sujets³³. Nous y reviendrons. La réflexion va en réalité plus loin que la simple reconnaissance. Différents types de relations peuvent souder des ordres juridiques ensemble : un ordre peut en présupposer un autre, plusieurs ordres indépendants peuvent dépendre d'un ordre commun, un ordre juridique peut conférer unilatéralement sa validité à un second, plusieurs ordres peuvent se succéder,³⁴... Il est très compliqué de donner une

²⁶ S. LEBEL-GRENIER, *Pour un pluralisme juridique radical*, Thèse, Université McGill, Montréal, 2002, p. 22.

²⁷ G. DISTEFANO et P. C. MAVROIDIS, *op. cit.*, p. 745.

²⁸ F. LATTY, « Transnational sports law », in *Lex Sportiva: What is Sports Law?*, R. C.R. Siekmann et J. Soek (dir.), The Hague, Asser Press, 2012, p. 275.

²⁹ T. BOMBOIS, « Le pouvoir de régulation des fédérations sportives », disponible sur <https://laboratoiredroit-sport.fr/wp-content/uploads/2016/06/Le-pouvoir-de-r%C3%A9gulation-desf%C3%A9d%C3%A9rations-sportives-2007.pdf>, consulté le 20 septembre 2023, p. 1.

³⁰ F. RIGAU, « Le pluralisme juridique face au principe de réalité », in *Estudios de derecho internacional. Homenaje al Profesor Mija de La Muela*, Madrid, 1979, p. 298, cité par G. DISTEFANO et P. C. MAVROIDIS, *op. cit.*, p. 745.

³¹ G. SIMON, *op. cit.*, p. 100.

³² G. SIMON, *ibidem*, p. 101.

³³ J.-Y. CARLIER, « Évolution des rapports entre le droit et le sport : à propos des affaires Deliège, Lethonen et Malaja », *J.L.M.B.*, 2000/32, p. 1388.

³⁴ F. LATTY, « Transnational sports law », *op. cit.*, p. 284.

qualification théorique claire aux relations liant l'ordre juridique sportif aux autres ordres juridiques.

L'enjeu du pluralisme juridique appliqué à la sphère sportive repose donc sur un équilibre entre la non-ingérence des Etats en son sein afin de lui conférer une réelle autonomie, et leur refus de voir se développer une « exception » sportive attentatoire aux droits inaliénables protégés par les ordres juridiques « classiques »³⁵. En réalité, un double pluralisme juridique se joue au regard de l'ordre juridique sportif.

Sous-section 2. La dimension privée du droit du sport et le pouvoir normatif des fédérations sportives : lex sportiva et lex ludica

Partons d'un constat : le sport est consubstantiel au droit, il n'y a pas de pratique sportive sans règle juridique³⁶. Nous le savons, cette normativité tend à rendre possible la compétition, et *a fortiori* la comparaison des performances³⁷. La pratique sportive vise toujours une certaine compétitivité, au service de laquelle se place l'ordre juridique sportif tout entier. Nous pouvons définir le sport comme « *un système institutionnalisé de pratiques compétitives, à dominante physique, délimitées, codifiées, réglées conventionnellement dont l'objectif avoué est, sur la base d'une comparaison de performances, d'exploits, de démonstrations, de prestations physiques, de désigner le meilleur concurrent (le champion) ou d'enregistrer la meilleure performance (le record)* »³⁸. Les règles encadrant les compétitions sportives sont donc vouées à établir un cadre organisé et structuré pour la comparaison des performances. Franck Latty parle d'une « relation intime » entre le sport et la règle³⁹.

Or, à partir du moment où on accepte que l'Etat n'est pas la seule entité à pouvoir créer du droit, cela implique de conférer une légitimité aux règles de droit mises sur pied par certaines instances privées. C'est dans cette idée que la notion de droit transnational trouve sa source : des personnes privées peuvent édicter des normes « exemptes d'Etat » et d'envergure transnationale⁴⁰, puisqu'évidemment ces instances ne sont pas rattachées à un territoire étatique déterminé. Le mouvement sportif est une illustration du droit transnational privé en tant que « *cadre juridique produit par des acteurs privés, sans intervention des Etats et au-delà de leurs frontières, ayant pour objectif de gouverner une activité au sein de la communauté*

³⁵ M. VAN HOECKE, *op. cit.*, p. 66.

³⁶ F. LATTY, *La lex sportiva, recherche sur le droit transnational*, Thèse de doctorat, Université Paris XNanterre, 2005, p. 35.

³⁷ F. LATTY, *ibidem*, p. 35.

³⁸ J.-M. BROHM, *Sociologie politique du sport*, Nancy, P.U. de Nancy, 1992, p.89, cité par F. LATTY, *ibidem*, p.35.

³⁹ F. LATTY, *La lex sportiva, recherche sur le droit transnational*, *op. cit.*, p. 35.

⁴⁰ F. LATTY, *ibidem*, p. 23.

concernée »⁴¹. Chacune des fédérations sportives crée ainsi son propre ordre juridique, et participe à la création du « droit du sport » : il s'agit de la dimension privée du droit du sport. Il existerait dès lors autant d'ordres juridiques distincts que de fédérations légiférantes, et au sein-même de cette dynamique privée, on pourrait donc parler de pluralisme juridique⁴². L'application de la notion de droit transnational au domaine sportif peut dès lors selon moi se substituer au débat qui émaille la doctrine concernant l'existence d'un ordre juridique sportif unitaire, et celle-ci peut servir d'outil conceptuel pour étudier le droit sportif⁴³. L'important ne serait pas de qualifier de manière univoque l'ensemble des règles sportives comme appartenant à un ordre juridique, mais plutôt d'en établir l'origine et la nature. Le constat selon lequel les instances sportives organisent juridiquement la pratique sportive ne mènerait pas réellement à la constatation d'un ordre juridique à part entière, mais plutôt à la qualification du droit créé par ce biais. La notion de droit transnational permet alors d'une part d'analyser le phénomène sportif en dehors d'un cadre territorial restreint, et donc d'envisager les rapports entre celui-ci et les autres ordres juridiques, et d'autre part, de comparer les différences au sein même des systèmes sportifs transnationaux.

Ce droit transnational sportif privé est appelé « *lex sportiva* »⁴⁴. Celle-ci peut être définie comme « *un ordre juridique privé et autonome établi par un contrat entre les fédérations sportives internationales et ceux sujets à leur juridiction, et qui émerge ensuite des statuts et réglementations des fédérations tels qu'interprétés par les institutions de résolution alternative des litiges* »⁴⁵. L'utilisation du terme « *lex sportiva* » par la doctrine est assez éclectique, celle-ci n'étant pas unanime quant à son champ d'application précis. J'ai décidé dans le contexte de ce travail de retenir cette définition assez large de la *lex sportiva*, en la considérant comme partie intégrante d'un droit du sport plus global⁴⁶, puisqu'aussi composé d'une dimension publique comme nous allons le voir dans un instant. Au cœur-même de la *lex sportiva*, se détache un corpus de règles qui va tout particulièrement retenir notre attention : la *lex ludica*. Il s'agit de deux types de normes particulières : les « règles du jeu » et les principes sportifs inhérents à l'esprit du sport⁴⁷. Ces règles seraient immunisées contre toute intervention législative au vu de leur spécificité...

⁴¹ F. LATTY, « Transnational sports law », *op. cit.*, p. 283.

⁴² F. LATTY, *La lex sportiva, recherche sur le droit transnational*, *op. cit.*, p. 40.

⁴³ F. LATTY, *ibidem*, p. 41.

⁴⁴ R. C.R. SIEKMANN et J. SOEK, *Lex Sportiva: What is Sports Law?*, The Hague, Asser Press, 2012.

⁴⁵ K. FOSTER, « Lex sportiva : transnational law in action », in *Lex Sportiva: What is Sports Law?*, R. C.R. Siekmann et J. Soek (dir.), The Hague, Asser Press, 2012, p. 241.

⁴⁶ K. FOSTER, *ibidem*, p. 241.

⁴⁷ K. FOSTER, *ibidem*, p. 244.

En définitive, les fédérations sportives disposent clairement d'un monopole dans l'organisation des compétitions sportives⁴⁸, disposant d'un pouvoir « quasi-législatif » en la matière et d'une large autonomie⁴⁹. Cette dernière est d'ailleurs consacrée par la Charte Olympique en sa 25^e disposition⁵⁰. Or, dans le cas qui nous occupe, cette autonomie laissée aux institutions privées empêche certains sportifs de pratiquer leur sport dans des conditions de compétition adéquates⁵¹.

Sous-section 3. La dimension publique du droit du sport

Pour compléter le double pluralisme juridique annoncé, la régulation du domaine sportif n'échappe en réalité pas entièrement aux pouvoirs publics⁵². Le droit du sport comporte également une dimension publique, qui est elle-même double : d'une part les acteurs sportifs se doivent de respecter le droit commun comme tout le monde, et d'autre part, les autorités publiques adoptent elles-mêmes ponctuellement des règles spécifiques au sport. La dynamique publique du droit du sport révèle donc également un pluralisme juridique en son sein, plus connu cette fois, entre les différents ordres juridiques que nous connaissons (étatique, continental, international).

Au bout du compte, la sphère sportive est traversée par une dualité de sources normatives et au cœur du droit du sport se révèle un pluralisme d'ordres juridiques⁵³. C'est là que se trouve le nœud du problème selon moi. Franck Latty l'avoue lui-même, il n'existe aucun concept unificateur pour apprécier les relations entre ordres juridiques « publics » et le droit transnational sportif édicté par les fédérations privées⁵⁴. La doctrine semble unanime en ce qui concerne la difficulté à apprécier les liens complexes entre ces ordres juridiques⁵⁵. Je tenterai donc ici d'appliquer seulement certaines tendances, sans poursuivre l'objectif ambitieux de solutionner cette question.

⁴⁸ M. VAN HOECKE, *op. cit.*, p. 93.

⁴⁹ E. LAGRANGE, « L'État et les puissances privées. Digressions sur la compétence plénière de l'État et « l'autonomie du mouvement sportif » » in *Les limites du droit international - essai en l'honneur de Joe Verhoeven / The limits of international law - essays in honour of Joe Verhoeven*, P. d'Argent et al. (dir.), 1^e édition, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 196.

⁵⁰ Art. 25 de la Charte olympique du Comité international olympique selon son état en vigueur au 15 octobre 2023 : « (...) chaque fédération internationale conserve son indépendance et son autonomie dans la gouvernance de son sport »

⁵¹ M. VAN HOECKE, *op. cit.*, p. 93.

⁵² F. LATTY, *La lex sportiva, recherche sur le droit transnational*, *op. cit.*, p. 36.

⁵³ E. LAGRANGE, *op. cit.*, p. 195.

⁵⁴ F. LATTY, *La lex sportiva, recherche sur le droit transnational*, *op. cit.*, p. 41.

⁵⁵ F. LATTY, « Transnational sports law », *op. cit.*, p. 284.

Chapitre 2. Les acteurs de l'ordre juridique sportif : focus sur l'athlétisme professionnel

Après ces notions théoriques, il me semblait essentiel de parcourir rapidement la place et le rôle de certains acteurs-clés intervenant d'une manière ou d'une autre dans la gestion du cas des athlètes intersexes.

Section 1. La fédération internationale d'athlétisme (*World Athletics*)

Sous-section 1. Présentation rapide

Le rôle de la fédération internationale d'athlétisme a déjà été développé dans la section concernant la dimension privée du droit du sport. L'IAAF, rebaptisée *World Athletics* en 2019, est en effet l'autorité dirigeante mondiale de l'athlétisme, présidée par Sebastian Coe. Depuis 1993, son siège se situe à Monaco, dans un pays membre du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne, ce qui pourrait avoir de l'importance. Elle a pour mission l'organisation des compétitions, l'établissement des listes de records du monde, et toute la gestion au sens large de l'athlétisme au niveau mondial.

Sous-section 2. Le règlement régissant la qualification dans la catégorie féminine⁵⁶

Ce mémoire repose sur le Règlement DSD promulgué par *World Athletics* que nous allons analyser dans les prochaines parties. La Fédération internationale d'athlétisme a établi, par le biais de cette réglementation, les conditions à remplir par les athlètes pour prendre part aux compétitions internationales dans la catégorie féminine.

Section 2. Le Tribunal arbitral du sport (TAS)

Sous-section 1. Son monopole juridictionnel

L'institutionnalisation du mouvement sportif a aussi eu lieu d'un point de vue judiciaire, puisque la résolution des litiges sportifs est dévolue à une juridiction particulière : le Tribunal arbitral du sport. Depuis sa création en 1984, cette instance arbitrale, siégeant à Lausanne, est la gardienne du droit du sport, puisqu'elle est « *l'instance d'appel naturelle* » des décisions des fédérations sportives⁵⁷.

La doctrine et la Cour européenne des droits de l'homme s'entendent pour dire que le recours

⁵⁶ World Athletics, « Règlement régissant l'admissibilité à concourir dans la catégorie féminine (athlètes présentant des différences du développement sexuel) », version 3.0., Tome C, C3.6., entré en vigueur le 31 mars 2023.

⁵⁷ T. VASSINE, « La Lex Sportiva en sursis : le droit sportif peut-il être autonome ? », *Revue internationale et stratégique*, 2019/2, n°114, pp. 87 et 88.

à l'arbitrage dans la sphère sportive constitue un arbitrage forcé⁵⁸. En effet, la plupart du temps, une clause compromissoire imposant le recours à l'arbitrage en cas de litige est insérée dans les statuts et règlements des fédérations sportives⁵⁹. C'est le cas du Règlement DSD⁶⁰. Cette clause est automatiquement opposable aux sportifs affiliés à ladite fédération, et les contraint à saisir uniquement le TAS, au détriment des juridictions étatiques.

Ce monopole juridictionnel ouvre la porte à diverses questions, en particulier celles du procès équitable et du respect des autres droits fondamentaux des athlètes, qui feront l'objet de développements ultérieurs.

Sous-section 2. Sa participation à la création de la lex sportiva

Suivant une vision plus restrictive de la *lex sportiva* susmentionnée, certains auteurs affirment que celle-ci se résume aux grands principes qui émanent de la jurisprudence du TAS⁶¹. Cette interprétation est selon moi trop limitative, mais il est tout de même pertinent d'encadrer en quelques mots l'intervention du TAS dans la construction du droit du sport au sens large. Deux fonctions du TAS peuvent être épinglées à ce titre.

Tout d'abord, au cours du temps, le Tribunal a en effet rendu de nombreuses sentences, au sein desquelles on retrouve certains principes-clés. Les uns sont en réalité des principes généraux de droit international public, appliqués aux affaires sportives, tandis que d'autres sont de réelles créations originales. La doctrine parle de *principia sportiva*, c'est-à-dire de grands principes de droit spécifiques au milieu sportif, qui sont créés par le TAS et appliqués ensuite par les institutions sportives⁶². Ceux-ci constituent entre autres la *lex ludica* susmentionnée.

Ensuite, en effet, l'idée est que ces principes influencent les fédérations dans l'exercice de leur pouvoir réglementaire, *a fortiori* grâce à l'application de la règle du précédent. Ce principe a été reconnu explicitement par le TAS lui-même⁶³. Celle-ci implique le respect de trois valeurs essentielles : l'efficacité de la procédure, la prédictibilité et la stabilité des décisions, et le traitement équitable et égal des situations similaires⁶⁴. Les arbitres s'attellent à interpréter

⁵⁸ P.-C. KAMGAING, « L'arbitrage des conflits sportifs à l'aune des droits fondamentaux », *Signatures internationales. Association française des docteurs en droit*, n°4, décembre 2021, p. 138 ; Cour eur. D.H., affaire *Mutu et Pechstein c. Suisse*, 2 octobre 2018, §§97 à 115.

⁵⁹ T. VASSINE, *op. cit.*, p. 88.

⁶⁰ World Athletics, « Règlement régissant l'admissibilité à concourir dans la catégorie féminine (athlètes présentant des différences du développement sexuel) », version 3.0., Tome C, C3.6., entré en vigueur le 31 mars 2023, art. 7.1.

⁶¹ J. A.R. NAFZIGER, « Lex sportiva », in *Lex Sportiva: What is Sports Law?*, R. C.R. Siekmann et J. Soek (dir.), The Hague, Asser Press, 2012, p. 55.

⁶² L. CASINI, « The making of a lex sportiva by the Court of arbitration for sport », in *Lex Sportiva: What is Sports Law?*, R. C.R. Siekmann et J. Soek (dir.), The Hague, Asser Press, 2012, pp. 159 et 160.

⁶³ C.A.S., *Vadim Devyatovski v. International Olympic Committee (IOC)*, 2009/A/1752, 10 juin 2010, §232.

⁶⁴ J. A.R. NAFZIGER, « Lex sportiva », *op. cit.*, p. 56.

invariablement le droit du sport et à appliquer les mêmes *principia sportiva*, ce qui a aussi pour visée une certaine équité, un des grands principes du droit du sport⁶⁵. Ces valeurs inconditionnelles émaillant la jurisprudence du TAS servent de toute évidence une meilleure sécurité juridique des sportifs, et influencent considérablement les activités normatives des fédérations sportives⁶⁶.

Dès lors, quels sont les *principia sportiva*, part de la *lex ludica*, en jeu au regard de la situation des athlètes intersexes ? Sebastian Coe⁶⁷ a par exemple fait référence à « *l'équité des compétitions* » dans sa prise de parole publique en ce qui concerne l'affaire Caster Semenya. Le TAS lui-même a tranché cette affaire en donnant effet à « *l'intégrité de la compétition* »⁶⁸. Bien que le principe d'équité soit quelque peu mouvant, il n'en demeure pas moins le principe sportif par excellence⁶⁹. Il est possible de le spécifier grâce à son sens commun et à certains de ses attributs, tels que l'impartialité, l'honnêteté, la bonne foi, la cohérence, la constance, l'uniformité,⁷⁰ ... Dans le chef des institutions sportives, cette *fairness* consiste à « *offrir à tous les participants une chance égale de concourir* », ce qui implique normalement qu'aucune considération raciale, ethnique ou sexuelle ne soit prise en compte au stade de l'élection des athlètes⁷¹ ... L'équité devient par-là une « caractéristique structurelle » des compétitions⁷². Cet idéal sportif est repris dans de nombreux textes légaux⁷³. Des questions d'équité et d'égalité se posent incontestablement en ce qui concerne le sort des athlètes intersexes, nous le verrons.

Chapitre 3. Les acteurs des ordres juridiques « publics »

Section 1. Le Tribunal fédéral suisse

Son rôle est de vérifier que les sentences du TAS ne violent pas l'ordre public

⁶⁵ K. FOSTER, *op. cit.*, p. 238.

⁶⁶ L. CASINI, *op. cit.*, p. 160.

⁶⁷ R.T.B.F., « L'affaire Semenya : l'hyperandrogénie en procès devant le TAS », disponible sur <https://www.rtb.be/article/l-affaire-semenya-l-hyperandrogenie-en-proces-devant-le-tas-10149160>, 19 février 2019 : « Aujourd'hui est un jour très important pour l'équité des compétitions. (...) La valeur fondamentale de l'IAAF est la promotion des jeunes filles et femmes en athlétisme et c'est ce que nous sommes ici pour défendre. Les règlements que nous introduisons sont là pour protéger le caractère sacré d'une concurrence loyale et ouverte ».

⁶⁸ C.A.S., *Mokgadi Caster Semenya & Athletics South Africa c. International Association of Athletics Federations (IAAF)*, 2018/O/5794 & 5798, 30 April 2019, §626.

⁶⁹ J. A.R. NAFZIGER, « The principle of fairness in the *lex sportiva* of CAS awards and beyond », in *Lex Sportiva: What is Sports Law?*, R. C.R. Siekmann et J. Soek (dir.), The Hague, Asser Press, 2012, pp. 254 et 257.

⁷⁰ J. A.R. NAFZIGER, *ibidem*, p. 271

⁷¹ S. LOLAND, « L'éthique dans le sport, enjeux actuels et futurs », in *Éthique et sport en Europe*, D. Bodin (dir.), Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 2011, p. 186.

⁷² S. LOLAND, *ibidem*, p. 186.

⁷³ Recommandation CM/Rec(2021)5 du Comité des Ministres aux États membres sur la Charte européenne du sport révisée, 13 octobre 2021, art. 7; Art. 4 du Cadre du Comité international olympique sur l'équité, l'inclusion et la non-discrimination sur la base de l'identité sexuelle et de l'intersexuation, 16 novembre 2021.

international suisse. Sa compétence s'explique par la localisation du TAS à Lausanne. À l'instar de notre Cour de Cassation, la Cour suprême suisse n'a qu'un pouvoir d'appréciation limité en droit. Il était pertinent de citer cette juridiction ici, car il s'agit en principe de la première voie de recours ouverte aux sportifs qui ont été déboutés par une sentence arbitrale⁷⁴.

Cependant, le Tribunal fédéral suisse a la réputation de rendre des décisions extrêmement favorables à l'arbitrage international. Seulement 5% des recours devant celui-ci seraient accueillis favorablement selon certaines études⁷⁵. Antonio Rigozzi, avocat et professeur spécialisé en arbitrage sportif, affirme que les décisions de révision sont assez rares, et que par conséquent « *pour les athlètes, ce qui précède rend clair que le TAS devient la seule instance où ils peuvent faire valoir leurs droits* »⁷⁶. En outre, en cas d'annulation d'une décision du TAS, le Tribunal fédéral se contente de renvoyer l'affaire au même panel arbitral, afin de rectifier les éventuelles irrégularités procédurales, tout en maintenant inchangée sa décision initiale⁷⁷. La question de l'opportunité effective du recours contre les décisions du TAS mérite donc d'être soulevée selon moi.

Section 2. Le Conseil de l'Europe

Sous-section 1. Ses instruments de protection des droits fondamentaux et ses interventions pertinentes dans le droit du sport

Le Conseil de l'Europe est la principale organisation de défense des droits de l'Homme de notre continent. Pour ce faire il a adopté la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (la Convention)⁷⁸ applicable au sein de ses 46 Etats membres. Celle-ci confère de nombreux droits humains aux individus, et imposent des obligations négatives et positives aux Etats afin de garantir leur respect.

De plus, de nombreux textes relatifs au sport en général ont été adoptés par le Conseil de l'Europe, bien qu'il faille noter leur caractère la plupart du temps non contraignant. Le plus important demeure sans doute la Charte européenne du sport, disposant que tous les acteurs impliqués dans le mouvement sportif se doivent de « *garantir que les droits de l'homme des*

⁷⁴ Loi fédérale suisse sur le droit international privé (LDIP), art. 190.

⁷⁵ F. DASSER, « International arbitration and setting aside proceedings in Switzerland – An updated statistical analysis », *ASA Bulletin*, vol. 28, n° 1, 2010, pp. 87 et 88.

⁷⁶ A. RIGOZZI, « Challenging awards of the Court of arbitration for sport », *Journal of international disputes settlement*, vol. 1, n°1, 2010, pp. 263 à 265.

⁷⁷ L. FERNANDEZ FERNANDEZ, *Faut-il supprimer la bicatégorisation par sexe dans le sport ?*, Mémoire de fin d'études, Université catholique de Louvain, 2019, p. 23 ; A. RIGOZZI, *ibidem.*, p. 264.

⁷⁸ Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, S.T.E., n°005.

sportifs et de toute personne impliquée dans le sport soient respectés, protégés et promus », et doivent notamment « appliquer une politique de tolérance zéro face à la violence et à toutes les formes de discrimination (...) »⁷⁹. L'Assemblée parlementaire et le Conseil des Ministres sont également les auteurs d'autres recommandations à l'intention du mouvement sportif, promouvant l'égalité homme-femme, l'équité sportive, et excluant la discrimination à l'égard des femmes⁸⁰. La déclaration de Tbilissi mérite aussi d'être mentionnée selon moi⁸¹.

Enfin, le Conseil de l'Europe est directement impliqué dans la cause intersexe. J'en veux pour preuve le document thématique publié en 2015, qui rappelle que le respect des droits fondamentaux est également dû envers les personnes intersexes⁸². Une conférence de l'APES concernant les droits fondamentaux des athlètes intersexes a également eu lieu récemment, durant laquelle de nombreuses recommandations ont été adoptées⁸³.

Sous-section 2. La mise en œuvre de ces instruments juridiques

La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) est la gardienne des droits protégés par la Convention. Parmi ces droits fondamentaux figurent notamment le droit au procès équitable (article 6), le droit au respect de la vie privée et familiale (article 8) et l'interdiction de la discrimination (article 14), dont le non-respect va être soulevé par certaines athlètes visées par le règlement DSD. En effet, le dernier recours possible pour les athlètes intersexes estimant être discriminées, n'est autre que la CEDH. Un des points essentiels de mon mémoire est sans conteste la discrimination potentiellement subie par ces athlètes. Je reviendrai donc en détail sur celle-ci ultérieurement, mais notons d'ores et déjà que la CEDH dispose de sa vision propre des discriminations directes fondées sur le sexe. Nous analyserons aussi les atteintes du règlement DSD à la vie privée de ces athlètes.

⁷⁹ Recommandation CM/Rec(2021)5 du Comité des Ministres aux États membres sur la Charte européenne du sport révisée, 13 octobre 2021, art. 6, §2, a) et d).

⁸⁰ Recommandation 1701 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur la discrimination à l'encontre des femmes et des jeunes filles dans les activités sportives, 27 avril 2005 ; Recommandation CM/Rec(2015)2 du Comité des Ministres sur l'approche intégrée de l'égalité entre les femmes et les hommes dans le sport, 21 janvier 2015 ; Recommandation CM/Rec(2010)9 du Comité des Ministres sur le Code d'éthique sportive révisé, 16 juin 2010.

⁸¹ Déclaration internationale sur les droits de l'Homme et le sport, signée à Tbilissi le 16 octobre 2018, stipulant que les États doivent « investir davantage dans la mise en œuvre effective des normes des droits de l'homme dans et par le sport (...) », « œuvrer pour l'égalité entre les femmes et les hommes et pour une politique de tolérance zéro en matière de violence et de discrimination (...) », et « faire respecter les droits de l'homme lors de l'organisation d'événements sportifs et à intégrer des objectifs et des considérations liés aux droits de l'homme dans tout le cycle de vie des grands événements sportifs ».

⁸² Commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe, « Droits de l'homme et personnes intersexes », Document thématique, juin 2015.

⁸³ Enlarged Partial Agreement on Sport, « Diversity Conference 2021. Protecting and promoting the human rights of intersex and transgender athletes in sport competitions », Recommendations and closing session, 20 September 2021.

Il est tout de même pertinent de citer ici quelques arrêts issus de la jurisprudence de la CEDH montrant l’immixtion de la Cour dans l’autonomie reconnue du mouvement sportif. Par exemple, elle a reconnu dans l’affaire *Mutu et Pechstein c. Suisse* que le TAS devait respecter l’article 6, §1^{er} de la Convention relatif au procès équitable⁸⁴. Les garanties offertes par cette disposition doivent donc être rencontrées devant le panel des arbitres, et cela se justifie dès que le recours à l’arbitrage est imposé, les parties n’ayant pas choisi librement de lui confier leur conflit⁸⁵. Elle a conclu à cette occasion que le TAS était bien structurellement un tribunal impartial et indépendant, comme requis par la Convention, ce qui laisse certains experts et sportifs assez dubitatifs⁸⁶...

De plus, le 11 juillet 2023, la CEDH a rendu son arrêt tant attendu dans l’affaire opposant Caster Semenya à la Suisse⁸⁷. Malheureusement pour l’athlète sud-africaine, le Gouvernement suisse a obtenu le renvoi de l’affaire devant la Grande chambre de la CEDH sur base de l’article 43 de la Convention⁸⁸. Dans cet arrêt, la Cour avait estimé que l’article 14 de la Convention, combiné aux articles 8 et 13, avait été violé⁸⁹. Reconnaitrait-elle par-là la soumission de la *lex sportiva* aux autres dispositions de la Convention⁹⁰ ?

Pour plus d’exemples d’arrêts rendus en matière sportive, la Fiche thématique publiée par la Cour, composée de résumés d’arrêts classés par articles de la Convention, est particulièrement intéressante⁹¹.

Section 3. L’Union européenne (UE)

Sous-section 1. Ses instruments de protection des droits fondamentaux et ses interventions pertinentes dans le droit du sport

L’UE de son côté n’est pas en reste non plus. D’une part, l’article 2 TUE rappelle les valeurs fondamentales de l’UE, dont l’égalité et le respect des droits de l’Homme⁹². D’autre part, elle dispose d’une Charte des droits fondamentaux qui reconnaît à peu près les mêmes droits que la Convention du Conseil de l’Europe, notamment l’interdiction de la discrimination

⁸⁴ Cour eur. D.H., affaire *Mutu et Pechstein c. Suisse*, 2 octobre 2018, §§115 et 123.

⁸⁵ M. MAISONNEUVE, « Le Tribunal arbitral du sport et le droit au procès équitable : l’arbitrage bienveillant de la Cour européenne des droits de l’Homme (obs. sous Cour eur. dr. h., arrêt *Mutu et Pechstein c. Suisse*, 2 octobre 2018) », *Revue trimestrielle des droits de l’Homme*, 2019/3, n°119, p. 691.

⁸⁶ M. MAISONNEUVE, *ibidem*, p. 688.

⁸⁷ Cour eur. D.H., arrêt *Semenya c. Suisse*, 11 juillet 2023.

⁸⁸ Cour eur. D.H., « Décisions du Collège de la Grande chambre – novembre 2023 », Communiqué de presse de la greffière de la Cour, CEDH 302 (2023), 6 novembre 2023.

⁸⁹ Cour eur. D.H., arrêt *Semenya c. Suisse*, 11 juillet 2023, §§ 202, 205 et 240.

⁹⁰ M. MAISONNEUVE, « Athlètes intersexes : la CEDH relance la course judiciaire », *Le Club des Juristes*, disponible sur <https://www.leclubdesjuristes.com/>, 25 juillet 2023.

⁹¹ Cour eur. D.H., « Sport et Convention européenne des droits de l’Homme », Fiche thématique – Sport et CEDH, janvier 2023.

⁹² Art. 2 du Traité sur l’Union européenne, signé à Maastricht le 7 février 1992, *J.O.C.E.*, C 191, 29 juillet 1992.

fondée sur le sexe, la race, la couleur, les caractéristiques génétiques, etc. et la protection de la vie privée⁹³.

Ensuite, le Traité de Lisbonne a inséré explicitement à l'article 165, alinéa 2 TFUE, et ce pour la première fois, la « spécificité sportive »⁹⁴. En outre, il a été ajouté un septième tiret au paragraphe 2 de cet article, stipulant que l'UE s'engage « (...) à développer la dimension européenne du sport, en promouvant l'équité et l'ouverture dans les compétitions sportives (...), ainsi qu'en protégeant l'intégrité physique et morale des sportifs »⁹⁵. Nous retrouvons donc ici encore les idées de spécificité sportive et d'équité. La Commission européenne, dans une étude spécifique sur la violence de genre dans le sport, a estimé que les révolutions induites par le Traité de Lisbonne représentent une véritable étape dans la lutte contemporaine contre lesdites violences⁹⁶, et insiste sur la protection de l'intégrité morale et physique des athlètes dans laquelle l'UE s'est engagée, bien qu'aucun cadre juridique ne soit encore mis sur pied⁹⁷.

La Déclaration annexée au Traité d'Amsterdam reconnaît aussi une certaine spécificité sportive⁹⁸, et quelques actes dérivés de droit européen sont également pertinents dans le cadre de ma recherche, comme la résolution du Parlement demandant explicitement aux autorités étatiques et sportives de « garantir l'élimination des discriminations directes et indirectes dont sont victimes les athlètes féminines dans l'exercice de leur travail »⁹⁹, et celle qui rappelle les droits des personnes intersexes dans toutes les sphères de leur vie privée et publique¹⁰⁰.

Pour plus d'exemples de règles européennes en matière sportive, je vous invite à consulter l'étude précitée, élaborée par la Commission européenne, qui s'avère claire et exhaustive¹⁰¹.

Sous-section 2. La mise en œuvre du droit de l'UE

En réalité, bien que le Traité de Lisbonne ait explicitement fait entrer le sport dans le

⁹³ Art. 21 et 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, signée à Nice le 7 décembre 2000, *J.O.C.E.*, C 364, 18 décembre 2000.

⁹⁴ S. WEATHERHILL, « Fairness, openness and the specific nature of sport : Does the Lisbon Treaty change EU sports law ? », in *Lex Sportiva: What is Sports Law?*, R. C.R. Siekmann et J. Soek (dir.), The Hague, Asser Press, 2012, p. 312.

⁹⁵ Art. 165 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, signé à Rome le 25 mars 1957, *J.O.U.E.*, C 326, version consolidée, 26 décembre 2012.

⁹⁶ L. MERGAERT, C. ARNAUT, T. VERTOMMEN et M. LANG, « Study on gender-based violence in sport », Final report, European Commission, 2016, p. 16.

⁹⁷ L. MERGAERT, C. ARNAUT, T. VERTOMMEN et M. LANG, *ibidem*, p. 16.

⁹⁸ Traité d'Amsterdam modifiant le Traité sur l'Union européenne, les Traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes, signé à Amsterdam le 2 octobre 1997, *J.O.C.E.*, C 340/136, Déclaration relative au sport, 10 novembre 1997.

⁹⁹ Résolution 2002/2280(INI) du Parlement européen du 5 juin 2003 sur les Femmes et le sport, *J.O.U.E.*, C 68 E, 18 mars 2004, pt. 29.

¹⁰⁰ Résolution 2018/2878(RSP) du Parlement européen du 14 février 2019 sur les droits des personnes intersexuées, *J.O.U.E.*, C 449, 23 décembre 2020.

¹⁰¹ L. MERGAERT, C. ARNAUT, T. VERTOMMEN et M. LANG, *op. cit.*, pp. 16 à 21.

champ des compétences de l'UE, celle-ci ne se privait pas antérieurement de s'ingérer dans ce milieu¹⁰². La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) avait en effet déjà fait état d'une « spécificité sportive », permettant dans certains cas de justifier des violations des droits reconnus par les Traités européens¹⁰³. Le Traité de Lisbonne a donc simplement codifié les pratiques jurisprudentielles de la CJUE. Mais il y a tout de même certaines limites à ce régime de tolérance : les droits fondamentaux.

En effet, la CJUE a rendu de nombreux arrêts dans le domaine sportif, et bien que touchant en général à des problématiques de droit de la concurrence ou de liberté de circulation, certaines conclusions sont pertinentes dans le cadre de ma recherche.

Premièrement, l'arrêt Bosman est incontournable, puisqu'il symbolise la soumission de la *lex sportiva* au droit de l'UE¹⁰⁴. Cela sera répété à l'occasion de l'affaire Deliège, car bien que la Cour y reconnaisse la spécificité du sport et la nécessité de certaines règles pour maintenir l'intégrité et le bon fonctionnement des compétitions sportives, elle y sonne le glas de l'exception sportive si celle-ci mène à des discriminations injustifiables¹⁰⁵.

Ensuite, une trilogie d'arrêts concernant le pouvoir monopolistique des fédérations sportives a été rendue récemment par la Cour¹⁰⁶. L'occasion d'une part, de questionner celui-ci et de réaffirmer la primauté du droit de l'UE, la Cour rappelant qu'une fédération sportive peut adopter des règles relatives à l'organisation des compétitions, mais que celles-ci « *doivent faire l'objet d'un encadrement propre à en assurer le caractère transparent, objectif, non discriminatoire et proportionné* »¹⁰⁷. D'autre part, de préciser de façon explicite que l'article 267 TFUE relatif au mécanisme préjudiciel est pleinement applicable aux règles d'arbitrage, ce qui signifie que les sentences rendues, entre autres par le TAS, doivent pouvoir faire l'objet d'un contrôle juridictionnel, en l'occurrence de la CJUE. Cela implique, en présence de clauses compromissaires conférant une compétence obligatoire et exclusive à un organe arbitral (TAS), de veiller à ce que la juridiction appelée à contrôler les sentences rendues par celui-ci (Tribunal fédéral suisse) soit en mesure, d'une part, de s'assurer du respect des dispositions d'ordre public du droit de l'UE, et, d'autre part, de saisir s'il y a lieu la CJUE à titre préjudiciel (article 267

¹⁰² S. WEATHERHILL, *op. cit.*, p. 312.

¹⁰³ T. VASSINE, *op. cit.*, p. 91.

¹⁰⁴ C.J.C.E., arrêt *Bosman c. Union royale belge des sociétés de football association ASBL et al.*, 15 décembre 1995, C-415/93 ; M. MAISONNEUVE, « Athlètes intersexes ... », *op. cit.*, 25 juillet 2023.

¹⁰⁵ C.J.C.E., arrêt *Deliège c. Ligue francophone de judo et disciplines associées ASBL et al.*, 11 avril 2000, C-51/96 et C-191/97 ; T. BOMBOIS, « Le pouvoir de régulation des fédérations sportives », *op. cit.*, p. 8.

¹⁰⁶ C.J.U.E. (gde ch.), arrêt *European Superleague Company SL c. FIFA et UEFA*, 21 décembre 2023, C-333/21 ; C.J.U.E. (gde ch.), arrêt *SA Royal Antwerp Football Club c. Union royale belge des sociétés de football association ASBL (URBSFA)*, 21 décembre 2023, C-680/21 ; C.J.U.E. (gde ch.), arrêt *International Skating Union c. Commission*, 21 décembre 2023, C-124/21 P.

¹⁰⁷ C.J.U.E. (gde ch.), arrêt *International Skating Union c. Commission*, 21 décembre 2023, C-124/21 P., §33.

TFUE)¹⁰⁸. Cette conclusion ne serait-elle pas transposable au règlement DSD et à ses conséquences sur les athlètes intersexes ?

Chapitre 4. L'invocabilité des droits fondamentaux en question devant les instances sportives

En définitive, la matière sportive a pleinement intégré le discours juridique. Les interrogations résiduelles sont en réalité inverses : quelle reconnaissance est accordée aux droits fondamentaux, protégés par des instruments juridiques non-sportifs, face aux instances sportives ? C'est dans cette question que se matérialise concrètement l'enjeu de cette partie sur le pluralisme juridique. Entre autonomie du droit sportif et inaliénabilité des droits fondamentaux, une balance doit être opérée.

La doctrine juridique est unanime sur ce point : les droits fondamentaux représentent une des limites à la liberté normative de l'ordre juridique sportif¹⁰⁹. Il s'agit de droits inhérents à la nature humaine, qui devraient constituer le « *cadre éthico-juridique* » de tout ordre juridique à l'heure actuelle¹¹⁰. Or, la majorité des conflits sportifs rapportés devant les ordres juridiques étatiques et internationaux vise la protection des sportifs contre une « régulation trop extrême » mettant à mal les droits fondamentaux¹¹¹.

Cependant, l'invocabilité directe des droits fondamentaux des athlètes devant le TAS est plus qu'incertaine.... En principe, les textes internationaux relatifs aux droits de l'Homme ne lient pas directement les arbitres sportifs privés, qui ne sont pas des autorités publiques¹¹². Les fédérations sportives et le TAS étant des institutions autonomes, ces dernières ne sont pas dans l'obligation de respecter expressément les droits et principes internationaux non-compris dans la *lex sportiva*, loi de l'ordre juridique sportif. Or, la majorité des droits humains se situent hors du champ d'application de celle-ci¹¹³...

Toutefois, cela ne signifie pas que les fédérations et leur système d'arbitrage privé sont totalement dispensés du respect des droits fondamentaux en toute circonstance, même subsidiairement ou indirectement. De nombreux indices indiquent d'ailleurs le contraire. Premièrement nous l'avons vu, la CJUE limite de plus en plus la « spécificité sportive », en

¹⁰⁸ C.J.U.E. (gde ch.), arrêt *International Skating Union c. Commission*, 21 décembre 2023, C-124/21 P., §198.

¹⁰⁹ M. VAN HOECKE, *op. cit.*, pp. 70 et 77.

¹¹⁰ M. VAN HOECKE, *ibidem*, p. 77.

¹¹¹ M. VAN HOECKE, *ibidem*, p. 70.

¹¹² M. MAISONNEUVE, « Le Tribunal arbitral du sport et les droits fondamentaux des athlètes », *R.D.L.F.*, 2017, n°09, p. 3.

¹¹³ J. A.R. NAFZIGER, « *Lex sportiva* », *op. cit.*, p. 56.

soumettant la *lex sportiva* aux règles de l'ordre public de l'UE, dont font partie les droits fondamentaux. C'est plus flou en ce qui concerne la CEDH, mais des développements en ce sens ne sont pas inenvisageables.

Deuxièmement, à titre subsidiaire, l'article R58 du Règlement de procédure du TAS prévoit que « *le droit du pays dans lequel la fédération, association ou autre organisme sportif ayant rendu la décision attaquée a son domicile* » peut être subsidiairement utilisé comme droit applicable au litige¹¹⁴. Si ce droit est celui d'un Etat membre de l'UE (par exemple le droit français pour *World Athletics*), il arrive dans certains cas que les arbitres sportifs reconnaissent l'application directe des principes fondamentaux de l'UE, celle-ci créant un ordre juridique propre intégré aux systèmes juridiques des Etats membres¹¹⁵.

Ensuite, rappelons que la Cour suprême suisse a le pouvoir de réformer les décisions du TAS qui méconnaissent l'ordre public matériel et procédural suisse. Certains droits fondamentaux sont invocables indirectement par ce biais car ils seraient contenus dans cet ordre public. Cependant, le Tribunal fédéral présente une vision extrêmement restrictive du contenu de celui-ci et les réformations pour ce motif sont extrêmement rares. Selon ce dernier, une sentence arbitrale viole l'ordre public uniquement lorsqu'« *elle méconnaît les valeurs essentielles et largement reconnues qui, selon les conceptions prévalant en Suisse, devraient constituer le fondement de tout ordre juridique* »¹¹⁶. Mathieu Maisonneuve ne réfute pas la possibilité que la Suisse puisse être tenue responsable devant la CEDH, sous l'argument que le Tribunal fédéral aurait refusé d'annuler une décision du TAS, malgré une violation d'un droit protégé par la Convention, en raison de sa conception restrictive de l'ordre public¹¹⁷. C'est effectivement ce qui s'est passé dans l'affaire Semenya¹¹⁸.

Enfin, nous l'avons déjà évoqué, les règles invocables directement devant le TAS ne se limitent pas à la *lex sportiva*, bien que ce soit la principale source juridique utilisée. Les arbitres usent également de principes généraux du droit pour la compléter, et nombre d'entre eux s'alignent en réalité sur les instruments internationaux de protection des droits de l'Homme¹¹⁹. Tous les droits fondamentaux ne sont cependant pas invocables par ce biais, et c'est notamment le cas

¹¹⁴ Art. R58 du Code de l'arbitrage en matière de sport, en vigueur à partir du 1^{er} février 2023.

¹¹⁵ C.J.C.E., arrêt *Flaminio Costa c. ENEL*, 15 juillet 1964, aff. 6/64.

¹¹⁶ Tribunal fédéral suisse, arrêt *Tensacciai SpA et Terra Armata Srl*, ATF 132 III 395, 8 mars 2006.

¹¹⁷ M. MAISONNEUVE, « Le Tribunal arbitral du sport et les droits fondamentaux des athlètes », *op. cit.*, p. 6.

¹¹⁸ Cour eur. D.H., arrêt *Semenya c. Suisse*, 11 juillet 2023, §186 : « (...) afin de satisfaire aux exigences de l'article 14 de la Convention, le Tribunal fédéral aurait dû mettre en balance les intérêts invoqués par *World Athletics*, notamment celui d'une compétition équitable, avec ceux invoqués par la requérante, notamment ceux liés à sa dignité et à sa réputation, son intégrité physique, sa sphère privée, y compris ses caractéristiques sexuelles, et son droit d'exercer sa profession. Or, le Tribunal fédéral ne l'a pas fait puisque, d'après sa jurisprudence, un tel examen ne relève pas de la notion de l'ordre public. »

¹¹⁹ M. MAISONNEUVE, « Le Tribunal arbitral du sport et les droits fondamentaux des athlètes », *op. cit.*, p. 7.

du droit au respect de la vie privée¹²⁰...

Le recours à l'arbitrage ne vaut donc pas renonciation aux garanties de la Convention¹²¹. La question est plutôt de connaître leur degré de protection devant les organes arbitraux. Théoriquement, le TAS doit au minimum assurer aux athlètes une protection de leurs droits équivalente à celle conférée par leurs tribunaux nationaux¹²² et doit être structurellement distinct des institutions sportives pour constituer une véritable alternative au recours judiciaire classique¹²³. Le *Manuel de bonnes pratiques à l'usage du mouvement sportif* a pour but de sensibiliser les instances réglementaires et les organes arbitraux à la protection des droits de l'homme et aux principes qui pourraient entrer en conflit avec leurs règlements ou décisions¹²⁴.

En conclusion, « à la revendication d'une « exception sportive », il paraît préférable de substituer la reconnaissance d'un pluralisme juridique qui, tout en reconnaissant une spécificité du sport et de son organisation, ne l'affranchit pas du respect des droits fondamentaux »¹²⁵. Voici la formule utilisée par Jean-Yves Carlier pour qualifier cet équilibre entre autonomie sportive et droits inaliénables. Selon lui, il est préférable de parler de « spécificité » sportive dans le respect des droits fondamentaux plutôt que « d'exception »¹²⁶. En effet, le terme « spécificité » se rattache à l'idée que le sport bien qu'ayant ses qualités propres, est un domaine faisant partie d'un milieu plus large, dont il doit respecter les règles. Les règles adoptées au sein de l'ordre juridique sportif ont un spectre de conséquences non-limité à celui-ci, ce qui implique que les droits étatiques et internationaux entrent en considération¹²⁷.

Cependant, dans une conception pluraliste comme la nôtre, les tribunaux étatiques interviendront seulement si ces droits sont clairement violés¹²⁸. En effet, la spécificité sportive reste une réalité à respecter, et nonobstant les développements précédents, la *lex sportiva* dispose bel et bien d'une autonomie certaine, rendant possible dans certains cas la justification des atteintes aux droits fondamentaux. Nous y reviendrons à la fin de ce mémoire.

¹²⁰ P.-C. KAMGAING, *op. cit.*, p. 143.

¹²¹ P.-C. KAMGAING, *ibidem*, p. 138.

¹²² C.A.S., *Katusha Management SA v. UCI*, 2012/A/3031, 2 May 2013, §68.

¹²³ M. MAISONNEUVE, « Le Tribunal arbitral du sport et les droits fondamentaux des athlètes », *op. cit.*, p. 1.

¹²⁴ P. CORNU, S. ROBERT-CUENDET, et L. VIDAL (APES), « La protection des droits de l'Homme en Europe dans le cadre des procédures disciplinaires et arbitrales des organisations sportives », *Manuel de bonnes pratiques à l'usage du mouvement sportif*, Conseil de l'Europe, n°5, 2018.

¹²⁵ J.-Y. CARLIER, *op. cit.*, p. 1381.

¹²⁶ J.-Y. CARLIER, *ibidem*, p. 1388.

¹²⁷ G. SIMON, *op. cit.*, pp. 99 et 100.

¹²⁸ M. VAN HOECKE, *op. cit.*, p. 71.

Partie II. Le cadre théorique : la théorie féministe post-moderne du droit de Judith Butler

Le cadre théorique de ce travail, qui me servira de grille d'analyse pour répondre à ma question de recherche et évaluer le règlement DSD, est la théorie féministe du droit de Judith Butler. C'est sans aucun doute une de celles dont je me sens la plus proche intellectuellement et axiologiquement, et dans le contexte de ma recherche, celle-ci m'apparaît comme la plus à même de bouleverser les stéréotypes et de permettre une réflexion approfondie sur les fondements du traitement des athlètes intersexes par *World Athletics*. Le féminisme post-moderne rend en effet possible la transgression de principes et règles consacrés, ce qui induit une « *source d'interrogation, d'exploration et de création* »¹²⁹. Bien que ma vision féministe se révèle être parfois plus nuancée que celle de Butler, cela n'endigue pas ma conviction concernant la pertinence de l'application de sa théorie à ce mémoire. Je crois également ardemment en la capacité du sport à véhiculer et à consacrer un nouveau modèle d'accomplissement féminin, plus inclusif et moderne. Il s'agira de la conclusion de ce travail.

Chapitre 1. Sa logique constructiviste du sexe et du genre : rapprochement des deux notions

La théorie féministe post-moderne de Judith Butler repose sur un prédicat de base : le sexe et le genre sont deux notions construites culturellement et socialement¹³⁰. Contrairement à ce que beaucoup soutiennent, c'est selon elle la notion de genre qui précède celle de sexe et qui lui donne sens¹³¹. Le genre n'est plus déterminé par le sexe, c'est l'inverse, puisque dans la logique de Butler, la différence anatomique que l'on connaît chez les êtres humains devient pertinente uniquement parce que l'humanité est divisée socialement en deux genres, masculin et féminin¹³². En d'autres termes, c'est la division culturelle hiérarchique qui crée la différence sexuelle entre hommes et femmes, différence qui est justement remise en question par Butler¹³³. Voyons cela plus en profondeur.

Section 1. Le genre

Premièrement, partons de la définition butlérienne du genre. Deux concepts

¹²⁹ M.-C. BELLEAU, « Les théories féministes : droit et différence sexuelle », *R.T.D. civ.*, 2001, n°1, p. 33.

¹³⁰ M. JEJCIC, « Pour introduire à la lecture de Trouble dans le genre de Judith Butler », *La revue lacanienne*, 2007/4, n°4, p. 28.

¹³¹ A. BARIL, *op. cit.*, p. 63.

¹³² L. BERENI, S. CHAUVIN, A. JAUNAIT et A. REVILLARD, *op. cit.*, p. 32.

¹³³ A. BARIL, *op. cit.*, p. 63.

transcendent son discours à ce sujet : la performativité et l'itérabilité du genre.

En premier lieu, selon elle, un énoncé est performatif s'il « *réalise l'acte qu'il énonce lorsqu'il est prononcé dans les circonstances adéquates* »¹³⁴. Appliqué aux études de genre, cela signifie que le simple énoncé du « genre » réalise ce qu'il dit, c'est-à-dire une personne masculine ou féminine¹³⁵. Lorsqu'on nomme un individu en tant qu'homme ou femme, on le constitue réellement comme tel, on va au-delà de la simple description¹³⁶.

En second lieu et *a fortiori*, cette simple énonciation ne suffit pas, il faut également que celle-ci soit répétée dans le temps : Butler parle d'itérabilité du genre¹³⁷. Cela semble logique : c'est dans la répétition continue des normes sociales dites masculines et féminines que s'élabore la différence des sexes, qui apparaît par la suite comme évidente¹³⁸. Dès lors, le genre ne constitue pas une « essence », il est produit à force d'être répété¹³⁹. À l'instar de ses consœurs féministes post-modernes, Judith Butler démontre grâce à ces notions de performativité et d'itérabilité l'importance du langage et du discours juridique. Ce dernier serait en effet un outil double, puisqu'il est le fondement des préjugés sexistes, mais aussi potentiellement outil de transformation pour combattre la discrimination¹⁴⁰. En définitive, « *l'identité de genre n'a rien d'une essence naturelle mais se construit par la répétition d'actes, de gestes qui tendent vers un idéal auquel il est impossible de se conformer tout à fait* »¹⁴¹.

Butler parle du genre comme d'une « *copie sans original* »¹⁴². Il serait en réalité une imitation des normes sociales de genre organisées en une sorte de « *réseau d'idéaux imaginaires* »¹⁴³. Le genre n'est dès lors pas inné, mais bien construit sans cesse à travers des « normes de genre »¹⁴⁴. En réalité, on gendérise sans cesse les êtres humains en faisant référence à ces idéaux de féminité et de masculinité inatteignables dans la réalité¹⁴⁵. Nous vivons dans ce que Butler appelle une « *matrice hétérosexuelle* »¹⁴⁶. Il s'agit des stéréotypes de genre qui traversent encore notre société, qui retiendrons notre intérêt dans la partie suivante.

¹³⁴ N. MARIGNIER, « Performativité », *Langage et société*, 2021/HS1, p. 263.

¹³⁵ A. BARIL, *op. cit.*, p. 64.

¹³⁶ N. MARIGNIER, *op. cit.*, p. 264.

¹³⁷ A. BARIL, *op. cit.*, p. 65.

¹³⁸ N. MARIGNIER, *op. cit.*, p. 264.

¹³⁹ J. BUTLER, « Préface à la seconde édition (1999) de Gender Trouble. Feminism and the subversion of identity », *Cahiers du genre*, 2005/1, n°38, p. 25.

¹⁴⁰ M.-C. BELLEAU, *op. cit.*, p. 33.

¹⁴¹ F. TRÉCOURT et E. FASSIN, « Michel Foucault, archéologue du « genre » », *Essais*, 2014, p. 91.

¹⁴² J. BUTLER, « Préface à la seconde édition ... », *op. cit.*, p. 25.

¹⁴³ J. BUTLER, « Les genres en athlétisme : hyperbole ou dépassement de la dualité sexuelle ? », trad. M. Ploux, *Cahiers du genre*, 2000, n°29, p. 30.

¹⁴⁴ A. BARIL, *op. cit.*, p. 64.

¹⁴⁵ I. JAMI, « Judith Butler, théoricienne du genre », *Cahiers du genre*, 2008/1, n°44, p. 214.

¹⁴⁶ I. JAMI, *ibidem*, p. 212.

En définitive, je me range derrière Audrey Baril qui définit le genre tel un « *ensemble de normes régulatrices orientées téléologiquement vers un idéal, le masculin ou le féminin, qui fait advenir ce qu'il dit, ce qu'il nomme et ce qu'il répète incessamment sous peine de s'interrompre étant donné sa contingence* »¹⁴⁷, en alliant parfaitement les idées de performativité et d'itérabilité de Butler.

Section 2. Le sexe

Deuxièmement, selon le paradigme du constructivisme social développé par Judith Butler, le sexe n'est plus inné, il ne s'agit plus d'une donnée naturelle mais bien d'un construit social, au même titre que le genre¹⁴⁸. Cette considération va au même moment transcender le monde scientifique et médical, avec, nous le savons, Anne Fausto-Sterling, qui va s'intéresser au « *continuum sexuel* » et affirmer que « *la sexualité est un fait somatique créé par un effet culturel* »¹⁴⁹. Le sexe biologique se présenterait en réalité comme une large gamme de possibilités, avec aux extrêmes les sexes « traditionnels » (mâle et femelle), et au centre toute une série de situations intermédiaires¹⁵⁰. La définition présentée dans l'introduction de ce travail évolue donc, et il devient impossible de définir le sexe de manière binaire¹⁵¹. En effet, certains individus s'avèrent inclassables dans les catégories biologiques mâle et femelle, et un simple coup d'œil sur leur anatomie ne suffit pas à déterminer leur sexe¹⁵². Pour ce faire, de nombreux autres critères anatomiques, morphologiques, hormonaux, etc., doivent être pris en considération¹⁵³. Cependant, ces critères ne correspondent pas toujours¹⁵⁴... Pour beaucoup de biologistes, aucun test ne permet dès lors dans ces cas-là de désigner unanimement le sexe de ces personnes¹⁵⁵, ce qui pose un problème dans les secteurs fondés sur la différenciation binaire des sexes comme le sport... Le sexe selon Butler est donc potentiellement multiple et construit culturellement, il n'est plus donné par la nature¹⁵⁶.

Que ce soient les caractères sexuels primaires (organes reproducteurs, gonades,

¹⁴⁷ A. BARIL, *op. cit.*, p. 65.

¹⁴⁸ A. BARIL, *ibidem*, p. 63.

¹⁴⁹ A.-C. REBREYEND, « Anne Fausto-Sterling, Corps en tous genres. La dualité des sexes à l'épreuve de la science », *Clio. Femmes, Genre, Histoire*, 2013, n°37, p. 252 ; A. FAUSTO-STERLING, *op. cit.*, p. 40.

¹⁵⁰ I. LÖWY, *op. cit.*, p. 81.

¹⁵¹ A. BOHUON et G. QUIN, « Sport », in *Encyclopédie critique du genre*, J. Rennes (dir.), Paris, La Découverte, 2016, p. 719.

¹⁵² J. BUTLER, « Préface à la seconde édition ... », *op. cit.*, p. 36.

¹⁵³ L. BERENI, S. CHAUVIN, A. JAUNAIT et A. REVILLARD, *op. cit.*, p. 42.

¹⁵⁴ R. MERTENS, « Quand les discriminations mènent aux violences de genre : le cas des athlètes intersexes », in *Les violences de genre au prisme du droit*, S. Wattier (dir.), Larcier, Bruxelles, 2020, p. 297.

¹⁵⁵ A. BOHUON, « Sport et bicatégorisation par sexe : test de féminité et ambiguïtés du discours médical », *Nouvelles questions féministes*, 2008/1, vol. 27, p. 85.

¹⁵⁶ P. MACARY-GARIPUY, « Le mouvement queer : des sexualités mutantes ? », *Psychanalyse*, 2006/3, n°7, p. 48.

hormones) ou les caractères sexuels dits secondaires (pilosité, voix, musculature, etc.), tous tiennent de ce que l'on va appeler la matérialité des corps. La notion de sexe est effectivement inséparable du corps physique. Or, cette nouvelle définition plurielle du sexe remet en cause le dimorphisme sexuel binaire comme étant « *l'ensemble des différences morphologiques entre le mâle et la femelle d'une même espèce* »¹⁵⁷. La gestion des corps « atypiques »¹⁵⁸ des personnes intersexes s'avère tout particulièrement intéressante dans ce contexte.

La logique constructiviste de Judith Butler s'applique en effet également aux corps, puisqu'eux aussi sont construits et perçus à travers des œillères genrées : les normes de genre tendent directement à catégoriser les physiques des individus en « binarités dimorphiques »¹⁵⁹. Or, le corps des personnes intersexes met en lumière leur caractère artificiel¹⁶⁰. Les classes sexuelles dites naturelles ne sont donc pas adaptées et ne correspondent pas à la réalité biologique de certains corps indéterminés¹⁶¹. La construction des « *corps qui comptent* »¹⁶² se fait par l'exclusion des autres, dits « atypiques », « monstrueux » ou « illégitimes »¹⁶³. C'est incontestablement grâce à la réalité physique et biologique des individus intersexes que le caractère discursif du dimorphisme sexuel binaire est mis en évidence.

Pour certains, la distinction entre le sexe et le genre perd en pertinence dans le cadre du féminisme post-moderne, puisque Butler part du postulat que ces deux notions sont toutes deux culturellement et socialement construites¹⁶⁴. Cependant, dans le cadre de mon mémoire, la distinction sexe/genre reste primordiale. La raison est simple : la sphère sportive ne suit pas ce qu'on peut appeler une approche post-moderne de ces notions, au contraire. Ces deux réalités sont complètement confondues dans les politiques sportives, et à plus forte raison dans le discours médicosportif. La féminité des athlètes intersexes est en effet la première donnée remise en cause par les instances sportives, celle-ci n'étant pas conforme à l'idéal de genre féminin. Toutefois, en les écartant de la catégorie féminine après examens médicaux attestant de leur intersexualité, c'est leur sexe biologique qui est attaqué. Nous y reviendrons.

¹⁵⁷ Larousse en ligne, disponible sur https://www.larousse.fr/encyclopedie/divers/dimorphisme_sexuel/43586#382998, consulté le 29 octobre 2023.

¹⁵⁸ L. BERENI, S. CHAUVIN, A. JAUNAIT et A. REVILLARD, *op. cit.*, p. 42.

¹⁵⁹ J. BUTLER, E. FASSIN et J. WALLACH SCOTT, « Pour ne pas en finir avec le « genre »... Table ronde », *Sociétés & Représentations*, 2007/2, n°24, p. 291.

¹⁶⁰ I. JAMI, *op. cit.*, p. 212.

¹⁶¹ I. JAMI, *ibidem*, p. 213.

¹⁶² J. BUTLER, *Bodies that matter: on the discursive limits of sex*, 1st ed., London, Routledge, 2011.

¹⁶³ I. JAMI, *op. cit.*, p. 212.

¹⁶⁴ A. BARIL, *op. cit.*, pp. 67 et 68.

Chapitre 2. Sa logique déconstructive des normes sociales

Les normes de genre basées sur la « *matrice hétérosexuelle* » n'incluent donc pas les personnes intersexes dans les catégories sexuelles traditionnelles. Celles-ci sont rejetées dans « l'anormal » ou « l'inintelligible », or, puisque le sexe est construit, il peut être multiple, et ces classes pourraient dès lors être élargies.

La thèse butlérienne est simple. Selon elle, il faut opérer une subversion des normes et des catégories sexuelles, celles-ci s'avérant incapables de refléter la réalité des corps¹⁶⁵. Butler explique que dans nos perceptions se trouvent toujours une part de « réel » et d'« irréel »¹⁶⁶. Nous pensons voir les corps humains de manière authentique, tels qu'ils sont réellement, or nous sommes automatiquement influencés, voire biaisés, par des présupposés culturels. Dans son ouvrage, elle prend régulièrement l'exemple de la *drag queen*¹⁶⁷. Les notions de vrai et de faux s'entremêlent, et il est impossible de déterminer sa « réalité de genre » au premier coup d'œil. C'est à ce moment-là que, selon Butler, nos perceptions culturelles, pourtant bien ancrées, échouent : nous ne parvenons pas « *à lire avec certitude le corps que nous voyons* »¹⁶⁸. Cela illustre la possibilité pour ces normes, qui ont établi au préalable ce qui est « humain », « réel » et « légitime », d'être transformées afin d'étendre cette légitimité à d'autres corps¹⁶⁹.

Cette subversion des normes a toute son importance dans le cadre de la problématique intersexe. D'une certaine manière, la théorie butlérienne reflète une conviction sociale forte : l'acceptation de tous, et en premier lieu de la différence et de l'anormalité, anormalité étant entendue ici comme ce qui déroge aux normes. J'apprécie ici encore la formule d'Audrey Baril qui décrit bien la visée de Judith Butler. Cette dernière ne veut pas en réalité détruire complètement le genre et l'ordre sexuel traditionnel, mais souhaite « *mettre fin à la normativité en valorisant la multiplicité* »¹⁷⁰. Son militantisme social va même au-delà, puisque pour certains auteurs, il se transforme en volonté de protection. La subversion de ces normes excluantes est nécessaire afin de protéger les personnes exclues, celles qui sont déclarées inhumaines par les normes¹⁷¹.

¹⁶⁵ J. BUTLER, « Préface à la seconde édition ... », *op. cit.*, p. 15.

¹⁶⁶ J. BUTLER, *ibidem*, p. 36.

¹⁶⁷ I. JAMI, *op. cit.*, pp. 213 et s..

¹⁶⁸ J. BUTLER, « Préface à la seconde édition ... », *op. cit.*, p. 36.

¹⁶⁹ J. BUTLER, *ibidem*, p. 37.

¹⁷⁰ A. BARIL, *op. cit.*, p. 80.

¹⁷¹ I. JAMI, *op. cit.*, p. 223.

Chapitre 3. Son ultime objectif

En quelques mots que retenir de la visée finale de Judith Butler et des théories féministes post-modernes en général ?

À la base de cette pensée féministe se situe l'idée selon laquelle le genre devrait être fluide, là où la norme sociétale est l'hétérosexualité masculine. Il faudrait donc performer le genre que l'on souhaite. L'approche post-moderne se différencie des autres en ce sens qu'*in fine*, son objectif est de déconstruire les dichotomies culturelles et le dualisme masculin/féminin, modèles dans notre société. Les fers de lance des féministes post-modernes sont multiples, mais poursuivent tous le même but : contrer la « condition de femme »¹⁷². Pour dépasser ce que Marie-Claire Belleau appelle « *l'image unique et monolithique de la femme* »¹⁷³ et les conceptions essentialisantes, ces féministes se réfèrent explicitement aux différences au sein-même de la catégorie féminine : âge, orientation sexuelle, classe, origine raciale, ...

Judith Butler, par exemple, renonce à celle-ci comme sujet de sa théorie, pourtant dite féministe. L'un n'empêche pas l'autre selon elle : les femmes doivent être féministes, non pas parce qu'elles sont des femmes, mais parce qu'elles contestent justement les fondements de cette catégorie oppressante¹⁷⁴. En réalité, regrouper toutes les femmes dans une seule et unique classe relève selon elle de l'impossible¹⁷⁵. *A fortiori*, cela mène même à l'exclusion de toutes celles qui n'entreront pas dans la définition que l'on fera de celle-ci, là où le féminisme veut justement les protéger¹⁷⁶.

En outre, le combat féministe post-moderne s'attaque aussi à la question de l'égalité entre les sexes. Ces féministes refusent la comparaison entre les hommes et les femmes et se concentrent, comme expliqué ci-dessus, sur les différences au sein-même de ces catégories. Il n'y a donc ici aucune négation de la différence sexuelle, pratique sociale complexe selon Butler, mais bien une mise en exergue de la multiplicité des standards de définition de l'égalité¹⁷⁷. Aucune supériorité sexuelle féminine et aucune nouvelle hiérarchie ne sont donc promues dans cette théorie.

¹⁷² M.-C. BELLEAU, *op. cit.*, p. 33.

¹⁷³ M.-C. BELLEAU, *ibidem*, p. 34.

¹⁷⁴ I. JAMI, *op. cit.*, p. 208.

¹⁷⁵ J. BUTLER, « « Les femmes » en tant que sujet du féminisme », *Raisons politiques*, 2003/4, n°12, pp. 88 et 89.

¹⁷⁶ J. BUTLER, *ibidem*, pp. 90 et 91.

¹⁷⁷ M.-C. BELLEAU, *op. cit.*, pp. 34 et 35.

Chapitre 4. Création d'une grille d'analyse critique

Après l'exposé de toutes ces notions théoriques, il me faut maintenant les synthétiser, afin de passer de la théorie au droit et de produire une lecture raisonnée du règlement DSD. Afin de structurer le reste de ce travail, je me suis attelée à la conception d'une grille d'analyse critique (**annexe 1**) qui me permettra, grâce aux critères extraits de mon cadre théorique, d'analyser en profondeur la réglementation de *World Athletics* et ses implications sur les droits des athlètes intersexes. Cette grille n'est rien d'autre qu'un cadre hypothético-déductif qui va *in fine* m'aider à situer mon matériau, le règlement DSD, au sein des différentes théories féministes du droit, et ainsi le confronter à la vision post-moderne de Judith Butler, puisque mon objectif est de potentiellement l'améliorer à l'aune de cette théorie. La question est donc simple : comment peut-on qualifier la vision féministe promue et cultivée par le monde de l'athlétisme professionnel à travers les règlements que sa fédération édicte, et en quoi cette représentation féministe diffère-t-elle ou non de celle présentée ci-dessus ? De plus, en quoi la théorie féministe du droit de Judith Butler est-elle porteuse d'enjeux essentiels en ce qui concerne le respect des droits fondamentaux des athlètes intersexes ?

Avant toute chose, je tiens à préciser que Butler ne s'attarde pas explicitement sur la cause intersexe, son discours prenant plutôt racine dans la culture gay et lesbienne. C'est d'ailleurs un de ses regrets¹⁷⁸. La démarche intellectuelle suivie ici présente dès lors un intérêt certain.

Cette grille est composée de quatre colonnes. Une première reprend les axes d'analyse principaux de ma réflexion, que j'ai tirés de ma lecture et de ma compréhension de la théorie de Judith Butler. Dans la seconde, j'ai fait le choix de critères qui m'apparaissent pertinents à l'aune de chacun de mes axes d'analyse pour permettre l'étude du règlement DSD. Les deux dernières colonnes appliquent ces critères en termes de valeurs, d'une part au sein de la pensée féministe post-moderne, et d'autre part dans la pensée féministe essentialiste, dite aussi différentialiste¹⁷⁹. C'est en effet cette dernière que j'ai décidé de confronter à la théorie post-moderne, car nous le verrons, il s'agit de celle se rapprochant à mon sens le plus des valeurs féministes promues par la sphère sportive. Cette grille me permettra donc dans la suite de mon travail de situer la réglementation de *World Athletics* entre les pôles post-moderne et essentialiste, et si besoin est de mesurer l'écart entre celle-ci et l'un de ces pôles.

¹⁷⁸ J. BUTLER, « Préface à la seconde édition ... », *op. cit.*, p. 40.

¹⁷⁹ M.-C. BELLEAU, *op. cit.*, pp. 10 et 11.

Partie III. La représentation de la féminité et le traitement des athlètes intersexes dans le sport professionnel

Pour commencer, quels sont les stéréotypes de genre, la perception des corps physiques et le critère de détermination du sexe choisi au sein de l'athlétisme professionnel ?

Chapitre 1. L'institutionnalisation du sport féminin et la perception de la féminité en son sein

Section 1. L'introduction des femmes dans le sport : bicatégorisation sexuée consécutive de la sphère sportive

« *L'olympiade femelle est impensable, inintéressante, inesthétique et incorrecte* »¹⁸⁰.

Comme en témoignent ces mots prononcés par Pierre de Coubertin, père fondateur des Jeux Olympiques modernes (JO), les femmes n'ont pas toujours été les bienvenues au sein de la sphère sportive. En effet, le sport a toujours été considéré comme un moyen de créer, maintenir, et exposer la virilité dite masculine, beaucoup le décrivant comme « *fief de la virilité* »¹⁸¹. Il a donc longtemps été impensable d'en autoriser l'accès aux femmes. La seconde section de ce chapitre sera entièrement consacrée à cette masculinité hégémonique et aux normes de genre dont parle Judith Butler, *a fortiori* une fois mises en mouvement par l'acte sportif.

Malgré cette exclusion ancestrale des femmes de la sphère sportive, force est de constater qu'à l'heure actuelle, nous avons la chance d'admirer et d'encourager de nombreuses sportives concourant sur la scène internationale. Il me semblait dès lors pertinent de résumer en quelques lignes l'historique de cette percée féminine dans le microcosme androcentré qu'est le sport (principalement l'athlétisme), plus spécifiquement dans le cadre des JO, symbole du sport international par excellence. L'écartement des athlètes intersexes des compétitions sportives est en effet compréhensible uniquement parce qu'il existe désormais une catégorie réservée aux femmes en athlétisme.

L'institutionnalisation effective du sport féminin s'est amorcée dans les années 1910 et a pris de l'ampleur les années suivantes¹⁸². Je me dois de citer dans ce contexte Alice Milliat, sportive française et première dirigeante du sport féminin mondial¹⁸³. Grâce à son militantisme, sa détermination et la création de la Fédération sportive féminine internationale en 1921, elle

¹⁸⁰ K. DUCLOS, « La symbolisation du féminin à l'épreuve du corps sportif », *Psychologie clinique et projective*, 2006/1, n°12, p. 382.

¹⁸¹ N. ELIAS et E. DUNNING, *Sport et civilisation. La violence maîtrisée*, Paris, Fayard, 1994.

¹⁸² A. BOHUON et G. QUIN, *op. cit.*, p. 717.

¹⁸³ Plus d'informations à son sujet sur <https://www.fondationalicemilliat.com/alice-milliat>, consulté le 12 mars 2024.

réussit à obtenir l'insertion des premières épreuves olympiques officielles d'athlétisme féminin lors des JO d'Amsterdam en 1928¹⁸⁴. Malheureusement, la victoire était encore loin d'être acquise. Les inquiétudes concernant les effets de l'activité physique à (très) haute intensité sur le corps des femmes ont en effet conduit à restreindre leur participation à certaines épreuves par la suite¹⁸⁵. Ce n'est que progressivement que l'inclusion féminine a été rétablie. Au niveau olympique, le schéma attaché en annexe (**annexe 2**) illustre parfaitement cette institutionnalisation progressive du sport féminin jusqu'aux JO de Paris 2024, qui viennent de se clôturer, dont l'objectif était clair : la parité parfaite entre sportifs et sportives, ainsi qu'au sein des instances dirigeantes.

Toutefois, nonobstant leur inclusion au sein du monde du sport, les femmes y ont toujours été séparées des hommes, le sport restant « *un domaine où la mixité n'existe pas* »¹⁸⁶. Il s'agit d'un secteur bicatégorisé sur base du sexe, et ce au sein de la majorité des disciplines. Le critère de distinction est clair et annoncé : il s'agit des capacités physiques découlant de la réalité biologique sexuelle des individus¹⁸⁷. La bicatégorisation sexuée du sport repose donc sur le postulat que les hommes sont musculairement plus puissants que les femmes grâce à des prédispositions biologiques naturelles, ce qui représenterait évidemment un avantage. C'est d'ailleurs pour cette raison que la mixité homme-femme n'est généralement acceptée que dans les disciplines sportives où la force physique n'est pas un critère essentiel, comme l'équitation, la voile ou le tir¹⁸⁸.

Cette bicatégorisation sexuée, correspondant aux catégories sexuelles traditionnelles, est pour beaucoup capitale pour garantir le respect des valeurs sportives fondamentales. En effet, la non-mixité vise à répondre à un impératif d'équité sportive : les disparités de performances athlétiques entre les hommes et les femmes nécessiteraient une division sexuée des compétitions, cela pour protéger les épreuves féminines¹⁸⁹. La crainte est qu'en l'absence d'une telle catégorisation, les écarts de performance aboutissent à des événements sportifs où seuls les hommes seraient qualifiés.

En définitive, « *dans le sport de compétition, l'idée que le sexe constitue une propriété corporelle innée et inaltérable, à l'origine d'un avantage physique des hommes sur les femmes,*

¹⁸⁴ A. BOHUON et G. QUIN, *op. cit.*, p. 717.

¹⁸⁵ A. BOHUON et G. QUIN, *ibidem*, p. 717.

¹⁸⁶ A. BOHUON, « Sport et bicatégorisation par sexe ... », *op. cit.*, p. 83.

¹⁸⁷ P. MICHEL, « La nouvelle réglementation de la FINA sur l'éligibilité des athlètes intersexes et transgenres, ou le danger de l'exclusion », *R.D.L.F.*, 2022, n°34, p. 1.

¹⁸⁸ A. BOHUON et G. QUIN, *op. cit.*, p. 715.

¹⁸⁹ P. MICHEL, *op. cit.*, p. 2.

justifie ainsi qu'il soit érigé comme la catégorie classificatoire préalable à toute compétition sportive. »¹⁹⁰. Ces notions d'avantage biologique et d'équité sportive vont s'avérer essentielles pour la suite.

Section 2. La féminité sportive : stéréotypes de genre et perception des corps

J'ai choisi délibérément de rassembler ces deux critères de ma grille d'analyse en une seule section car, suivant mon cadre théorique, le sexe, lié inéluctablement aux corps physiques, et le genre, ici la féminité, sont intrinsèquement corrélés car tous deux construits culturellement et socialement. Comme Marie-Claire Belleau le dit si bien, « *le féminisme post-moderne défie les liens entre construction sociale de la féminité et le féminin biologique* »¹⁹¹. Cette section sera l'occasion de questionner les normes de genre contraignantes dans notre société, qui impactent inévitablement le regard que nous portons, ainsi que *World Athletics*, sur le physique des femmes, et *a fortiori*, des sportives.

Sous-section 1. La féminité hégémonique

Au cœur de la définition du genre défendue précédemment¹⁹², nous retrouvons deux éléments essentiels : les notions de normativité et d'idéaux. Il existerait donc bien un modèle normatif dominant de la féminité dans notre société, qui permettrait de genrer les individus. Nous pouvons parler de « *féminité culturellement idéalisée* », en quelque sorte complice de la masculinité hégémonique¹⁹³. De nombreux auteurs utilisent également le terme de « féminité hégémonique » pour qualifier cette conception prépondérante de la féminité, définie comme « *la forme culturellement idéalisée de la féminité, forme qui exerce une domination sur les autres formes de féminité* »¹⁹⁴.

Une femme est dite féminine seulement si elle présente une certaine apparence, possède certains attributs, ou encore remplit certaines fonctions. En effet, la féminité hégémonique, construite culturellement, définit des comportements, valeurs, attitudes, occupations et rôles sociaux particuliers, valorisés socialement et attachés au sexe féminin¹⁹⁵. Tous ces attributs sont opposés aux caractéristiques masculines promues par l'idéal masculin dominant. Un

¹⁹⁰ A. BOHUON et L. PALLES, « Ne plus se laisser prendre à leurs Jeux. », *Cahiers d'histoire. Revue d'histoire critique*, 2023, n°158, p. 61.

¹⁹¹ M.-C. BELLEAU, *op. cit.*, p. 35.

¹⁹² A. BARIL, *op. cit.*, p. 65.

¹⁹³ G. COGÉRINO et M. MANSEY, « Image du corps, idéal corporel et féminité hégémonique chez les enseignantes d'EPS », *Tréma*, 2010, n°32, p. 96.

¹⁹⁴ I. COURCY, S. LABERGE, C. ERARD et C. LOUVEAU, « Le sport comme espace de reproduction et de contestation des représentations stéréotypées de la féminité », *Recherches féministes*, 2006, vol. 19, n°2, p. 32.

¹⁹⁵ G. COGÉRINO et M. MANSEY, *op. cit.*, p. 96.

homme serait un exemple de force, de ténacité, d'indépendance, de dominance et d'agressivité, là où les femmes demeureraient douces, belles, soumises, dépendantes,¹⁹⁶ ...

Cet idéal de féminité s'enracine dans deux figures-types de la femme : la femme/mère et la femme/épouse séduisante¹⁹⁷. Physiquement, dans l'idéal, le corps féminin se doit donc d'être résistant pour porter la vie et assurer l'éducation des enfants¹⁹⁸, tout en étant révélateur de grâce, d'élégance, de douceur, de sensualité et d'esthétisme¹⁹⁹. À l'inverse du corps masculin « fonctionnel », celui de la femme est essentiellement un objet esthétique²⁰⁰. La féminité est centrée principalement sur l'apparence, et « *l'être au féminin* » est généralement réduit à « *l'être perçu* » selon Bourdieu²⁰¹.

Cette conception hégémonique de la féminité s'avère déterminante dans le cadre de mon étude, puisque c'est évidemment elle qui va servir de référence pour jauger la féminité des athlètes, comme celle de n'importe quelle autre femme²⁰². Cependant dans leur cas, c'est leur sexe biologique qui est directement remis en cause en raison d'un manque de féminité...

Sous-section 2. Le rapport au corps de la femme sportive

Reprenons comme point de départ la formule d'Eric Dunning, qualifiant le sport de « *fief de la virilité* ». Qui dit « virilité » dit, si l'on se réfère à la définition de la masculinité dominante, « homme ». Les valeurs sportives telles que la compétition, la force et la puissance sont clairement celles de la masculinité hégémonique précédemment développée et l'acte sportif en lui-même requiert un corps fort, puissant et musclé. Autant de caractéristiques bien éloignées de la féminité esthétisée véhiculée socialement.... L'essentialisme dont témoignent ces représentations stéréotypées de la masculinité et la féminité est présent dans de multiples sphères de notre société, mais dans le monde du sport à plus forte raison encore, car « *la corporalité y est omniprésente et la performance corporelle « adulée »* »²⁰³. On ne peut penser la performance sportive sans l'exploit physique et musculaire qu'elle requiert. C'est d'ailleurs là que réside toute la beauté du sport : ce sont les efforts physiques consentis en amont et le jour-J qui sont à saluer. Or, comment marier les contraintes de féminité qu'impose la société

¹⁹⁶ G. COGÉRINO et M. MANSEY, *ibidem*, p. 97.

¹⁹⁷ C. LOUVEAU, « Qu'est-ce qu'une vraie femme dans le monde du sport ? », in *Qu'est-ce que le genre ?*, L. Laufer et F. Rochefort (dir.), Paris, Payot, 2014, p. 103.

¹⁹⁸ A. BOHUON et G. QUIN, *op. cit.*, p. 717.

¹⁹⁹ K. DUCLOS, *op. cit.*, p. 382.

²⁰⁰ G. COGÉRINO et M. MANSEY, *op. cit.*, p. 97.

²⁰¹ C. LOUVEAU, « Sexuation du travail sportif et construction sociale de la féminité », *Cahiers du genre*, 2004/1, n°36, p. 174.

²⁰² C. LOUVEAU, « Le corps sportif : un capital rentable pour tous ? », *Actuel Marx*, 2007/1, n°41, p. 65.

²⁰³ A. BOHUON, « Sport et bicatégorisation par sexe... », *op. cit.*, p. 82.

actuelle avec l'activité sportive intensive et ce que celle-ci implique sur le physique des femmes? Une femme qui développe des bras musclés, des cuisses dessinées ou qui perd de la poitrine est-elle encore féminine, voire est-elle encore une femme ? Le corps de la sportive semble mal s'accommoder avec les diktats de la féminité, puisqu'une femme ne peut être considérée comme telle que si elle affiche ostensiblement et physiquement sa féminité²⁰⁴.

Par le biais de l'activité physique intensive, les femmes transforment leur physique de manière inadaptée à « *l'idéal corporel féminin socialement valorisé* »²⁰⁵. Tout au long de l'institutionnalisation compliquée du sport féminin, de nombreux comportements liés à la pratique sportive ont été considérés inconvenants de la part d'une femme : porter les cheveux défaits, dénuder ses chevilles et ses jambes, se montrer publiquement en sueur, exercer sa force physique, ...²⁰⁶. Le corps des femmes sportives est dès lors soumis à une double épreuve. D'une part, elles doivent atteindre un certain niveau de compétences physiques jugées masculines, et d'autre part elles doivent veiller à ne pas s'écarter trop dangereusement des normes de beauté féminine²⁰⁷. La formule utilisée par Bernard Cros résume plutôt bien ce dilemme selon moi : « *Dans le monde dimorphique du sport, la femme est vue par le double prisme appréciatif de son corps et de ses performances, relevant, elles, des valeurs sportives masculines. Paradoxalement, pour vaincre, mâle objectif ultime de la compétition, la sportive doit posséder des caractéristiques associées au masculin, mais qui doivent cohabiter avec l'apparence féminine. Elle doit réaliser la synthèse bidimensionnelle contradictoire de la performance et de la fragilité de « l'essence féminine », quand le sportif n'a besoin que d'être un homme* »²⁰⁸. La pression sur les épaules des sportives est énorme : elles doivent être performantes et belles, *a fortiori* quand elles sont médiatisées et observées²⁰⁹.

En conclusion, les femmes sportives font face à un « *procès de virilisation* »²¹⁰. Celui-ci mène à regrouper et amalgamer toutes celles ne répondant pas aux critères dominants de féminité : les grandes, les musclées, les homosexuelles, ... et les hyperandrogènes²¹¹. En effet, à côté des deux figures-types positives de la femme se trouve une troisième, négative quant à

²⁰⁴ C. LOUVEAU, « Le corps sportif ... », *op. cit.*, p. 67.

²⁰⁵ G. COGÉRINO et M. MANSEY, *op. cit.*, p. 99.

²⁰⁶ C. LOUVEAU, « Sexuation du travail sportif ... », *op. cit.*, pp. 175 et 176.

²⁰⁷ C. MENNESSON, « Les sportives 'professionnelles' : travail du corps et division sexuée du travail », *Cahiers du genre*, 2007/1, n°42, p. 22.

²⁰⁸ B. CROS, « « He is a woman ! » Transparence, opacité et visibilité du corps intersexe dans le sport : le cas de Caster Semenya », in *Genre(s) et transparence*, F. Binard et G. Leduc (dir.), Paris, L'Harmattan, 2014, p. 134.

²⁰⁹ C. LOUVEAU, « Qu'est-ce qu'une vraie femme ... », *op. cit.*, pp. 108 à 110.

²¹⁰ Voy. notamment C. LOUVEAU, « Sexuation du travail sportif ... », *op. cit.*, p. 178.

²¹¹ C. LOUVEAU, « Le corps sportif ... », *op. cit.*, p. 65.

elle : la femme virile²¹². Ce terme qualifie les femmes qui présentent « *un signe sexuel secondaire habituellement et culturellement assigné aux hommes* »²¹³. Vous l’aurez compris, l’amalgame entre la femme sportive et la femme virile est facile. « *Les injonctions au respect des normes de genre apparaissent, dans l’histoire du sport, comme étant souvent incompatibles avec les injonctions propres au monde sportif, de performance et de dépassement de soi. Les corps des femmes en mouvement sont alors estimés inadéquats, c’est-à-dire associés à la laideur* »²¹⁴. Ce constat va encore un pas plus loin selon moi. Le physique des sportives est ici catégorisé comme « non-féminin », mais également comme « laid » et « inadéquat ». Cette référence à la laideur, nous la retrouvons également dans les écrits de Judith Butler pour décrire les corps des personnes intersexes. En d’autres termes, tout ce qui est anormal, c’est-à-dire qui ne répond pas à la norme, serait inesthétique, voire laid et monstrueux ...

Chapitre 2. Les athlètes intersexes et leur traitement par la Fédération internationale d’athlétisme

Section 1. L’apparition de la question de l’intersexuation et la problématique corrélative rencontrée par les institutions sportives

Une fois le constat de non-mixité de la sphère sportive posé, nous pouvons aisément comprendre le malaise auquel celle-ci est soumise concernant les sportives intersexes. Quelle place peut-on bien donner à ces athlètes dans cet ordre binaire ? L’argument selon lequel la bicatégorisation sportive reflète la binarité naturelle des sexes est en effet mis à mal par l’existence de ces athlètes²¹⁵. À plus forte raison encore que les autres sportives, elles bouleversent la norme, le « connu », et interpellent les institutions sportives. Leur physique renvoie forcément à la question du « normal » et du « pathologique », et de la « norme » et de l’« exception »²¹⁶. L’étude du sort des personnes intersexes dans le sport va donc bien plus loin que la simple question du malmenage de la féminité hégémonique.

Les cas d’intersexuation peuvent sembler rares dans l’imaginaire collectif, mais les statistiques sont incontestables : entre 1,7% et 4% de la population mondiale sont concernés²¹⁷. En appliquant hypothétiquement ces pourcentages au nombre de participants aux derniers

²¹² C. LOUVEAU, « Sexuation du travail sportif ... », *op. cit.*, p. 177 ; C. LOUVEAU, « Qu’est-ce qu’une vraie femme ... », *op. cit.*, p. 103.

²¹³ C. LOUVEAU, « Sexuation du travail sportif ... », *ibidem*, p. 178.

²¹⁴ A. BOHUON et I. GIMENEZ, « Performance sportive et bicatégorisation sexuée. Le cas de María José Martínez Patiño et le problème de l’avantage « indu » », *Genèses*, 2019/2, n°115, p. 10.

²¹⁵ A. BOHUON et I. GIMENEZ, *ibidem*, p. 14.

²¹⁶ S. VILLARET, « L’affaire Semenya ou la forteresse sportive assiégée. Athlètes intersexes et techniques de détermination à l’aube du XXI^e siècle », *Techniques&Culture*, 2022/1, n°77, p. 53.

²¹⁷ A. BOHUON et I. GIMENEZ, *op. cit.*, p. 11.

Championnats du monde d'athlétisme (2187 athlètes)²¹⁸, cela représenterait entre 37 et 87 athlètes, ce qui n'est pas négligeable. Il ne faudrait cependant prendre en compte que les athlètes femmes, puisqu'elles seules sont susceptibles d'être écartées des terrains... Rien que dans l'histoire de l'athlétisme professionnel, la stigmatisation des athlètes intersexes a fait plus de victimes que ce que l'opinion publique imagine : Stella Walsh, Mary Edith Louise Weston, Claire Brésolles, María José Martínez Patiño, Dutee Chand, Caster Semenya, et plus récemment encore, Margaret Wambui, Francine Niyonsaba, ou encore Christine Mboma. Et cette liste n'est malheureusement pas exhaustive.

Face à ces corps qui dérangent, les instances sportives ont décidé d'agir et ont déterminé juridiquement des critères précis permettant de traiter les cas d'intersexuation facilement et rapidement²¹⁹. Ce travail se concentre sur la politique de la Fédération internationale d'athlétisme à cet égard. La stratégie de *World Athletics* (IAAF à l'époque) repose sur deux piliers : les tests de féminité et le Règlement DSD. Les sportives ne peuvent prendre part aux compétitions internationales si elles ne « réussissent pas » le test, et si postérieurement elles ne se conforment pas à la norme instaurée par le règlement. La Fédération a mis ainsi sur pied une véritable « *politique identitaire visant le maintien de la distinction entre les sexes* »²²⁰. En effet, l'objectif annoncé est clair : protéger l'intégrité de la catégorie féminine. Elle veut réguler les performances sportives extraordinaires pour maintenir l'équité entre les participantes. Il fallait dès lors agir et exclure toutes les personnes possédant un avantage dû à leur condition intersexe. Toutefois, l'argument de l'équité sportive et de l'avantage biologique peut-il tout justifier ?

Section 2. Les deux piliers de la politique de vérification du sexe de *World Athletics*

Sous-section 1. Les tests de féminité : évolution des techniques

Le premier pilier de cette politique consiste donc en un « contrôle de sexe », rebaptisé par la suite « contrôle de genre », puis « test de féminité » dans les années 90. Le malaise est déjà patent à la lecture de la dénomination hésitante de cet examen... Malgré cette appellation changeante, il ne fait aucun doute que ces tests font partie d'une réelle « *politique de vérification du sexe* »²²¹, l'objectif initial étant de démasquer les hommes fraudeurs se

²¹⁸ World Athletics, « Athletes by event and season best », disponible sur <https://worldathletics.org/competitions/world-athletics-championships/world-athletics-championships-budapest-2023-7138987/news/press-releases/final-entry-lists-budapest-23>, 10 August 2023.

²¹⁹ B. CROS, *op. cit.*, p. 130.

²²⁰ C. MENNESSON, *op. cit.*, p. 19.

²²¹ R. MERTENS, *op. cit.*, p. 295.

travestissant en femmes afin de gagner des médailles plus facilement²²². Pour ce faire, l'IAAF a instauré, pour la première fois en 1966 lors des Championnats d'Europe de Budapest, un examen médical systématique visant à déterminer avec précision le sexe de l'athlète qui y est soumis²²³. Si ce test s'avérait concluant, en d'autres termes si l'athlète était reconnue comme étant une femme, celle-ci recevait un certificat de féminité, saint-graal pour accéder aux compétitions internationales²²⁴. À l'inverse, les athlètes échouant au test se voyaient exclues de ces rassemblements. Le terme trouvé par la littérature anglophone pour nommer ces examens, *naked parades*, est assez éloquent²²⁵. Pas besoin de plus pour imaginer l'humiliation et la violence inhérentes à ce type de méthodes.

Les techniques mobilisées pour vérifier le sexe des athlètes vont évoluer dans le temps. En réalité, les techniques changent car le critère de détermination du sexe varie. On passe des tests morphologiques et gynécologiques vérifiant le sexe anatomique (1966-1968), à des tests hormonaux calculant le taux d'androgènes (2011), en passant par des tests cytologiques (1968-1992) puis génétiques (1992-2000) ayant pour but de mettre en évidence un quelconque chromosome Y²²⁶. Ces derniers ont été abandonnés au début du XXI^e siècle pour manque de fiabilité. Le parallèle est évident entre l'évolution du critère de référence des tests de féminité, et le critère de détermination du sexe biologique défini comme multiple. L'évolution significative des tests de féminité en l'espace d'une cinquantaine d'années atteste selon moi encore une fois de la difficulté à identifier le vrai sexe d'une personne, et *a fortiori* de l'impossibilité que cela représente lorsque les personnes se révèlent être intersexes et donc inclassables²²⁷. Le tableau ajouté en annexe (**annexe 3**) synthétise plutôt bien la progression des techniques utilisées²²⁸.

L'organisation de ces tests a également évolué : alors qu'ils étaient avant automatiques et systématiques pour chaque athlète voulant participer à une compétition dans la catégorie féminine, ils sont maintenant aléatoires²²⁹. Cela signifie qu'ils sont désormais mis en branle sur base d'un doute visuel, c'est-à-dire de « *soupçons ou de rumeurs au sujet d'une athlète dont les performances ou l'apparence seraient jugées trop masculines* »²³⁰. En d'autres termes, si

²²² A. BOHUON et L. PALLES, *op. cit.*, p. 62.

²²³ Elle a été suivie de près par le CIO en 1968 ; A. BOHUON, *Catégorie « dames ». Le test de féminité dans les compétitions sportives : une histoire classée X ?*, Paris, Éditions iXe, 2012, pp. 53 et s.

²²⁴ A. BOHUON et I. GIMENEZ, *op. cit.*, p. 9.

²²⁵ R. MERTENS, *op. cit.*, p. 295.

²²⁶ S. VILLARET *op. cit.*, p. 54.

²²⁷ A. BOHUON, « Sport et bicatégorisation par sexe ... », *op. cit.*, p. 83.

²²⁸ S. VILLARET, *op. cit.*, p. 65.

²²⁹ R. MERTENS, *op. cit.*, p. 295.

²³⁰ A. BOHUON et I. GIMENEZ, *op. cit.*, p. 9.

une athlète ne semble pas suffisamment féminine selon les critères stéréotypés de la féminité, n'importe qui peut émettre des doutes sur son identité sexuelle et obtenir de la Fédération qu'elle soit soumise à une batterie d'examens médicaux pour déterminer son véritable sexe. Permettez-moi d'ores et déjà d'émettre ma désapprobation quant à ce procédé que je juge particulièrement humiliant et insultant. Nombreuses sont les critiques qui peuvent être émises à l'encontre de ces tests... Notons déjà que ce caractère aléatoire, et donc arbitraire, assoit encore une fois « *la puissance de l'injonction faite aux championnes d'afficher une féminité dite « traditionnelle »* »²³¹. De plus, nous ne pouvons que constater l'amalgame entre les notions de genre et de sexe, causé par les soupçons sur le « mauvais genre » de certaines athlètes, qui aboutissent en réalité à vérifier leur sexe biologique²³².

Sous-section 2. Les règlements régissant l'admissibilité à concourir dans la catégorie féminine : le taux hormonal comme critère de référence

La politique de vérification du sexe de *World Athletics* ne s'est donc pas arrêtée en 2000. Toutefois, quel est le critère de détermination du sexe retenu désormais? À l'heure actuelle, c'est le taux d'androgènes dans le sang qui définit le sexe d'un athlète. Les tests anatomiques, gynécologiques, chromosomiques ont, sur papier, été abandonnés au profit d'un nouveau curseur sexuel : la testostérone, qui conférerait ce fameux avantage biologique combattu par les instances sportives.

Qu'advient-il si une athlète présente un taux de testostérone trop élevé à la suite du test de féminité ? Pour renforcer l'effectivité de celui-ci, l'IAAF s'est attaquée explicitement en 2011 au sort des athlètes qu'elle définit comme hyperandrogènes. Il s'agit du second pilier de la politique identitaire de *World Athletics*. Dans les cas où la suspicion visuelle s'avère fondée et que l'athlète soumise à un test de féminité échoue à celui-ci, il fallait trouver un moyen de réguler sa participation aux compétitions. La Fédération va donc adopter cette année-là le *règlement régissant la qualification des femmes présentant une hyperandrogénie pour leur participation dans les compétitions sportives*²³³.

Cette réglementation trouve son origine quelques années plus tôt, en 2009, à la suite des Championnats du monde de Berlin. À cette occasion, Caster Semenya, une jeune athlète de dix-huit ans, décroche l'or sur le 800 mètres, en améliorant son record de plus d'une seconde

²³¹ S. VILLARET, *op. cit.*, p. 54.

²³² A. BOHUON et I. GIMENEZ, *op. cit.*, p. 10.

²³³ IAAF, « Règlement de l'IAAF régissant la qualification des femmes présentant une hyperandrogénie pour leur participation dans les compétitions sportives », entré en vigueur le 1^{er} mai 2011.

et en devançant la grande favorite²³⁴. Sa performance interroge, surtout à la vue de son physique : elle est grande, possède une musculature développée et une mâchoire carrée, porte des vêtements réservés aux hommes, etc. L'IAAF, entre autres, va remettre en question son identité sexuelle, qui menacerait les règles de la compétition bicatégorisée et la catégorie féminine protégée²³⁵. La Fédération va en effet estimer de son devoir de définir le « *genre sportif* »²³⁶. C'est dans cette logique qu'a été adopté le règlement DSD, qui impose aux athlètes dans ce cas de figure de diminuer leur taux d'androgènes en-dessous du taux masculin moyen (10 nmol/l) afin de pouvoir participer aux épreuves internationales dans la catégorie féminine, ou de prouver que leur hyperandrogénie ne leur confère aucun avantage compétitif²³⁷.

Depuis lors, ce règlement a été modifié à plusieurs reprises en 2018 et 2023. En 2018, l'IAAF a adapté les critères de qualification : les athlètes intersexes devaient diminuer leur taux de testostérone sous la barre des 5 nmol/l de sang pendant au moins six mois, et ce pour participer aux courses allant du 400 mètres au mile²³⁸. La dernière version (3.0) du règlement DSD est entrée en vigueur le 31 mars 2023²³⁹, et a durci encore une fois ces conditions. Désormais, les athlètes visées doivent réduire leur niveau d'androgènes à 2,5 nmol/l de sang pendant 24 mois, cela pour prendre part à n'importe quelle épreuve internationale dans la catégorie féminine.

Les athlètes hyperandrogènes visées par cette réglementation sont en réalité toujours des athlètes intersexes, l'hyperandrogénie pouvant être définie comme « *une variation du développement humain se manifestant par des taux élevés d'hormones mâles* »²⁴⁰. Il s'agit donc de la forme d'intersexuation condamnée par *World Athletics*, qui s'est ménagé une définition précise des sportives qu'elle entend exclure, devant répondre à trois critères cumulatifs. Il faut que l'athlète soit touchée par un des DSD énumérés, qui a pour conséquence la production d'un taux de testostérone supérieur ou égal à 2,5 nmol/l de sang, testostérone qui doit avoir « *un effet androgénique important* »²⁴¹. En d'autres termes, le règlement DSD concerne les athlètes

²³⁴ S. VILLARET, *op. cit.*, pp. 51 et 52.

²³⁵ C. SEMENYA, *The race to be myself*, s.l., Merky Books, 2023, p. 4.

²³⁶ B. CROS, *op. cit.*, p. 130.

²³⁷ IAAF, « Règlement de l'IAAF régissant la qualification des femmes présentant une hyperandrogénie pour leur participation dans les compétitions sportives », entré en vigueur le 1^{er} mai 2011, art. 6.5.

²³⁸ IAAF, « Règlement régissant la qualification dans la catégorie féminine (pour les athlètes présentant des différences du développement sexuel) », entré en vigueur le 1^{er} novembre 2018, art. 2.3 ; S. MONTAÑOLA, et N. LAPEYROUX, « L'ambivalence du traitement médiatique de l'intersexuation dans le sport », in *Sexe&genre. De la biologie à la sociologie*, B. Abou et H. Berry (dir.), Paris, Éditions Matériologiques, 2019, p. 160.

²³⁹ World Athletics, « Règlement régissant l'admissibilité à concourir dans la catégorie féminine (athlètes présentant des différences du développement sexuel) », version 3.0., Tome C, C3.6., entré en vigueur le 31 mars 2023.

²⁴⁰ MedlinePlus, « Ovarian overproduction of androgens », *National Library of Medicine (US)*, disponible sur <https://medlineplus.gov/ency/article/001165.htm>, consulté le 12 août 2024.

²⁴¹ World Athletics, « Règlement régissant l'admissibilité à concourir dans la catégorie féminine (athlètes présentant des différences du développement sexuel) », version 3.0., Tome C, C3.6., entré en vigueur le 31 mars 2023, art. 3.1.

intersexes qui présentent un taux d'hormone masculine élevé ayant pour effet de leur donner un avantage biologique considérable : les athlètes hyperandrogènes. J'utiliserai donc les termes « intersexes » et « hyperandrogènes » indifféremment pour la suite de ce mémoire.

Section 3. Le fondement des réglementations et les critiques formulées à leur encontre

Sous-section 1. Le présumé avantage biologique combattu

Cet avantage biologique considérable, c'est le fondement de la justification des contrôles de sexe et des critères d'éligibilité montée en épingle par *World Athletics*. Dans la littérature, celui-ci est qualifié de mille et une façons : avantage indu, déloyal, injuste, disproportionné, compétitif, considérable, insurmontable ... Mais qu'en est-il en réalité ? Dans le *Cadre sur l'équité, l'inclusion et la non-discrimination sur la base de l'identité sexuelle et de l'intersexuation*²⁴², le CIO a défini ce qu'il entend par « *avantage compétitif injuste et disproportionné* », tout en précisant qu'il est du ressort des organes directeurs de chaque sport de déterminer en leur sein comment un athlète peut être avantage. Les différences entre les sports sont en effet trop importantes, et le cadre du CIO vise plus à dégager dix principes pour aider les instances sportives à déterminer les critères de participation pour leur discipline qu'autre chose. Le principe n°4 (« Équité ») prévoit dans cette lignée qu'aucun athlète ne peut bénéficier d'un avantage de ce type²⁴³. Dès lors, dans le cas où une athlète produit beaucoup d'hormones masculines, « *celles-ci ne doivent pas augmenter sa masse musculaire (et par conséquent ses performances) par rapport à la moyenne féminine* »²⁴⁴.

Cependant, en son principe n°5, le texte consacre une présomption de non-avantage, dont chaque athlète intersexe devrait bénéficier²⁴⁵. Ce principe est selon moi on ne peut plus clair, mais force est de constater que ce nouveau Cadre du CIO, centré sur les droits humains, n'a eu que peu d'effets en pratique, puisque le règlement DSD n'a fait que se durcir depuis 2011...

Qu'en est-il dans l'athlétisme professionnel ? Selon une étude présentée par *World*

²⁴² Cadre du Comité international olympique sur l'équité, l'inclusion et la non-discrimination sur la base de l'identité sexuelle et de l'intersexuation, 16 novembre 2021.

²⁴³ « 4.1 Lorsque les organisations sportives choisissent de définir des critères d'admission (...), elles doivent le faire dans le but de : a) donner l'assurance qu'aucun athlète dans une catégorie ne bénéficie d'un avantage compétitif injuste et disproportionné (à savoir un avantage obtenu par l'altération de son corps ou un avantage qui dépasse de manière disproportionnée les autres avantages régulièrement observés dans les compétitions de haut niveau) (...) ».

²⁴⁴ C. LOUVEAU, « Qu'est-ce qu'une vraie femme ... », op. cit., p. 108.

²⁴⁵ « 5.1. Aucun athlète ne doit être empêché de participer à une compétition ou exclu d'une compétition sur la seule base d'un avantage compétitif non vérifié, allégué ou perçu comme déloyal en raison de son intersexuation, de son apparence physique et/ou de sa transidentité.

5.2. Jusqu'à preuve du contraire (...) les athlètes ne doivent pas être considérés comme ayant un avantage compétitif injuste ou disproportionné en raison de leur intersexuation (...). »

Athletics en juillet 2017 au TAS, il serait prouvé que dans certaines disciplines, les femmes hyperandrogènes auraient des résultats sportifs au-dessus de la moyenne féminine²⁴⁶. La testostérone représenterait donc un avantage qui mettrait à mal l'équité de la compétition féminine. C'est à l'occasion de l'affaire Dutee Chand, une sprinteuse également diagnostiquée intersexe, que cette étude va être réalisée. Les arbitres avaient estimé que la Fédération n'avait pas apporté suffisamment de preuves scientifiques quant à « *la relation quantitative entre le niveau élevé de testostérone et l'amélioration des performances athlétiques des athlètes hyperandrogènes* »²⁴⁷. L'application du règlement DSD sera mise en suspens pendant deux ans, afin de donner le temps à l'IAAF d'apporter d'autres preuves de cet avantage²⁴⁸. Selon cette étude, les femmes possédant des taux de testostérone plus élevés ont de meilleures performances dans certaines disciplines, soit le lancer du marteau (4,53 %), le saut à la perche (2,94 %), le 400 mètres haies (2,78 %), le 400 mètres (2,73 %) et le 800 mètres (1,78 %)²⁴⁹. En définitive, si l'on se réfère uniquement à cette étude, l'avantage compétitif conféré par la testostérone aux athlètes hyperandrogènes semble vérifié. Le principe n°5 du CIO requiert en effet que ce lien entre testostérone et performance sportive soit confirmé scientifiquement, et non pas simplement allégué sans preuve. La controverse repose donc plutôt sur « *la capacité de la science ou non à définir ce qui est naturel, l'impact sur la performance et enfin, l'équité dans l'épreuve* »²⁵⁰. Cette étude de 2017 a en effet été largement critiquée, comme nous le verrons dans quelques instants.

Cette notion d'avantage biologique induit donc le fondement de l'exclusion des athlètes hyperandrogènes. Celle-ci vient remplacer celle de fraude à l'origine des tests de féminité. Mais comment expliquer que les instances dirigeantes sportives soient si attachées à évacuer des compétitions les athlètes avantagées par la testostérone ?

Tout d'abord, car toute compétition est fondée sur la garantie d'une incertitude du résultat, d'un certain suspense quant à l'issue, qui ne peut être atteinte qu'avec une « *égalité sur la ligne de départ* »²⁵¹. Pour beaucoup, si certains participants sont avantagés avant même le début de la course ou du concours, le sport perd tout intérêt.

²⁴⁶ S. BERMON et 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 », *British Journal of Sports Medicine*, 2017, vol. 51, pp. 1309 à 1314.

²⁴⁷ C.A.S., *Dutee Chand v. Athletics Federation of India (AFI) & International Association of Athletics Federations (IAAF)*, 2014/A/3759, 24 July 2015, §547.

²⁴⁸ C.A.S., *Dutee Chand v. Athletics Federation of India (AFI) & International Association of Athletics Federations (IAAF)*, 2014/A/3759, 24 July 2015, §548.

²⁴⁹ A. BOHUON et I. GIMENEZ, *op. cit.*, p. 21.

²⁵⁰ S. MONTAÑOLA, et N. LAPEYROUX, *op. cit.*, p. 166.

²⁵¹ C. LOUVEAU, « Inégalité sur la ligne de départ : femmes, origines sociales et conquête du sport », *Clio. Histoire, femmes et sociétés*, 2006, n°23 ; S. MONTAÑOLA, et N. LAPEYROUX, *ibidem*, p. 168.

Ensuite, cela s'explique par l'attachement intemporel à la bicatégorisation sexuée de la sphère sportive, fondée sur l'essentialisation des corps masculins et féminins et des capacités propres à chaque sexe. Nous l'avons vu, la norme dominante est la non-mixité dans les compétitions, et chacune des catégories dispose de ses propres critères de qualification et de ses propres records. Les capacités physiques et les corps des hommes et des femmes sont hiérarchisés, et l'écart entre les performances devient la preuve de la supériorité masculine, alors que les performances exceptionnelles des athlètes féminines ne peuvent qu'accréditer leur masculinisation²⁵².

Sous-section 2. Les critiques scientifiques, socio-sportives et féministes envers les tests et les réglementations

De nombreuses voix se font entendre depuis près de 15 ans pour s'opposer à cette politique de la Fédération internationale d'athlétisme. Avant d'entrer dans les considérations juridiques que je réserve pour la partie suivante, j'ai rassemblé ci-après les principaux arguments et critiques extra-juridiques de ses opposants, que je fais miens.

Tout d'abord, de nombreuses critiques « scientifiques » ont été opposées à ces tests et règlements.

Premièrement, concernant l'avantage biologique dont disposeraient certaines athlètes, il n'existe en réalité aucun consensus scientifique sur la corrélation entre niveau de testostérone et performance sportive. C'est en ce sens qu'a finalement tranché le TAS dans sa sentence dans l'affaire Dutee Chand²⁵³. Même après l'étude menée par *World Athletics*, les doutes n'ont donc pas cessé, et ce pour plusieurs raisons. D'une part, car celle-ci prouve que le niveau de performance des athlètes testées est encore loin de celui des hommes concourant dans les mêmes disciplines, rendant impossible une quelconque exclusion définitive de la catégorie féminine. D'autre part, les données obtenues sont trop peu nombreuses pour aboutir à une conclusion scientifique certaine, les résultats n'ont jamais été approuvés par un Comité d'éthique, et tous les médecins ayant réalisé cette étude travaillent pour *World Athletics*. Enfin, des athlètes dopées ont été incluses dans les statistiques, ce qui biaise inéluctablement les résultats obtenus²⁵⁴. En effet, dans cette étude, aucune différence n'est faite entre taux endogène

²⁵² A. BOHUON et I. GIMENEZ, *op. cit.*, p. 18.

²⁵³ C.A.S., *Dutee Chand v. Athletics Federation of India (AFI) & International Association of Athletics Federations (IAAF)*, 2014/A/3759, 24 July 2015, §4 : « However, the evidence does not equal the level of testosterone in females with a percentage increase in competitive advantage. In the absence of such evidence, one cannot conclude that hyperandrogenic female athletes may enjoy such a significant performance advantage that it is necessary to exclude them from competing in the female category. »

²⁵⁴ A. BOHUON et I. GIMENEZ, *op. cit.*, p. 21.

et exogène de testostérone. L'hyperandrogénie semble donc être devenue une forme naturelle de dopage aux yeux de la Fédération²⁵⁵... La testostérone, injectée ou absorbée, est répertoriée par le Code mondial antidopage de l'AMA comme une substance interdite, ce qui signifie qu'un niveau excessif de celle-ci est considéré comme une forme de tricherie dissimulée²⁵⁶. La question reste toutefois de savoir si l'avantage *a priori* conféré par cette hormone peut être qualifié d'indu ou de déloyal, à partir du moment où le taux élevé de testostérone n'est dû qu'à un dysfonctionnement naturel de l'organisme, et non à une prise médicamenteuse interdite. Il est sûrement plus confortable pour *World Athletics* de justifier sa réglementation par la volonté de prohiber tout avantage indu et toute tricherie afin d'échapper à une quelconque question concernant la détermination par ce biais d'une essence féminine, ce qui est plus critiquable²⁵⁷. La comparaison entre la répression des avantages artificiels conférés par la prise de substances illicites boostant la performance, et la chasse aux avantages biologiques soi-disant conférés par le taux naturel de testostérone dans le sang des athlètes intersexes me semble pertinente. Comment peut-on punir et sanctionner quelqu'un pour quelque chose que son corps produit naturellement ? *In fine*, *World Athletics* ne serait-elle pas plus sévère avec les athlètes hyperandrogènes que ce qu'elle ne l'est face aux sportifs dopés, qui écotent (seulement) de quelques mois ou années de suspension ?

Deuxièmement, la logique de l'argument de l'avantage biologique peut être détournée. Cela s'est déjà produit dans le passé. Par exemple, María José Martínez Patiño, athlète reconnue intersexe en 1985, a pu être réhabilitée comme « femme » et réintégrer la compétition après avoir démontré scientifiquement qu'elle ne bénéficiait d'aucun avantage physique significatif dû à son hyperandrogénie²⁵⁸. Cela revient dès lors à opérer une distinction au sein-même des athlètes intersexes : celles qui possèdent un avantage injuste contre les autres. Dès qu'une athlète parvient à apporter la preuve que sa condition ne l'avantage pas, elle retrouve sa légitimité et est en quelque sorte réintégrée socialement dans la catégorie féminine, l'effet androgénique important étant une condition d'application du règlement DSD. En effet, toute la politique de *World Athletics* s'effondre si on considère qu'il n'y a pas d'avantage dans le chef des athlètes hyperandrogènes... Or cela semble plus que discutable. Dans tous les cas, nous pouvons légitimement nous demander comment légiférer sur un enjeu aussi indéfinissable que celui de l'avantage physique²⁵⁹ ?

²⁵⁵ S. VILLARET, *op. cit.*, p. 56.

²⁵⁶ A. BOHUON et I. GIMENEZ, *op. cit.*, p. 10.

²⁵⁷ S. VILLARET, *op. cit.*, p. 57.

²⁵⁸ A. BOHUON et I. GIMENEZ, *op. cit.*, p. 14.

²⁵⁹ A. BOHUON et L. PALLES, *op. cit.*, p. 68.

Enfin, les tests de féminité eux-mêmes ont fait l'objet de virulentes critiques. On ne peut ignorer par exemple l'inadéquation entre la finalité annoncée et leur réelle utilisation, puisqu'ils ratent leur objectif de démasquer les hommes fraudeurs²⁶⁰. De plus les données montrent qu'ils n'ont pas toujours été fiables, avec seulement 60 à 70% de fiabilité²⁶¹. *A fortiori*, nous allons par la suite également questionner leur nécessité médicale et leur légitimité scientifique.

Ensuite, des critiques que l'on peut appeler « socio-sportives » peuvent également être énoncées à l'encontre des réglementations excluant les athlètes intersexes.

La première revient à dire que le sport de haut niveau repose intrinsèquement sur la célébration des exploits individuels qui poussent les sportifs « *à se surpasser et à dépasser les limites du biologique* »²⁶². *A fortiori*, au sein-même du monde du sport, pléthore d'avantages biologiques sont acceptés sans faire l'objet d'aucune réglementation particulière. Michael Phelps par exemple, qui n'est autre que le sportif le plus médaillé de l'histoire des JO, produit naturellement deux fois moins d'acide lactique que la normale, et pourtant la FINA ne lui a jamais prescrit aucun traitement hormonal pour modifier cette condition biologique, l'avantageant incontestablement. Nous pouvons aussi pointer du doigt Victor Wembanyama, le jeune basketballeur français mesurant 2,24m, qui est quant à lui admiré pour sa grande taille, qui soyons honnêtes, lui procure un avantage considérable sur ses adversaires. Ne serait-ce pas le principe-même du sport que de mettre en lumière des dons biologiques « anormaux » ? Pourquoi seul le taux endogène de testostérone chez les athlètes féminines est-il dès lors condamné ? A l'instar des autres avantages biologiques dont certains sportifs sont naturellement gratifiés, pourquoi ne pas célébrer l'hyperandrogénie comme une caractéristique à envier ? En définitive, les avantages compétitifs, y compris l'inégalité génétique, sont constitutifs du sport de haut niveau, et il n'existe selon moi aucune raison scientifique pour réguler la testostérone plutôt que les autres²⁶³.

De surcroît, la performance sportive ne saurait se résumer aux caractéristiques biologiques des athlètes qui la réalisent. De nombreuses autres considérations entrent en ligne de compte. Ainsi les composantes sociales, culturelles, économiques, environnementales, politiques, religieuses forment également un ensemble complexe et indissociable pour l'expliquer²⁶⁴. Cette remarque permet simplement encore une fois d'insister sur le caractère insuffisant de la condition intersexe d'une sportive pour expliquer à 100% ses résultats, aussi exceptionnels soient-ils.

²⁶⁰ A. BOHUON et G. QUIN, *op. cit.*, p. 720.

²⁶¹ A. BOHUON et I. GIMENEZ, *op. cit.*, p. 12.

²⁶² A. BOHUON et I. GIMENEZ, *ibidem*, p. 22.

²⁶³ R. MERTENS, *op. cit.*, p. 297.

²⁶⁴ A. BOHUON et I. GIMENEZ, *op. cit.*, p. 22.

Enfin, je ne pouvais passer à côté des critiques féministes à l'encontre de la politique identitaire de *World Athletics*.

Avant toute chose, comme le nom des tests de féminité l'indique, seules les femmes sont contrôlées. Le sexe biologique des athlètes masculins n'est jamais remis en cause, même celui d'un sportif particulièrement performant voire largement au-dessus de la moyenne. Anaïs Bohuon parle de « *traitement asymétrique des sexes* »²⁶⁵. Peu importe qu'un homme produise plus de testostérone, car cela ne mettrait pas à mal l'ordre binaire de la sphère sportive, là où, *a contrario*, les femmes très performantes seraient peut-être des hommes déguisés, ou du moins des femmes dont l'authenticité du sexe serait discutable²⁶⁶. Une femme réalisant une performance exceptionnelle ne peut être qu'un homme, la testostérone étant « *une norme masculine de la performance sportive rendue inaccessible aux femmes* »²⁶⁷. Cette vision dépeint assez bien la pensée féministe essentialisante véhiculée au sein du monde du sport.

De plus, dans le cadre des tests de féminité, une grande place est laissée au discours médico-sportif. En effet, la responsabilité de déterminer ce qu'est une « vraie » femme repose sur les épaules des médecins, puisque ces tests ont pour objectif de séparer celles-ci des autres. Or comme nous le savons, il est impossible de définir avec certitude le sexe d'un individu au regard d'un seul et unique critère. Comment expliquer dès lors que le critère hormonal soit le seul pris en compte ? Une définition dite normative et exclusive de ce qu'est une vraie femme se détache de ces tests de féminité²⁶⁸. Le critère hormonal retenu poursuit une triple finalité : critère d'éligibilité et de participation aux compétitions, critère décisif de détermination du sexe féminin, et dès lors aussi critère de la féminité. Le choix d'un seul indice de détermination du sexe constitue ce qu'Anaïs Bohuon appelle un « *monopole de la vérité de l'identité sexuée* »²⁶⁹. *World Athletics*, bien que niant vouloir s'attaquer au sexe de ces athlètes, élude ainsi la complexité de définition scientifique du sexe humain. Même les médecins sont généralement bien en peine de définir unanimement ce qu'est une femme²⁷⁰. Cependant, ils acceptent tout de même de réaliser des examens médicaux sur des athlètes « masculines », en vue de déterminer si elles sont bien des femmes au sens biologique du terme... N'y voyez-vous pas une incohérence ? En participant à l'instauration et à la réalisation des tests de féminité, le monde médical sportif s'est trouvé confronté à cette volonté impossible de rechercher une « *distinction*

²⁶⁵ A. BOHUON, « Sport et bicatégorisation par sexe ... », *op. cit.*, p. 81.

²⁶⁶ A. BOHUON, *ibidem*, p. 81.

²⁶⁷ A. BOHUON et L. PALLES, *op. cit.*, p. 68.

²⁶⁸ A. BOHUON et G. QUIN, *op. cit.*, p. 718.

²⁶⁹ A. BOHUON et G. QUIN, *ibidem*, p. 719.

²⁷⁰ A. BOHUON, « Sport et bicatégorisation par sexe ... », *op. cit.*, pp. 86 et s.

naturelle des identités sexuées »²⁷¹, essentielle à la bicatégorisation traditionnelle des compétitions. Ils entretiennent l'amalgame entre sexe et genre et le lien symbolique entre les attributs de la féminité hégémonique et le féminin biologique. Le discours médicosportif, dans sa tentative de définir ce qu'est « une femme », renvoie aux normes sociales dominantes de la féminité hégémonique, et légitime par-là ces représentations stéréotypées²⁷². Il supporte donc une part de responsabilité importante en ce qui concerne la perpétuation de la différence naturelle des sexes et la création d'une certaine féminité normative.

Ce faisant, la visée *a priori* légitime de l'équité sportive, que je rejoins, entraîne des conséquences indéniables pour les athlètes exclues et revient à exercer un énième contrôle sur le corps des femmes. Nous l'avons compris, la remise en cause de la féminité de certaines athlètes mène en réalité à la vérification de leur sexe biologique, et l'imposition de critères à respecter pour être sportivement reconnue comme une femme implique à son tour de réfléchir à la définition que l'on veut retenir du « sexe » dans le sport de haut niveau, ce qui présente des impacts ontologiques plus qu'opératoires²⁷³. Anaïs Bohuon explique que plutôt que de définir des critères d'éligibilité, la règlement DSD construit en réalité des corps et identités, les hiérarchise et en exclut certains autres²⁷⁴. En effet, il est impossible de distinguer complètement l'objectif pratique de l'alignement dans les compétitions sportives de la définition du sexe, malgré les affirmations de *World Athletics* et du CIO, car l'établissement de critères entraîne inévitablement une définition du féminin sur le plan sexuel²⁷⁵.

En définitive, le critère de distinction entre hommes et femmes avancé par la Fédération est le sexe biologique des athlètes, or lorsque celle-ci s'attèle à distinguer les athlètes intersexes des autres femmes, le critère de référence semble doucement se mouvoir vers une autre définition du sexe... La doctrine et la jurisprudence parlent de « *sexe sportif* »²⁷⁶. En plus de confondre les notions de sexe et de genre, la Fédération crée par le biais de sa politique identitaire un « sexe sportif » ou « sexe hormonal », uniquement contextuel et basé sur un critère unique, indépendant du « sexe civil », du « sexe social » et du « sexe vécu »²⁷⁷.

²⁷¹ A. BOHUON, *ibidem*, p. 90.

²⁷² A. BOHUON, *ibidem*, pp. 89 et 90.

²⁷³ A. BOHUON et I. GIMENEZ, *op. cit.*, p. 11.

²⁷⁴ A. BOHUON et I. GIMENEZ, *ibidem*, p. 11.

²⁷⁵ B. CROS, *op. cit.*, p. 131.

²⁷⁶ C.A.S., *Mokgadi Caster Semenya & Athletics South Africa c. International Association of Athletics Federations (IAAF)*, 2018/O/5794 & 5798, 30 April 2019, §502.

²⁷⁷ A. BOHUON et I. GIMENEZ, *op. cit.*, p. 12.

Partie IV. Les droits fondamentaux au travail des athlètes intersexes

Nous arrivons au point culminant de ce mémoire. Pour rappel, ce travail se veut juridique, et tend à répondre à la question de savoir si les droits humains fondamentaux des athlètes intersexes sont affectés par le règlement DSD, et si oui, comment ce dernier pourrait être corrigé. Cependant, ces potentielles atteintes seraient en réalité la conséquence de la politique discriminatoire de *World Athletics*. Ces athlètes sont-elles victimes de discrimination, et si tel est le cas, cette situation entraîne-t-elle le non-respect de certains de leurs droits fondamentaux ? Cette partie sera aussi l'occasion de questionner la vision de l'égalité traversant l'athlétisme professionnel, notion consubstantielle à celle de discrimination.

En réalité, tout le monde ou presque est depuis longtemps d'accord pour dire que les athlètes hyperandrogènes sont discriminées, et que leur traitement porte atteinte à leur droit à la vie privée. Je me dois de développer ce constat, mais l'intérêt de ce travail repose sur les justifications apportées à ce traitement : sont-elles objectives, raisonnables et proportionnées ? C'est ici que les théories féministes du droit et le pluralisme juridique développés précédemment prennent sens et aident à solutionner le débat. La structure de cette partie suit donc cette logique : Y a-t-il discrimination des athlètes intersexes et comment la qualifier ? Est-elle justifiée ? Quelles sont les atteintes à la vie privée de ces athlètes ? Sont-elles justifiées ?

Chapitre 1. La discrimination au prisme du pluralisme juridique

Section 1. La discrimination fondée sur le sexe

La réflexion va tenir ici en deux temps. Tout d'abord, la question est de savoir si, oui ou non, les athlètes intersexes sont discriminées par rapport aux autres athlètes, les femmes « biologiques », et si oui, sur quelle base.

Ensuite, si discrimination il y a, encore pourrons-nous peut-être trouver des justifications à cette différence de traitement. Nous le verrons, des différences sont à noter à ce sujet au sein des divers ordres juridiques présentés. En effet ce chapitre tend à analyser le traitement potentiellement discriminatoire auquel sont soumises les athlètes intersexes, à l'aune du pluralisme juridique présenté et des subtilités de chacun des ordres juridiques pertinents.

Sous-section 1. L'existence et le fondement d'une discrimination

Avant tout, juridiquement, qu'est-ce qu'une discrimination ? Il existe en réalité deux principaux types de discriminations : directe et indirecte. Nous allons ici principalement nous

intéresser à la discrimination directe. Elle est définie comme « *la situation dans laquelle une personne est traitée de manière moins favorable en raison de son sexe qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable* »²⁷⁸. Pour l'établir, deux choses sont donc à réunir : les personnes concernées doivent se trouver dans une situation comparable à d'autres, et la différence de traitement doit être fondée sur un critère protégé.

Premièrement, il n'y a pas de discrimination sans comparaison. Une athlète intersexe ne peut pas se dire discriminée si elle ne se trouve au départ pas dans une situation comparable à celle des autres athlètes. Le choix du « groupe comparateur de référence » est essentiel, et pourtant il n'est pas aisé dans le cas qui nous occupe²⁷⁹. Deux visions s'opposent à ce sujet. Soit, à l'instar de *World Athletics*, nous ne considérons pas ces athlètes comme des femmes mais comme des intersexes, voire comme des hommes « biologiques ». Rappelons que c'est par ce terme que l'IAAF a qualifié Caster Semenya dans son mémoire de défense devant le TAS²⁸⁰. Dans cette logique, on ne peut parler de discrimination à leur rencontre puisque nous sommes face à deux groupes de personnes distincts : les athlètes intersexes/hommes et les athlètes femmes. Il n'existerait alors aucune obligation de traiter les premières comme les secondes, et la réglementation excluant les intersexes ne saurait être discriminatoire. Soit, nous prenons en considération le sexe juridique de ces athlètes. Celles-ci sont en effet déclarées « femmes » à l'état civil. De plus, elles se sentent femmes depuis toujours et vivent intimement comme des femmes²⁸¹. La discrimination à leur rencontre devient inévitable, puisqu'elles devraient être traitées comme les autres femmes dans la même situation, or elles ne le sont pas à deux niveaux. Tout d'abord en étant seules forcées à se soumettre à des tests de féminité en raison de leur apparence physique, et plus tard en étant exclues des compétitions en raison de leur intersexuation²⁸². C'est cette thèse que la doctrine défend majoritairement et que je fais mienne également.

Ensuite, toute discrimination n'est pas interdite, encore faut-il que le critère de distinction entre les athlètes hyperandrogènes et les autres soit un des critères protégés par les textes pertinents. Du côté du Conseil de l'Europe, l'article 14 de la Convention énonce les

²⁷⁸ Directive (UE) 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte), article 2, 1., a), *J.O.U.E.*, L 204, 26 juillet 2006.

²⁷⁹ J. MATTIUSI, « Athlètes intersexes et équité sportive : quelle place pour la discrimination ? », disponible sur <https://dieses.fr/>, 21 décembre 2021.

²⁸⁰ C.A.S., *Mokgadi Caster Semenya & Athletics South Africa c. International Association of Athletics Federations (IAAF)*, 2018/O/5794 & 5798, 30 April 2019, §462.

²⁸¹ C. SEMENYA, *op. cit.*, p. 3 et p. 20.

²⁸² J. MATTIUSI, *op. cit.*, 21 décembre 2021.

fondements sur base desquels il est interdit de discriminer²⁸³. Dans l'Union européenne, il faut se référer à l'article 19 TFUE²⁸⁴, ainsi qu'à l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux²⁸⁵. La liste de l'article 14 de la Convention est une liste non-exhaustive, c'est-à-dire que la Cour peut y ajouter des critères, tandis que l'article 19 TFUE est exhaustif²⁸⁶. Dans tous les cas, le sexe est protégé par ces dispositions. Il est en effet assez évident que, si discrimination il y a, celle-ci est fondée sur le sexe des athlètes exclues. *World Athletics* s'en défend, mais comme nous l'avons vu dans la partie précédente, d'une part il semble impossible de distinguer l'objectif de la Fédération de protéger l'équité sportive en excluant les athlètes « biologiquement avantagées » d'une définition indirecte du sexe de ces sportives²⁸⁷, et d'autre part, seul le taux élevé de testostérone est réglementé, à l'inverse des autres gratifications biologiques émaillant le monde du sport. On ne peut donc soutenir la thèse selon laquelle la discrimination des athlètes intersexes n'est fondée que sur leur supposé avantage biologique, à l'exclusion de leur sexe²⁸⁸. Dans tous les cas, l'article 21 de la Charte interdit également toute discrimination sur base des caractéristiques génétiques, comprises indirectement dans le champ du « sexe » protégé par la liste non-exhaustive de l'article 14 de la Convention²⁸⁹.

Le TAS a admis dans l'affaire Semenya que le règlement DSD constitue *prima facie* une discrimination envers les athlètes intersexes²⁹⁰. Toute autre conclusion est difficile à soutenir, bien que *World Athletics* s'en défende. Le Conseil des droits de l'Homme de l'ONU, s'immisçant pourtant rarement dans l'ordre juridique sportif, s'est exprimé à ce sujet en 2019 dans une Résolution qui énonce que « *les réglementations et les pratiques sportives qui exercent à l'égard des femmes et des filles une discrimination fondée sur la race, le genre ou tout autre motif, peuvent les empêcher de participer à des compétitions en leur qualité de femme ou de fille, sur la base de leurs caractéristiques physiques et biologiques, renforcent les stéréotypes sexistes néfastes, encouragent le racisme, le sexisme et la stigmatisation, et portent atteinte à la dignité, à la vie privée, à l'intégrité physique et à l'autonomie corporelle des femmes et des filles* »²⁹¹.

²⁸³ Article 14, §1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

²⁸⁴ Article 19 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

²⁸⁵ Article 21, §1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

²⁸⁶ B. RAINEY, P. McCORMICK and C. OVEY, *Jacobs, White and Ovey, The European Convention on Human Rights*, 8th ed., Oxford, Oxford University Press, 2021, p. 655.

²⁸⁷ B. CROS, *op. cit.*, p. 131.

²⁸⁸ R. MERTENS, *op. cit.*, p. 302.

²⁸⁹ Cour eur. D.H., arrêt *Semenya c. Suisse*, 11 juillet 2023, §158.

²⁹⁰ C.A.S., *Mokgadi Caster Semenya & Athletics South Africa c. International Association of Athletics Federations (IAAF)*, 2018/O/5794 & 5798, 30 April 2019, §548.

²⁹¹ Résolution concernant l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes et des filles dans le sport du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, A/HRC/RES/40/5, 20 mars 2019.

En définitive, les athlètes intersexes sont discriminées sur base de leur sexe et de leurs caractéristiques génétiques, c'est un fait, et le fondement de cette discrimination repose incontestablement sur les stéréotypes de genre développés précédemment²⁹².

Sous-section 2. La justification de la discrimination

La question est maintenant de savoir si cette discrimination directe fondée sur le sexe et/ou les caractéristiques biologiques peut être justifiée. C'est en tout cas ce qu'a conclu le TAS dans sa sentence de 2019²⁹³. Théoriquement, il est en effet possible de justifier une différence de traitement si elle repose sur une justification objective et raisonnable, c'est-à-dire « *si elle poursuit un but légitime et s'il y a un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé* »²⁹⁴. Une fois l'existence de la différence de traitement établie, c'est sur le défendeur que repose la charge de la preuve de la proportionnalité de celle-ci²⁹⁵. Selon *World Athletics* et le TAS, le règlement DSD est justifié car il est nécessaire pour assurer l'objectif légitime d'intégrité de l'athlétisme féminin, et proportionné et raisonnable puisque seules les épreuves dans lesquelles la testostérone représenterait un avantage sont concernées²⁹⁶. L'idée n'est pas de développer cette justification, qui fera l'objet de la conclusion de cette partie, car elle n'a en réalité pas convaincu la CEDH²⁹⁷. Cela s'explique aisément au vu de sa jurisprudence concernant les discriminations directes.

La CEDH apprécie en effet strictement la justification des discriminations directes fondées, entre autres, sur le sexe²⁹⁸. Elle utilise des formules récurrentes dans ce genre de situations, qui reviennent à dire qu'une telle différence de traitement est compatible avec la Convention uniquement si elle repose sur des raisons très fortes, ce qui réduit considérablement la marge d'appréciation des Etats à cet égard²⁹⁹. Seules des circonstances de fait tout à fait

²⁹² R. MERTENS, *op. cit.*, p. 299.

²⁹³ C.A.S., *Mokgadi Caster Semenya & Athletics South Africa c. International Association of Athletics Federations (IAAF)*, 2018/O/5794 & 5798, 30 April 2019, §626 : « *The majority of the Panel finds that the DSD Regulations are discriminatory but that (...) such discrimination is a necessary, reasonable and proportionate means of achieving the aim of what is described as the integrity of the female athletics and the upholding of the « protected class » of female athletes in certain events.* »

²⁹⁴ Cour eur. D.H., arrêt *Semenya c. Suisse*, 11 juillet 2023, §155.

²⁹⁵ Cour eur. D.H., arrêt *Semenya c. Suisse*, 11 juillet 2023, §§156 et 179.

²⁹⁶ R. MERTENS, *op. cit.*, p. 302 ; P. MICHEL, *op. cit.*, p. 2 : « *Pour le TAS, cette discrimination insufflée au nom de l'équité sportive revêt donc un caractère objectif et une justification a priori raisonnable. Généralement les fédérations souhaitent préserver la viabilité de la catégorie féminine en la réservant aux athlètes ayant un sexe biologiquement féminin, le plus souvent défini à partir du taux de testostérone* »

²⁹⁷ Cour eur. D.H., arrêt *Semenya c. Suisse*, 11 juillet 2023, §201 : « *La Cour n'est 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* »

²⁹⁸ B. RAINEY, P. MCCORMICK and C. OVEY, *op. cit.*, pp. 661 et 662.

²⁹⁹ Cour eur. D.H., arrêt *Napocknik c. Roumanie*, 20 octobre 2020, §§75 à 78.

particulières pourraient entraîner une justification suffisante³⁰⁰. Dans l'arrêt *Semenya* par exemple, la Cour rappelle que seules des « *considérations très fortes* », des « *motifs impérieux* » ou des « *raisons particulièrement solides et convaincantes* » peuvent justifier des différences exclusivement fondées sur le sexe ou sur les caractéristiques sexuelles d'un individu et son état de personne intersexe³⁰¹. *In casu*, la CEDH a jugé que la Suisse avait outrepassé la marge de manœuvre réduite qui lui était accordée, et que ni le TAS ni le Tribunal fédéral « *ne se sont livrés à un examen approfondi, à la lumière de la Convention, des motifs à l'appui de la justification objective et raisonnable du Règlement DSD* »³⁰². La discrimination directe fondée sur le sexe est donc potentiellement justifiable, mais l'équité de la compétition féminine n'est pas une considération suffisamment forte pour ce faire selon la CEDH.

La CJUE est encore plus stricte à ce sujet, puisqu'elle refuse d'accepter comme valable toute justification, quelle qu'elle soit, aux discriminations directes fondées sur le sexe³⁰³. La Directive 2006/54/CE « *gender recast* » ne prévoit d'ailleurs aucune possibilité de justification à celles-ci³⁰⁴. Malheureusement pour Caster Semenya, en étant de nationalité sud-africaine et ayant introduit des recours en Suisse, j'ai peu d'espoir quant à une quelconque intervention de la CJUE dans sa bataille judiciaire contre *World Athletics*. Il faudrait en effet d'une part qu'elle établisse un lien entre son affaire et le droit de l'UE, et d'autre part qu'elle sollicite l'aide des juridictions nationales d'un Etat membre ou d'une institution européenne, afin de saisir *in fine* la Cour. La seule lueur d'espoir serait peut-être une action de l'UE directement contre *World Athletics* qui a son siège dans un Etat membre, par le biais d'une plainte à la Commission européenne basée sur le non-respect des obligations européennes en matière de non-discrimination et de droit fondamentaux. Dans le cas où l'athlète est citoyenne européenne, le tribunal fédéral suisse pourrait (devrait) selon moi introduire une question préjudicielle devant la CJUE, comme elle l'a reconnu dans les arrêts récents précités.

Une réflexion de fond concernant les différences d'appréciation de telles discriminations entre la CEDH et la CJUE mérite à mon sens d'être menée. Il me semble inconcevable que la gardienne suprême des droits fondamentaux sur le continent européen puisse être plus

³⁰⁰ Voy. notamment Cour eur. D.H., arrêt *Alexandru Enache c. Roumanie*, 3 octobre 2017.

³⁰¹ Cour eur. D.H., arrêt *Semenya c. Suisse*, 11 juillet 2023, §169.

³⁰² Cour eur. D.H., arrêt *Semenya c. Suisse*, 11 juillet 2023, §184.

³⁰³ M. BELL and A. NUMHAUSER-HENNING, « *Equal treatment* », in *European Labour Law*, T. Jaspers, F. Pennings and S. Peter (dir.), 2nd ed., Cambridge, Intersentia, 2024, p. 280 ; Cour eur. D.H., arrêt *Napotnik c. Roumanie*, 20 octobre 2020, §43.

³⁰⁴ Directive (UE) 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte), article 2, 1., a), *J.O.U.E.*, L 204, 26 juillet 2006.

indulgente que la CJUE, entraînant des injustices extrêmes pour les personnes qui ne peuvent être protégées par le droit de l'UE. De plus, rappelons que la jurisprudence de la CJUE est explicite concernant la soumission de la *lex sportiva* au droit de l'UE, sécurisant encore un peu plus le respect des droits et libertés inaliénables promus par l'UE³⁰⁵, alors que la CEDH est muette à ce sujet.

Section 2. Approche intersectionnelle : la critique raciale féministe (**annexe 4**)

Chapitre 2. La violation du droit à la vie privée des athlètes intersexes

Les athlètes intersexes sont donc discriminées par la réglementation de *World Athletics* sur base des stéréotypes de genre véhiculés dans notre société. En continuant la chaîne causale, la question suivante est celle du respect des droits fondamentaux de ces femmes. La *Résolution sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes* affirme en effet que le règlement DSD viole les droits fondamentaux des athlètes intersexes³⁰⁶. Il s'agit du seul texte légal qui se positionne clairement à ce sujet. La Convention et d'autres instruments internationaux protègent une panoplie de droits de ce type, mais ce chapitre se concentrera uniquement sur le droit à la vie privée des athlètes intersexes.

Pour que la CEDH reconnaisse une violation de l'article 14 de la Convention, et donc une violation du principe de non-discrimination, il faut impérativement qu'il y ait *prima facie* une potentielle violation d'un droit matériel protégé³⁰⁷. Ce principe n'a en effet aucune existence propre et indépendante. C'est pourquoi la question de la discrimination est inhérente à celle de la violation des droits fondamentaux : la CEDH a dû reconnaître une violation *a priori* de l'article 8 de la Convention.

Section 1. Le non-respect des différentes facettes du droit à la vie privée des athlètes intersexes

Le droit à la vie privée est protégé, entre autres, par l'article 8 de la Convention et l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE³⁰⁸. Or, l'article 52, §3 de celle-ci prévoit que « *dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des*

³⁰⁵ C.J.C.E., arrêt *Bosman c. Union royale belge des sociétés de football association ASBL et al.*, 15 décembre 1995, C-415/93 ; C.J.C.E., arrêt *Deliège c. Ligue francophone de judo et disciplines associées ASBL et al.*, 11 avril 2000, C-51/96 et C-191/97.

³⁰⁶ Résolution concernant l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes et des filles dans le sport du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, A/HRC/RES/40/5, 20 mars 2019.

³⁰⁷ B. RAINEY, P. McCORMICK and C. OVEY, *op. cit.*, pp. 653 et 654.

³⁰⁸ Article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; Article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

droits garantis par la Convention (...), leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention »³⁰⁹. La jurisprudence et la doctrine relatives à l'article 8 de la Convention sont donc suffisantes pour définir le concept de « vie privée ». La CEDH a édité un guide relatif à l'article 8, qu'elle met à jour régulièrement et qui synthétise la jurisprudence nécessaire, entre autres, à la circonscription de cette notion³¹⁰. La Cour a en effet eu l'occasion de rappeler à de multiples reprises, que la « vie privée » est une notion large et non-susceptible de faire l'objet d'une définition exhaustive³¹¹, qui ne peut être réduite à un « cercle intime » indépendant de toute vie sociale et extérieure, et qui peut « englober de multiples aspects de l'identité physique et sociale d'un individu »³¹². Dans l'arrêt *Semenya*, la CEDH a inclus sans hésitation les caractéristiques sexuelles de la requérante dans le champ de sa vie privée³¹³.

Selon le livre utilisé pour mon cours de Droits Humains au Danemark lors de mon Erasmus, ces multiples aspects peuvent être de cinq types différents : la protection de l'intégrité physique et morale, la protection des données et informations personnelles, la protection contre la pollution de l'environnement, le droit de développer sa propre identité et la possibilité de vivre la vie de son choix³¹⁴. Seules certaines de ces catégories sont pertinentes en l'espèce.

Sous-section 1. La protection de l'intégrité physique, psychologique et morale

L'intégrité physique, psychologique et morale est incontestablement une facette du droit à la vie privée de tous³¹⁵, voire la plus intime part de celle-ci. Or, le règlement DSD porte largement atteinte à celle des athlètes intersexes, et ce à trois niveaux différents.

Tout d'abord, il est évident que c'est en grande partie à l'occasion des tests de féminité que l'intégrité physique des athlètes est mise à mal. Ces examens sont depuis longtemps critiqués pour leur caractère attentatoire à l'intimité des femmes, et bien que les techniques aient évolué, ceux-ci restent toujours physiquement violents et humiliants³¹⁶. Caster Semenya explique, ce sont ses mots, qu'elle a été traitée comme un animal, voire moins bien, et que les examens gynécologiques et endocrinologiques qu'elle a subis étaient barbares et intrusifs³¹⁷.

³⁰⁹ Article 52, §3 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

³¹⁰ European Court of Human Rights, « Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights. Right to respect for private and family life, home and correspondence », disponible sur https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide_art_8_eng, 9 April 2024.

³¹¹ Cour eur. D.H., arrêt *Niemietz c. Allemagne*, 16 décembre 1992, §29 ; Cour eur. D.H., arrêt *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avril 2002, §61.

³¹² Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Denisov c. Ukraine*, 25 septembre 2018, §§95 et 96.

³¹³ Cour eur. D.H., arrêt *Semenya c. Suisse*, 11 juillet 2023, §123.

³¹⁴ B. RAINEY, P. McCORMICK and C. OVEY, *op. cit.*, p. 407.

³¹⁵ Cour eur. D.H., arrêt *X et Y c. Pays-Bas*, 26 mars 1985, §22.

³¹⁶ B. CROS, *op. cit.*, p. 129.

³¹⁷ C. SEMENYA, *op. cit.*, pp. 5 à 8.

Elle raconte également qu'elle n'y a jamais consenti, ce qui constitue incontestablement un acte médical imposé contre la volonté du patient. La Fédération nie ces accusations, ce qui rend ardue la recherche de la vérité à ce sujet.

De plus, le règlement DSD porte lui aussi intrinsèquement atteinte à l'intégrité physique et psychologique des athlètes intersexes, car il leur impose un dilemme cornélien. Soit elles acceptent de se soumettre à un traitement médicamenteux réduisant leur taux naturel de testostérone, soit elles renoncent à leur carrière athlétique et tout ce qui l'entoure. Dans les deux cas, un droit protégé par l'article 8 serait mis à mal³¹⁸. Le traitement, non-nécessaire, met en danger leur intégrité physique, et le renoncement à leur carrière sportive revient à les priver de leur métier, or la vie professionnelle est également comprise dans le champ de la « vie privée »³¹⁹. *A fortiori*, le droit au sport est lui-même un droit fondamental³²⁰...

L'AMM a alerté les autorités concernant ces traitements inacceptables proposés aux athlètes. Le règlement serait « contraire à l'éthique médicale », puisque pour ces médecins, il n'est pas tolérable médicalement parlant de soumettre un patient sain à un traitement médical, ce dernier n'ayant lieu d'être que lorsque « besoin médical » il y a³²¹. Or, l'intersexuation à elle seule, non accompagnée de souffrances quelconques, ne saurait emporter un tel but thérapeutique. Il y a confusion entre pratique curative et pratique d'éligibilité, et consécutivement entre l'état de santé de l'athlète et sa réussite au test³²². Les athlètes se voient proposer des traitements pour soigner des « dysfonctionnements », alors qu'*in fine* la Fédération définit comme nous l'avons vu par ce biais la santé de manière normative³²³. L'AMM conclura en ces mots : « *Un traitement médical aux seules fins d'altérer une performance sportive est intolérable.* »³²⁴. *World Athletics* estime quant à elle respecter le droit à l'intégrité des athlètes puisque celles-ci ne sont pas obligées de se soumettre à cette médication, le choix leur appartenant. On peut cependant questionner ce fameux « choix » qui leur est offert, s'il existe. Dans les faits, toutes les athlètes visées par le règlement (y compris Caster Semenya) ont accepté, à un moment donné dans leur carrière, de s'y soumettre. Or, la jurisprudence de la CEDH en matière de traitement médical est claire : ce type de pratique ne peut être « consenti » lorsque « *le fait pour l'intéressé de ne pas s'y plier a pour conséquence de le priver du plein exercice de son droit à*

³¹⁸ Cour eur. D.H., arrêt *Semenya c. Suisse*, 11 juillet 2023, §187.

³¹⁹ Cour eur. D.H., arrêt *Niemietz c. Allemagne*, 16 décembre 1992, §29 .

³²⁰ Il s'agit d'ailleurs du 4^e principe fondamental de l'Olympisme, à retrouver dans la Charte olympique.

³²¹ Agence médicale mondiale, « Les représentants de médecins réaffirment leur opposition au règlement de l'IAAF », disponible sur <https://www.wma.net/>, 15 mai 2019.

³²² A. BOHUON et I. GIMENEZ, *op. cit.*, p. 19.

³²³ A. BOHUON et I. GIMENEZ, *ibidem*, p. 12.

³²⁴ Agence médicale mondiale, *op. cit.*, 15 mai 2019.

l'identité sexuelle et à l'épanouissement personnel »³²⁵. La prise de contraceptifs hormonaux par les athlètes n'est donc pas consentie *in casu*, et ne respecte consécutivement pas leur intégrité physique et leur droit à l'autonomie personnelle.

En outre, ce traitement hormonal peut être dangereux pour la santé des athlètes. Administré à des femmes saines pour des raisons non médicales, celui-ci provoque des effets secondaires sérieux selon plusieurs témoignages et études : troubles diurétiques, intolérance au glucose, résistance à l'insuline, fatigue, maux de têtes, bouffées de chaleur, voire stérilité³²⁶. Encore une fois, Semenya a été victime de ces « dégâts » qu'elle qualifie de « horribles », et elle explique que c'est d'ailleurs une des motivations qui la poussent à continuer son combat : elle ne veut plus qu'aucune femme n'ait à faire subir ces souffrances à son corps³²⁷. Chacun a en effet le droit de jouir du meilleur état de santé physique et mentale possible³²⁸, et les Etats sont dans l'obligation positive de protéger les citoyens contre toute atteinte à leur intégrité corporelle ou psychologique³²⁹. L'obligation de garantir le respect des droits fondamentaux des athlètes féminines est rappelée dans tous les textes légaux précités, sans exception...

Enfin, tout cela affecte également ces athlètes dans leur intégrité morale. Dans un sens, ce paragraphe touche également à l'identité de ces femmes au sens large. Toutefois, l'intégrité psychologique et morale a selon moi un sens plus subtil, lié irrémédiablement à la dignité humaine, aux valeurs et aux principes moraux. L'AMM insiste d'ailleurs sur la dignité de ces femmes : « *Il est du devoir éthique des médecins de respecter la dignité et l'intégrité des personnes, qu'elles soient femmes, hommes, intersexes ou transgenres.* »³³⁰. La dignité humaine est protégée sous le concept de « vie privée », et dans le cas qui nous occupe, également par la Convention d'Oviedo, protégeant les droits humains dans le domaine biomédical³³¹. Or, les examens de virilisation, les procès médiatiques et toutes leurs conséquences entraînent invariablement des atteintes à celle-ci. Caster Semenya se dira humiliée, apeurée et honteuse, et affirme que de nombreuses athlètes dans son cas ont pensé au suicide (Santhi Soundarajan a par exemple fait une tentative en 2007)³³². María José Martínez Patiño utilise des mots forts pour décrire l'humiliation consécutive à l'annonce des résultats des tests de féminité : « *Si je n'avais pas été une athlète, ma féminité n'aurait jamais été remise*

³²⁵ Cour eur. D.H., arrêt *A.P., Garçon et Nicot c. France*, 6 avril 2017, §130.

³²⁶ A. BOHUON et I. GIMENEZ, *op. cit.*, p. 20.

³²⁷ C. SEMENYA, *op. cit.*, pp. 7 à 10.

³²⁸ R. MERTENS, *op. cit.*, p. 305.

³²⁹ P. CORNU, S. ROBERT-CUENDET, et L. VIDAL (APES), *op. cit.*, p. 110.

³³⁰ Agence médicale mondiale, *op. cit.*, 15 mai 2019.

³³¹ Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, signée à Oviedo le 4 avril 1997, *S.T.E.*, n°164.

³³² C. SEMENYA, *op. cit.*, pp. 7 et 8.

*en question. Ce qui m'est arrivé, c'est comme d'être violée. On doit ressentir la même sensation de violation et de honte. Seulement, dans mon cas, tout le monde a regardé. »*³³³. Comme Semenya, elle évoque la peur, la honte et le regard des autres qui la voient comme un monstre. En plus de cette humiliation subie, les sportives exclues doivent faire une croix sur de nombreuses choses : la maternité (car souvent leur condition les rend biologiquement stériles), la compétition de haut niveau, le soutien de leurs proches dans certains cas, ...

C'est à mon sens principalement concernant le non-respect de l'intégrité physique et morale que l'on peut parler de violences de genre, à l'instar de Romain Mertens³³⁴. Forcer une personne à prendre des médicaments pour modifier les caractéristiques génétiques et sexuelles que la nature lui a biologiquement conférées s'apparente tout bonnement à une pratique eugéniste, visant à « *insérer de force la féminité dans le corps* » pour ainsi contraindre l'athlète à entrer dans la catégorie féminine³³⁵. Certains, à l'instar de Semenya, soulèvent sur cette base une violation de l'article 3 de la Convention, interdisant la torture et les traitements inhumains et dégradants³³⁶. La Cour a cependant estimé que les circonstances de fait étaient hors du champ d'application de cette disposition, la jurisprudence en la matière étant stricte et requérant un seuil de gravité élevé³³⁷.

Sous-section 2. La protection des données et informations personnelles

Dans une certaine mesure, les athlètes intersexes se voient également privées de la protection due à leurs informations personnelles, tout particulièrement leurs données médicales. Caster Semenya fera office d'exemple une fois encore. L'IAAF à l'époque avait laissé paraître dans la presse les résultats de ses examens médicaux, encore incomplets et donc non-concluants³³⁸. Cette fuite dans les médias a été justifiée par un besoin de transparence, quelques heures seulement après la finale gagnée de l'athlète sud-africaine aux championnats du monde juniors. L'IAAF dira qu'il est essentiel que l'opinion publique soit témoin du respect des règles³³⁹. En quelques heures à peine, Caster Semenya, 18 ans, auprès de qui son entraîneur avait décrit les tests comme de simples contrôles anti-dopage et dont les parents n'avaient même pas été prévenus, va voir sa vie intime, son corps et sa réalité biologique dévoilée à

³³³ A. BOHUON et I. GIMENEZ, *op. cit.*, p. 13.

³³⁴ R. MERTENS, *op. cit.*, p. 304.

³³⁵ B. CROS, *op. cit.*, p. 133.

³³⁶ Article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

³³⁷ Cour eur. D.H., arrêt *Semenya c. Suisse*, 11 juillet 2023, §216 ; C.f. Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Bouyid c. Belgique*, 21 novembre 2013, §86.

³³⁸ J. A.R. NAFZIGER, « The principle of fairness ... », *op. cit.*, p. 266.

³³⁹ B. CROS, *op. cit.*, p. 125.

l'indiscrétion féroce des médias³⁴⁰. L'article 8 protège une certaine « *autodétermination informationnelle* »³⁴¹, qui n'a indubitablement pas été respectée en l'espèce.

Sous-section 3. Le droit de développer sa propre identité

Pour conclure, il est évident que le droit au respect de l'identité personnelle des individus n'est pas respecté *in casu*. En réalité, leur nature est même niée, les institutions sportives tentant de les invisibiliser et de les faire correspondre tant bien que mal à l'ordre binaire acceptable. Les tests et traitements hormonaux prescrits « *renforcent des caractéristiques sexuées qui devraient être données d'emblée, ou, autrement dit, en corrigeant la nature* »³⁴². La féminité hégémonique induit les soupçons des observateurs externes au sujet du statut de ces femmes, et en fin de compte les médecins tentent de rapprocher leur physique de ces stéréotypes. C'est un cercle sans fin, qui néglige manifestement l'identité de ces sportives en les cantonnant dans une identité imposée. Celles-ci sont remises en cause dans leur propre perception de leur essence et de leur corps, souvent publiquement³⁴³, alors que la plupart d'entre elles ne se sont jamais posé de questions à ce sujet. Caster Semenya a par exemple découvert son intersexuation en même temps que les médecins qui ont été chargé de l'examiner³⁴⁴. Au-delà du choc émotionnel d'une telle annonce médicale, s'entendre dire qu'elles ne peuvent poursuivre leur carrière car elles sont « biologiquement des hommes » doit être extrêmement bouleversant.

Je clôturerai en citant, à l'instar de la CEDH³⁴⁵, les conclusions de la Haute-Commissaire de l'ONU aux droits de l'Homme, qui estime que le règlement DSD « *peut avoir des incidences négatives, entre autres, sur le droit au travail et à des conditions équitables et satisfaisantes de travail, sur le droit au meilleur état de santé physique et mentale possible, sur le droit de ne pas subir d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, ainsi que sur le droit au respect de sa dignité, de son intégrité physique et de son autonomie corporelle* »³⁴⁶, ce qui synthétise bien ce qui a été exposé ci-dessus.

³⁴⁰ B. CROS, *ibidem*, p. 126.

³⁴¹ European Court of Human Rights, « Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights. Right to respect for private and family life, home and correspondence », disponible sur https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide_art_8_eng, 9 avril 2024, p. 60.

³⁴² A. BOHUON et I. GIMENEZ, *op. cit.*, p. 12.

³⁴³ E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « Droit de l'égalité et de la non-discrimination », *J.E.D.H.*, 2019/2, p. 131 : « À cet égard, les propos tenus par le secrétaire général de l'IAFF, Pierre Weiss, après que Caster Semenya ait subi les premiers tests de féminité, sont édifiants : « it is clear that she is a woman, but maybe not 100 percent ». »

³⁴⁴ C. SEMENYA, *op. cit.*, p. 3.

³⁴⁵ Cour eur. D.H., arrêt *Semenya c. Suisse*, 11 juillet 2023, §126.

³⁴⁶ 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 », Rapport thématique, A/HRC/44/26, 15 juin 2020, §34.

Section 2. La justification des atteintes à la vie privée à l'aune de la *lex ludica*

Sous-section 1. La justification des atteintes au droit à la vie privée

Le non-respect du droit à la vie privée des athlètes peut-il être justifié ? Bien que liée, cette question diffère selon moi de celle de la justification de la discrimination, l'article 8 disposant de son propre « test », auquel les ingérences dans la vie privée des individus doivent résister afin d'éviter une sanction de violation. En réalité, la CEDH a jugé dans l'affaire Semenya qu'il n'y avait pas lieu d'analyser le grief fondé sur l'article 8 isolément, et s'est concentrée uniquement sur la violation de l'article 14, combiné à cet article. Cela aurait pourtant fait sens selon moi. Certes, nous l'avons vu, le rapport entre stéréotypes de genre, discrimination, atteintes aux droits fondamentaux et violences de genre est un rapport causal. Cependant, les possibilités de justification de l'un ou de l'autre offertes à l'ordre juridique sportif ne sont pas les mêmes.

Il en va de même pour le TAS, qui n'a examiné le moyen tiré de la violation de la vie privée que dans le cadre du contrôle de proportionnalité de la discrimination, afin d'apprécier si les atteintes présentées étaient de nature à invalider le règlement DSD au regard du principe d'égalité, et non pas pour déterminer le caractère attentatoire du règlement directement³⁴⁷. Cela s'explique plus facilement par la non-invocabilité directe des droits fondamentaux devant le TAS, bien que cette affaire aurait sans doute été l'occasion de consacrer le droit à la vie privée comme principe général de droit utilisable par les arbitres privés...

L'UE n'est pas en reste non plus, l'autonomie du mouvement sportif devant également s'harmoniser avec les droits fondamentaux reconnus par les textes européens, cela par le biais du principe de proportionnalité³⁴⁸. Trois questions guident le juge européen *in casu*. La règle du sport poursuit-elle un objectif légitime d'intérêt général ? Le moyen mis en œuvre par cette règle est-il raisonnable pour atteindre cet objectif ? Ce moyen est-il nécessaire et ne peut-il être remplacé par un autre moins attentatoire aux droits et libertés concernés ? Le test de proportionnalité est donc semblable à celui de la CEDH, et le juge européen sanctionnera les décisions des instances sportives seulement si celles-ci sont manifestement déraisonnables³⁴⁹.

Les articles 8 à 11 de la Convention disposent donc de leur propre système de limitation des droits qu'ils protègent si trois conditions cumulatives sont remplies, que j'ai pris l'habitude d'appeler « *three-legged test* » au Danemark. Celui-ci requiert que l'ingérence, en l'occurrence

³⁴⁷ M. MAISONNEUVE, S. BESSON, M. PELTIER et A. RIGOZZI, « Chronique de jurisprudence arbitrale en matière sportive », *Revue de l'arbitrage*, 2019, n°3, p. 960.

³⁴⁸ J.-Y. CARLIER, *op. cit.*, p. 1381.

³⁴⁹ T. BOMBOIS, « Le pouvoir de régulation des fédérations sportives », *op. cit.*, p. 11.

du droit sportif, soit prévue par la loi, poursuive un des buts légitimes prescrits par la disposition en jeu, et soit nécessaire dans une société démocratique³⁵⁰.

Tout d'abord, l'ingérence ici est bien prévue par la loi à partir du moment où les ordres juridiques publics accordent un pouvoir réglementaire autonome au mouvement sportif.

Ensuite, parmi les objectifs légitimes listés à l'article 8 §2, il me semble que « l'équité de la compétition » et « le maintien de la classe protégée de l'athlétisme féminin » peuvent entrer dans une visée de « *protection des droits et libertés d'autrui* », généralement interprétée largement³⁵¹. La CEDH a d'ailleurs reconnu que « *la recherche d'un sport égalitaire et authentique se rattache au but légitime que constitue la protection des droits d'autrui* »³⁵², donnant ainsi du poids à l'équité sportive. Le TAS avait lui aussi admis la légitimité de l'objectif de l'IAAF³⁵³. Je suis plutôt d'accord avec cette constatation, mon but ici n'est donc pas de contester la légitimité de la finalité du règlement DSD.

Il reste dès lors à analyser la nécessité d'une telle réglementation en vue de protéger les droits et libertés des autres athlètes féminines. Pour ce faire, *World Athletics* devrait démontrer qu'elle répond à un « besoin social impérieux », que la justification invoquée est suffisante et pertinente, et qu'elle est proportionnée au but légitime visé³⁵⁴. Cette dernière étape requiert d'opérer une balance entre les restrictions imposées et les droits des autres athlètes et l'intérêt protégé, ici le respect de la vie privée des athlètes intersexes³⁵⁵. L'objectif ici n'est pas de me lancer en profondeur dans un test de proportionnalité détaillé, mais il me semble tout de même pertinent d'exposer les points essentiels de la sentence du TAS concernant la proportionnalité des atteintes à la vie privée des athlètes au regard de leur discrimination³⁵⁶, avant de conclure sur la proportionnalité de ces atteintes en tant que telles, de mon point de vue.

Selon le TAS, il faut garantir que « *les athlètes féminines qui ne jouissent pas de l'avantage compétitif significatif (...) n'aient pas à concourir contre des athlètes féminines qui jouissent de cet avantage* »³⁵⁷, ce qui rend nécessaire le règlement DSD. De plus, concernant la proportionnalité de l'atteinte à l'intégrité physique et morale des athlètes, il estime que les traitements et effets secondaires « *ne sont pas systématiques et qu'il n'y a aucune raison de*

³⁵⁰ P. CORNU, S. ROBERT-CUENDET, et L. VIDAL (APES), *op. cit.*, p. 17.

³⁵¹ B. RAINEY, P. McCORMICK and C. OVEY, *op. cit.*, p. 363.

³⁵² Cour eur. D.H., arrêt *Fédération nationale des associations et syndicats de sportifs (FNASS) et autres c. France*, 18 janvier 2018, § 166.

³⁵³ C.A.S., *Mokgadi Caster Semenya & Athletics South Africa c. International Association of Athletics Federations (IAAF)*, 2018/O/5794 & 5798, 30 April 2019, §556.

³⁵⁴ Cour eur. D.H., arrêt *Fédération nationale des associations et syndicats de sportifs (FNASS) et autres c. France*, 18 janvier 2018, § 167.

³⁵⁵ B. RAINEY, P. McCORMICK and C. OVEY, *op. cit.*, p. 366.

³⁵⁶ M. MAISONNEUVE, S. BESSON, M. PELTIER et A. RIGOZZI, *op. cit.*, pp. 948 à 957.

³⁵⁷ C.A.S., *Mokgadi Caster Semenya & Athletics South Africa c. International Association of Athletics Federations (IAAF)*, 2018/O/5794 & 5798, 30 April 2019, §580.

penser que ces effets seraient dans leur nature différents chez les athlètes intersexuées avec un chromosome 46 XY que chez les millions de femmes à chromosome 46 XX qui prennent des pilules contraceptives »³⁵⁸ et que « *des examens non sollicités pouvaient avoir pour effet bénéfique, d'une part, de lui permettre d'accéder à des informations médicales susceptibles de l'aider à prendre une décision éclairée au sujet d'un éventuel traitement médical et, d'autre part, de lui permettre d'être exonérée d'une accusation erronée de dopage à la testostérone* »³⁵⁹. Quant à la diffusion publique des informations confidentielles des athlètes, il est d'avis qu'il s'agit d'un « *effet négatif inévitable* » du règlement de l'IAAF³⁶⁰. Toutes ces considérations justifient le règlement DSD selon le TAS.

De mon point de vue, ce dernier n'est pas nécessaire pour assurer la protection de la catégorie féminine, et d'autres moyens plus respectueux des droits fondamentaux des athlètes sont peut-être à la portée de *World Athletics* pour atteindre cet objectif. La dernière partie de ce travail tentera d'en établir certains. Avant toute chose, pour que le règlement DSD soit nécessaire, il faudrait que le taux naturel de testostérone procure un avantage compétitif significatif dans chaque épreuve couverte par la réglementation, or cet avantage n'est pas suffisamment prouvé scientifiquement. De plus, en ce qui concerne la proportionnalité à proprement parler de celui-ci, les atteintes à la vie privée développées ci-dessus m'apparaissent totalement excessives, que ce soit la soumission à un traitement médicamenteux non-nécessaire aux effets secondaires dangereux, les tests de féminité humiliants et intrusifs, ou encore les souffrances psychologiques liées à ces tests et aux réactions en chaîne de la société.

Sous-section 2. Conclusion : la lex ludica peut-elle justifier le traitement des athlètes intersexes ?

Comme annoncé à la fin de la partie sur le pluralisme juridique, il convient donc de conclure sur la question du lien entre *principia sportiva* et sort des athlètes intersexes. « *Au regard de la spécificité sportive, et de plusieurs objectifs qui sont jugés légitimes, le monde du sport peut bénéficier d'un régime de tolérance, à condition que les mesures qu'il prend pour les atteindre restent nécessaires et proportionnées.* »³⁶¹. Les fédérations sportives ne peuvent donc pas, sous couvert de la spécificité et de l'autonomie dont elles bénéficient, devenir hors-la-loi³⁶², mais les objectifs propres au mouvement sportif, découlant de la *lex ludica* comme la

³⁵⁸ C.A.S., *Mokgadi Caster Semenya & Athletics South Africa c. International Association of Athletics Federations (IAAF)*, 2018/O/5794 & 5798, 30 April 2019, §598.

³⁵⁹ C.A.S., *Mokgadi Caster Semenya & Athletics South Africa c. International Association of Athletics Federations (IAAF)*, 2018/O/5794 & 5798, 30 April 2019, §601.

³⁶⁰ C.A.S., *Mokgadi Caster Semenya & Athletics South Africa c. International Association of Athletics Federations (IAAF)*, 2018/O/5794 & 5798, 30 April 2019, §605.

³⁶¹ T. VASSINE, *op. cit.*, p. 92.

³⁶² T. VASSINE, *ibidem*, p. 94.

préservation de l'équité sportive, doivent être pris en compte et peuvent justifier l'adoption de règles restreignant les droits fondamentaux³⁶³.

Toutefois, selon Jean-Yves Carlier, la jurisprudence future doit faire attention à ne pas « *accorder trop aisément un blanc-seing à la réglementation sportive dès qu'elle prétend régir l'exercice du sport* », oubliant par-là de la soumettre au test de proportionnalité³⁶⁴. Le principe de proportionnalité est donc l'intermédiaire indispensable entre visée légitime de la *lex sportiva* et restrictions valides des droits fondamentaux des sportifs. La CJUE a eu l'occasion d'insister sur ce point dans les trois arrêts récents dont nous avons discuté plus tôt, ainsi que dans l'arrêt *Deliège*, condamnant la spécificité sportive autorisant les discriminations injustifiables³⁶⁵.

Cela signifie que les *principia sportiva* telles que l'équité et l'intégrité sportives sont intrinsèquement en mesure de justifier le traitement des athlètes intersexes, s'ils réussissent le test de proportionnalité.

D'une part, concernant la discrimination de ces athlètes, la doctrine est partagée. Certains auteurs se rallient à l'avis du TAS et estiment que l'intégrité de la compétition féminine est suffisante pour la justifier³⁶⁶, tandis que d'autres soutiennent qu'une discrimination directe dépasse *a priori* le nécessaire³⁶⁷. Celle-ci serait donc condamnable, à moins de trouver des accommodements nécessitant une certaine dose d'originalité... À mon sens, la CEDH a eu raison de ne pas accepter cette justification comme suffisamment « impérieuse, solide, convaincante et forte » et de critiquer la sentence du TAS et l'arrêt du Tribunal fédéral sur ce point³⁶⁸. De son côté, la CJUE n'accepterait en aucun cas celle-ci au vu de sa jurisprudence.

D'autre part, comme développé précédemment, les violations du droit à la vie des athlètes me semblent compliquées à justifier, puisque les tests de féminité et les exigences du règlement DSD devraient être nécessaires, adéquates et proportionnées. Or les inconvénients pour les droits des athlètes l'emportent sur les avantages pour l'équité sportive selon moi.

Chapitre 3. Les théories de l'égalité

Le respect des droits fondamentaux et la non-discrimination sont des principes

³⁶³ P. CORNU, S. ROBERT-CUENDET, et L. VIDAL (APES), *op. cit.*, p. 19.

³⁶⁴ J.-Y. CARLIER, *op. cit.*, p. 1389.

³⁶⁵ C.J.C.E., arrêt *Deliège c. Ligue francophone de judo et disciplines associées ASBL et al.*, 11 avril 2000, C-51/96 et C-191/97 ; T. BOMBOIS, « Le pouvoir de régulation des fédérations sportives », *op. cit.*, p. 8.

³⁶⁶ M. VAN HOECKE, *op. cit.*, p. 86.

³⁶⁷ J.-Y. CARLIER, *op. cit.*, p. 1388.

³⁶⁸ Cour eur. D.H., arrêt *Semenya c. Suisse*, 11 juillet 2023, §186 : « (...) le Tribunal fédéral aurait dû mettre en balance les intérêts invoqués par World Athletics, notamment celui d'une compétition équitable, avec ceux invoqués par la requérante, notamment ceux liés à sa dignité et à sa réputation, son intégrité physique, sa sphère privée, y compris ses caractéristiques sexuelles, et son droit d'exercer sa profession (...) »

intangibles, essentiels à toute société démocratique. Les notions d'égalité et d'équité le sont tout autant, c'est pourquoi je me suis interrogée sur ce qu'entendaient les institutions sportives par « équité de la compétition » ou encore « égalité entre athlètes ». L'« égalité » est en réalité coincée entre la valeur morale identique de chaque être humain, et la réalité des différences humaines³⁶⁹, ce qui explique que toute discrimination n'est pas en soi condamnable...

Deux théories de l'égalité s'affrontent au sein du droit à la non-discrimination. Premièrement, l'égalité formelle requiert de traiter de manière similaire les personnes dans des situations similaires, ce pourquoi la discrimination directe est en principe interdite³⁷⁰. Il s'agit de la théorie suivie par le TAS, qui considère que tous les athlètes doivent simplement avoir « *une opportunité égale de concourir* »³⁷¹. Or, les athlètes « classiques » ont selon cette réflexion moins de chance d'être qualifiées pour les compétitions internationales si les athlètes intersexes avec de meilleures références chronométriques y sont reprises, et leur espoir de médaille diminue considérablement, ce qui mène à l'exclusion des athlètes hyperandrogènes. Deuxièmement, on oublie alors l'égalité substantielle qui va plus loin que la simple comparaison et qui vise quatre objectifs plus inclusifs : « *corriger les désavantages, lutter contre les stigmates, les stéréotypes et les préjugés, renforcer la participation et prendre en compte les différences* »³⁷². Cette conception permet de corriger les injustices créées par l'égalité formelle car elle s'attaque directement aux racines des inégalités, et d'encourager *a fortiori* le changement social. En réalité, l'égalité substantielle est pour moi synonyme d'équité, car elle reconnaît que chaque individu a des besoins différents et que des traitements différenciés peuvent être nécessaires pour atteindre une justice réelle et une opportunité égale de succès. L'équité implique donc une approche plus personnalisée de manière à compenser les désavantages structurels ou personnels. Nous l'avons vu, les femmes sportives sont depuis toujours stigmatisées et sont encore victimes des stéréotypes de genre bien ancrés dans notre société. *A fortiori* dans le cas qui nous occupe, l'égalité formelle prônée par *World Athletics* empêche de prendre en compte la réalité biologique vécue par les athlètes intersexes, là où une notion plus proche de celle de l'« équité » impliquerait de réduire les différences et les préjugés dont elles sont victimes. Romain Mertens estime d'ailleurs que le TAS aurait dû pour cette raison conclure à la disproportionnalité du règlement DSD, puisqu'il ne répond à aucun de ces objectifs et, partant, discrimine les intersexes³⁷³.

³⁶⁹ M. BELL and A. NUMHAUSER-HENNING, *op. cit.*, p. 259.

³⁷⁰ M. BELL and A. NUMHAUSER-HENNING, *ibidem*, p. 260.

³⁷¹ R. MERTENS, *op. cit.*, p. 303.

³⁷² M. BELL and A. NUMHAUSER-HENNING, *op. cit.*, p. 261.

³⁷³ R. MERTENS, *op. cit.*, p. 303.

Cependant, équité et égalité formelle sont confondues à mon sens au sein de la sphère sportive. Pour rappel, quand *World Athletics* justifie le règlement DSD sur base de « *l'équité de la compétition* », il entend offrir à toutes les athlètes féminines une même chance de concourir, ce qui correspond à une simple égalité formelle. En effet, la dimension compétitive du sport présuppose une égalité des chances³⁷⁴, mon plaidoyer n'entend pas la condamner. Tous les sportifs sur la ligne de départ doivent disposer théoriquement d'une chance égale d'obtenir la victoire³⁷⁵. Cela signifie qu'aucun participant ne peut bénéficier d'avantage « *autre que ceux qu'il tire de son adresse ou de sa force physique* »³⁷⁶. Donc, même s'il s'avérait que le taux de testostérone endogène dont disposent les athlètes intersexes leur donne un avantage, celui-ci est naturel et devrait être considéré au même titre que la force physique et toutes les autres gratifications naturelles promues dans le monde du sport.

De plus, la bicatégorisation de la sphère sportive n'est-elle effectivement qu'une expression de l'égalité formelle, ou peut-elle être vue comme une première étape vers l'égalité substantielle et l'équité ? Si les femmes sont séparées des hommes dans la majorité des disciplines sportives, au-delà des préjugés qui fondent cette division, c'est en grande partie parce que les institutions sportives ont à cœur de leur permettre de concourir, puisque sans cette classe à part, elles perdraient l'accès aux compétitions car « *male athletes outperform female athletes and, at elite level, this difference is insurmountable* »³⁷⁷. En effet, la vision de l'égalité promue par la sphère sportive l'a menée, à la suite de l'institutionnalisation du sport féminin, à créer une catégorie « protégée »³⁷⁸ pour les femmes afin de créer une réelle égalité dans la différence qui les oppose aux hommes. Cette égalité se veut être une réelle égalité d'opportunité, en proposant un traitement spécial aux femmes³⁷⁹.

Deux possibilités s'offrent à nous : considérer cette catégorie comme inutile et reflet des préjugés sexistes traversant encore le sport ou pousser ce début d'égalité substantielle à son plein potentiel, en corrigeant les règlements d'éligibilité pour accéder à cette catégorie.

³⁷⁴ T. BOMBOIS, « Le pouvoir de régulation des fédérations sportives », *op. cit.*, p. 12.

³⁷⁵ T. BOMBOIS, « De l'exception à la valorisation sportive - L'ordre juridique sportif aux prises avec le droit communautaire et étatique », in *Le sport dopé par l'Etat - Vers un droit public du sport*, Sébastien Depré (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 144.

³⁷⁶ T. BOMBOIS, *ibidem*, p. 144.

³⁷⁷ C.A.S., *Mokgadi Caster Semenya & Athletics South Africa c. International Association of Athletics Federations (IAAF)*, 2018/O/5794 & 5798, 30 April 2019, §456.

³⁷⁸ R. MERTENS, *op. cit.*, p. 300.

³⁷⁹ M.-C. BELLEAU, *op. cit.*, p. 10.

Partie V. Conclusion et perspectives d'adaptation de la sphère sportive

En définitive, le règlement DSD est au centre de nombreuses controverses en raison de son manque d'assise scientifique, des stéréotypes de genre qu'il véhicule, des pratiques discriminatoires qu'il engendre et des atteintes aux droits fondamentaux qu'il induit³⁸⁰. Le constat semble être sans appel : le monde de l'athlétisme professionnel est enfermé dans un carcan essentialiste. En effet, si l'on insère le règlement DSD dans ma grille d'analyse critique (**annexe 1**), on se rend compte qu'il penche incontestablement du côté du féminisme de la différence, et ce pour chaque critère de comparaison (définition du sexe, stéréotypes de genre, perception des corps physiques, adaptation des différences, théories de l'égalité) et axe d'analyse (naturalité, normativité, multiplicité, protection et égalité).

Je ne pouvais cependant clôturer mon mémoire sur cette considération. J'ose espérer que le changement est possible, et cet espoir n'est pas infondé. En effet, nonobstant ce système sportif majoritairement essentialiste, certaines incohérences et nuances demeurent présentes en son sein, et peuvent selon moi servir de moteur à une possible évolution dans une direction post-moderne plus respectueuse des droits des personnes intersexes.

L'idée est ici de synthétiser l'écart entre le féminisme différentialiste de *World Athletics* et celui de Judith Butler, et de mettre en exergue leurs points de concordance (Chapitre 1), avant d'opérationnaliser les adaptations possibles et souhaitables du règlement DSD (Chapitre 2). Dans cette visée, en plus de la théorie féministe du droit post-moderne, le pluralisme juridique sera aussi un outil pour améliorer ce règlement. *In fine*, le but de cette conclusion est d'évaluer les hypothèses formulées en réponse à ma question de recherche présentées dans mon projet de mémoire, à l'aune de ces deux outils.

Chapitre 1. Le maintien de la bicatégorisation sexuée : reflet de la politique différentialiste et indices post-modernes

Le constat est donc que la politique de vérification du sexe de *World Athletics* est incontestablement essentialisante. Celle-ci classe, par le biais des tests de féminité et du règlement DSD, les athlètes dans une catégorie basée sur le sexe biologique « femme », assortie de qualités, valeurs et attributs typiquement féminins, tout en excluant parallèlement toutes celles qui n'entrent pas dans cette définition. D'une part, par son attachement extrême à la binarité sexuelle, la Fédération poursuit l'idée que le sexe est une donnée intangible, et qu'il

³⁸⁰ E. BRIBOSIA et I. RORIVE, *op. cit.*, p. 130.

n'y a *a priori* pas de place pour d'autres réalités biologiques. D'autre part, cette politique étant mise en branle sur base de soupçons visuels, elle perpétue les stéréotypes de genre créant des qualités typiquement féminines. Consécutivement, les corps physiques des athlètes sont jaugés à l'aune de la différence sexuelle binaire, et des préjugés sexistes. En ce qui concerne la gestion des différences et la vision de l'égalité, *World Athletics* promeut également un féminisme différentialiste, puisque pour la Fédération, la catégorie féminine sert à valoriser les différences des femmes, en les protégeant et leur permettant de concourir à l'international, tout comme les hommes. Il s'agit d'un traitement spécial pour favoriser l'équité de base de la compétition.

Si la théorie de Judith Butler est à la base de ma recherche, c'est que je crois en sa capacité à transcender la sphère sportive, et à plus large échelle la société, et à la rendre meilleure et plus inclusive. Avant de pointer certains « indices post-modernes » au sein du monde sportif, et de développer différentes possibilités à cet égard dans le second chapitre de cette partie, il me faut d'abord apporter quelques nuances à cette théorie, qui me distinguent peut-être légèrement de la pensée de Butler.

Premièrement, j'ose croire, peut-être naïvement, que *World Athletics* n'a jamais eu de volonté discriminatoire ou violente envers les athlètes hyperandrogènes. La Fédération assure que son objectif n'a jamais été de mettre en doute le sexe de ces femmes, et qu'elle entendait simplement, comme l'autorise le Cadre du CIO, encadrer l'éligibilité au sein de la catégorie féminine pour maintenir l'équité en son sein. Cet objectif est légitime, mais les faits sont là, et cette légitimité ne permet pas à elle seule de justifier la discrimination et les atteintes aux droits fondamentaux des athlètes, car le combat intersexe dans le sport a, à juste titre, déplacé l'enjeu de l'équité vers la santé et la discrimination des individus visés³⁸¹.

Deuxièmement, certains points de la théorie de Butler ne sont pas, de manière réaliste, applicables à ma problématique. Tout d'abord, supprimer toute notion de féminité ne me semble pas être une solution. La féminité hégémonique culturellement idéalisée est certes problématique et exclut incontestablement les personnes intersexes, mais il me semble bien plus pertinent de l'élargir au profit d'une définition plus inclusive. De plus, mettre complètement fin au dualisme homme/femme apparaît irréalisable dans la sphère sportive. Les statistiques et records parlent d'eux-mêmes, et bien que je n'aie personnellement pas les compétences pour l'expliquer scientifiquement, les hommes ont des résultats sportifs supérieurs aux femmes. Cependant, il est vrai qu'en séparant les femmes des hommes pour cette raison, *World Athletics* admet l'infériorité du sexe féminin, ce qui est précisément ce que

³⁸¹ A. BOHUON et L. PALLES, *op. cit.*, p. 68.

le féminisme différentialiste cherche à combattre³⁸²... La bicatégorisation de la sphère sportive n'est pas en soi mon cheval de bataille, et ma réflexion dépasse le cadre de l'égalité homme/femme, questionnant plutôt la discrimination au sein-même de la catégorie féminine. Je rejoins par-là Butler, qui ne nie pas cette différence sexuelle, mais tente de la contourner en mettant en exergue la multiplicité au sein de ces classes. Le problème dans notre cas est que la Fédération refuse de questionner la bicatégorisation ET d'élargir/redéfinir la catégorie féminine pour l'aligner sur cette multiplicité biologique...

Comme annoncé, tout n'est pas à jeter selon moi dans la politique de *World Athletics*. Certains « indices post-modernes » sont à épingle. Tout d'abord, le fait que le critère de référence des tests de féminité ait évolué dans le temps reflète une certaine reconnaissance indirecte du caractère multiple du sexe, qu'un seul critère (hormonal *in casu*) ne permet pas de définir. De plus, comme nous venons de le voir, au-delà de vouloir simplement garantir « une opportunité égale de concourir » à toutes les athlètes, *World Athletics* avance tout de même certaines prémisses d'égalité substantielle. La simple création de la catégorie « protégée » des femmes en est déjà l'illustration, celles-ci bénéficiant d'une protection particulière. De plus, nous avons vu au début de ce travail que cette équité sportive implique normalement qu'aucune considération raciale, ethnique ou sexuelle ne soit prise en compte au stade de l'élection des athlètes³⁸³. Cependant, les quatre visées de l'égalité substantielle vont bien au-delà de cela...

Ces indices post-modernes sont essentiels pour pousser la réflexion plus loin et proposer des pistes d'amélioration, mais ils ne sont pas intrinsèquement suffisants pour justifier la première hypothèse de mon projet de mémoire, la discrimination et la violation du droit à la vie privée des athlètes intersexes restant à mon sens totalement disproportionnées.

Chapitre 2. Le sport féminin : terrain de dépassement des normes de genre

Conformément à ma seconde hypothèse, les indices développés précédemment illustrent la capacité de la sphère sportive à se rapprocher d'une vision post-moderne comme la nôtre. Tout l'enjeu de l'adaptation du règlement DSD, finalité de ma question de recherche, repose sur le dépassement des stéréotypes de genre, qui induisent indéniablement une discrimination des athlètes intersexes, et la réduction (voire suppression) des atteintes au droit à la vie privée de ces femmes.

³⁸² R. MERTENS, *op. cit.*, pp. 300 et 301.

³⁸³ S. LOLAND, *op. cit.*, p. 186.

En effet, selon moi, le nœud du problème repose sur la relation causale entre l'apparent conflit basé simplement sur le sexe des athlètes et l'implication plus fondamentale des normes de genre. Celles-ci influencent indirectement l'appréciation de leur sexe, ce qui implique qu'il faut s'y attaquer directement. Cela s'explique par la construction sociale du sexe, qui succède au genre. Le corps des sportives est structuré par les stéréotypes de genre³⁸⁴. Pour légitimer la réalité biologique et concrète des athlètes intersexes, qui ne remettent pas elles-mêmes en question leur identité de genre, il faut donc accepter que ce genre puisse être fluide (queer, non-binaire, etc.) et plus large que ce que la société actuelle soutient.

Le paradoxe, c'est que le langage (juridique ou non) et les corps matériels des athlètes, sont à la fois fondements des préjugés sexistes et outils pour combattre les discriminations³⁸⁵. D'une part, à partir du moment où le genre est performatif et itérable, il « suffit » de modifier les discours culturels et sociaux à son égard pour en modifier la nature. D'autre part, « *les corps féminins (...) peuvent à la fois être considérés comme des lieux où s'exercent l'oppression la plus violente, et constituer les vecteurs d'un pouvoir spécifique plutôt émancipateur* »³⁸⁶. Les physiques et musculatures des sportives, et *a fortiori* ceux des hyperandrogènes bouleversent l'ordre traditionnel qui dit que le genre et le sexe coïncident toujours parfaitement, et rendent concevable l'acceptation de « *féminités corporellement plurielles* »³⁸⁷. De nombreux sociologues du sport ont d'ailleurs montré à travers leurs études que les femmes athlètes ont souvent « *servi de catalyseurs pour les débats idéologiques entourant les normes sociales de la féminité et de la masculinité* »³⁸⁸. En exhibant des corps qui s'affranchissent des normes de féminité établies, de nombreuses sportives soulèvent la question des limites entre masculinité et féminité et perturbent, même sans le vouloir, les rapports de sexe « naturels »³⁸⁹. Concrètement, puisqu'elles n'atteignent pas visuellement l'idéal de genre féminin promu, elles constituent un nouvel idéal d'épanouissement et de grâce³⁹⁰. Plutôt que de stigmatiser ces corps et de les qualifier de monstrueux et hors-normes, le développement du « *sport-spectacle* » favorise de plus en plus l'inversion des normes de genre dans le sport, et permet de voir les physiques des athlètes comme un nouvel idéal³⁹¹. Cela signifie donc que les stéréotypes de genre sont intrinsèquement modifiables et extensibles, et le champ sportif est un cas paradigmatique pour l'illustrer.

³⁸⁴ J. BUTLER, « Les genres en athlétisme : hyperbole ou dépassement de la dualité sexuelle ? », *op. cit.*, p. 29.

³⁸⁵ M.-C. BELLEAU, *op. cit.*, p. 33.

³⁸⁶ A. BOHUON et G. QUIN, *op. cit.*, p. 720.

³⁸⁷ C. LOUVEAU, « Qu'est-ce qu'une vraie femme ... », *op. cit.*, p. 111.

³⁸⁸ I. COURCY, S. LABERGE, C. ERARD et C. LOUVEAU, *op. cit.*, p. 47.

³⁸⁹ C. LOUVEAU, « Sexuation du travail sportif ... », *op. cit.*, p. 181.

³⁹⁰ J. BUTLER, « Les genres en athlétisme : hyperbole ou dépassement de la dualité sexuelle ? », *op. cit.*, p. 23.

³⁹¹ J. BUTLER, *ibidem*, p. 30.

Au vu de tous ces constats, il me faut réfléchir à des pistes de solutions pour adapter le règlement DSD et la bicatégorisation sexuée de la sphère sportive à la réalité biologique des athlètes intersexes, ce d'une manière non-discriminatoire et plus respectueuse de leur droit à la vie privée sous toutes ses facettes, grâce aux outils présentés au long de ce travail.

Afin de remplacer la bicatégorisation, nous pourrions imaginer de mettre sur pied une troisième catégorie, réservée aux personnes n'entrant pas dans les définitions binaires d'homme et de femme. Cela a déjà été envisagé par les instances sportives, non sans son lot de désavantages. Cela reviendrait en effet à augmenter encore un peu plus la stigmatisation de ces athlètes placées « entre-deux », en sachant qu'aucun homme biologique ne serait jamais concerné, les femmes étant les seules testées. Les inconvénients en termes de vie privée me semblent donc trop importants, et cela ne réglerait pas réellement la problématique de discrimination, puisque certaines femmes, seraient toujours traitées différemment. En outre, la suppression pure et simple de ces catégories m'apparaît impensable, comme déjà expliqué, puisque, bien que la bicatégorisation sexuée soit plus « *l'expression d'une volonté institutionnelle qu'un reflet des différences naturelles* »³⁹², elle est à mon sens légitime. Toutefois, cette catégorie féminine, qualifiée de « protégée » par *World Athletics*³⁹³, est à l'opposé « oppressante » selon Butler³⁹⁴. Dans une visée post-moderne (voire intersectionnelle), à défaut de la supprimer définitivement, il faudrait donc à tout le moins rendre compte de la pluralité d'identités cohabitant en son sein. Pour cela, pas d'autre choix encore une fois que d'élargir celle-ci afin de la rendre plus inclusive en acceptant des féminités multiples. La subversion des normes proposée par Judith Butler est essentielle pour dépasser ces stéréotypes de genre et cette féminité hégémonique. Ce n'est pas la catégorie féminine en elle-même qui est oppressante, mais bien la « condition » de femme stéréotypée, qu'il faut contrer³⁹⁵. Concrètement, nous pourrions imaginer des campagnes de promotion d'une féminité « élargie » dans l'espoir d'ouvrir les esprits et de rendre les mentalités plus inclusives. Les médias et réseaux sociaux occupent une telle place dans la société actuelle qu'ils peuvent et doivent à mon sens être vecteurs de changements. Les athlètes apparaissent de plus en plus maquillées et apprêtées lors des grands événements sportifs. S'il s'agit uniquement d'un moyen de se conformer aux normes de la féminité plutôt que d'un réel choix personnel, peut-être faudrait-il également arrêter cette « conformation » et exposer une apparence sportive assumée.

Une autre solution serait d'élargir les critères sexuels utilisés pour définir le sexe des athlètes

³⁹² A. BOHUON et I. GIMENEZ, *op. cit.*, p. 23.

³⁹³ R. MERTENS, *op. cit.*, p. 300.

³⁹⁴ I. JAMI, *op. cit.*, p. 208.

³⁹⁵ M.-C. BELLEAU, *op. cit.*, p. 33.

hyperandrogènes. Nous sommes en effet face à une définition exclusive de ce qu'est une femme : celle dont le sexe sportif/sexe hormonal est limité à un certain seuil. Pourquoi ne pas prendre en considération toutes les caractéristiques sexuelles primaires et secondaires de ces athlètes ? Cela permettrait peut-être de se rapprocher un peu plus d'une certaine « vérité », bien que ce ne serait pas en soit suffisant, puisque nous savons que tous ces marqueurs peuvent se contredire dans le cas des personnes intersexes. Les médecins de la Fédération devraient à mon sens être plus inclusifs en tentant de définir « la vraie femme », et être conscients des normes de genre qui les guident encore dans leur pratique médicale, afin d'éviter de les perpétuer.

Ensuite, il est peut-être envisageable de renforcer le contrôle des ordres juridiques publics au sein de l'ordre juridique sportif. Cela entraîne de nombreuses considérations que ce mémoire n'entend pas résoudre, et ne signifie pas que je souhaite mettre fin à la spécificité sportive, qui est essentielle à de nombreux égards. Cependant, à l'instar de la CJUE, imposer aux instances sportives et arbitrales de donner plus de crédit en amont aux droits fondamentaux me semble essentiel, et éviterait des problèmes en aval. Le droit à la vie privée devrait par exemple être officiellement reconnu comme principe général de droit invocable devant le TAS. La grande chambre de la CEDH dispose également de l'occasion parfaite lors du recours contre l'arrêt Semenya pour affirmer explicitement une bonne fois pour toutes la soumission de la *lex sportiva* à l'ensemble de la Convention.

Enfin, il faudrait adapter la vision de l'équité de *World Athletics* pour qu'elle se rapproche d'une réelle égalité substantielle. Pour réellement « *corriger les désavantages, lutter contre les stigmates, les stéréotypes et les préjugés, renforcer la participation et prendre en compte les différences* »³⁹⁶, les féministes post-modernes différencient l'« identité » de l'« égalité »³⁹⁷. Il importe de dissocier deux débats : « différentes / identiques » contre « égales / inégales ». Selon Joan W. Scott, la différence est un concept complexe, qui n'est jamais aisé à définir dans les faits. Pour elle, même la différence sexuelle binaire n'est pas évidente, et cache de nombreuses autres différences au sein-même des deux classes : « *The sameness constructed on each side of the binary opposition hides the multiple play of differences and maintains their irrelevance and invisibility* »³⁹⁸. De son côté, l'égalité suppose de considérer des personnes évidemment différentes comme équivalentes pour un but donné. Cette vision de l'égalité dépend donc d'une reconnaissance de l'existence de la différence, car si les individus ou les groupes étaient identiques, il n'y aurait pas besoin de demander l'égalité. L'égalité pourrait être

³⁹⁶ M. BELL and A. NUMHAUSER-HENNING, *op. cit.*, p. 261.

³⁹⁷ J. WALLACH SCOTT, « Deconstructing Equality-versus-Difference: Or, the Uses of Poststructuralist Theory for Feminism », *Feminist Studies*, vol. 14, n°1, 1988, pp. 32 à 50.

³⁹⁸ J. WALLACH SCOTT, *ibidem*, p. 46.

définie comme une « *indifférence délibérée aux différences spécifiées* »³⁹⁹. En définitive, le seul moyen de poursuivre une politique féministe sensée est d'arrêter d'opposer identité et égalité et d'utiliser les différences comme signification même de l'égalité, puisque l'égalité des chances parfaite et naturelle visée par la Fédération est inatteignable dans le sport, car il faudrait entre autres que tous les opposants disposent de capacités physiques strictement identiques, ce qui va à l'encontre de la beauté du sport qui met en lumière des capacités « extra-ordinaires ».

En conclusion, le féminisme post-moderne est selon moi capable de bouleverser les stéréotypes traversant la sphère sportive et de véhiculer un nouveau modèle d'accomplissement féminin inclusif et moderne, incluant toutes les femmes et toutes leurs réalités biologiques, sans discrimination et violations fondamentales de leurs droits, sans pour autant nier les différences biologiques entre hommes et femmes, et entre femmes elles-mêmes. La réalité de la sportive hyperandrogène reflète des considérations plus profondes qui questionnent l'inclusivité de notre société. En 2024, certains stigmates ne sont plus cautionnables, et les mentalités doivent évoluer, par tous les moyens.

³⁹⁹ J. WALLACH SCOTT, *ibidem*, p. 44.

Bibliographie

Législations et réglementations

- Organisation des Nations Unies (ONU)

Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes de l'Assemblée générale des Nations Unies, adoptée le 18 décembre 1979, *R.T.N.U.*, 1981, vol. 1249, p. 24.

Recommandation générale n°28 concernant les obligations fondamentales des États parties découlant de l'article 2 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, CEDAW/C/GC/28, 16 décembre 2010.

Résolution concernant l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes et des filles dans le sport du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, A/HRC/RES/40/5, 20 mars 2019.

- Conseil de l'Europe

Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, *S.T.E.*, n°005.

Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, signée à Oviedo le 4 avril 1997, *S.T.E.*, n°164.

Recommandation 1701 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur la discrimination à l'encontre des femmes et des jeunes filles dans les activités sportives, 27 avril 2005.

Recommandation CM/Rec(2010)9 du Comité des Ministres sur le Code d'éthique sportive révisé, 16 juin 2010.

Recommandation CM/Rec(2015)2 du Comité des Ministres sur l'approche intégrée de l'égalité entre les femmes et les hommes dans le sport, 21 janvier 2015.

Déclaration internationale sur les droits de l'Homme et le sport, signée à Tbilissi le 16 octobre 2018.

Recommandation CM/Rec(2021)5 du Comité des Ministres aux États membres sur la Charte européenne du sport révisée, 13 octobre 2021.

- Union européenne (UE)

Sources primaires

Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, signé à Rome le 25 mars 1957, *J.O.U.E.*, C 326, version consolidée, 26 décembre 2012, art. 19 et 165.

Traité sur l'Union européenne, signé à Maastricht le 7 février 1992, *J.O.C.E.*, C 191, 29 juillet 1992, art. 2.

Traité d'Amsterdam modifiant le Traité sur l'Union européenne, les Traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes, signé à Amsterdam le 2 octobre 1997, *J.O.C.E.*, C 340/136, Déclaration relative au sport, 10 novembre 1997.

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, signée à Nice le 7 décembre 2000, *J.O.C.E.*, C 364, 18 décembre 2000, art. 21, §1 et 52, §3.

Sources dérivées

Résolution 2002/2280(INI) du Parlement européen du 5 juin 2003 sur les Femmes et le sport, *J.O.U.E.*, C 68 E, 18 mars 2004.

Directive (UE) 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte), *J.O.U.E.*, L 204, 26 juillet 2006.

Résolution 2018/2878(RSP) du Parlement européen du 14 février 2019 sur les droits des personnes intersexuées, *J.O.U.E.*, C 449, 23 décembre 2020.

- Autres

Loi fédérale suisse sur le droit international privé (LDIP), art. 190.

- Sportives

Charte olympique du Comité international olympique selon son état en vigueur au 15 octobre 2023, art. 25.

Cadre du Comité international olympique sur l'équité, l'inclusion et la non-discrimination sur la base de l'identité sexuelle et de l'intersexuation, 16 novembre 2021.

Code de l'arbitrage en matière de sport, en vigueur à partir du 1^{er} février 2023, art. R58.

IAAF, « Règlement régissant la qualification des femmes présentant une hyperandrogénie pour leur participation dans les compétitions sportives », entré en vigueur le 1^{er} mai 2011.

IAAF, « Règlement régissant la qualification dans la catégorie féminine (pour les athlètes présentant des différences du développement sexuel) », entré en vigueur le 1^{er} novembre 2018.

World Athletics, « Règlement régissant l'admissibilité à concourir dans la catégorie féminine (athlètes présentant des différences du développement sexuel) », version 3.0., Tome C, C3.6., entré en vigueur le 31 mars 2023.

Jurisprudence

- Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH)

Cour eur. D.H., arrêt *Semenya c. Suisse*, 11 juillet 2023.

Cour eur. D.H., arrêt *Napotnik c. Roumanie*, 20 octobre 2020.

Cour eur. D.H., affaire *Mutu et Pechstein c. Suisse*, 2 octobre 2018.

Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Denisov c. Ukraine*, 25 septembre 2018.

Cour eur. D.H., arrêt *Fédération nationale des associations et syndicats de sportifs (FNASS) et autres c. France*, 18 janvier 2018.

Cour eur. D.H., arrêt *Alexandru Enache c. Roumanie*, 3 octobre 2017.

Cour eur. D.H., arrêt *A.P., Garçon et Nicot c. France*, 6 avril 2017.

Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Bouyid c. Belgique*, 21 novembre 2013.

Cour eur. D.H., arrêt *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avril 2002.

Cour eur. D.H., arrêt *Niemietz c. Allemagne*, 16 décembre 1992.

Cour eur. D.H., arrêt *X et Y c. Pays-Bas*, 26 mars 1985.

- Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)

C.J.U.E. (gde ch.), arrêt *European Superleague Company SL c. FIFA et UEFA*, 21 décembre 2023, C-333/21.

C.J.U.E. (gde ch.), arrêt *SA Royal Antwerp Football Club c. Union royale belge des sociétés de football association ASBL (URBSFA)*, 21 décembre 2023, C-680/21.

C.J.U.E. (gde ch.), arrêt *International Skating Union c. Commission*, 21 décembre 2023, C-124/21 P.

C.J.C.E., arrêt *Deliège c. Ligue francophone de judo et disciplines associées ASBL et al.*, 11 avril 2000, C-51/96 et C-191/97.

C.J.C.E., arrêt *Bosman c. Union royale belge des sociétés de football association ASBL et al.*, 15 décembre 1995, C-415/93.

C.J.C.E., arrêt *Flaminio Costa c. ENEL*, 15 juillet 1964, aff. 6/64.

- Tribunal fédéral suisse

Tribunal fédéral suisse, arrêt *Tensacciai SpA et Terra Armata Srl*, ATF132III395, 8 mars 2006.

- **Tribunal arbitral du sport (TAS)**

C.A.S., *Mokgadi Caster Semenya & Athletics South Africa c. International Association of Athletics Federations (IAAF)*, 2018/O/5794 & 5798, 30 April 2019.

C.A.S., *Dutee Chand v. Athletics Federation of India (AFI) & International Association of Athletics Federations (IAAF)*, 2014/A/3759, 24 July 2015.

C.A.S., *Katusha Management SA v. UCI*, 2012/A/3031, 2 May 2013.

C.A.S., *Vadim Devyatovski v. International Olympic Committee (IOC)*, 2009/A/1752, 10 June 2010.

Doctrines juridiques

ABREU CALDAS, D., *Le sport et le droit : partenaires ou adversaires ? Analyse des relations juridiques entre l'ordre sportif et l'ordre étatique, au niveau belge et européen. Proposition pour la création d'un service public du sport*, mémoire de fin d'études, Université catholique de Louvain, 2009.

BELL, M. and NUMHAUSER-HENNING, A., « Equal treatment », in *European Labour Law*, T. Jaspers, F. Pennings and S. Peter (dir.), 2nd ed., Cambridge, Intersentia, 2024, pp. 254 à 324.

BOMBOIS, T. « De l'exception à la valorisation sportive - L'ordre juridique sportif aux prises avec le droit communautaire et étatique », in *Le sport dopé par l'Etat - Vers un droit public du sport*, Sébastien Depré (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 117 à 169.

BRIBOSIA, E. et RORIVE, I., « Droit de l'égalité et de la non-discrimination », *J.E.D.H.*, 2019/2, pp. 120 à 140.

CARLIER, J.-Y., « Évolution des rapports entre le droit et le sport : à propos des affaires Delière, Lethonen et Malaja », *J.L.M.B.*, 2000/32, pp. 1381 à 1394.

CASINI, L., « The making of a lex sportiva by the Court of arbitration for sport », in *Lex Sportiva: What is Sports Law?*, R. C.R. Siekmann et J. Soek (dir.), The Hague, Asser Press, 2012, pp. 149 à 171.

DASSER, F., « International arbitration and setting aside proceedings in Switzerland – An updated statistical analysis », *ASA Bulletin*, vol. 28, n° 1, 2010, pp. 82 à 100.

DISTEFANO, G. et MAVROIDIS, P. C., « Eparpillement aux Quatre vents : la fragmentation du droit du sport », in *Citius, Altius, Fortius : Mélanges en l'Honneur de Denis Oswald*, A. Rigozzi, D. Sprumont et Y. Hafner (éd.), Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2012, pp. 739 à 755.

FOSTER, K., « Lex sportiva : transnational law in action », in *Lex Sportiva: What is Sports Law?*, R. C.R. Siekmann et J. Soek (dir.), The Hague, Asser Press, 2012, pp. 235 à 250.

KAMGAING, P.-C., « L'arbitrage des conflits sportifs à l'aune des droits fondamentaux », *Signatures internationales. Association française des docteurs en droit*, n°4, décembre 2021,

pp. 137 à 159.

LAGRANGE, E., « L'État et les puissances privées. Digressions sur la compétence plénière de l'État et « l'autonomie du mouvement sportif » » in *Les limites du droit international - essai en l'honneur de Joe Verhoeven / The limits of international law - essays in honour of Joe Verhoeven*, P. d'Argent et al. (dir.), 1^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 183 à 204.

LATTY, F., « Transnational sports law », in *Lex Sportiva: What is Sports Law?*, R. C.R. Siekmann et J. Soek (dir.), The Hague, Asser Press, 2012, pp. 273 à 286.

LATTY, F., *La lex sportiva, recherche sur le droit transnational*, Thèse de doctorat, Université Paris XNanterre, 2005.

LEBEL-GRENIER, S., *Pour un pluralisme juridique radical*, Thèse de doctorat, Université McGill, Montréal, 2002.

MAISONNEUVE, M., « Le Tribunal arbitral du sport et les droits fondamentaux des athlètes », *R.D.L.F.*, 2017, n°09, pp. 1 à 15.

MAISONNEUVE, M., BESSON, S., PELTIER, M. et RIGOZZI, A., « Chronique de jurisprudence arbitrale en matière sportive », *Revue de l'arbitrage*, 2019, n°3, pp. 941 à 965.

MAISONNEUVE, M., « Le Tribunal arbitral du sport et le droit au procès équitable : l'arbitrage bienveillant de la Cour européenne des droits de l'Homme (obs. sous Cour eur. dr. h., arrêt Mutu et Pechstein c. Suisse, 2 octobre 2018) », *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, 2019/3, n°119, pp. 687 à 705.

MERTENS, R., « Quand les discriminations mènent aux violences de genre : le cas des athlètes intersexes », in *Les violences de genre au prisme du droit*, S. Wattier (dir.), Larcier, Bruxelles, 2020, pp. 293 à 312.

NAFZIGER, J. A.R., « Lex sportiva », in *Lex Sportiva: What is Sports Law?*, R. C.R. Siekmann et J. Soek (dir.), The Hague, Asser Press, 2012, pp. 53 à 67.

NAFZIGER, J. A.R., « The principle of fairness in the *lex sportiva* of CAS awards and beyond », in *Lex Sportiva: What is Sports Law?*, R. C.R. Siekmann et J. Soek (dir.), The Hague, Asser Press, 2012, pp. 251 à 272.

RAINEY, B., McCORMICK P. and OVEY, C., *Jacobs, White and Ovey, The European Convention on Human Rights*, 8th ed., Oxford, Oxford University Press, 2021.

RIGOZZI, A., « Challenging awards of the Court of arbitration for sport », *Journal of international disputes settlement*, vol. 1, n°1, 2010, pp. 217 à 265.

ROMANO, S., *L'ordre juridique*, trad. L. François et P. Gothot, Paris, Dalloz, 1975.

SHARIFRAZI, A., « Les discriminations intersectionnelles à la croisée des chemins : regard pratique sur le système antidiscriminatoire des organes conventionnels des Nations Unies », *J.E.D.H.*, 2019/5, pp. 335 à 365.

SIEKMANN, R. C.R. et SOEK, J., *Lex Sportiva: What is Sports Law?*, The Hague, Asser Press, 2012.

SIMON, G., « Existe-t-il un ordre juridique du sport ? », *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de cultures juridiques*, 2001/1, n°33, pp. 97 à 106.

VAN HOECKE, M., « Des ordres juridiques en conflit : sport et droit », *R.I.E.J.*, 1995/2, vol. 35, pp. 61 à 93.

VASSINE, T., « La Lex Sportiva en sursis : le droit sportif peut-il être autonome ? », *Revue internationale et stratégique*, 2019/2, n°114, pp. 87 à 94.

WEATHERHILL, S., « Fairness, openness and the specific nature of sport : Does the Lisbon Treaty change EU sports law ? », in *Lex Sportiva: What is Sports Law?*, R. C.R. Siekmann et J. Soek (dir.), The Hague, Asser Press, 2012, pp. 311 à 325.

Littérature scientifique

BARIL, A., « De la construction du genre à la construction du « sexe » : les thèses féministes postmodernes dans l'œuvre de Judith Butler », *Recherches féministes*, 2007, n°2, vol. 20, pp. 61 à 90.

BELLEAU, M.-C., « Les théories féministes : droit et différence sexuelle », *R.T.D. civ.*, 2001, n°1, pp. 1 à 39.

BERENI, L., CHAUVIN, S., JAUNAIT, A. et REVILLARD, A., *Introduction aux études sur le genre*, 3e éd., Louvain-la-Neuve, Deboeck Supérieur, 2020.

BERMON, S. et GARNIER, P.-Y., « Serum androgen levels and their relation to performance in track and field: mass spectrometry results from 2127 observations in male and female elite athletes », *British Journal of Sports Medicine*, 2017, vol. 51, pp. 1309 à 1314.

BOHUON, A., « Sport et bicatégorisation par sexe : test de féminité et ambiguïtés du discours médical », *Nouvelles questions féministes*, 2008/1, vol. 27, pp. 80 à 91.

BOHUON, A., *Catégorie « dames ». Le test de féminité dans les compétitions sportives : une histoire classée X ?*, Paris, Éditions iXe, 2012.

BOHUON, A. et QUIN, G., « Sport », in *Encyclopédie critique du genre*, J. Rennes (dir.), Paris, La Découverte, 2016, pp. 715 à 726.

BOHUON, A. et GIMENEZ, I., « Performance sportive et bicatégorisation sexuée. Le cas de María José Martínez Patiño et le problème de l'avantage « indu » », *Genèses*, 2019/2, n°115, pp. 9 à 29.

BOHUON, A. et PALLES, L., « Ne plus se laisser prendre à leurs Jeux. », *Cahiers d'histoire. Revue d'histoire critique*, 2023, n°158, pp. 61 à 75.

BROHM, J.-M., *Sociologie politique du sport*, Nancy, P.U. de Nancy, 1992.

BUTLER, J., « Les genres en athlétisme : hyperbole ou dépassement de la dualité sexuelle ? », trad. M. Ploux, *Cahiers du genre*, 2000, n°29, pp. 21 à 35.

BUTLER, J., « « Les femmes » en tant que sujet du féminisme », *Raisons politiques*, 2003/4, n°12, pp. 85 à 97.

BUTLER, J., « Préface à la seconde édition (1999) de *Gender Trouble*. Feminism and the subversion of identity », *Cahiers du genre*, 2005/1, n°38, pp. 15 à 42.

BUTLER, J., FASSIN, E. et WALLACH SCOTT, J., « Pour ne pas en finir avec le « genre »... Table ronde », *Sociétés & Représentations*, 2007/2, n°24, pp. 285 à 306.

BUTLER, J., *Bodies that matter: on the discursive limits of sex*, 1st ed., London, Routledge, 2011.

COGÉRINO, G. et MANSEY, M., « Image du corps, idéal corporel et féminité hégémonique chez les enseignantes d'EPS », *Tréma*, 2010, n°32, pp. 95 à 110.

COURCY, I., LABERGE, S., ERARD, C. et LOUVEAU, C., « Le sport comme espace de reproduction et de contestation des représentations stéréotypées de la féminité », *Recherches féministes*, 2006, vol. 19, n°2, pp. 29 à 61.

CRENSHAW, K., « Demarginalizing the Intersection of Race and Sex : A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics » *University of Chicago*, 1989, pp. 139 à 167.

CROS, B., « « He is a woman ! » Transparence, opacité et visibilité du corps intersexe dans le sport : le cas de Caster Semenya », in *Genre(s) et transparence*, F. Binard et G. Leduc (dir.), Paris, L'Harmattan, 2014, pp. 121 à 143.

DUCLOS, K., « La symbolisation du féminin à l'épreuve du corps sportif », *Psychologie clinique et projective*, 2006/1, n°12, pp. 381 à 402.

ELIAS, N. et DUNNING, E., *Sport et civilisation. La violence maîtrisée*, Paris, Fayard, 1994.

FAUSTO-STERLING, A., *Corps en tous genres. La dualité des sexes à l'épreuve de la science*, trad. O. Bonis et F. Bouillot, Paris, La Découverte, 2012.

FERNANDEZ FERNANDEZ, L., *Faut-il supprimer la bicatégorisation par sexe dans le sport ?*, Mémoire de fin d'études, Université catholique de Louvain, 2019.

JAMI, I., « Judith Butler, théoricienne du genre », *Cahiers du genre*, 2008/1, n°44, pp. 205 à 228.

JEJCIC, M., « Pour introduire à la lecture de *Trouble* dans le genre de Judith Butler », *La revue lacanienne*, 2007/4, n°4, pp. 26 à 33.

LOLAND, S., « L'éthique dans le sport, enjeux actuels et futurs », in *Éthique et sport en Europe*, D. Bodin (dir.), Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 2011, pp. 185 à 193.

LOUVEAU, C., « Sexuation du travail sportif et construction sociale de la féminité », *Cahiers du genre*, 2004/1, n°36, pp. 163 à 183.

LOUVEAU, C. « Inégalité sur la ligne de départ : femmes, origines sociales et conquête du sport », *Clio. Histoire, femmes et sociétés*, 2006, n°23, pp. 119 à 143.

LOUVEAU, C., « Le corps sportif : un capital rentable pour tous ? », *Actuel Marx*, 2007/1, n°41, pp. 55 à 70.

LOUVEAU, C. « Qu'est-ce qu'une vraie femme dans le monde du sport ? », in *Qu'est-ce que le genre ?*, L. Laufer et F. Rochefort (dir.), Paris, Payot, 2014, pp. 103 à 119.

LÖWY, I., « Intersexe et transsexualités : Les technologies de la médecine et la séparation du sexe biologique du sexe social », *Cahiers du genre*, 2003/1, n°34, pp. 81 à 104.

MACARY-GARIPUY, P., « Le mouvement « queer » : des sexualités mutantes ? », *Psychanalyse*, 2006/3, n°7, pp. 43 à 52.

MARIGNIER, N., « Performativité », *Langage et société*, 2021/HS1, pp. 263 à 266.

MENNESSON, C., « Les sportives 'professionnelles' : travail du corps et division sexuée du travail », *Cahiers du genre*, 2007/1, n°42, pp. 19 à 42.

MICHEL, P., « La nouvelle réglementation de la FINA sur l'éligibilité des athlètes intersexes et transgenres, ou le danger de l'exclusion », *R.D.L.F.*, 2022, n°34, pp. 1 à 8.

MONTAÑOLA, S. et LAPEYROUX, N., « L'ambivalence du traitement médiatique de l'intersexuation dans le sport », in *Sexe&genre. De la biologie à la sociologie*, B. Abou et H. Berry (dir.), Paris, Éditions Matériologiques, 2019, pp. 159 à 177.

OAKLEY, A., *Sex, Gender and Society*, 1^e éd., London, Temple Smith, 1972.

REBREYEND, A.-C., « Anne Fausto-Sterling, Corps en tous genres. La dualité des sexes à l'épreuve de la science », *Clio. Femmes, Genre, Histoire*, 2013, n°37, pp. 251 à 254.

SEMENYA, C., *The race to be myself, s.l.*, Merky Books, 2023.

TRÉCOURT, F. et FASSIN, E., « Michel Foucault, archéologue du « genre » », *Essais*, 2014, pp. 85 à 94.

VILLARET, S., « L'affaire Semenya ou la forteresse sportive assiégée. Athlètes intersexes et techniques de détermination à l'aube du XXI^e siècle », *Techniques&Culture*, 2022/1, n°77, pp. 50 à 69.

WALLACH SCOTT, J., « Deconstructing Equality-versus-Difference: Or, the Uses of Poststructuralist Theory for Feminism », *Feminist Studies*, vol. 14, n°1, 1988, pp. 32 à 50.

Documents officiels

- Organisation des Nations Unies (ONU)

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 », Rapport thématique, A/HRC/44/26, 15 juin 2020.

United Nations Human Rights Office, « Human rights violations against intersex people », Background note, 2019.

- Conseil de l'Europe

Commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe, « Droits de l'homme et personnes intersexes », Document thématique, juin 2015.

CORNU, P., ROBERT-CUENDET, S. et VIDAL, L. (APES), « La protection des droits de l'Homme en Europe dans le cadre des procédures disciplinaires et arbitrales des organisations sportives », Manuel de bonnes pratiques à l'usage du mouvement sportif, Conseil de l'Europe, n°5, 2018.

Enlarged Partial Agreement on Sport, « Diversity Conference 2021. Protecting and promoting the human rights of intersex and transgender athletes in sport competitions », Recommendations and closing session, 20 September 2021.

Cour eur. D.H., « Sport et Convention européenne des droits de l'Homme », Fiche thématique – Sport et CEDH, janvier 2023.

Cour eur. D.H., « Décisions du Collège de la Grande chambre – novembre 2023 », Communiqué de presse de la greffière de la Cour, CEDH 302 (2023), 6 novembre 2023.

European Court of Human Rights, « Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights. Right to respect for private and family life, home and correspondence », disponible sur https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide_art_8_eng, 9 April 2024.

- Union européenne (UE)

MERGAERT, L., ARNAUT, C., VERTOMMEN, T. et LANG, M., « Study on gender-based violence in sport », Final report, European Commission, 2016.

FREDMAN, S., « Intersectional Discrimination in EU gender equality and non-discrimination role », Directorate general for Justice and Consumers, European Commission, May 2016.

Ressources internet

Agence médicale mondiale, « Les représentants de médecins réaffirment leur opposition au règlement de l'IAAF », disponible sur <https://www.wma.net/>, 15 mai 2019.

BOMBOIS, T., « Le pouvoir de régulation des fédérations sportives », disponible sur

https://laboratoire-droit-sport.fr/wp-content/uploads/2016/06/Le-pouvoir-de-r%C3%A9gulation-des-f%C3%A9d%C3%A9rations-sportives_2007.pdf, consulté le 20 septembre 2023. Version condensée et actualisée des deux contributions suivantes : BOMBOIS, T., « De l'exception à la valorisation sportive. L'ordre juridique sportif aux prises avec le droit communautaire et étatique » in *Le sport dopé par l'Etat. Vers un droit public du sport*, S. Depré (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 117 et s. ; BOMBOIS, T. et EYBEN, C., « L'arrêt Mitu c. U.R.B.S.F.A ou le hors-jeu disciplinaire des fédérations sportives », *J.T.*, 2007, pp. 407 et s..

DION, J., « Madame Monsieur », disponible sur <https://www.ledevoir.com/opinion/chroniques/263478/madame-monsieur>, 20 août 2009.

MAISONNEUVE, M., « Athlètes intersexes : la CEDH relance la course judiciaire », *Le Club des Juristes*, disponible sur <https://www.leclubdesjuristes.com/>, 25 juillet 2023.

MATTIUSI, J., « Athlètes intersexes et équité sportive : quelle place pour la discrimination ? », disponible sur <https://dieses.fr/>, 21 décembre 2021.

MedlinePlus, « Ovarian overproduction of androgens », *National Library of Medicine (US)*, disponible sur <https://medlineplus.gov/ency/article/001165.htm>, consulté le 12 août 2024.

R.T.B.F., « L'affaire Semenya : l'hyperandrogénie en procès devant le TAS », disponible sur <https://www.rtbf.be/article/l-affaire-semenya-l-hyperandrogenie-en-proces-devant-le-tas-10149160>, 19 février 2019.

Women's sports foundation, « Participation of intersex athletes in women's sports », disponible sur <https://www.womenssportsfoundation.org/>, 20 September 2011.

World Athletics, « Athletes by event and season best », disponible sur <https://worldathletics.org/competitions/world-athletics-championships/world-athletics-championships-budapest-2023-7138987/news/press-releases/final-entry-lists-budapest-23>, 10 August 2023.

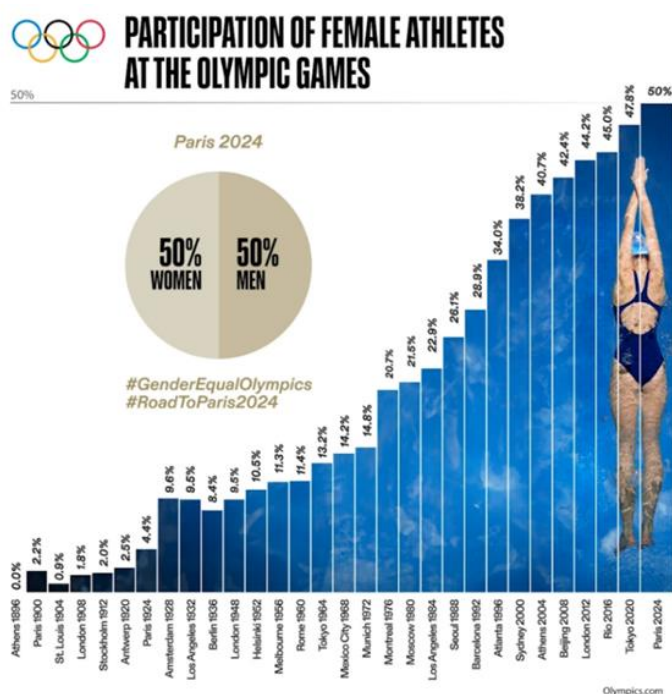
Annexe 1. Grille d'analyse critique

Axes d'analyse	Critères de comparaison	Hypothèse post-moderne	Hypothèse essentialiste/différentialiste
Naturalité	Définition du sexe	- Aucune manière univoque et certaine de déterminer le sexe d'une personne - Nombreux marqueurs sexuels différents, qui ne correspondent pas toujours à un seul sexe - Continuum sexuel avec aux pôles les sexes mâle et femelle - Sexe $\neq$ biologique, certain, et donné = construit socialement et succède au genre	- Le sexe est biologique, inné et naturel - Caractéristiques physiques propres à chaque sexe, sans questionnement au sein des sexes binaires - Naturalisation des catégories binaires de sexe due à ce dimorphisme sexuel binaire
Normativité	Stéréotypes de genre	- Genre fluide - Matrice culturelle hétérosexuelle masculine à dépasser	- Différences naturelles/essentiels entre hommes et femmes - Rôles sociaux distincts pour chaque sexe (<i>ex. fonction procréatrice, femme du foyer, femme séduisante, etc.</i>)
	Perceptions des corps physiques	- Acceptation des corps « abjects » et anormaux - Absence/suppression de la notion de féminité physique	- Différence et complémentarité des corps masculins et féminins - Caractéristiques essentialisantes au sexe féminin - Caractéristiques physiques propres aux femmes (<i>ex. cheveux longs, séduisantes, minces, ...</i>) = valorisation de la féminité physique

Multiplicité	Définition du sexe	<i>Idem ci-dessus</i>	<i>Idem ci-dessus</i>
	Gestion des différences / Interdiction de la discrimination	- Pas de catégorie féminine car oppressante et excluante - Dépassement des stéréotypes de genre / catégories excluant(e)s dans un objectif d'inclusion	- Les femmes doivent être égales aux hommes donc création d'une catégorie « femmes » - Valorisation des qualités et valeurs féminines - Actions spécifiques adaptées aux femmes
Protection et égalité	Théories de l'égalité	- Fausse opposition entre « égales ou différentes », plutôt que de dissocier deux débats : « différentes » ou « identiques », « égales » ou « inégales » - Distinction entre identité et égalité - Judith Butler vise l'égalité substantielle à partir du moment où elle prône la correction des différences, préjugés et désavantages	- Les femmes doivent être égales aux hommes donc création d'une catégorie « femmes » = l'égalité dans la différence - Prône la théorie de l'égalité entre hommes et femmes, principalement dans le cadre des politiques publiques - Egalité d'opportunité et traitement spécial des femmes - Adaptation des institutions aux caractéristiques typiquement féminines - Création d'une communauté bisexuelle

Annexe 2. Chiffres officiels de la participation des femmes aux Jeux Olympiques modernes

Source : <https://olympics.com/cio/egalite-des-genres/egalite-des-genres-a-travers-le-temps>



Annexe 3. Evolution des techniques des tests de féminité

Source : VILLARET, S., « L'affaire Semenya ou la forteresse sportive assiégée. Athlètes intersexes et techniques de détermination à l'aube du XXIe siècle », *Techniques&Culture*, 2022/1, n°77, p. 65.

Date	Techniques de test retenues par les instances sportives
1930	Examen visuel mais pas de systématisation
1948	Certificat médical exigé pour la participation aux JO de Londres
1966	Examen gynécologique et morphologique systématique, organisé par les instances sportives elles-mêmes : délivrance d'un « certificat de féminité » valable à vie
1968	Test du corpuscule de Barr, visant à attester de la présence du second chromosome X sur la paire de chromosomes sexuels
1992	Test PCR SRY visant à détecter le chromosome Y sur la paire de chromosomes sexuels
2000	Abandon du PCR SRY au profit d'un examen médical croisant différentes techniques si suspicion
2011	Test hormonal (testostérone) : taux limite 10 nmol/l
2018	Test hormonal (testostérone) : taux limite 5 nmol/l

Remarque : Une ligne devrait être ajoutée pour 2023 – Test hormonal (testostérone) : taux limite 2,5 nmol/l

Annexe 4. Approche intersectionnelle : la critique raciale féministe (pour aller plus loin)

Certains auteurs ont soulevé la question de la discrimination intersectionnelle des athlètes intersexes, sur base de leur sexe ET de leur couleur ou de leur race. L'intersectionnalité se définit comme « *le fait d'être victime de discrimination pour deux ou plusieurs motifs, qui agissent simultanément et interagissent d'une manière inséparable, produisant des formes distinctes et spécifiques de discrimination* »⁴⁰⁰. Nous devons cette notion à la professeure américaine Kimberle Crenshaw⁴⁰¹, notion qui fait partie intégrante d'une autre théorie féministe du droit, appelée critique raciale féministe⁴⁰². Celle-ci nécessiterait une analyse approfondie pour en saisir tous les contours, ce qui n'est pas l'objectif de ma recherche. Il me semblait toutefois pertinent d'ajouter cette dimension à la discrimination complexe vécues par les athlètes intersexes.

En deux mots, l'intersectionnalité favorise le dépassement de « *l'unidimensionnalité du droit antidiscriminatoire construit sur une vision binaire et essentialiste des catégories discriminantes* »⁴⁰³. Même en matière de discrimination, des groupes s'opposent (par exemple les hommes contre les femmes) sans que personne ne se pose la question de l'égalité de traitement au sein-même de ceux-ci. Or, la femme noire se situant à l'intersection des discriminations racistes et sexistes⁴⁰⁴, elle est invisibilisée au sein des deux classes identitaires, des hommes de couleur d'une part, et des femmes blanches de l'autre⁴⁰⁵. Dès lors, les femmes de couleur sont constamment « assimilées » aux femmes blanches au sein de la catégorie féminine, du fait de leur sexe commun, alors qu'elles ne sont pas traitées de la même façon au sein de la société en raison de leur couleur. Elles sont indéniablement oubliées par les revendications féministes et antiracistes, ce pourquoi la critique raciale féministe tend à rallier toutes celles-ci dans un engagement commun pour lutter contre l'exclusion des femmes noires⁴⁰⁶. Ne pas prendre en compte tous les aspects de l'identité d'un individu mène à des discriminations intra-catégorielles, et c'est ce que tente de gommer la théorie de

⁴⁰⁰ S. FREDMAN, « Intersectional Discrimination in EU gender equality and non-discrimination role », Directorate general for Justice and Consumers, European Commission, May 2016, pp. 27 et 28.

⁴⁰¹ K. CRENSHAW, « Demarginalizing the Intersection of Race and Sex : A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics » *University of Chicago Legal Forum*, 1989, vol. 1989, art. 8, pp. 139 à 167.

⁴⁰² M.-C. BELLEAU, *op. cit.*, p. 23.

⁴⁰³ A. SHARIFRAZI, « Les discriminations intersectionnelles à la croisée des chemins : regard pratique sur le système antidiscriminatoire des organes conventionnels des Nations Unies », *J.E.D.H.*, 2019/5, p. 336.

⁴⁰⁴ A. SHARIFRAZI, *ibidem*, p. 336.

⁴⁰⁵ M.-C. BELLEAU, *op. cit.*, p. 24.

⁴⁰⁶ M.-C. BELLEAU, *ibidem*, p. 24.

l'intersectionnalité, à l'instar de Judith Butler et des féministes post-modernes. La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes de l'ONU illustre, rien que par son nom, cette idée⁴⁰⁷. C'est seulement dans la Recommandation n°28 du Comité en charge de la mettre en œuvre que le terme « intersectionnalité » est utilisé pour la première fois pour exprimer l'objectif visé⁴⁰⁸.

Concernant la sphère sportive, bien que les statistiques précises manquent, force est de constater qu'une majorité des athlètes diagnostiquées hyperandrogènes par la Fédération sont des femmes de couleur⁴⁰⁹. Caster Semenya soutient en effet qu'elle est également victime de discrimination indirecte en raison de sa race, de son appartenance ethnique et de sa couleur⁴¹⁰, et c'est ce que semble sous-entendre également l'ONU dans sa Résolution précitée lorsqu'elle dit que les réglementations excluant certaines femmes des compétitions « *encouragent le racisme* »⁴¹¹. En parallèle des stéréotypes de genre déjà présentés, le physique des femmes de couleur est en effet stigmatisé à plus forte raison encore. L'athlète sud-africaine en témoigne dans son livre, faisant référence à d'autres figures célèbres telles que Michelle Obama et Serena Williams, qui elles aussi à leur manière ont été attaquées sur leur physique jugé trop masculin⁴¹². Caster Semenya explique que selon elle, les femmes noires ont toujours porté des standards de beauté et de féminité qui font d'elles autre chose que des femmes aux yeux de la société⁴¹³. Elle dira que le corps des femmes noires est objectifié et traité comme un spectacle⁴¹⁴. Historiquement, cela est affirmé par Anaïs Bohuon qui parle « *d'orientation géopolitique* » des soupçons sur le sexe des sportives⁴¹⁵. Alors que les tests de féminité visaient au départ les athlètes du bloc de l'Est durant la Guerre froide, le modèle de féminité hégémonique des institutions sportives s'est déplacé dans les années 90 vers celui de la femme blanche occidentale, réaffirmant un peu plus l'écart entre « féminité blanche » et « féminité

⁴⁰⁷ Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes de l'Assemblée générale des Nations Unies, adoptée le 18 décembre 1979, R.T.N.U., 1981, vol. 1249, p. 24.

⁴⁰⁸ A. SHARIFRAZI, *op. cit.*, p. 345 ; Recommandation générale n°28 concernant les obligations fondamentales des États parties découlant de l'article 2 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, CEDAW/C/GC/28, 16 décembre 2010, §18, rédigé comme suit : « *Le fait que les phénomènes de discrimination se recoupent est fondamental (...). La discrimination fondée sur le sexe ou le genre est indissociablement liée à d'autres facteurs tels que la race (...). Elle peut frapper des femmes appartenant à ces groupes à des degrés différents ou autrement que les hommes. Les États parties doivent prévoir légalement ces formes superposées de discrimination et l'effet cumulé de leurs conséquences négatives pour les intéressés, et ils doivent les interdire.* »

⁴⁰⁹ R. MERTENS, *op. cit.*, p. 304.

⁴¹⁰ Cour eur. D.H., arrêt *Semenya c. Suisse*, 11 juillet 2023, §129.

⁴¹¹ Résolution concernant l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes et des filles dans le sport du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, A/HRC/RES/40/5, 20 mars 2019.

⁴¹² C. SEMENYA, *op. cit.*, p. 6.

⁴¹³ C. SEMENYA, *ibidem*, p. 6.

⁴¹⁴ C. SEMENYA, *ibidem*, p. 5.

⁴¹⁵ A. BOHUON et G. QUIN, *op. cit.*, pp. 721 et 722.

ethnalisée »⁴¹⁶. Inévitablement, les sportives de couleur voient leur identité sexuée plus facilement remise en question que les autres, des stéréotypes sexués et raciaux les définissant comme plus viriles et avantagées physiquement de par leur origine.

⁴¹⁶ A. BOHUON et G. QUIN, *ibidem*, p. 722.

