

GenIUS

RIVISTA DI STUDI GIURIDICI
SULL'ORIENTAMENTO SESSUALE E L'IDENTITÀ DI GENERE

CARLA MARIA REALE

“Only the beginning”?
L’impatto della sentenza della Corte Edu *Semenya*
v. Switzerland sui diritti umani in prospettiva di
genere nella governance sportiva.

PUBBLICAZIONE TELEMATICA SEMESTRALE REGISTRATA PRESSO IL TRIBUNALE DI BOLOGNA · ISSN 2384-9495

online first
8 novembre 2023

“Only the beginning¹”? L’impatto della sentenza della Corte Edu *Semenya v. Switzerland* sui diritti umani in prospettiva di genere nella governance sportiva.

Sommario

1. Introduzione. – 2. La vicenda umana, sportiva e giudiziale di Semenya. – 2.1 Semenya e la lunga ombra del sex testing nelle competizioni agonistiche femminili. – 2.2 Il regolamento della World Athletics per l’accesso alle competizioni delle donne con iperandrogenismo del 2011 e la controversia Chand. – 2.3 Il regolamento della World Athletics del 2018 e la sua impugnazione da parte di Semenya. – 3. *Semenya v. Switzerland*: i punti salienti della decisione. – 3.1 La questione della competenza e l’applicazione dei diritti umani da parte degli organi sportivi di giustizia. – 3.2 Sulla violazione dell’art. 14 in combinato disposto con l’art. 8 della Convenzione. – 3.3. Sulla violazione dell’art. 13 della Convenzione. – 3.4 Sulla (non) violazione dell’art. 3 della Convenzione. – 4. Annotazioni: lo sport e la tutela dei diritti umani. – 5. Annotazioni critiche: Lo sport e la dimensione delle discriminazioni basate su genere/caratteristiche sessuali. – 6. Alcune riflessioni conclusive.

Abstract

La sentenza *Semenya v. Switzerland* della Corte europea dei diritti umani offre numerosi spunti di riflessione per ragionare sul rapporto fra Lex sportiva, tutela e garanzia dei diritti umani e discriminazioni di genere. Ripercorrendo la vicenda di Semenya, verranno discussi i punti principali della sentenza evidenziandone punti di forza ed eventuali criticità, per poi soffermarsi sul possibile impatto che questa potrebbe avere nel futuro della governance dello sport.

The decision Semenya v. Switzerland of the European Court of Human Rights offers many insights into the relationship between the Lex sportiva, the protection and guarantee of human rights and gen-

* Assegnista di ricerca, Università degli Studi di Genova. Il lavoro è stato supportato dal progetto Horizon 2020 GENDER-EX (Agreement No. 952432). Le opinioni espresse dall’autrice rispecchiano esclusivamente le visioni personali della stessa e non quelle della Commissione europea. La Commissione europea non è responsabile degli usi che possono essere fatti delle informazioni contenute nell’articolo. Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1 La citazione è tratta dalla dichiarazione rilasciata da Semenya subito dopo la pubblicazione della sentenza da parte della Corte. L’atleta ha affermato “Justice has spoken but this is only the beginning (...) This decision will still be significant for all sportspersons in throwing doubt on the future of all similar rules.” Si veda a tal proposito: <https://www.nbcsports.com/olympics/news/caster-semenya-appeal-statement>.

der discrimination. The article will look back at the Semenya case and discuss the main points of the ruling, highlighting its strengths and possible critical aspects. In the final part the focus will be on the possible impact the decision could have on the future of sports governance.

1. Introduzione

Il presente contributo vuole fornire un inquadramento ed un commento critico alla sentenza *Semenya v. Switzerland*², pronunciata dalla Corte europea dei diritti umani l'11 luglio 2023.

Il cuore della disputa è rappresentato dalla possibilità per donne con caratteristiche intersex di accedere alle competizioni sportive femminili internazionali, tenuto conto del difficile bilanciamento fra due principi cardine dello sport contemporaneo: equità di accesso ed equilibrio competitivo. A tal fine, dal 2011, la World Athletics richiede alle donne con determinate caratteristiche di sottoporsi a trattamenti ormonali per poter accedere alle gare, per mitigarne il presunto vantaggio competitivo. Tuttavia, questi regolamenti sono sin da subito risultati controversi da un punto di vista scientifico, etico e non di meno giuridico.

La decisione qui in commento ha parzialmente accolto il ricorso dell'atleta Semenya, accertando una violazione da parte della Svizzera della Cedu, per non aver fornito sufficienti garanzie procedurali e istituzionali rispetto alle doglianze della ricorrente, riguardanti la discriminazione sulla base del genere e delle caratteristiche sessuali.

La sentenza non chiarisce tutte le importanti questioni sottese alla vicenda, come ad esempio la sostenibilità delle categorie binarie nello sport contemporaneo³, ma pone alcuni punti fermi che potranno avere un'importante influenza nella futura governance dello sport. Per poterli tracciare, ripercorreremo la vicenda che ha coinvolto Semenya, guardando dapprima ai regolamenti della World Athletics succedutisi nel tempo e poi ai contenuti della sentenza, per concludere con alcune note critiche e possibili prospettive di sviluppo.

2. La vicenda umana, sportiva e giudiziale di Semenya

La controversia che riguarda la carriera atletica di Semenya, mezzofondista e velocista sudafricana, due volte campionessa olimpica degli 800 metri piani (2012 e 2016) e tre volte campionessa mondiale nella stessa specialità (nel 2009 2011 2017), inizia nel 2009 anno in cui vince l'oro ai mondiali di atletica a Berlino. Questa vicenda, che, come vedremo, racchiude in sé diversi fattori di marginalizzazione sociale e profili medici, giuridici e sportivi, è stata definita un'aporia a causa di tensioni e quesiti irrisolti nell'arco di più di dieci anni⁴, che oggi trova in parte una sua conclusione grazie alla sentenza di cui in oggetto.

² Corte europea dei diritti umani, 11 luglio 2023, *Semenya v. Switzerland*.

³ Su questo si v. C. M. Reale, A. Tuselli, *Corpi (in)disciplinati: intra-azioni di sesso, genere e razza nello spazio sportivo/(Un)ruly bodies: sex, gender and race inter-actions in the sport field*, in *About Gender. International Journal of Gender Studies*, 2022, 11(22), pp. 513-550, nel cui paragrafo conclusivo si propone una nuova classificazione basata su parametri simili a quelli elaborati nell'ambito dello sport paralimpico.

⁴ A. Olivesi, *From the implicit to aporia: the specificities of the Caster Semenya case as a 'discursive moment'*, in S. Montanolba (a cura di), *Gender Testing in Sport: ethics, cases and controversies*, London, Routledge, 2016, pp. 103-104.

2.1. Semenya e la lunga ombra del sex testing nelle competizioni agonistiche femminili

Dopo la prima vittoria di Semenya, nel 2009, la IAAF (International Association of Athletics Federation, ad oggi World Athletics- WA) avvia una procedura di *gender testing* nei confronti della stessa. La procedura, da cui emergerà che Semenya ha caratteristiche rientranti nell'ombrello intersex⁵, avrà come risultato - pur in assenza di alcun specifico regolamento o protocollo al riguardo - l'imposizione di un trattamento medico all'atleta, atto a riportare il range di testosterone all'interno di standard considerati femminili. Quanto accaduto in questa prima fase della storia di Semenya si colloca in un continuum rispetto al contesto dello sport d'élite femminile contemporaneo, in cui : "La storia della verifica del sesso/genere è frequentemente rimossa dalla narrazione dello sport femminile, sebbene sia una storia scritta, letteralmente, sui corpi delle atlete nel corso delle decadi⁶". Si reputa dunque rilevante spiegare brevemente cosa siano le procedure di sex testing all'interno dello sport agonistico e tracciarne origini e sviluppi.

Le donne fanno ingresso nel mondo dello sport agonistico solamente in epoca contemporanea⁷ a causa di numerosi ostacoli di ordine culturale⁸, ed è proprio in questo momento che si sigella la divisione delle competizioni basata sul genere. Sin da subito tuttavia, la divisione delle competizioni in categorie maschili e femminili in ottica di fair play diventa oggetto di sorveglianza da parte degli organismi sportivi. Già nel Novecento si insinua il timore di possibili frodi di genere, il sospetto che uomini travestiti da donne (c.d. "*gender masquerades*") possano infiltrarsi nelle competizioni femminili al fine di trarne vantaggio competitivo⁹. Il primo strumento di verifica del genere è quello adottato dal CIO a partire dal 1966, per i Giochi di Kingston. Questo, divenuto poi noto con il nome di "*nude parades*", consisteva nell'ispezione fisica delle atlete (completamente svestite) da parte di un team di medici che aveva il compito di verificarne il sesso¹⁰ tramite manipolazioni del corpo, dei genitali, con-

-
- 5 Semenya non era a conoscenza della propria condizione, che in particolare viene descritta in ambito medico con il termine iperandrogenismo. Con questo termine ci si riferisce ad una eccessiva produzione di ormoni maschili (androgeni), in una donna, in particolare di testosterone, da parte delle ghiandole endocrine, surrenali e ovaie. Questa condizione può avere molteplici cause.
- 6 C. M. Reale, A. Tuselli, *Corpi (in)disciplinati: intra-azioni di sesso, genere e razza nello spazio sportivo / (Un)ruly bodies: sex, gender and race inter-actions in the sport field*, in *About Gender. International Journal of Gender Studies*, 2022, 11(22), pp. 513-550. Nello stesso articolo si riporta una lista dei casi emersi nelle cronache, sebbene si riporti che probabilmente molti rimangono ancora sommersi. Se ne menzionano alcuni, come possibile spunto di approfondimento: Ewa Klobukowska, 1964, atletica leggera, velocista (Polonia); Renè Richards, 1974, tennis (USA); Maria José Martínez- Patino, 1986, atletica leggera, ostacolista (Spagna); Santhi Soundarajan 2006, atletica leggera, maratoneta (India); Fallon Fox 2013, arti marziali miste (USA); Dutee Chad 2014, atletica leggera, velocista (India); Laurel Hubbard 2017, sollevamento pesi (Nuova Zelanda); Tifany Abreu 2017, volley (Brasile). Si aggiunge oggi a questa lista la vicenda denunciata dalla calciatrice Nilla Fischer in merito ai mondiali FIFA 2011, in cui- secondo le dichiarazioni della stessa- le giocatrici sarebbero state costrette a sottoporsi a ispezioni genitali.
- 7 Per approfondire in prospettiva storica L. Smith, *Nike is a Goddess. The History of Women in Sports*, Atlantic Monthly Press, New York, 1999.
- 8 J. Harper, *Athletic gender*, in *Law and Contemporary Problems*, 2017, vol. 80, p. 139.
- 9 A. Ljungqvist, "*Gender Verification*", in B. L. Drinkwater (a cura di), *Women in sport*, Hoboken, New Jersey, John Wiley & Sons, 2000, pp. 180-197.
- 10 S. Erikainen, *Gender Verification and the Making of the Female Body in Sport A History of the Present*, London, Routledge, 2019.

trollo della peluria¹¹. La pratica, adottata per un breve periodo anche dalla World Athletics¹², fu ben presto interdotta perché risultante invasiva e lesiva della dignità delle atlete¹³ e si optò per la modifica dei parametri di verifica.

I metodi adottati da quel momento in poi, fino alla definitiva cessazione del sex testing obbligatorio, si basano su criteri cromosomici determinanti per la verifica del sesso. Nelle Olimpiadi del 1968 a Città del Messico viene introdotto il c.d. "test del corpo di Barr", attraverso il quale verificare l'assetto cromosomico delle partecipanti¹⁴. Nel 1991, in seguito a innumerevoli fallimenti la World Athletics abbandona la verifica obbligatoria del sesso, mentre il CIO lo fa solo nel 1999, adottando alle Olimpiadi del 1992 e 1996 un nuovo test cromosomico, il PCR (test reazione a catena della polimerasi)¹⁵.

L'abolizione dell'obbligo del sex testing non implica tuttavia la scomparsa di ogni forma di verifica del sesso/genere per le categorie femminili, che al contrario si presenta ad oggi come un regime discrezionale¹⁶, una procedura da attivare per casi sospetti di atlete vincenti, segnalate da Federazione da colleghe/avversarie e/o da nazionali concorrenti, che per i loro risultati destano dubbi sul "vero" sesso di appartenenza. La World Athletics ha per esempio continuato a verificare il sesso di atlete portatrici di caratteristiche considerate sospette (voce profonda, peluria facciale, sviluppo muscolare ipertrofico): queste atlete venivano indirizzate dal personale medico WA a interventi di gonadectomia o cure farmacologiche, veri e propri trattamenti medici su corpi sani al fine di prendere parte alle competizioni internazionali¹⁷, come accaduto a Semenya nel 2009. Con gli inizi degli anni 2000, i corpi delle atlete trans e intersex diventano visibili nello spazio sportivo internazionale e gli organismi di governance sportiva iniziano a formulare dei veri e propri regolamenti al fine di sancire i criteri di accesso alle gare femminili per queste¹⁸.

-
- 11 L. Parks Pieper, *Sex Testing: Gender Policing in Women's Sport*, Chicago, University of Illinois Press, 2016, p. 14.
- 12 Nel medesimo anno anche la IAAF adotta le *nude parade* durante i campionati Europei di atletica leggera a Budapest. J. Harper, *Sporting gender. The history, science and stories of transgender and intersex athletes*, London, Rowman & Littlefield, 2020.
- 13 J. L. Simpson Et Al., *Gender Verification in the Olympics*, in *JAMA*, 2000, vol. 284 n. 12, pp. 1568-1569.
- 14 Il test si basa sulla visione secondo la quale tutti gli esseri umani possono essere classificati in due categorie distinte, femmine e maschi, sulla base di un diverso assetto cromosomico XX e XY. La visione riduttiva del test, che guarda esclusivamente ai due poli (maschile e femminile) di quello che è in realtà uno spettro, si rivela presto fallace, generando talvolta esiti paradossali. Si veda R. E. Tucker, M. Collins, *The Science and Management of Sex Verification in Sport*, in *Afr. K. Sports Medicine*, 2009, 21 S., pp. 147-148.
- 15 Questo test era invece volto all'individuazione del cromosoma Y, tramite l'individuazione del gene SRY, all'epoca reputato responsabile dello sviluppo di testicoli negli uomini.
- 16 Definito "I know when I see it policy" da A. Dreger, *Intersex and sports: back to the same old game*, in *Hastings center bioethics forum for the Study of Sports and Athletes in Education*, n. 6, 2010, pp. 21-44.
- 17 J. Harper, *Sporting gender. The history, science and stories of transgender and intersex athletes*, London, Rowman & Littlefield, 2020.
- 18 Il primo attore della governance sportiva a disciplinare l'accesso delle atlete trans e poi intersex alle competizioni sportive femminili agonistiche è stato il Comitato internazionale olimpico. Nel 2003 il CIO avvia un primo vero confronto sulla partecipazione delle atlete trans alle competizioni sportive: nasce così la policy di Stoccolma, elaborata da 7 esperte/i in ambito medico (*Statement of the Stockholm consensus on sex reassignment in sports*). Il documento stabilisce la possibilità per le atlete trans di partecipare alle competizioni sportive nella categoria corrispondente al proprio genere d'elezione, a patto di soddisfare determinate condizioni. Era richiesto che le atlete si fossero sottoposte a interventi chirurgici di conferma del genere (all'epoca era in uso parlare di "riassegnazione del sesso"), in ogni caso comprensivi di gonadectomia (asportazione delle gonadi) a partire da due anni prima della gara; che avessero completato una transizione anche dal punto di vista

2.2. Il regolamento della World Athletics per l'accesso alle competizioni delle donne con iperandrogenismo del 2011 e la controversia Chand

Nel 2011 la World Athletics approvava i primi regolamenti riguardanti l'accesso delle atlete trans¹⁹ e delle atlete con caratteristiche intersex alle competizioni sportive, con documenti differenti ma basandosi su un criterio univoco, quello riguardante i livelli di testosterone. Il regolamento del 2011 "*Eligibility of females with hyperandrogenism to compete in women's competition*", si applicava a tutte le competizioni internazionali di atletica leggera e, a discrezione delle federazioni locali, anche in ambito nazionale. Questo richiedeva alle atlete con diagnosi medica accertata o sospetta di iperandrogenismo e con livelli di testosterone superiori ai 10 nmol/L, di sottoporsi ad un esame medico, su tre livelli, da parte di un panel di esperti nominati dalla WA e accettare di sottoporsi ad eventuali trattamenti medici da questi prescritti, di natura chirurgica o ormonale, pena la non ammissione o la squalifica dalle gare.

Con l'approvazione di questo regolamento la vita atletica di Semenya si intreccia con quella di Dutee Chand, anch'essa un'atleta con caratteristiche intersex proveniente dal Global South²⁰. L'atleta indiana decideva di contestare questo regolamento davanti al Tribunale Arbitrale Sportivo (CAS²¹), rifiutando di sottoporsi ai trattamenti ormonali richiesti per prendere parte alle gare e sostenendo di essere stata discriminata sulla base del sesso e delle proprie caratteristiche fisiche congenite. Il CAS, con un provvedimento ad interim datato 27 luglio 2014²², riconosce la necessità di vagliare con attenzione la necessità e la proporzionalità del regolamento in oggetto, posti gli effetti potenzialmente dannosi derivanti dallo stesso e la carenza di sufficienti prove scientifiche. Il regolamento veniva dunque sospeso per due anni con effetto erga omnes, e Chand - e di riflesso Semenya - venivano ammesse nuovamente alle competizioni senza alcuna restrizione.

legale; che si fossero sottoposte/i a cure mediche ormonali per un tempo sufficientemente lungo a minimizzare possibili vantaggi competitivi. Nel documento si legge un solo riferimento specifico per gli atleti trans: questi ultimi sono eleggibili nelle categorie maschili senza alcuna restrizione né condizione a cui dover rispondere. Questo verrà poi modificato nel 2015 e da ultimo una nuova policy innovativa verrà approvata nel 2021.

- 19 Per le atlete trans il primo regolamento è del 2011 "IAAF Regulations Governing Eligibility of Athletes who Have Undergone Sex Reassignment to Compete in Women's Competition". Questo viene poi sostituito da quello del 2019. Il requisito, anche per queste atlete, era quello di avere un livello di testosterone inferiore ai 5 nmol/L a partire dai 12 mesi prima della gara.
- 20 K. Karkazis, R.M. Jordan-Young, G. Davis, S. Camporesi, *Out of bounds? A critique of the new policies on hyperandrogenism in elite female athletes*, in *The American Journal of Bioethics*, vol. 12, n. 7, 2012, pp. 3-16.
- 21 Il tribunale, con sede a Losanna è competente per la risoluzione delle controversie sportive istituito, è stato istituito dal CIO nel 1984. Per approfondire si veda: R. H. McLaren, *The Court of Arbitration for Sport: An Independent Arena for the World's Sports Disputes*, in *Val. U. L. Rev.*, 35, 2001 pp. 379-405 e M. Coccia, *International Sports Justice: The Court Of Arbitration For Sport*, in *European Sports Law And Policy Bulletin*, 1/2013, pp. 23-76.
- 22 CAS2014/A/3759 *Dutee Chand v. Athletics Federation of India (AFI) & the International Association of Athletics Federations (IAAF)*.

2.3. Il regolamento della World Athletics del 2018 e la sua impugnazione da parte di Semenya

In risposta a ciò, nel 2018 la WA approvava un nuovo regolamento "*Eligibility regulation for female classification (Athletes with Differences of Sex Development)*" che comprendeva nuovi criteri dalla portata applicativa ridotta alle sole competizioni internazionali fra i 400 m e 1200 m (c.d. *Restricted events*) ed esclusivamente alle atlete con DSD (Disorder of Sex Development) in forme tassativamente elencate (c.d. *Relevant athletes*), con livelli di testosterone superiori ai 5 nmol/L. A queste si domandava, per accedere alle competizioni internazionali sopramenzionate, di ridurre tali livelli tramite trattamenti ormonali. In alternativa, avrebbero potuto competere in gare esclusivamente nazionali oppure ancora gareggiare nella categoria maschile o nella categoria intersex (inesistente e ad oggi mai istituita).

Questo regolamento veniva impugnato da Semenya e dalla Federazione Atletica del Sud Africa. I due ricorrenti chiedevano al CAS di dichiarare il Regolamento nullo perché discriminatorio, arbitrario e non proporzionale, oltre che contrario alla stessa costituzione della IAAF, alla Carta Olimpica e ai diritti umani fondamentali. Si sosteneva che il regolamento fosse discriminatorio sulla base del sesso/genere: questo si applicava infatti in via esclusiva alle donne e a quelle che, fra tutte, possedevano determinate caratteristiche fisiche. Infatti, le atlete venivano segnalate per la loro apparenza, sulla base di una visione stereotipica della femminilità da cui si discostavano, a partire da considerazioni soggettive e discrezionali su tratti e caratteri fenotipici che venivano considerati maschili. Il regolamento, che avrebbe dovuto avere l'obiettivo di preservare l'equilibrio competitivo, non era a detta delle parti necessario e proporzionale. Non era infatti sufficientemente supportato da prove scientifiche circa il vantaggio derivante da maggiori livelli di testosterone ed in ogni caso le disposizioni e le imposizioni previste per le atlete comportavano un danno grave, ingiustificato e irreparabile nei confronti delle stesse.

La World Athletics, invece, sulla quale ricadeva l'onere della prova circa la non discriminarietà, sosteneva che il regolamento fosse un "compromesso giusto e progressista" per procedere ad un corretto bilanciamento degli interessi in gioco. È interessante notare che la WA rigettava ogni argomento relativo alla violazione ipotetica di diritti umani, sostenendo, in quanto organismo privato, di non essere legata all'applicazione della Convenzione Europea dei Diritti umani né alla Dichiarazione universale dei diritti umani delle Nazioni Unite.

Il CAS si pronunciava con sentenza²³, reputando, sulla base di argomentazioni e testimonianze di entrambe le parti, il regolamento legittimo. Secondo il Tribunale arbitrale, le misure adottate dalla World Athletics avevano il legittimo scopo di mantenere l'integrità delle competizioni femminili e proteggere le atlete cisgender (c.d. *protected class*) dal vantaggio competitivo delle c.d. *relevant athletes* derivante da elevati livelli di testosterone: a tal fine il regolamento era da reputarsi necessario. Il CAS riconosceva la potenziale problematicità degli effetti dei trattamenti ormonali richiesti alle atlete, ma tale considerazione non minava il giudizio di complessiva proporzionalità e ragionevolezza del Regolamento. Il Tribunale affermava inoltre di non dovere e non potere stabilire la legittimità della divisione binaria dei generi nel mondo delle competizioni sportive, allo stesso modo in cui non si reputava competente a giudicare circa il rispetto dei diritti umani internazionalmente riconosciuti, rifiutandosi pertanto di entrare nel merito della questione.

Semenya e la Federazione di atletica sudafricana ricorrevano poi in appello davanti al Tribunale

²³ (CAS/2018/O/5794). Sulla sentenza si veda E. Falletti, *Il riconoscimento dell'identità di genere tra sport e non discriminazione: la vicenda di Caster Semenya*, in *GenIus. Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, 2021, 1.

Federale svizzero, organo competente in secondo grado. Con la decisione di secondo grado²⁴ il Tribunale federale svizzero confermava la sentenza del CAS, sottolineando in primis la propria limitata competenza, circoscritta alla verifica della violazione da parte del Tribunale del principio dell'ordine pubblico e non estesa dunque alle doglianze relative alla violazione della Costituzione svizzera e della Convenzione Europea dei diritti umani. La decisione del CAS veniva reputata dal Tribunale federale svizzero legittima e non in contrasto con l'ordine pubblico, poiché basata su un'analisi completa e sul coinvolgimento di numerose persone esperte. Anche questa sentenza sottolineava come fosse necessario tutelare le donne cisgender nelle competizioni sportive e come il regolamento, nel richiedere trattamenti medici al fine di mitigare il vantaggio conferito da determinate caratteristiche fisiche, potesse comunque reputarsi proporzionato.

In seguito alla decisione Semenya ricorreva alla Corte Europea dei diritti umani, di fronte alla quale lamentava una violazione dell'art. 14 (divieto di discriminazione) in combinato disposto con l'art 8 (diritto al rispetto per la vita privata e familiare) della Convenzione, sostenendo di essere stata discriminata per il proprio genere e per le proprie caratteristiche sessuali congenite. La ricorrente sosteneva inoltre la violazione dell'art. 13 (diritto ad un ricorso effettivo) in combinato disposto con l'art. 3, 8,14 della Convenzione a causa del potere limitato di revisione della sentenza in secondo grado. Semenya invocava anche l'art. 3 (proibizione di tortura), 6 (diritto ad un equo processo) e 8.

In pendenza di questo ricorso davanti alla Corte Edu, nel 2022 la World Athletics ha approvato due nuovi regolamenti sulla partecipazione delle atlete trans e intersex, entrati in vigore da marzo 2023, in cui i valori di testosterone per le "Relevant athletes" si abbassano ulteriormente (2.5 nmol/L) e il requisito viene ora applicato a tutti gli eventi sportivi.

3. **Semenya v. Switzerland: i punti salienti della decisione**

La sentenza della Corte Edu, si colloca dunque in questo complesso panorama. Nel solco di questo si procederà ad esporre i principali punti toccati dalla Corte nella sentenza per poi fornirne una lettura critica.

3.1. **La questione della competenza e la tutela dei diritti umani da parte degli organi sportivi di giustizia**

La prima questione tratta dalla Corte è quella della competenza e del perimetro dell'oggetto della decisione della Corte, che pur apparendo meramente tecnica ha importanti risvolti sostanziali, come si evidenzierà nel paragrafo 4. La *questio* sorge perché il Regolamento è un atto della World Athletics, un ente privato e la Svizzera, controparte nella causa dinanzi alla Corte Edu, non ha avuto alcun ruolo è un ente privato e la Svizzera non ha avuto alcun ruolo nell'approvazione del suddetto. Consapevole di ciò, la Corte stabilisce che la decisione non potrà entrare nel merito della compatibilità del regolamento rispetto alla Convenzione europea dei diritti umani, ma dovrà stabilire se il controllo esercitato prima dal Tribunale arbitrale sportivo e poi dal Tribunale federale svizzero ha rispettato gli standard imposti della Convenzione. Il perimetro applicativo della CEDU alla giustizia sportiva si limita dunque a tale controllo, ma prima di entrare nel merito la Corte chiarisce delle ulteriori questioni

²⁴ Court of Arbitration for Sports, 25 agosto 2020, *Caster Semenya & ASAF v. IAAF*

relative alla propria competenza.

La Corte sottolinea come il Tribunale federale sia tenuto ad applicare il diritto internazionale (sebbene in casi come questo in maniera indiretta) e come si sia instaurato- tramite la giurisdizione del Tribunale- un legame territoriale fra la ricorrente ed il governo. Per quanto riguarda la competenza *ratione loci*, la Corte svolge due considerazioni. Dapprima richiama i propri precedenti, fra cui *Mutu et Pechstein v. Switzerland*, per affermare come sia irrilevante che la World Athletics sia una entità di diritto privato basata a Monaco; in connessione a ciò afferma che il Tribunale federale svizzero- pur agendo in virtù di un ente regolato da diritto privato come il CAS- deve applicare la nozione di ordine pubblico svizzero, comprensiva della Convenzione, in particolare i principi della non discriminazione, i diritti della persona e la dignità umana.

In questa parte della sentenza, dunque, si ribadisce quanto affermato già nei precedenti riguardo agli effetti orizzontali indiretti della Convenzione EDU che, sebbene non sia direttamente applicabile fra parti private, può venire in rilievo nel contesto sportivo²⁵. Nonostante il CAS sia un organo di natura privata, questo non può infatti considerarsi ad oggi esonerato dallo scrutinio circa il rispetto della Convenzione. In particolare, si argomenta che la Convenzione debba indirettamente essere considerata dagli organi giurisdizionali sportivi, dato che in secondo grado è il Tribunale federale svizzero ad essere competente, con lo specifico compito di vagliare la compatibilità della sentenza rispetto all'ordine pubblico svizzero, che include la CEDU²⁶. Sebbene la giurisprudenza del CAS sia ondivaga e piuttosto restia nel riconoscere ciò e applicare il diritto internazionale dei diritti umani, la Corte Edu ha già avuto modo di chiarire- ed in questa sentenza conferma- come "the acquiescence or connivance of the authorities of a Contracting State in the acts of private individuals which violate the Convention rights of other individuals within its jurisdiction may engage the State's responsibility under the Convention"²⁷.

3.2 Sulla violazione dell'art. 14 in combinato disposto con l'art. 8 della Convenzione Il complesso intreccio tra genere e salute

Dopo aver risolto le questioni relative alla competenza, la Corte esamina l'articolo 14 esclusivamente alla luce dell'art. 8, ricostruendo brevemente la portata dello stesso e riconoscendone in fine l'avvenuta violazione.

La nozione di vita privata ai sensi della Convenzione è una nozione ampia, che comprende lo sviluppo della persona ma che ha anche una dimensione relazionale. Secondo la Corte, le caratteristiche sessuali di una persona rilevano ai sensi dell'art. 8: nel momento in cui Semenya è stata reputata non sufficientemente "femminile" per prendere parte alle competizioni sportive e le sono stati imposti trattamenti medici per abbassare i propri livelli di testosterone, la sua identità personale è stata compromessa. Contestualmente, l'autonomia personale della ricorrente, anch'essa ricompresa nell'art. 8, è stata compromessa da un dilemma davanti al quale è stata posta²⁸: scegliere fra la propria integrità fisica

²⁵ Si veda A. Duval, *Lost in translation? The European Convention on Human Rights at the Court of Arbitration for Sport*, in *International Sports Law Journal*, 2022, 22, pp. 132-151.

²⁶ In un caso è stato affermato che fosse "rather obvious" che la federazione non potesse astenersi dall'interpretare i propri regolamenti alla luce dei diritti umani. Si veda: CAS 2015/A/4304, *Tatyana Andrianova v. All Russia Athletic Federation (ARAF)*, 14 aprile 2016, para. 45. Orientamento che, come abbiamo visto, non è invece stato sposato nel caso Semenya.

²⁷ Corte Europea dei diritti umani, 4 febbraio 2019, *Mutu & Pechstein v Switzerland*, par. 64.

²⁸ In letteratura, in particolare adottando la prospettiva della bioetica, la situazione di Semenya era stata similmente classifi-

(rifiutando di sottoporsi ai trattamenti richiesti) o rivendicare il diritto di svolgere la propria professione (acconsentendo alle condizioni imposte dalla WA). Ampio spazio nella decisione è dedicato proprio a sottolineare come l'art. 8 si applichi anche agli ambiti professionali e come il regolamento di cui in oggetto abbia influito gravemente sulla possibilità di esercizio della professione da parte di Semenya, impedendole di accedere alle competizioni sportive internazionali a causa delle proprie caratteristiche fisiche congenite, con importanti violazioni anche della sua salute psico-fisica e in ultima istanza della sua dignità.

La ricorrente sostiene infatti di essere discriminata per il proprio essere una persona intersex, sia in relazione alle altre atlete che non possiedono queste caratteristiche, sia rispetto agli uomini per i quali non è mai stata posta in essere alcuna condizione restrittiva, né tantomeno alcuna procedura di *sex testing*. Semenya sostiene inoltre che i regolamenti, impattando in maniera sproporzionata sulle atlete del c.d. Global South causino una discriminazione indiretta su base razziale/etnica. Questo punto si ritrova anche negli interventi delle terze parti, in particolare della South African Human Rights Commission, che richiama esplicitamente il concetto di discriminazione intersezionale, evidenziando come il regolamento sia il risultato di una commistione fra stereotipi di genere e razziali che influiscono sulle aspettative circa le performance e l'aspetto "legittimo" delle atlete considerate idonee a gareggiare nelle classi femminili.

La Corte afferma per la prima volta che la proibizione della discriminazione sulla base del sesso è da intendere come comprensiva anche delle caratteristiche sessuali, pertanto della discriminazione ai danni delle persone intersex. Non reputa invece necessario soffermarsi sulla compresenza del fattore di discriminazione razziale, sebbene sembri riconoscerlo, richiamando esplicitamente una Risoluzione parlamentare del Consiglio d'Europa²⁹, che le atlete razzializzate siano particolarmente stigmatizzate nell'ambito sportivo.

Si noti che, come principio generale, viene osservato che le misure che impongono trattamenti differenziati sulla base del sesso, devono avere giustificazioni solide e convincenti e motivi chiari e precisi. Nell'esaminare l'esistenza o meno di sufficienti garanzie procedurali e istituzionali per proteggere la ricorrente dalla discriminazione, la Corte reputa di dover considerare cinque distinti aspetti. (I) Il primo è quello riguardante la giurisdizione del CAS e del Tribunale federale svizzero. Sul CAS la Corte osserva come questo sia un organismo di diritto privato che opera sulla base della regolamentazione della World Athletics, della Carta olimpica e, a titolo sussidiario, sulla base del diritto del Principato di Monaco, che deve rispettare gli standard della Corte Edu. Il CAS ha reputato il regolamento necessario, proporzionato e ragionevole sulla base dei parametri di valutazione dettati dall'art. 14 della Convenzione, senza tuttavia fare mai menzione dello stesso, né tantomeno procedere ad una sua effettiva applicazione. Il Tribunale federale ha invece il mero compito di valutare la compatibilità della sentenza di primo grado con l'ordine pubblico svizzero ed ha dunque poteri molto limitati. La Corte non entra ancora nel merito di questo controllo ma osserva come intrinsecamente tale limitazione di competenza nell'ambito dell'arbitrato sportivo non possa considerarsi legittima essendo questo ambito al contrario di quello negoziale- caratterizzato da relazioni di natura gerarchica. Le limitate competenze del Tribunale federale hanno l'effetto di sottrarre le professioniste ed i professionisti dello sport ad una tutela giudiziaria adeguata, di cui godono invece altre lavoratrici/lavoratori; (II) Il secondo punto riguarda la fondatezza scientifica del regolamento della WA, che- secondo la Corte- non sarebbe stata valutata a sufficienza da parte del CAS e del Tribunale federale svizzero. Per via di que-

cata alla stregua di una "scelta impossibile", si veda K. Karkazis, *Impossible 'Choices': The Inherent Harms of Regulating Women's Testosterone in Sport*, in *Bioethical Inquiry*, 2018, n. 15, pp. 579-587.

²⁹ Risoluzione 2465(2022) dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, *"Pour des règles du jeu équitables – Mettre fin à la discrimination à l'égard des femmes dans le monde du sport"*.

sto, il regolamento non può considerarsi una misura ragionevole e supportata da giustificazioni oggettive. A fronte di insufficienti prove a supporto della posizione della WA, sia l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa che l'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i diritti umani avevano supportato la ricorrente nel sostenere che i regolamenti fossero discriminatori e avessero un impatto grave per la salute delle atlete intersex. (III) Connessa a questa è la questione riguardante gli effetti collaterali dei trattamenti medici imposti con i regolamenti. La Corte accerta che il Tribunale Federale non ha valutato il cuore della questione: il fatto che nella ricerca del bilanciamento fra equità di accesso ed equilibrio competitivo, il regolamento ponga le atlete interessate davanti ad una (non) scelta, che implicherà in ogni caso di rinunciare in parte all'esercizio dei propri diritti fondamentali (diritto all'integrità fisica o diritto al lavoro). È da tenere in considerazione, inoltre, che gli effetti collaterali dei trattamenti ormonali possono essere maggiormente invalidanti per un corpo sportivo, fino al punto da minare profondamente l'equilibrio psico-fisico di un'atleta e influenzarne negativamente le performance. Il Regolamento è da considerarsi quindi contrario agli standard di etica medica e alla Convenzione d'Oviedo (ratificata dalla Svizzera), in particolare perché non in linea con il principio di benevolenza e di non maleficenza. (IV) La quarta questione considerata è quella delle discriminazioni orizzontali, quelle dunque poste in essere da persone o entità private (come la World Athletics), che il Tribunale non è stato- a detta della Corte- in grado di prevenire e a cui non ha posto sufficiente rimedio, non avendo lo stesso valutato la compatibilità del regolamento con la Costituzione svizzera e con la Convenzione Edu. (V) Da ultimo, come richiesto dalla ricorrente, la Corte compara la situazione delle atlete intersex con quella delle atlete trans, anch'esse sottoposte a medesime restrizioni, sebbene attraverso differenti regolamenti. La Corte si limita ad osservare come due condizioni differenti siano trattate dalla World Athletics allo stesso modo, questione che il Tribunale federale avrebbe dovuto valutare.

Per concludere, la Corte stabilisce che il controllo effettuato dal Tribunale federale svizzero non ha fornito le garanzie richieste dall'art. 14 della Convenzione, non avendo tenuto in considerazioni le questioni relative alla discriminazione subita da Semenya in forza del regolamento. Si reputa che, in forza in particolare della limitazione sostanziale subita da Semenya rispetto alle competizioni internazionali, la Svizzera abbia oltrepassato il margine di discrezionalità concesso agli stati in merito ad una discriminazione basata sul sesso e sulle caratteristiche sessuali, che può essere giustificata esclusivamente in presenza di forti argomenti.

3.3. Sulla violazione dell'art. 13 della Convenzione

Semenya sostiene una violazione del diritto ad un ricorso effettivo, come garantito dell'art. 13 della Convenzione, in combinato disposto con gli articoli 2, 8, 14. In particolare, chiedeva alla Corte di verificare se il Tribunale Federale nella sua procedura- seppure arbitrale- avesse attuato in maniera effettiva gli standard ed i principi della Convenzione. Posto che lo stesso Tribunale ma anche il CAS, aveva esplicitamente riconosciuto come la situazione di un'atleta che lamenta la violazione dei suoi diritti fondamentali fosse profondamente diversa rispetto alle controversie di natura commerciale che generalmente sorgono di fronte alle corti arbitrali internazionali.

La Corte, richiamando le motivazioni di cui al paragrafo precedente, conclude per una violazione dell'art. 13, avendo accertato l'insufficienza delle garanzie procedurali e istituzionali poste in essere dalla Svizzera. La ricorrente di fatto non ha avuto alcuna scelta se non quella di affidarsi al tribunale arbitrale, che non ha valutato la compatibilità del regolamento con la Convenzione; similmente il Tribunale federale a cui- come è stato detto- sono conferiti poteri di revisione estremamente limitati, non ha valutato la compatibilità del regolamento con la Convenzione. Su questo avrebbe potuto pronunciarsi in vista del fatto che i parametri erano stati chiaramente invocati dalla ricorrente, nei termini di

una violazione dei suoi diritti della persona e della sua dignità. La Corte conclude dunque sostenendo che, nel caso di specie, i mezzi di ricorso a disposizione della ricorrente non possano essere considerati effettivi ai sensi dell'art. 13 della Convenzione

3.4. Sulla (non) violazione dell'art. 3 della Convenzione

La ricorrente reputa che sia stata violata la sua integrità fisica e psicologica, in particolare per gli esami medici invasivi subiti (fra cui ispezione genitali) e per l'essere stata costretta all'assunzione di una terapia ormonale senza fine terapeutico. La Corte si prodiga dapprima in una ricostruzione del perimetro dell'art. 3 della Convenzione: questo si applica quando sussiste una certa gravità in merito all'accaduto, da valutare in base alla durata e agli effetti del trattamento, ma anche sulla base delle sue motivazioni, della situazione eventuale di vulnerabilità della vittima e delle circostanze in cui lo stesso veniva realizzato. Nel merito la Corte riconosce che i trattamenti medici imposti alle atlete tramite il regolamento di cui in oggetto possono attenere al parametro della dignità connesso all'art. 3 della Cedu, ma conclude che nel caso di specie questo non sia rilevante. La ricorrente ha subito infatti la procedura di *sex testing* nel 2009, in assenza di ogni forma di regolamento. Poiché sulla base del regolamento del 2018- impugnato dalla ricorrente- questa non ha subito alcun esame o trattamento medico indesiderato, avendo scelto di rinunciare alle competizioni internazionali, la Corte esclude l'applicazione dell'art. 3. Tale punto, come verrà argomentato in seguito, rappresenta sicuramente uno dei punti maggiormente criticabili della sentenza proprio perché la Corte giunge a riconoscere una potenziale lesività della dignità umana, ma decide di non entrare nel merito sulla base di argomentazioni poco persuasive.

4. Annotazioni: lo sport e la tutela dei diritti umani

La sentenza della Corte offre certamente occasione di spunto e riflessione sul tema del rapporto fra diritto e sport e ancor più fra diritti umani e sport ed avrà certamente un forte impatto sul dibattito giuridico, sociale e all'interno della *governance* dello sport su questi temi. Lo sport è universo culturale³⁰ peculiare, ma anche un business a livello globale, capace di influenzare in maniera importante la società, la cultura ed i flussi economici, motivo per cui la relazione fra lo spazio sportivo, il diritto, i diritti ed il concetto di "*legal accountability*" è oggetto di crescente interesse³¹.

È necessario considerare in primis che lo sport si presenta come una sfera privata autonoma e dotata di proprie regole, per lo più avulsa da ogni forma di controllo statale³². La Corte costituzionale italiana, ad esempio, ha definito quello sportivo come "uno dei più significativi ordinamenti autonomi"³³.

In virtù della propria natura privata gli organismi sportivi, negli anni, hanno mostrato di non considerarsi vincolati da determinate visioni sociali e standard giuridici affermatasi a livello statale o

30 G. P. Murdok, *Social Structure*, New York, Free Press, 1965.

31 S. Boyes, *Sport in Court: assessing judicial scrutiny of sports governing bodies*, in *Public Law*, 2017, July, pp. 363-381.

32 Tale questione è in realtà estremamente complessa e ricca di sfumature. Per approfondimenti si rimanda a: M. Mancini, *Attività sportive ufficiali intervento pubblico e sussidiarietà*, Padova, Cedam, 2012, in particolare il capitolo terzo.

33 Corte costituzionale, sentenza del 11 febbraio 2011, n. 49, n. 4.1 del Considerato in diritto.

internazionale, come per esempio il rispetto dei diritti umani³⁴. Questa è stata dopo tutto la posizione espressa dalla World Athletics davanti al CAS, avallata poi anche dello stesso Tribunale: l'allora IAAF, in quanto organismo privato, non si considerava vincolata al rispetto della Dichiarazione universale dei diritti umani e della Convenzione Europea dei diritti umani. Il sistema di regolamentazione sportiva, tuttavia, è diventato negli anni estremamente complesso, articolato e vasto, di fatto mettendo in discussione la distinzione fra diritto (di matrice pubblicistica) e regolamentazione privata, vedendo l'emergere di un vero e proprio corpus giuridico transnazionale e globale nell'ambito sportivo, che è stato denominato Lex Sportiva³⁵. Con questo si intende un insieme di regolamenti e leggi sviluppati non dagli Stati, ma dalle organizzazioni e dagli organismi sportivi internazionali, capaci di incidere sulle posizioni giuridiche anche di singole/i atlete/i. Proprio in questo ambito, la Lex Sportiva ha rappresentato un ostacolo affinché atlete e atleti, spesso vincolati al Tribunale Arbitrale Sportivo per la risoluzione delle controversie, vedessero riconosciuti i propri diritti o godessero di un rimedio effettivo nel caso di violazione degli stessi³⁶. Questo accade proprio perché gli organismi sportivi internazionali, pur essendo enti di diritto privato, hanno il potere di porre in essere regolamenti capaci di impattare sui diritti fondamentali e le libertà delle sportive e degli sportivi nell'ambito agonistico, sottraendosi tuttavia alle garanzie che gli Stati forniscono, nell'esercizio dei loro poteri pubblici³⁷. Gli Stati, tuttavia, pur riconoscendo l'autonomia dell'ordinamento sportivo, continuano a porsi la questione del rapporto con lo stesso e degli eventuali meccanismi di collegamento. A titolo esemplificativo, nell'ordinamento italiano, la Corte costituzionale ha riconosciuto che nella disciplina dei meccanismi di collegamento fra ordinamento sportivo e ordinamento statale, lo Stato deve tenere conto dell'autonomia dell'ordinamento sportivo ma anche del fatto che questa trova un limite insuperabile nel rispetto dei principi e dei diritti costituzionali³⁸. Si riconosce dunque pienezza all'autonomia dell'ordinamento sportivo nazionale, che discende dall'ordinamento sportivo internazionale, ma si afferma anche che debbano esservi dei "punti di collegamento" fra i due ordinamenti, che possono essere oggetto di disciplina e controllo da parte del potere pubblico a garanzia dei diritti fondamentali³⁹.

Questi aspetti a cui si è fatto cenno sono già in sé fonte di potenziali problematicità a cui se ne aggiungono poi delle ulteriori, come ad esempio la questione della giurisdizione arbitrale sportiva, determinata su base contrattuale-privatistica e generalmente demandata, come già menzionato, al Tribunale Arbitrale Sportivo. Questo implica che la questione oggetto della controversia viene sottratta al vaglio e all'analisi di un organo giudiziale statale, per essere affidata alle (limitate e specifiche) competenze e alle (minori) garanzie di una corte arbitrale, anche qualora si invochi una violazione dei diritti

34 È stato detto che: "Sport rules therefore remain untested against human rights standards". Si veda: T. Grell, *The International Olympic Committee and Human Rights Reforms: game changer or mere window dressing?*, in *International Sports Law Journal*, 2018, 17(3), pp. 160-169.

35 R. Siekmann, J. Soek, *Lex Sportiva: What is sports law?*, TMC Asser Press, The Netherlands, 2012.

36 K. Foster, *Lex Sportiva and Lex Ludica: the Court of Arbitration for Sport's Jurisprudence*, in *Entertain Sports Law Journal*, 2005, 3(2), p.2.

37 Si veda: S. Gardiner, J. O'leary, R. Welch, S. BoyeS, U. Naidoo, *Sports Law. Fourth*, Routledge Taylor & Francis Group, Abingdon, Oxon, 2012; L. Freeburn, *Forced arbitration and regulatory power in international sport – implications of the judgment of the European court of human rights in Pechstein and Mutu v Switzerland*, 2020.

38 Corte costituzionale, sentenza del 25 giugno 2019, n. 160.

39 Si veda il commento alla sentenza: A. Gragnani, *I «punti di contatto» fra autonomia dell'ordinamento sportivo e diritti costituzionali come «rapporti multipolari di diritto costituzionale» (Sindacato «complessivo» di proporzionalità e «regola generale di preferenza» in funzione di monito preventivo al legislatore nella sentenza n. 160/2019 della Corte costituzionale)*, in *Consulta Online*, 2020, 1, pp. 84-91.

umani⁴⁰. Come emerso già in altre decisioni della Corte EDU⁴¹, è stato accertato che in verità le atlete e gli atleti non hanno effettiva scelta se non quella di aderire alle richieste degli organi della *governance* sportiva (par. 111, 112 della decisione): in questo senso la giurisdizione del CAS è in un certo senso imposta, al punto da far venire meno- secondo alcuna dottrina- la natura contrattuale della stessa, posto che una delle due parti non ha un reale potere di negoziazione in tal senso⁴². Contestualmente è stata posta in dubbio la capacità di simili organismi di fornire rimedi effettivi ad atlete/i⁴³, al punto che in dottrina quello del CAS è stato definito come un "meccanismo fantasma"⁴⁴. Questo accade per ostacoli di natura procedurale o materiale o semplicemente perché questi organi non sono competenti per giudicare della violazione dei diritti umani⁴⁵.

Se emerge dunque come nell'ambito sportivo vi siano numerose barriere che inibiscono il rispetto, la garanzia e la protezione dei diritti umani, il caso Semenya e le preoccupazioni di ordine etico, giuridico e scientifico connesse al regolamento DSD, hanno rappresentato una sorta di banco di prova rispetto alla capacità del sistema sportivo di rispondere a questioni relative ai diritti umani su cui la Corte Edu, con la sentenza in analisi, ha posto importanti punti fermi.

La Corte ha chiarito che non è possibile che la giustizia sportiva si sottragga intenzionalmente alla valutazione effettiva delle questioni sostanziali relative al rispetto dei diritti umani sottese alle controversie che ivi vengono discusse. Nella decisione è stata apertamente messa in discussione la scarsa ampiezza dei poteri di revisione conferiti al Tribunale federale svizzero in questo contesto e l'insufficienza di uno strumento come quello arbitrale per la corretta aggiudicazione su questioni concernenti i diritti umani. Pur con questi limiti, si è affermata tuttavia la necessità che l'organo di secondo grado proceda in ogni caso ad uno scrutinio ampio delle decisioni e ad una valutazione effettiva della compatibilità delle stesse rispetto al sistema convenzionale. In particolare, ciò che la Corte ha evidenziato è la necessità che, sia il CAS che il Tribunale federale svizzero, si assoggettino al rispetto degli standard dei diritti umani della Convenzione, e che il loro operato- in caso contrario- può essere e sarà oggetto di vaglio da parte della Corte.

5. Annotazioni critiche: lo sport e la dimensione delle discriminazioni basate su genere/caratteristiche sessuali

Le considerazioni in merito ai diritti umani svolte sopra risultano ancor più tangibili se teniamo in considerazione che la vicenda in oggetto riguarda più nello specifico la giustizia di genere, in una prospettiva incarnata che coinvolge direttamente le identità e i corpi e chiama in causa diritti fundamenta-

40 J. Cooper, *Protecting human rights in sport: is the Court of Arbitration for Sport up to the task? A review of the decision in Semenya v IAAF*, in *The International Sports Law Journal*, 2023.

41 Si veda la già citata *Mutu & Pechstein v Switzerland*, App. nos. 40575/10 and 67474/10, 2018.

42 *Regulating international sport, power, authority and legitimacy*, Brill Nijhoff, Leiden, 2018; L. Freeburn, *Forced arbitration and regulatory power in international sport-implications of the judgment of the European court of human rights in Pechstein and Mutu v Switzerland*, in *SSRN Electron Journal*, 2020.

43 S. Patel, *Gaps in the protection of athletes gender rights in sport—a regulatory riddle*, in *International Sports Law Journal*, 2021, pp. 257-275.

44 D. West, *Revitalising a phantom regime: the adjudication of human rights complaints in sport*, in *International Sports Law Journal*, 2019, (1-2), pp. 2-17.

45 D. Heerdt, W. Rook, *Remedy and redress for sport-related human rights abuses*, in *The International Sports Law Journal*, 2022, 22, pp. 85-92.

li come quello all'identità personale e allo sviluppo della persona, all'autodeterminazione, all'integrità psico-fisica. Un ambito in cui la sensibilità internazionale è crescente, in cui in sempre più paesi si afferma il criterio dell'autodeterminazione di genere per le persone transgender⁴⁶ ed in cui sempre più le caratteristiche sessuali delle persone intersex vengono protette da interventi non necessari, non consensuali e da visioni patologizzanti⁴⁷.

In questo senso, è importante che la Corte abbia riconosciuto per la prima volta che le persone intersex sono tutelate dalla discriminazione sulla base delle caratteristiche sessuali all'interno dell'art. 14 della Cedu, affermazione che potrà supportare altre battaglie che la comunità intersex porta avanti a livello globale per la non violazione e la garanzia dei diritti fondamentali⁴⁸.

Rappresenta invece un'occasione mancata il rigetto della questione riguardante l'art. 3 della Convenzione. La procedura del *sex testing* e l'imposizione di trattamenti medici sono stati riconosciuti come lesivi della dignità delle atlete da diversi organismi internazionali. Nel ricorso stesso la Federazione Sudafricana di Atletica sottolinea come queste sottendano una visione patologizzante della condizione intersex e Human Rights Watch come le procedure di *sex testing* siano degradanti e umilianti per le atlete coinvolte, suscettibili di un'invasione della loro sfera privata e più intima. Sebbene questi aspetti siano in parte riconosciuti nella sentenza, la Corte opta per un rigetto della questione. Si reputa tuttavia che la Corte avrebbe dovuto valutare con ancor più rigore il fatto che Semenya avesse subito tali trattamenti in assenza di qualsivoglia forma di regolamento, prima dell'entrata in vigore degli stessi, quindi deprivata di ogni forma di garanzia quantomeno procedurale che ad oggi viene fornita alle atlete soggette agli stessi.

Appare positivo invece che la Corte, pur non potendo entrare nel merito del regolamento, faccia emergere come lo stesso sia basato su visioni stereotipiche, in linea con una giurisprudenza internazionale che in maniera crescente riconosce il ruolo degli stereotipi (nel caso specifico di genere) all'interno dell'ambito legislativo e nel contesto giudiziale⁴⁹. Tale approccio, promosso in primis in dottrina dalle teorie critiche del diritto, si rivela essenziale per guardare alle discriminazioni e alla violazione di diritti fondamentali perpetrata attraverso policy e regolamenti apparentemente neutri, che

⁴⁶ Ad esempio, Argentina, Malta, Norvegia, Danimarca, Irlanda, Lussemburgo, Spagna e molte altre. Si vedano a titolo esemplificativo: Ireland, Gender Recognition Act 2016 ; Argentina Ley n° 26.743 de Identidad de Género 2012, Malta, Gender Identity, Gender Expression and Sexual Characteristics Act 2015; Danimarca, L 182 Law amending the Act on the Central Person Registry (11 June 2014) (L 182 Lov om ændring af lov om Det Centrale Personregister); Lussemburgo, Loi du 10 août 2018 relative à la modification de la mention du sexe et du ou des prénoms à l'état civil et portant modification du Code civil; Norway, Gender Recognition Act 2015, Spagna, Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

⁴⁷ Si veda, ad esempio, la Risoluzione 2191(2017) dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa "Promoting the human rights of and eliminating discrimination against intersex people", oppure la Risoluzione 2018/2878(RSP) "Resolution on the rights of intersex people" del Parlamento Europeo.

⁴⁸ Per una panoramica sulle questioni relative al rispetto dei diritti umani delle persone intersex nel contesto italiano si rimanda: A. Lorenzetti, *Intersex in Italy: At the Source of the Complexity?*, in *The Age of Human Rights Journal*, 2022, (18), pp. 105–123. Nella prospettiva dei diritti umani: M. Bauer, D. Truffer, D. Crocetti, *Intersex human rights*, in *The International Journal of Human Rights*, 2020, 24:6, pp. 724-749.

⁴⁹ Si veda la sentenza proprio della Corte Edu di data 27 maggio 2021, *J.L. c. Italia*, in cui si parla del pesante ruolo degli stereotipi di genere in una pronuncia italiana in un caso di violenza sessuale. Molto ricca di spunti anche la giurisprudenza del Comitato EDAW basata sull'art. 5(a) CEDAW che nomina espressamente il ruolo dannoso degli stereotipi genere. Si vedano, per es., *L.C. v. Perù* in materia di diritti riproduttivi, la comunicazione *González Carreño v. Spagna* riguardante un caso di violenza domestica.

sono invece basati su assunti e stereotipi su determinati gruppi di persone⁵⁰.

In questa prospettiva avrebbe meritato un maggiore approfondimento la prospettiva intersezionale⁵¹ adottata dalla ricorrente e promossa negli interventi di terze parti, vale a dire il riconoscimento della dimensione etnico/razziale intrecciata alla discriminazione di genere. La Corte in un passaggio riconosce questa peculiare intra-azione⁵², ma non reputa necessario soffermarvisi al fine di decidere il caso. Al contrario invece, come affermato negli interventi di parti terze e sottolineato anche dall'ONU⁵³, i regolamenti in discussione pongono in essere forme peculiari di discriminazione per le donne razzializzate⁵⁴, che avrebbero meritato uno specifico riconoscimento. Significativo è che la maggior parte delle atlete coinvolte nelle procedure di verifica del genere provengano da determinate regioni del mondo, nello specifico dal Global South⁵⁵. Emerge che, se le procedure si attivano sulla base di segnalazioni circa le caratteristiche delle atlete considerate "maschili", tale giudizio non solo è inficiato da stereotipi di genere, ma da stereotipi razzisti: le atlete razzializzate, come Semenya, hanno spesso dei corpi e delle fisicità che si discostano dagli standard di femminilità occidentale⁵⁶ ed il loro sesso

- 50 T. Casadei, *Le teorie critiche del diritto. Tra filosofia giuridica e filosofia politica*, in M.G. Bernardini, O. Giolo (a cura di), *Le Teorie critiche del diritto*, Pisa, Pacini Editore, 2017, pp. 379-393.
- 51 Si tratta di un concetto, nato all'interno del c.d. *black feminism* e dunque in relazione ai processi di razzializzazione, che evidenzia come i vari fattori di discriminazione non si limitino a sovrapporsi ma generino delle peculiari dinamiche di discriminazione/oppressione dei soggetti che sono attraversati in maniera plurima da queste dimensioni. Per una prima formulazione del concetto si veda K. Crenshaw, *Mapping the margins: Intersectionality, identity politics, and violence against women of color*, in *Stanford Law Review*, 43,1990, pp. 1241-1299. Per una lettura contemporanea si consiglia B. G. Bello, *Intersezionalità Teorie e pratiche fra diritto e società*, Milano, FrancoAngeli, 2020.
- 52 Il concetto di intra-azione si riferisce all'idea che i diversi fattori di marginalizzazione che si incontrano interagiscono in modi tali per cui, nel dispiegare i loro effetti, non sarà più possibile distinguerli. Si veda: N. Lykke, *Feminist Studies. A Guide to Intersectional Theory, Methodology and Writing*, Abingdon, Oxon and New York, Routledge, 2010.
- 53 UN High Commissioner for Human Rights, *Intersection of race and gender discrimination in sport: report of the United Nations High Commissioner for Human Rights*, 2020.
- 54 Il termine razzializzazione fa riferimento al concetto di razza non come concetto materiale e immanente ma come costruito sociale e giuridico, come dispositivo di classificazione e gerarchizzazione di individui sulla base di determinati fattori psico-somatici. Riferirsi dunque ai processi di razzializzazione, concetto nato intorno agli anni '70 significa rievocare «quei processi attraverso cui si assegnano unilateralmente a determinati individui e gruppi identità fisse e naturali, sulla cui base si pretende di spiegare il loro comportamento, si attribuisce loro un maggiore o minore valore sociale, si autorizzano trattamenti di preferenza o discriminazione, si costruisce un apparato ideologico e repressivo tale da conferire validità e stabilità all'intero meccanismo». Per un'introduzione al concetto, alle sue origini storiche anche in prospettiva giuridica e ad un uso contemporaneo si veda: F. Oliveri, *Dalla 'razza' alla razzializzazione. Una proposta teorico-metodologica per comprendere e contrastare i razzismi contemporanei*, in *Teoria e Critica della Regolazione Sociale*, 2, 2020, pp. 1-16.
- 55 Per esempio: Dutee Chand, Caster Semenya, Santhi Soundarajan. Si veda C.L. Cole, "One chromosome too many?", in K. Schaffer, S. Smith (a cura di), *The Olympics at the millennium: Power, politics and the games*, New Brunswick, NJ, Rutgers University Press, 2000, pp. 128-146.
- 56 L'ambito sportivo infatti non sfugge alla lunga storia dello "sguardo scientifico" sui corpi razzializzati e sessualizzati delle donne nere anche nello spazio dello sport la costruzione del genere è fortemente legata a quella della razza, si veda: N. Hoard, 'Run, Caster Semenya, Run!' *Nativism and the Translations of Gender Variance*, in *Journal of South African and American Studies*, 2010, vol.11, n. 4, pp. 397- 405. L'alterità del soggetto "donna nera" rispetto al soggetto "donna" è stata sin da subito evidenziata dalle studiosi del *Black feminism* che sottolineano l'adozione di doppio standard nella concezione di femminilità. Il riferimento è, per esempio, a come le donne nere, a causa della schiavitù e del razzismo sistemico, siano sempre state coinvolte in lavori faticosi, di forza, mentre il soggetto femminile (bianco) veniva descritto come delicato, passivo, debole. Si veda: A. Davis, *Women, Race and Class*, 1981, trad. it., *Donne, razza e classe*, Alegre, Roma, 2018.

biologico è per questo messo spesso in discussione. La problematicità di questi meccanismi e la necessità di farli emergere, è ancor più chiara se si considerano i contesti in cui le atlete del Global South crescono, ed i processi che le hanno portate solo recentemente allo sport d'élite⁵⁷, che evidenziano come vi siano in gioco ulteriori diseguaglianze strutturali. Le donne coinvolte sono spesso provenienti da realtà rurali e povere, che approdano allo sport agonistico godendo di forte supporto delle comunità e nazioni d'origine; dunque i regolamenti come quelli posti in essere dalla IAAF limitano fortemente il campo di scelta di queste atlete provenienti dalle regioni più povere del mondo. L'intreccio dei fattori di genere, razza, provenienza geografica e classe fa emergere come la vicenda di Semenya sia: "more than just about testosterone. It is about all women like her who originate from disadvantaged and mostly poor backgrounds"⁵⁸.

Per capire esattamente quali saranno gli effetti sulla *governance* dello sport in questa sentenza dovremmo attendere ancora un po' di tempo, posto che la World Athletics ha dichiarato di voler dialogare con la Svizzera per appellare la sentenza di fronte alla Grand Chambre⁵⁹. Il nuovo regolamento della WA, nel mentre approvato nel 2022 ed in vigore da marzo 2023, con un principio ancor più restrittivo rispetto a quello oggetto della causa, non viene in ogni caso intaccato dalla sentenza, sia perché sopravvenuto ma anche perché la Corte non avrebbe comunque potuto vagliarne la validità, per le questioni giurisdizionali viste. Si tratta di un regolamento che, sebbene emerga solo indirettamente dalla pronuncia della Corte, attua un bilanciamento ingiusto fra gli interessi in gioco, violando la dignità, la privacy, il benessere e la salute delle atlete, imponendo trattamenti medici con notevoli effetti collaterali su corpi sani. Ciò a maggior ragione considerando che, come ampiamente dimostrato dalla letteratura⁶⁰ e sottolineato nella sentenza stessa, non vi sono prove scientifiche solide circa il vantaggio effettivo derivante da maggiori livelli di testosterone. A questo si aggiunga la necessità- evidenziata soprattutto da bioeticiste e bioeticisti- di constatare come vantaggi derivanti da altri fattori congeniti non siano mai stati problematizzati all'interno dello spazio sportivo⁶¹.

- 57 Si veda J. Hargreaves, *Heroines of Sport: The Politics of Difference and Identity*, New York, Routledge, 2000. L'autrice spiega come, per esempio, nel caso del Sud Africa la storia delle atlete nere si intreccia profondamente a quella dell'apartheid. Durante tutto il periodo dell'apartheid il CIO si rifiutava di ammettere il Sud Africa alle Olimpiadi, a causa di policy del paese che lasciavano competere esclusivamente atlete/i bianchi. In generale, in quel contesto poche erano le donne nere ad avere la possibilità di praticare sport. Quando il Sud Africa fu riammesso alle Olimpiadi (1991) vi erano ancora molte barriere economiche e culturali per le donne sud africane nere e l'accesso allo sport agonistico risentiva di questo squilibrio anche quando l'apartheid terminò ufficialmente nel 1994. Dalla fine dell'apartheid le opportunità per le donne nere sudafricane sono certamente maggiori, tuttavia vi sono disparità persistenti nelle risorse, paghe, visibilità mediatica sulla base del genere della razza e della classe.
- 58 S. Mahomed, A. Dhali, *Global injustice in sport: e Caster Semenya ordeal – prejudice, discrimination and racial bias*, in *The South African Medical Journal*, 2019, vol. 109, n. 8, pp. 555.
- 59 Ci sono 3 mesi per presentare ricorso, posto anche che la sentenza è stata pronunciata con il favore di 4 giudici ed il voto contrario di 3, cosa che la rende maggiormente esposta ad un possibile overruling.
- 60 Si vedano ad esempio: M. Newbould, *What do we do about women athletes with testes?*, in *Journal of Medical Ethics*, 2016, vol. 42, n. 4; K. Karkazis, R.M. Jordan-Young, G. Davis, S. Camporesi, *Out of bounds? A critique of the new policies on hyperandrogenism in elite female athletes*, in *The American Journal of Bioethics*, vol. 12, n. 7, 2012, pp. 3-16.
- 61 Si pensi per esempio all'ex nuotatore statunitense Michael Phelps, con un piede 48,5 cm, delle giunture iperflessibili, un'apertura alare di 198 cm ed una produzione minore di acido lattico, tutte caratteristiche congenite che certamente gli hanno conferito un notevole vantaggio rispetto agli altri partecipanti in gara, che non sono tuttavia mai state contestate. Poiché, come fanno notare bioeticiste/i, non vi è alcun reale motivo di distinguere un fattore come quello del testosterone da altri fattori di vantaggio congeniti: "Humans display a great deal of biological variation. Sex is no exception". Si veda: S. Camporesi, P. Maugeri, *Caster Semenya: sports, categories and the creative role of ethics*, in *Journal of Medical Ethics*,

Esula chiaramente dalla valutazione della Corte, sebbene presente sottotraccia in tutta la vicenda, la questione riguardante il merito della categorizzazione binaria delle competizioni sportive agonistiche e dei confini di queste categorie. Nel mondo sportivo contemporaneo la messa in discussione della necessità di una divisione di categorie basate sul genere non sembra essere attualmente all'orizzonte; inoltre, regolamenti restrittivi come quelli della World Athletics, atti a limitare fortemente, se non ad escludere, la partecipazione delle atlete intersex e transgender dalle competizioni sportive, sono stati approvati da altre federazioni⁶². Questo accade nonostante, nel 2021, il Comitato Olimpico Internazionale abbia approvato le raccomandazioni *"IOC Framework on fairness inclusion and non-discrimination on the basis of gender identity and sex variations"*, volte a superare i precedenti regolamenti in materia e ad assicurare a tutte le persone, a prescindere dalla propria identità di genere e variazioni del sesso, la possibilità di praticare sport in un ambiente sicuro e privo di discriminazioni. Tali linee guida abbandonano il criterio ormonale come fattore dirimente per l'accesso alla competizione agonistica, rifiutando ogni presunzione di vantaggio in capo alle atlete trans e intersex e abbracciando il principio autodeterminazione sulla base del quale le atlete dovrebbero poter gareggiare nella categoria che maggiormente si allinea con la loro identità di genere purché rispettino criteri di accesso rispettosi del principio di equità (*fairness*) (par. 3.2). Se viene dunque riconosciuta in ogni caso la necessità di bilanciare principio di equità di accesso e fair play, queste linee guida propendono per una maggiore attenzione all'inclusione e alla non discriminazione. Pur rimanendo appannaggio delle singole federazioni stabilire le condizioni di accesso alle gare, si stabilisce che queste dovranno essere poste sulla base di evidenze scientifiche, consultando le atlete e garantendo il rispetto degli standard internazionali sui diritti umani e che non sarà possibile effettuare controlli per determinare il sesso, la "varianza sessuale" e l'identità di genere della persona.

6 Alcune riflessioni conclusive

Lo sport è stato definito come ambito sociale attraversato da una tensione irrisolta tra l'essere un luogo di opportunità, inclusione, spettacolarità e, allo stesso tempo, cornice di esclusione, stereotipi e pregiudizi⁶³. Lo sport ha dunque sia la capacità di rafforzare tendenze sociali regressive che quella di tracciare percorsi per resistere a queste stesse tendenze⁶⁴ e tale ambivalenza può essere parimenti osservata nell'ambito dei diritti umani. Se abbiamo visto come lo sport possa fallire nel garantire il rispetto dei diritti umani di atlete/i, questo ha tuttavia il potenziale per divenire un mezzo di promozione e protezione dei diritti umani, se saranno affrontate oggi le sfide a cui si è fatto cenno. Nel dibattito in corso, si auspica un dialogo maggiore fra lex sportiva e diritto internazionale dei diritti umani, e si è avanzata la proposta di istituire una *Court of Arbitration for Sport and Human Rights*, specificamente competente nella risoluzione di questioni concernenti i diritti umani nell'ambito sportivo, le cui decisioni potrebbero essere appellate davanti alla Corte EDU⁶⁵. È stata anche sostenuta la necessità

2010, pp. 378-379.

⁶² Nello specifico nell'ambito del rugby (World Rugby), del ciclismo (UCI), del nuoto (FINA).

⁶³ K.M. Appleby, E. Foster, *Gender and sport participation*, in A.E. ROPER (a cura di), *Gender Relations in Sport*, Rotterdam, Sense Publishers, 2013, pp. 1- 20.

⁶⁴ S.A. Miller, *Just Look at her!': Sporting bodies as athletic resistance and the limits of sport norms in the case of Caster Semenya*, in *Men and Masculinities*, 2015, vol. 18, n. 3, pp. 293-317.

⁶⁵ D. West, *Revitalising a phantom regime: the adjudication of human rights complaints in sport*, in *International Sports Law Journal*, 2019, (1-2), pp. 2-17.

che gli Stati, dunque i pubblici poteri, assumano un ruolo nel garantire rimedi effettivi e rispetto dei diritti umani nel contesto sportivo⁶⁶, rimandando nuovamente alla necessità di porre maggiore attenzione ai "punti di contatto" fra ordinamento sportivo, ordinamenti statali e ordinamenti sovranazionali.

La sentenza inoltre potrebbe avere forse l'effetto di alimentare il dibattito sul rispetto dei diritti umani in prospettiva di genere delle atlete agoniste e favorire un maggiore allineamento rispetto alle raccomandazioni del CIO sopramenzionate. Quel che è certo è che la decisione è fortemente innovativa e promettente sotto almeno due profili: da una parte, per aver affermato che le persone intersex e le loro caratteristiche sessuali sono protette, all'interno del sistema convenzionale, dalle discriminazioni; dall'altra, per aver sostenuto la necessità che il sistema sportivo sia assoggettato al vaglio del rispetto dei diritti umani. La speranza è che questa sentenza – come auspicato da Semenya – possa essere solo il primo passo verso una giustizia sportiva- non più di stampo meramente arbitrale e privatistico- ma orientata al profondo rispetto della persona dietro ogni atleta, una giustizia sportiva incarnata

⁶⁶ A. Aine, J. Muhonen, V. Toivonen, *Children's right to play sports in a safe and healthy environment*, in *International Sports Law Journal*, 2022, pp. 93-104.