

GenIUS

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

ELENA FALLETTI

Il riconoscimento dell'identità di genere
tra sport e non discriminazione:
la vicenda di Caster Semenya

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

online first
destinato a GenIUS 2020-1

Il riconoscimento dell'identità di genere tra sport e non discriminazione: la vicenda di Caster Semenya

Sommario

1. Introduzione. 2. Il precedente Chand. 3. Le *DSD Regulations*. 4. Il lodo arbitrale inerente Caster Semenya. 5. L'identità di genere e l'abilità sportiva: il ruolo del testosterone. 6. Conclusioni: quali possibili soluzioni?

Abstract

Caster Semenya è una atleta sudafricana diventata nota per aver vinto delle medaglie olimpiche nelle gare atletiche di mezzofondo, la sua specialità. Recentemente è stata protagonista di una importante decisione del CAS (*Court of Arbitration for Sport*), il tribunale arbitrale per lo sport. La questione in discussione riguarda il fatto che il corpo di Caster produce naturalmente, e non attraverso il doping, una quantità di testosterone che, secondo le altre atlete e la IAAF, le fa guadagnare un vantaggio sleale nelle competizioni atletiche. Siffatta produzione ormonale è dovuta alla sindrome che caratterizza Caster dalla sua nascita, ovvero il 46XY.

Al fine di equiparare le "forze" sulla pista atletica, la IAAF ha limitato la tolleranza di 5 nanomoli di testosterone per litro di sangue per le atlete con sindrome 46XY. Caster ha sfidato questa disposizione davanti al CAS, mentre la IAAF ne ha sospeso l'applicazione. Il 1° maggio 2019, la Corte Arbitrale per lo Sport ha rigettato l'istanza e Caster nel frattempo ha mutato i suoi obiettivi sportivi.

L'interesse di questa decisione va oltre la questione sportiva perché impone una conformità di genere anche a scapito della salute e delle qualità individuali che dovrebbero rendere unica ogni persona. Lo scopo di questo contributo è dimostrare perché la decisione del CAF non riguarda solo la salute degli atleti, ma consiste nella violazione di una barriera che deve rimanere insormontabile: il rispetto della dignità (e quindi delle caratteristiche) della persona.

Caster Semenya is a South African athlete famous for winning Olympic medals in the middle distance race, her specialty. She was recently the subject of a decision by the Court of Arbitration for Sport. Caster's body naturally produces, and not through doping, a quantity of testosterone which according to her competitors and the IAAF makes her to gain an unfair advantage in athletic competitions. This hormonal production is due to the syndrome that characterizes Caster from her birth, namely the 46XY.

In order to "equalize" the "forces" on the athletic track, the IAAF has set a limit of 5 nanomoles of testosterone per liter of blood on the runners who had the 46XY syndrome. Caster challenged this pro-

* Ricercatrice di diritto privato comparato presso LIUC.

vision before the CAS and the IAAF suspended it for a certain period. On May 1st 2019, the Court of Arbitration for Sport rejected her claim, and in the meantime Caster changed her sport goals. The interest of this decision goes beyond the athletics matter because it imposes a gender conformity even to the detriment of the health and of individual qualities that should make each person unique. The purpose of this paper is to demonstrate why the CAF decision does not only concern the health of the athletes, but it consists of the violation of a barrier that must remain insurmountable: the respect for the dignity (and therefore for the characteristics) of the person.

1. Introduzione

La vicenda oggetto del lodo arbitrale¹ emanato dal *Court of Arbitration for Sport* (CAS)² inizia nel 2009, quando Caster Semenya, diciottenne sudafricana, vince gli 800 metri ai campionati mondiali di atletica leggera. Suo malgrado, e a causa delle sue specificità fisiche e genetiche, questa giovane promessa del mezzofondo è stata sottoposta ad esami medici invasivi e ad attenzioni mediatiche³, anche con risvolti razzisti e sessisti⁴, in violazione della sua dignità e della sua privacy. Infatti, già a partire da quella prima gara mondiale, e poi reiteratamente, la IAAF (*International Association of Athletics Federations*) le ha ordinato di effettuare dei test sull'eccesso di testosterone, senza mai pubblicare i relativi referti⁵, sicché la sua partecipazione alle competizioni femminili internazionali è stata implicitamente posta in dubbio, dato che Caster Semenya non è mai stata formalmente accusata di aver violato le regole sportive, con specifico riferimento a quelle in materia di doping.

La decisione del CAS può essere letta attraverso una doppia lente interpretativa: da un lato, il riconoscimento dell'identità di genere femminile rivendicato dall'atleta stessa e, quindi, il suo voler partecipare alle gare femminili di mezzofondo, anche se la sua persona non corrisponde allo stereotipo tradizionale della femminilità che segue la categoria binaria "maschio/femmina"⁶. Dall'altro lato, siffatta vicenda offre rilevanti spunti etici, medici e giuridici per quel che concerne l'identificazione di genere, la natura delle categorie, le classificazioni cui le persone possono essere sottoposte, le sindromi legate alla differenziazione dei caratteri sessuali primari e secondari che possono colpire un essere umano⁷ e i riflessi legali dei mutamenti sociali legati alle summenzionate circostanze.

-
- 1 Court of Arbitration for Sport, 30 aprile 2019, *Caster Semenya, Athletics South Africa (ASA) and International Association of Athletics Federations (IAAF)*, in *Chronique de jurisprudence arbitrale en matière sportive*, 2019, p. 941.
 - 2 La *Court of Arbitration for Sport* (CAS) è stata fondata nel 1980 e ha sede a Losanna. Essa ha assunto un ruolo chiave nel sistema sportivo globale, sul punto si veda, tra la molta dottrina pubblicata, L. Casini, *The Making of a Lex Sportiva by the Court of Arbitration for Sport*, in *German Law Journal*, 2011, p. 1317 ss. e la dottrina ivi citata.
 - 3 S. Camporesi, P. Maugeri, *Caster Semenya: Sport, Categories and the Creative Role of Ethics*, *J. Med Ethics*, 2010, 36(6):378-9.
 - 4 A. Levy, *Sports, sex, and the case of Caster Semenya*, *The New Yorker*, 20.11.2009, <https://www.newyorker.com/magazine/2009/11/30/eitheror>.
 - 5 S. Camporesi, P. Maugeri, *Caster Semenya: cit.*, p. 700; A. Pastor, *Unwarranted and invasive scrutiny: Caster Semenya, sex-gender testing and the production of woman in 'women's' track and field in Feminist Review*, 2019, p. 1 ss.; S. Camporesi, *When does an advantage become unfair? Empirical and Normative Concerns in Semenya's case*, in *J Med Ethics*, 2019, p. 700 ss.
 - 6 La recente introduzione legislativa di un "terzo sesso" come opzione alternativa all'assegnazione maschile o femminile, "in realtà rischia di stigmatizzare ancor più la condizione di chi non possa essere ricondotto univocamente a queste categorie" (A. Lorenzetti, *Il "trattamento" giuridico della condizione intersessuale*, in questa *Rivista*, 2018, p. 8 ss.).
 - 7 M. Cresti, E. Nave, R. Lala, *Intersexual Births: The Epistemology of Sex and Ethics of Sex Assignment in Bioethical Inquiry*, 2018, pp. 557-568; A.B. Wisniewski, R. L. Batista, E. M. F. Costa, C. Finlayson, M. H. Palma Sircili, F. Tibor Dénes, S. Domence, B. B. Mendonca, *Management of 46,XY Differences/Disorders of Sex Development (DSD) Throughout Life*, in *Endocrine Reviews*, 2019, pp. 1547-1572.

Riguardo ai fatti posti alla base della decisione in commento vi è una contrapposizione netta: da un lato, per quanto concerne la prospettiva di Caster Semenya, al momento della sua nascita lei è stata riconosciuta di sesso femminile, è cresciuta ed è stata educata seguendo l'identificazione con questo genere, si è iscritta e ha partecipato a gare di atletica qualificandosi come donna. Dall'altro lato, l'approccio della IAAF è discutibile perché impone un determinato requisito fisico a chi non lo possiede al fine di venire accettato in uno specifico gruppo. In altri termini: per partecipare alle gare atletiche nella categoria femminile bisogna essere biologicamente donne, ma la ricorrente presenta caratteristiche non conformi a siffatta categoria.

Tuttavia, su questo punto sorgono alcune domande, ad esempio: chi ha titolo per riconoscere la sussistenza delle qualità che caratterizzano il sesso femminile e l'attribuzione dell'appartenenza a detta categoria? Il medico alla nascita? Il funzionario dello stato civile che trascrive l'atto di nascita? Il medico sportivo? Come si tutela l'identità dell'atleta? Come può essere protetta la sua salute? Le risposte possono essere varie, ma trattandosi di una questione definitoria, essa contiene in sé la radice di una possibile discriminazione.

Per ciò che afferisce l'ambito giuridico, seppure ricondotto alla giurisdizione speciale riconosciuta alla materia sportiva, la questione concerne se Caster Semenya ha diritto, e in caso di risposta affermativa a quali condizioni, di partecipare alle gare atletiche femminili d'élite. Il presupposto di siffatto problema sorge dalla contrapposizione di due elementi fattuali rilevanti: da un lato, prima della pubertà, cioè fino intorno ai 12 anni, sotto il profilo delle prestazioni sportive, i risultati sportivi ottenuti dai ragazzini di ambo i sessi si equivalgono⁸ e pertanto non sussistono criticità di natura competitiva ovvero discriminatoria nelle gare dedicate ai giovani sportivi di quelle fasce d'età. Invece, successivamente alla pubertà⁹ gli uomini surclassano le donne nelle prestazioni sportive e (al momento) questa differenza sembra essere insormontabile¹⁰.

Dall'altro lato, e alla luce di ciò, nelle manifestazioni di alto livello, le donne gareggiano in competizioni riservate solo a loro, definite dalla IAAF stessa "protected class of female athletes"¹¹. Tuttavia è emerso che la distinzione binaria fondata sul sesso determinato alla nascita, classificando il neonato come maschio o femmina, e presupposto di siffatte "protected class", non trova più un univoco e sicuro conforto nella realtà. Infatti, tale distinzione binaria è entrata in crisi da un punto di vista scientifico e medico, essendo state scoperte sindromi e condizioni che possono riguardare lo sviluppo fisico e sessuale di una persona¹². In conseguenza di ciò, è possibile, attraverso interventi di transizione (medica e giuridica) consentire alle persone affette da disforie di genere di adattare il loro genere, sia fisico sia legale, a quello percepito psicologicamente¹³. Siffatte condizioni hanno trovato una formale accet-

8 E. Tønnessen, I. S. Svendsen, I. Christoffer Olsen, A. Guttormsen, T. Haugen, *Performance Development in Adolescent Track and Field Athletes According to Age, Sex and Sport Discipline*, in *PLoS One*. 2015; 10(6), doi: 10.1371/journal.pone.0129014.

9 M. Bradford, *Sport, Gender and Law*, *The International Sport Law Journal*, 2005, p. 79.

10 D. J. Handelsman, A. L. Hirschberg, S. Bermon, *Circulating Testosterone as the Hormonal Basis of Sex Differences in Athletic Performance*, *Endocrine Reviews*, 2018, 803 ss. Anche se alcuni studi dimostrano che atlete di sesso femminile allenate siano in grado di surclassare persone di sesso maschile non altrettanto allenate nelle performance sportive. Sul punto, per esempio D. Leyk, W. Gorges, D. Ridder, M. Wunderlich, T. Rütther, A. Sievert, D. Essfeld, *Hand-grip strength of young men, women and highly trained female athletes*, in *European Journal of Applied Physiology* 2007, pp. 415 ss.

11 La IAAF introdusse una specifica regola riguardante la richiesta a carico delle atlete di produrre un certificato medico che dimostrasse la loro ammissibilità all'iscrizione delle gare femminili (M. Krech, *To Be a Woman in the World of Sport: Global Regulation of the Gender Binary in Elite Athletics*, in *35 Berkeley J. Int'l Law*. 262, 2018, p. 266).

12 K. Haas, *Who Will Make Room for the Intersexed?*, in *American Journal of Law & Medicine*, 2004, p. 41 ss.; G. Cardaci, *Il processo di accertamento del genere del minore intersessuale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2016, p. 683 ss.; Comitato nazionale per la Bioetica, *I disturbi della differenziazione sessuale*, Roma, 25 febbraio 2010, p. 6 ss., disponibile in www.governo.it/bioetica/pareri.htm.

13 A. Lorenzetti, *Diritti in Transito*, Franco Angeli Editore, Milano, 2014, *passim*.

tazione, come emerso di recente dal riconoscimento legislativo del “genere X”, in alcuni sistemi giuridici, quali Austria¹⁴, Germania¹⁵, Australia¹⁶, Islanda¹⁷, Uruguay¹⁸, Canada (British Columbia)¹⁹, India²⁰, Olanda²¹, Nepal²², Nuova Zelanda²³, Pakistan²⁴, Stati Uniti²⁵.

Sullo sfondo si osserva un duplice rilevante mutamento del ruolo dello sport nella società. Da un lato lo sport è diventato un elemento essenziale nell'educazione dei giovani. Esso viene considerato uno strumento educativo attraverso il quale la persona può sviluppare le proprie attitudini e specificità. Pertanto, lo sport ha assunto una rilevanza sociale²⁶, non rappresentando più un mero gioco o una passione giovanile, ma uno strumento di realizzazione personale, professionale e di carriera, rientrando nelle categorie dei diritti della personalità²⁷. Dall'altro lato, la natura delle gare sportive, soprattutto a livello professionistico, è mutata. Tali competizioni hanno perduto l'elemento “decoubertiano” relativa alla pura partecipazione per caratterizzarsi come fonte di divertimento per il grande pubblico di tifosi e appassionati²⁸. Si tratta di un rilevante settore del c.d. “*entertainment business*”, che implica lo sfruttamento commerciale dell'immagine degli atleti d'élite, del mercato pubblicitario, del marketing, delle scommesse, delle sponsorizzazioni con importanti ripercussioni commerciali e finanziarie²⁹.

2. Il precedente Chand

L'atletica aveva già conosciuto alcuni precedenti rilevanti relativamente al superamento delle catego-

-
- 14 Verfassungsgerichtshof Österreich, VfGH, 15 giugno 2018, https://www.vfgh.gv.at/medien/Civil_register_-_Intersex_persons.en.php.
- 15 P. Dunne, J. Mulder, *Beyond the Binary: Towards a Third Sex Category in Germany? Beyond the Binary: Towards a Third Sex Category in Germany?* in *German Law Journal*, 2018, p. 627 ss.
- 16 A. Davies, *The normativity of recognition: Non-binary gender markers in Australian law and policy* in *24 Advances in Gender Research*, 2017, p. 227 ss.
- 17 J. Ciric, *Iceland's Gender Autonomy Act is a Step Forward for Trans and Intersex Rights*, in *Iceland Review*, 19 giugno 2019, <https://www.icelandreview.com/news/icelands-gender-autonomy-act-is-a-step-forward-for-trans-and-intersex-rights/>.
- 18 L'articolo 1 della “*Ley integral para personas trans*” (legge 684/19) rubricato “*Derecho a la identidad de género*”, stabilisce che: *Toda persona tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad conforme a su propia identidad de género, con independencia de su sexo biológico, genético, anatómico, morfológico, hormonal, de asignación u otro.*
- 19 *Cunningham and others v. B.C. (Ministry of Health) (No. 2)*, 2017 BCHRT 92 (CanLII).
- 20 Supreme Court of India, *National Legal Services Authority v. Union of India*, 15 aprile 2014.
- 21 *Rechtbank Limburg, C/03/232248 / FA RK 17-687*, 28.5.2018.
- 22 Supreme Court of Nepal, *Sunil-Babu-Pant-and-Others v. Nepal-Government-and-Others*, 27 luglio 2007.
- 23 <https://www.passports.govt.nz/what-you-need-to-renew-or-apply-for-a-passport/information/>.
- 24 S. Dickson, S. Sanders, *India, Nepal, and Pakistan: A unique South Asian constitutional discourse on sexual orientation and gender identity*, in S. H. Williams, *Social Difference and Constitutionalism in Pan-Asia*, Cambridge University Press, Cambridge, Cambridge, 2014, p. 320 ss.
- 25 J. A. Greenberg, *The Legal Status of Intersex Persons in the United States*, in J. Scherpe, A. Dutta, T. Helms, *The Legal Status Of Intersex Persons*, Intersentia, Cambridge - Mortsel, 2018, p. 339 ss.
- 26 Anzi, “*un fattore fertile di coscienza sociale*” (J. Huizinga, *Homo Ludens* (1946), trad. it., C. Van Schnendel, Einaudi, Torino, 2002, p. 232).
- 27 M. Cimmino, *Autodeterminazione del minore e responsabilità civile*, in *Famiglia e diritto*, 2012, p. 143 ss.
- 28 J. Huizinga, *op. cit.*
- 29 A. C. T. Smith, B. Steward, *The special features of sport: a critical revisit*, in S. Söderman, H. Dolles (eds.), *Handbook of Research on Sport and Business*, Elgar – Cheltenham, 2013, p. 526 ss.; E. Coutinho da Silva, A. Luzzi Las Casas, *Sport Fans as Consumers: An Approach to Sport Marketing*, *British Journal of Marketing Studies*, 2017, 4, 36 ss.; H. Jalonen, S. Tuominen, A. Ryömä, J. Haltia, J. Nenonen, A. Kuikka, *How Does Value Creation Manifest Itself in the Nexus of Sport and Business? A Systematic Literature Review*, Open in *Journal of Business and Management*, 2018, 6, p. 103 ss.

rie binarie nelle competizioni sportive. A questo proposito si ricorda che il test sull'appartenenza di genere è stato oggetto di controversie già dal 1950, quando l'atleta Foekje Dillema fu la prima donna squalificata a seguito del risultato positivo all'esame sulla presenza del cromosoma Y. Da allora altri atleti sfidarono lo status quo delle competizioni organizzate sulla tradizionale binarietà di genere, come nelle situazioni delle atlete russe Irena e Tamara Press, della tennista statunitense Renée Richard ovvero della ciclista canadese Michelle Dumaresq³⁰. Tuttavia è nel caso di Dutee Chand, atleta indiana, che la questione sul necessario binarismo delle competizioni atletiche giunge di fronte alla *Court of Arbitration for Sport* (CAS), organo giudicante ufficiale, seppure arbitrale.

Dutee Chand³¹ è (stata) una giovane atleta indiana d'élite nella prima parte degli anni Dieci del XXI Secolo. La sportiva veniva laconicamente informata che non sarebbe stata selezionata dalla sua nazionale per i *Commonwealth Games* che si sarebbero tenuti a Glasgow nel luglio del 2014, nonostante il mese precedente avesse vinto due medaglie d'oro ai Campionati asiatici juniores tenutisi a Taipei. La ragione dell'esclusione concerneva il fatto che lei presentasse la condizione di iperandrogenismo, relativa all'eccessiva presenza di androgeni, in particolare di testosterone, nei campioni di sangue da lei prelevati. Tale sua condizione contravveniva le linee guida 2011 dell'IAAF³². Pertanto, l'atleta Chand veniva bandita da tutte le competizioni nazionali ed internazionali.

Invece che sottoporsi a trattamenti ormonali o a operazioni, l'atleta decise di citare di fronte alla *Court of Arbitration for Sport* sia la IAAF sia la *Athletic Federation of India* perché esclusa sulla base di norme discriminatorie come la *IAAF Regulations Governing Eligibility of Female with Hyperandrogenism to Compete in Women's Competition* (d'ora in poi *Hyperandrogenism Regulations*).

Con decisione del 24 luglio 2015, il CAS ha stabilito che le linee guida IAAF dovessero essere sospese perché in corso di causa non erano state presentate sufficienti prove sull'effettivo vantaggio goduto dalle atlete affette dalla condizione di iperandrogenismo rispetto alle atlete non presentavano la medesima condizione. In altri termini, a parere del collegio giudicante non è possibile raggiungere una prova certa e attuale che una atleta di sesso femminile con un livello di testosterone superiore ai 10nmol/L possa ottenere un vantaggio competitivo equivalente a quello di un atleta di sesso maschile³³.

Secondo le prove apportate dalla IAAF, la differenza delle prestazioni sportive tra uomini e donne sarebbe quantificabile nel 10-12%, a favore degli atleti di sesso maschile. Il collegio giudicante contesta questa ricostruzione affermando che il vantaggio conseguibile da un atleta di sesso maschile, nel compimento della sua prestazione sportiva rispetto a un'atleta di sesso femminile, è marginale e quantificabile nell'1%. Nella decisione, il CAS ha suggerito alla IAAF di dimostrare la correlazione tra i livelli di testosterone nelle atlete di sesso femminile e l'eventuale vantaggio competitivo, cosicché venga provata la sussistenza di un preciso divario derivato dal livello più alto di testosterone³⁴.

Nel frattempo, la sospensione biennale (prolungata successivamente di tre mesi) delle linee guida IAAF ha consentito sia alle atlete intersessuali di riprendere a partecipare alle competizioni internazionali di atletica, sia alla IAAF di rielaborare una disciplina basata sull'assunto logico che esista una possibile correlazione, seppure ancora da dimostrare, tra presenza del testosterone e vantaggio com-

30 J. O. Segrave, *Challenging the gender binary: the fictive and real world of quidditch*, in *Sport in Society*, 2016, p. 1299 ss.; A. Pastor, *op. cit.*

31 CAS2014/A/3759 Dutee Chand v. Athletics Federation of India (AFI) & the International Association of Athletics Federations (IAAF). M. Krech, *To Be a Woman in the World of Sport*, cit. p. 272; S. Camporesi, *When does an advantage become unfair?*, cit. p. 700.

32 J. O. Segrave, *Challenging the gender binary*, cit.

33 Court of Arbitration of Sport, Dutee Chand v. AFI & IAAF, 24.7.2015, paragrafo 522, disponibile su https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/award_internet.pdf.

34 S. Camporesi, *Ethics of Regulating Competition for Women with Hyperandrogenism*, in *Clin Sports Med.*, 2016, p. 293 ss.

petitivo³⁵. In altri termini: al momento del deposito del lodo Chand la sussistenza del suddetto vantaggio dovuto al testosterone non è provato, tuttavia ciò non significa che non si possa dimostrare (in futuro) e che quindi la fattispecie in questione deve essere comunque e necessariamente disciplinata.

3. Le DSD Regulations

Nel 2018 la IAAF predisponendo la nuova regolamentazione attualmente in vigore che forza la riconducibilità alla categoria binaria “maschile/femminile” delle atlete intersessuali affette dalla “46 XY DSD”³⁶, attraverso un intervento farmacologico³⁷. Si tratta delle “*Eligibility Regulations for the Female Classification*” (*Athletes with Differences of Sex Development*) (d’ora in poi “*DSD Regulations*”). Detti parametri si riferiscono a donne con livelli endogenici di testosterone superiori a 5 nmol/L, che devono essere artificialmente abbassati al fine consentire a tali atlete di poter gareggiare ed entrare nelle classifiche delle competizioni atletiche internazionali, definite dalla IAAF stessa i “*Restricted Events*”³⁸. Nel novero degli “eventi ristretti” sono incluse le competizioni cui la ricorrente Caster Semenya partecipa(va) regolarmente, cioè le gare di mezzofondo sui 400m, 400m ostacoli, 800m, 1500m ed eventi combinati sulle medesime distanze.

La normativa in questione stabilisce che le atlete affette da DSD, per correre in una competizione internazionale, devono:

- a) essere riconosciute di sesso femminile (o intersessuale o equivalente) di fronte alla legge;
- b) ridurre il loro livello di testosterone al di sotto di 5 nmol/L per un periodo continuo di almeno sei mesi (per esempio attraverso l’uso di farmaci ormonali);
- c) mantenere il loro testosterone al di sotto di tale livello per tutta la durata delle competizioni cui desiderano gareggiare.

Siffatte nuove norme, approvate dalla IAAF nel marzo 2018, sarebbero dovute entrare in vigore dal successivo 1 novembre sostituendo la precedente disciplina, non più applicabile nello sport³⁹. La stesura delle medesime si è basata su uno studio commissionato e retribuito dalla IAAF stessa e dalla *World Anti-Doping Agency* (WADA), il quale già era stato presentato nel corso della vertenza Chand⁴⁰. Altri studi indipendenti hanno dimostrato che i risultati apportati dalla ricerca di riferimento sono stati influenzati da un lato dalla presenza di falsi positivi e dall’altro da conflitti di interessi, dato che il principale autore rivestiva anche il ruolo di direttore dello *IAAF Science and Health De-*

35 S. Camporesi, *Ethics of Regulating*, cit.

36 *The DSD Regulations require athletes with 46 XY DSD with a natural testosterone level over 5 nmol/L, and who experience a “material androgenizing effect” from that enhanced testosterone level, to reduce their natural testosterone level to below 5 nmol/L, and to maintain that reduced level for a continuous period of at least six months in order to be eligible to compete in a Restricted Event* (Court of Arbitration of Sport, CAS ARBITRATION: CASTER SEMENYA, ATHLETICS SOUTH AFRICA (ASA) AND INTERNATIONAL ASSOCIATION OF ATHLETICS FEDERATIONS (IAAF): DECISION, Lausanne, 30.4.2019, www.tas-cas.org).

37 K. Karkazis, M. Carpenter, *Impossible Choices: The Inherent Harms of Regulating Women’s Testosterone in Sport*, in *Bioethical Inquiry*, 2018, 15:579–587, p. 580; M. Pape, *Regulating High Testosterone in International Women’s Sport* in E. Sherry, K. Rowe (eds.), *Developing Sport for Women and Girls*, Routledge, Milton Park, 2020, p. 209 ss.

38 Si tratta delle competizioni della lunghezza tra 400 e 1500 metri (R. Pielke Jr., R. Tucker, E. Boye, *Scientific integrity and the IAAF testosterone regulations*, in *The International Sports Law Journal* (2019) 19:18–26).

39 IAAF introduces new eligibility regulations for female classification, <https://www.iaaf.org/news/press-release/eligibility-regulations-for-female-classifica>.

40 S. Camporesi, *When does an advantage become unfair?*, 701. Si tratta dello studio S. Bermon, S. 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; 51:1309-1314.

partment⁴¹.

Altro significativo problema giuridico inerente siffatto studio concerne la validità della manifestazione del consenso informato da parte degli atleti: lo studio in questione analizzava campioni di sangue ottenuti ai soli fini dei controlli anti-doping svolti durante i campionati mondiali IAAF 2011 e 2013. Ciò significa che gli atleti sottoposti all'esame non erano stati informati, né quindi era stato loro chiesto il consenso, per l'uso ultroneo dei loro campioni di sangue e pertanto i medesimi erano stati utilizzati per analisi non autorizzate. Ne consegue che si è trattato di un prelievo coatto e censurabile, data la sensibilità della ricerca relativa al rapporto tra presenza di testosterone e risultati atletici raggiunti. Tuttavia, nonostante la serietà delle obiezioni presentate contro l'utilizzazione di tale studio ai fini della redazione delle *DSD Regulations*, il CAS ammetteva il medesimo come fonte di prova ai fini decisori⁴².

A questo proposito, è possibile condividere l'opinione di chi ha definito "non etico" l'utilizzo dei summenzionati campioni a fini di indagini ormonali: gli atleti, soprattutto le atlete, non hanno firmato un consenso in bianco per il trattamento dei loro campioni biologici. Sul punto, si condivide la critica secondo cui gli standard probatori nei procedimenti di fronte al CAS dovrebbero essere maggiormente rigorosi⁴³.

4. Il lodo arbitrale inerente Caster Semenya

Con l'istanza presentata al CAS l'atleta sudafricana e la sua federazione di appartenenza, cioè l'*Athletic South Africa (ASA)*, hanno impugnato tale normativa sostenendo che le sue disposizioni siano discriminatorie degli atleti sulla base del sesso perché esse si applicano soltanto (a) alle atlete di sesso femminile e (b) che abbiano solo certi tratti fisiologici, mentre non presentano fondamento scientifico e provocano un danno ingiusto, discriminatorio, arbitrario e sproporzionato.

L'approccio al tema da parte del collegio arbitrale è di tipo tradizionale, orientato alla conferma della divisione binaria delle categorie: le categorie femminili sono riservate alle persone di sesso femminile e negano la partecipazione a chi, seppure legalmente donna, non rientra nella definizione biologica della femminilità data dalla IAAF. Questa posizione così rigida pone due questioni rilevanti e, alla lettura della decisione, non affrontate in modo adeguato. Innanzitutto, si presenta un problema essenziale rispetto alla manifestazione obbligata del consenso relativamente all'analisi sulla verifica del raggiungimento dei parametri medici relativi alla presenza di testosterone in livelli superiori al limite di 10 nmol/l.

A parere di chi scrive tale obbligatorietà violerebbe la dignità dell'atleta per le ragioni relative alla seconda questione fondamentale, cioè alla difficoltà di ridurre i generi alle tradizionali categorie "maschio"/"femmina", seppure siffatta classificazione, in questo ambito, sia basata sulla definizione imposta dalle *DSD Regulations*, la cui impugnazione è stata dichiarata inammissibile. In realtà, questa distinzione non è così netta in natura e non riflette lo spettro delle caratteristiche che esistono nella biologia umana. Inoltre, se una persona è legalmente riconosciuta secondo un certo genere, che in questo caso è quello femminile, non si comprende come a fini sportivi questa persona debba rinunciare alla propria identità, la quale è affermata come diritto fondamentale a partire dalla stessa Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo⁴⁴, in particolare agli artt. 6⁴⁵ e 7⁴⁶, per oltre ad altre importanti

41 S. Camporesi, *ult. op. loc. cit.*

42 S. Camporesi, *ult. op. loc. cit.*

43 S. Camporesi, *ult. op. loc. cit.*

44 Adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 Dicembre 1948.

dichiarazioni⁴⁷ e convenzioni internazionali, che potrebbero essere considerate *extra-ordinem* da parte dell'ordinamento sportivo, il quale pretende una propria autonomia regolatrice e giudiziaria.

In risposta a ciò, il CAS afferma che siffatte obiezioni rappresentano semplici complicazioni, considerate quasi come fossero fattori "disturbanti". Al contrario, si tratta elementi necessari, che devono essere accettati e condivisi tanto da parte del singolo atleta nel rispetto alla propria persona e, di riflesso, da parte della comunità sportiva e da parte del pubblico. Sul punto, il CAS prende atto che in alcuni paesi nel mondo⁴⁸ sono state approvate leggi che hanno riconosciuto il sesso legale andando oltre alle tradizionali categorie di maschile e femminile, in particolare riguardo alle condizioni della transessualità⁴⁹ e del intersessualismo⁵⁰. Tuttavia, non sembra che il CAS consideri siffatte circostanze pertinenti alla materia del contendere, quando invece – a parere di chi scrive – esse sono parte integrante del contenzioso al fine di impedire una discriminazione sulla base dell'identità di genere.

Ciò nonostante, il caso di Caster Semenya non riguarda il transessualismo, poiché il suo corpo produce naturalmente una quantità di testosterone considerata eccessiva dalla IAAF, pertanto i trattamenti di somministrazione ormonale che le vengono imposti al fine di diminuire farmacologicamente il suo livello di testosterone ledono il suo diritto alla integrità e alla salute, anche se in ossequio ad un approccio culturale strettamente legato alle categorie binarie "maschio/femmina". Sul punto, il CAS si sottrae alla valutazione nel merito delle *DSD Regulations*, limitandosi a ribadire che non è compito suo, ma della IAAF⁵¹, cambiare o predisporre una disciplina differente.

Da un lato, sembrerebbe che il CAS non intenda affatto affrontare la questione essenziale per Ca-

45 Il cui testo afferma "Ogni individuo ha diritto, in ogni luogo, al riconoscimento della sua personalità giuridica".

46 Il cui testo stabilisce: "Tutti sono eguali dinanzi alla legge e hanno diritto, senza alcuna discriminazione, ad una eguale tutela da parte della legge. Tutti hanno diritto ad una eguale tutela contro ogni discriminazione che violi la presente Dichiarazione come contro qualsiasi incitamento a tale discriminazione".

47 Tra queste le più rilevanti sono gli *Yogyakarta Principles* approvati nel 2006, in particolare relativamente ai principi n. 2 (Equality and non discrimination), n. 14 (privacy) e 15 (fair trial), e gli *Additional Yogyakarta Principles* (YP+10), approvati nel 2017, i quali sono assai più specifici e dettagliati per quel che concerne la pratica dello sport e la partecipazione a competizioni sportive. Per quel che concerne il principio n. 2, gli Stati devono: "I. Ensure that all individuals can participate in sport in line with the gender with which they identify, subject only to reasonable, proportionate and non-arbitrary requirements; J. Ensure that all individuals can participate in sport without discrimination on the grounds of sexual orientation, gender identity, gender expression or sex characteristics; K. Adopt legislative, policy and other measures in line with international human rights norms and standards to eliminate bullying and discriminatory behaviour at all levels of sports, on the basis of sexual orientation, gender identity, gender expression and sex characteristics". In dottrina, M. O'Flaherty, J. Fisher, *Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualising the Yogyakarta Principles*, in *Human Rights Law Review*, 2008, p. 207 ss.; M. O' Flaherty, *The Yogyakarta Principles at Ten*, in *Nordic Journal of Human Rights*, 2015, pp. 280 ss.

48 K. O' Halloran, *Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law*, Routledge, New York, 2020; J. M. Scherpe, *Formal recognition of adult relationships and legal gender in a comparative perspective* in C. Ashford, A. Maine (eds.), *Research Handbook on Gender, Sexuality and the Law*, Elgar Publishing, Cheltenham, 2020, 17 ss.; A. von Wahl, *From Object to Subject: Intersex Activism and the Rise and Fall of the Gender Binary in Germany*, *Social Politics*, 2019, <https://doi.org/10.1093/sp/jxz044>.

49 S. Patti, *Mutamento di sesso e «costringimento al bisturi»: il Tribunale di Roma e il contesto europeo* in *Nuova Giur. Civ.*, 2015, 2, p. 39.

50 G. Cerina Feroni, *Intersessualismo: nuove frontiere* in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2015, pp. 303 ss; G. Cardaci, *Il processo di accertamento del genere nel minore intersessuale*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2016, 3, p. 683; C. P. Guarini, *Appunti su terzo sesso e identità di genere*, in *Diritti fondamentali*, 2019, pp. 22 ss.

51 Al paragrafo K.625 scrive il collegio arbitrale: "The Panel's task is to determine whether the DSD Regulations, which are discriminatory, are necessary, reasonable and proportionate. That decision must be made on the basis of the case as advanced by the parties, that is on the basis of the evidence adduced and the submission made. The Panel appreciates the difficulties for all parties that much of the evidence that the parties might have wished to adduce was unfortunately, as of today, simply not available. The Panel is also mindful of the principles of natural justice and procedural fairness, which means that the Panel cannot make finding on matters which the parties have not addressed, or not had an opportunity to address".

ster Semenya, cioè il riconoscimento della sua identità femminile e quindi la discriminazione subita alla luce degli standard sui livelli di testosterone stabiliti dalle *DSD Regulations*. Su questo aspetto, la maggioranza del collegio arbitrale afferma che “*the DSD Regulations are discriminatory, but that on the evidence currently before the Panel such discrimination is a necessary, reasonable and proportionate means of achieving the aim of what is described as the integrity of female athletics and the upholding of the “protected class” of female athletes in certain events*”⁵².

Dall'altro lato, il CAS medesimo rimanda alla competenza regolatoria della IAAF, nonostante le crescenti divergenze tra le normative nazionali relative all'attribuzione di sesso con conseguente complicazione della partecipazione delle atlete alle competizioni nazionali, dato che l'iscrizione alla categoria femminile non può dipendere semplicemente dal riconoscimento dell'atleta come femmina da parte delle leggi nazionali.

Non è in discussione se debba esistere una classe protetta per le atlete di sesso femminile, nessuna delle parti in causa ha suggerito gare miste, anche se le *DSD Regulations* consentirebbero alle donne con sindrome XY5-ARD, che non vogliono abbassare artificialmente il loro livello di testosterone, di competere nella categoria maschile. Si tratta di un punto di grande interesse, perché ribalta la *ratio* discriminatoria: una persona riconosciuta come femmina alla nascita e registrata come tale nei registri di stato civile, educata come donna, legalmente riconosciuta donna, ma sofferente di androgenismo, da un punto di vista sportivo può essere obbligata a gareggiare con gli uomini?

La domanda non è peregrina, visto che lo sport, in quanto tale, rappresenta un modello di vita e gli atleti degli esempi da seguire e imitare, soprattutto per quel che concerne i comportamenti di identificazione sociale e di lotta all'esclusione e alla discriminazione. Tuttavia, la praticabilità di una soluzione del genere non riguarda solo una questione di identità, ma coinvolge aspetti delicati di natura giuridica, psicologica, endocrinologica e anche sociale: per rimediare alla sofferta esclusione dalla categoria alla quale si reputa di appartenere, cioè a quella femminile occorre necessariamente sforzarsi di farsi accettare in una alla quale non si sente di appartenere, cioè a quella maschile? Tale sforzo non configurerebbe una forma di violenza, perlomeno psicologica? Paradossalmente tale soluzione dimostra in modo esemplare quanto ormai la classificazione binaria “maschile/femminile” abbia perso di senso anche nello sport, nonostante le abitudini e mentalità (o addirittura stereotipi), legati a tradizioni e culture, della maggioranza dei consociati.

Alla luce di ciò emerge l'importanza di una questione prettamente di policy che ha significative ripercussioni giuridiche e conseguenze da un punto di vista sportivo, cioè la specialità della giurisdizione sportiva rispetto a quella ordinaria⁵³. Preliminarmente, si osserva che il ricorso di Caster Semenya è stato rigettato dal CAS, il cui collegio (composto da avvocati di prestigio internazionale specializzati in diritto dello sport) ha ritenuto necessario limitare l'oggetto della decisione soltanto in merito al fatto se le *DSD Regulations* fossero valide o meno sotto il punto di vista giuridico. Invece il collegio arbitrale ha considerato inappropriato e non necessario valutare come la IAAF avesse approcciato le questioni su come decidere la formulazione delle regole ovvero la loro attuazione.

Ulteriormente, il collegio arbitrale ha deciso che l'indipendenza della giurisdizione sportiva (e quindi dell'arbitrato in questione) consente alla IAAF di beneficiare un “*significant margin of appreciation in determining what is necessary and proportionate to achieve their legitimate objective*” in quanto

Accordingly, the IAAF must decide what is necessary and proportionate to achieve its aims on the basis of an honest and good faith view that has a reasonable basis. As long as that test is met, it is

52 CAS 2018/O/5974 & CAS 2018/O/5798, cit. par. 626.

53 Sul punto, si veda M. Mancini, *Attività sportive ufficiali, intervento pubblico e sussidiarietà*, Cedam, Padova, 2012, *passim*.

*irrelevant that others may disagree with that views, or may cite other contrary scientific evidence. Rather, in order to succeed in their challenge, the Claimants must establish that a reasonable person acting in good faith could not hold the view that the DSD Regulations are necessary and appropriate to achieve the IAAF legitimate objectives*⁵⁴.

Si tratta di una motivazione non condivisibile innanzitutto dal punto di vista del *due process*, cioè del giusto processo. Seppure si tratti di un lodo arbitrale, non è accettabile che siano le parti stesse a determinare quale sia la parte a carico della quale ricada l'onere della prova, la sua valutazione, su quale debba essere la modalità istruttoria relativa alla medesima prova e quali standard scientifici possono essere considerati validi dal punto di vista probatorio⁵⁵.

A questo proposito si osserva che la Corte europea dei diritti umani si è pronunciata sulle criticità del procedimento di fronte al CAS in relazione all'art. 6, co. 1, CEDU, in particolare per quanto riguarda l'obbligatorietà del procedimento arbitrale. La Corte di Strasburgo distingue tra l'arbitrato obbligatorio per legge ("*compulsory*") oppure volontario. Nel primo caso debbono essere garantite alle parti, private della scelta di sottoporre, o meno, la loro controversia a un arbitrato, le garanzie previste dall'art. 6, co.1, CEDU. Nel secondo caso, invece, sono le parti stesse a rinunciare volontariamente alle garanzie previste dall'art. 6, co. 1, CEDU⁵⁶.

Commentando questa decisione, la dottrina specializzata si è divisa sulla natura del procedimento arbitrale di fronte al CAS: da un lato vi è chi lo considera di natura obbligatoria, data l'esclusività della giurisdizione cui gli atleti possono sottoporre le loro controversie⁵⁷; dall'altro lato vi è chi lo considera volontario, dato che l'arbitrato in materia sportiva professionistica non è esplicitamente previsto da una specifica legge e la sottoscrizione della clausola arbitrale è legata alla stipula di contratti ovvero all'adesione di federazione sportive⁵⁸. In ogni caso la stessa Corte di Strasburgo afferma che l'accettazione della clausola compromissoria potrebbe costituire una rinuncia a tutte o parte delle garanzie di cui all'articolo 6, co. 1, CEDU. Si deve quindi determinare se tale accettazione sia stata il risultato di una scelta libera, lecita e inequivocabile, ai sensi della giurisprudenza della medesima Corte EDU.

Nel caso in esame, le garanzie stabilite dall'art. 6, co. 1, CEDU non sembrerebbero del tutto soddisfatte, soprattutto in considerazione dell'oggetto di causa inerente la doglianza su una asserita discriminazione basata su caratteristiche fisiche personali, pertanto lesiva di diritti fondamentali. Inoltre, l'aspetto processuale critico concerne la circostanza che il ruolo del collegio arbitrale è limitato a occuparsi della mera procedura, mentre la disciplina sull'onere della prova è decisa dalla IAAF con ampio margine di discrezionalità, stabilendo che è onere delle parti provare l'invalidità dei regolamenti, nonché ampio margine di apprezzamento ai fini dell'ammissibilità delle prove a livello scientifico. Sulla base di ciò non sorprende che la decisione in oggetto sia fondata su una ricerca scientifica elaborata sulla base di dati raccolti senza il consenso informato degli atleti e il cui responsabile del progetto è in conflitto di interessi, essendo egli stesso membro del *IAAF Science and Health Department*⁵⁹.

54 CAS 2018/O/5974 & CAS 2018/O/5798, cit. par. 303.

55 S. Camporesi, *When does an advantage become unfair?* Cit., p. 701; H. Lenskyj, *Sport exceptionalism and the Court of Arbitration for Sport* in *Journal of Criminological Research, Policy and Practice*, p. 5 ss.

56 Corte europea dei diritti umani, 2 ottobre 2018, Mutu e Pechstein contro Svizzera (ricorsi nn. 40575/10 e 67474/10), §95. In dottrina, J. P. Marguénaud, *La «lex sportiva» rattrapée par la patrouille européenne ?* in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2018, p. 850 ss.

57 A. Duval, *Time to Go Public? The Need for Transparency at the Court of Arbitration for Sport*, in *Yearbook of International Sports Arbitration*, 2020, p. 1 ss.

58 F. Latty, *Le TAS marque des points devant la CEDH*, in *Jurisport: la revue juridique et économique du sport*, 2018, 192, p. 31 ss.

59 S. Camporesi, ult. op. loc. cit.

Infatti, in sede di giudizio viene dimostrato che le performance della ricorrente erano comparabili con quelle dell'atleta che è stata medaglia d'oro alle Olimpiadi di Pechino nel 2008, tuttavia nessun sospetto è mai sorto sulla validità di quella competizione⁶⁰. I risultati di questa indagine dimostrano che la minima differenza percentuale tra la prestazione tra le due atlete contrasta con l'affermazione della IAAF che un'atleta donna affetta da *hyperandrogenic or with blood testosterone* con livelli superiori al limite di 10 nmol/l può essere considerata in grado di raggiungere livelli paragonabili alle prestazioni di un atleta maschio; invece tale affermazione non è suffragata dall'analisi dei risultati agonistici⁶¹. Alla luce di ciò parrebbe utile verificare quanto la presenza del testosterone influisca su identità e risultati sulle atlete affette dalla sindrome XY5-ARD.

5. L'identità di genere e l'abilità sportiva: il ruolo del testosterone

Relativamente alla individuazione delle questioni scientifiche e mediche coinvolte in questa causa si osserva che gli esperti delle parti avevano raggiunto una condivisione sulla sindrome XY5 ARD, sia da un punto di vista generale⁶², sia più specifico⁶³, come per esempio che livelli di testosterone differenti possono essere fattori primari, ma non esclusivi del divario delle prestazioni sportive post-puberale tra gli atleti e le atlete. I principali attributi fisici che contribuiscono alle prestazioni degli atleti d'élite includono *“power generation, aerobic power, body composition, fuel utilisation and economy of motion. They also include neuromuscular function, tendon function and innate immunity”*⁶⁴. Le persone con 46 XY generalmente presentano *“greater lean body mass, larger hearts, higher cardiac output, larger haemoglobin mass and larger VO2 max than 46 XX individuals. The single biggest reason for the sex difference in these physical attributes is exposure in 46XY individuals with functional androgen receptors to much higher levels of testosterone during growth and development (puberty) and the athletic career”*⁶⁵.

Tuttavia, gli esperti delle parti non hanno raggiunto un accordo relativamente a: *“a) the magnitude of the performance advantage that is derived by having endogenous testosterone in the normal male range of 7.7 to 29 nmol/L; b) the strength of the correlation between levels of endogenous testosterone and lean body mass in adult males; c) whether the fact that 46XY DSD athletes are overrepresented only in some track events constitutes a paradox that suggest the IAAF's hypothesis concerning the relationship between high endogenous testosterone and athletic performance is incorrect; d)*

⁶⁰ J. Ospina-Betancurt, M. S. Zakythinaki, *Outstanding performances during elite-standard short and middle-distance finals and the hyperandrogenism regulation—A detailed analysis of Caster Semenya's results*, in *Journal of Sports Sciences*, 2020, DOI: 10.1080/02640414.2020.1727117.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² Innanzitutto, da un punto di vista generale, esse hanno aderito alla circostanza che il sesso non sia binario, ma che esista una serie di differenti marcatori sessuali inclusi cromosomi, gonadi e genitali primari e secondari esterni, conseguentemente che la definizione del sesso alla nascita può presentare casi ambigui e che la comprensione scientifica dell'identificazione sessuale e delle DSD si è evoluta (rispetto a quando Caster è nata, verrebbe da suggerire), infatti, al momento della nascita l'identificazione del sesso del neonato dovrebbe prevedere il coinvolgimento condiviso dei medici e della famiglia del bambino (CAS 2018/O/5974 & CAS 2018/O/5798, cit. par. 477).

⁶³ Più specificatamente, rispetto alla malattia, si osserva che la XY5-ARD non riguarda una mutazione genetica singola, ma differenti mutazioni del medesimo gene che possono portare a diversi gradi della patologia. Si tratta di una condizione molto rara, i cui casi più lievi possono sfuggire all'attenzione degli specialisti e che comporta una diversa gradazione della virilità. Alcune persone che ne sono affette, superando la pubertà, decidono di mutare sesso ovvero genere, mentre il trattamento clinico somministrato a chi ne è affetto si è evoluto con il tempo (*ult. op. loc. cit.*).

⁶⁴ CAS 2018/O/5974 & CAS 2018/O/5798, cit. par. 479.

⁶⁵ *Ibidem*.

whether differences in exposure to growth hormone may account for some of the differences in athletic performance between men and women"⁶⁶.

Relativamente al ruolo del testosterone nella definizione dell'identità di genere relazionata all'abilità sportiva possono sorgere due differenti questioni:

a) in quale modo il testosterone differisce dalle altre varianze genetiche che possono conferire un vantaggio ("*property advantage*") rispetto agli altri parametri genetici?

b) Come possono essere trattati siffatti casi?

Si tratta di domande già affrontate in filosofia dello sport, ove ci si è chiesti cosa sia un tale vantaggio riguardo ad uno specifico parametro⁶⁷. Una possibile risposta è data da chi sostiene che "A presenta un vantaggio su B rispetto al parametro X qualora A possieda una quantità maggiore del parametro X rispetto a B", quando il "parametro" è definibile come "*constituent parts of competitors and competition environment*"⁶⁸. Tuttavia, il vantaggio performativo in una competizione riguarda soltanto un aspetto tra altri possibili parametri.

Certa dottrina si è riferita alle variazioni genetiche conferenti un vantaggio performativo, che però non può essere considerato preminente, considerata la presenza di molti fattori non genetici che contribuiscono complessivamente al vantaggio performativo⁶⁹. La dottrina in questione classifica siffatti vantaggi in tre categorie:

a) un possibile vantaggio di natura "quantitativa", relativamente al beneficio conferito dal testosterone rispetto a quello attribuito da altre variazioni biologiche o genetiche;

b) un possibile vantaggio di natura "qualitativa", cioè assegnato dal livello di testosterone riscontrabile in tutti gli ambiti sportivi, rispetto alla differenza presente in un determinato sport;

c) un possibile vantaggio legato al testosterone diverso da altre variazioni biologiche e genetiche perché l'attuale categorizzazione binaria nello sport è basata sul presupposto che il testosterone abbia un ruolo chiave e possa fungere come spartiacque nella suddivisione tra le categorie maschili e femminili.

Si osserva che i punti a) e b), sono misurabili oggettivamente con esempi empirici, mentre il punto c) concerne valutazioni culturali e convenzioni storiche, che sono quelle maggiormente interessanti perché inerenti alla costruzione culturale dell'identità di genere secondo la quale ad una persona di genere maschile competono certi ruoli, mentre a una persona di genere femminile sono riservati certi altri, e le due categorizzazioni non sarebbero sovrapponibili ovvero interscambiabili.

Tale assunto emerge con chiarezza dal momento che anche il lodo arbitrale del CAS, riferendosi proprio alle testimonianze apportate dagli esperti scelti dalla ricorrente, rilevano preliminarmente che:

1) seppure la società distingua gli individui sulla base di una catalogazione binaria "maschio/femmina", in realtà dal punto di vista genetico il sesso contiene "*a much more diverse spectrum*";

2) geneticamente gli DSD che influiscono sul livello del testosterone non sono qualitativamente differenti da altre differenze genetiche che sono accettate nello sport, indipendentemente dal fatto che impattino o meno sui risultati sportivi, in particolare se gli atleti siano più o meno alti o bassi, o forti o deboli. Ne consegue che dal punto di vista degli studi di genetica applicati allo sport, il modo razionale di trattare le variazioni genetiche che comportano DSD come categoria a parte non è scientificamente sostenibile.

3) Non vi è alcuna evidenza scientifica per trattare in modo differente i risultati sportivi ottenuti

⁶⁶ *Ivi*, par. 480.

⁶⁷ M. Hämmäläinen, *The Concept of Advantage in Sport*, in *Sport, Ethics and Philosophy*, 2012, p. 308 ss.; S. Camporesi, *When does an advantage become unfair?* cit., p. 702.

⁶⁸ M. Hämmäläinen, *op. cit.*

⁶⁹ S. Camporesi, *ult. op. loc. cit.*

da atleti con mutazione genetica relativi ai DSD rispetto a quelli conseguiti da atleti affetti da altre mutazioni genetiche, per esempio quelle del gene EPOR⁷⁰, recettore naturale della eritropoietina⁷¹. A questo proposito, l'IAAF afferma che le atlete di sesso femminile con DSD beneficiano di un 8-12% nei risultati delle gare a causa del loro elevato livello di testosterone, tuttavia, anche se ciò fosse corretto, tale vantaggio sarebbe sicuramente minore dell'incremento del >30% dovuto proprio all'emoglobina concentrata provocata dalla mutazione contenuta nel gene EPOR.

4) è altrettanto probabile che molti atleti d'élite presentano altre mutazioni genetiche che invece sono compatibili con predisposizioni fisiche che garantiscono i vantaggi competitivi riferibili ad alcune di esse. Comparare tali soggetti con siffatte caratteristiche con altre persone sprovviste delle medesime caratteristiche consente di comprendere come detti soggetti, avvantaggiati da siffatte predisposizioni, o talenti, riescano a eccellere nelle discipline sportive (come in quelle musicali o artistiche, dipende dal talento vantato dal soggetto) distinguendosi dal resto della popolazione.

Vi è un contrasto tra chi afferma che il testosterone è una caratteristica dell'individuo, di cui costui potrebbe avvantaggiarsi in tutti gli sport, non soltanto in ambiti sportivi specifici e chi sostiene che non vi sono prove certe che il testosterone arrechi un sicuro vantaggio competitivo. Ed è sulla base di ciò che vengono contestate le caratteristiche asserite da IAAF delle donne con 46XY DSD qualificate come "biologicamente uomini". Su questo punto, gli esperti descrivono il contrasto tra l'effetto del 46 YX DSD e l'effetto di una particolare variazione dell'allele ACTN3⁷², collegato alla potenza muscolare. A questo proposito, non si riesce a distinguere da un punto di vista qualitativo gli effetti di siffatte variazioni genetiche. Pertanto, non è vi sarebbe alcuna base scientifica per trattare gli effetti di tali mutazioni in modo differente, nel senso che l'effetto dovuto a DSD sia inaccettabile mentre quello derivante da mutazione EPOR sia accettabile⁷³.

Tuttavia, con questa decisione la IAAF ha stabilito, e il CAS ha confermato, al di là di evidenze probatorie ovvero empiriche, che il testosterone svolge un ruolo differente dagli altri vantaggi competitivi nelle gare sportive rispetto alla categorizzazione binaria "maschile/femminile" delle medesime, in quanto vi sono fattori equamente disponibili tra uomini e donne, tranne uno, che è il testosterone⁷⁴.

Sulla base di ciò a Caster Semenya, e alle atlete che condividono con lei la medesima caratteristica genetica, viene imposto di sottoporsi a un certo trattamento medico (*seppure siano sane*) al fine di rientrare nei parametri (*nocivi per la loro salute*) ai fini di poter gareggiare nelle competizioni atletiche d'élite⁷⁵. Sotto un profilo giuridico ordinario ciò è irrazionale, tuttavia il CAS esercita la propria giurisdizione speciale decidendo a favore della liceità delle *DSD Regulations*.

⁷⁰ S. Camporesi, *ult. op. loc. cit.*

⁷¹ L'eritropoietina governa la produzione di globuli rossi, necessari per il trasporto di ossigeno ai tessuti corporei. Anche se prodotto naturalmente, questo ormone può essere assunto illecitamente con scopi dopanti, specie in alcuni sport di resistenza come ciclismo, corsa su lunghe distanze, sci di fondo (T. S. Atkinson, M. J. Kahn, *Blood doping: Then and now. A narrative review of the history, science and efficacy of blood doping in elite sport*, in *Blood Reviews* 39 (2020) 100632).

⁷² Si tratta della varianza di un gene, conosciuto anche come "alfa-actinina", che favorisce le prestazioni atletiche dei velocisti attraverso il naturale potenziamento muscolare. (N. Yang, D. G. MacArthur, J.P. Gulbin, A. G. Hahn, A.H. Beggs, S. Easteal, K. North, *ACTN3 Genotype Is Associated with Human Elite Athletic Performance*, *Am. J. Hum. Genet.* 73:627–631, 2003).

⁷³ CAS 2018/O/5794 & CAS 2018/O/5798, p. 33-34; S. Camporesi, *When does an advantage become unfair?*, cit.

⁷⁴ CAS 2018/O/5794 & CAS 2018/O/5798, p. 22. S. Camporesi, *op. cit.*

⁷⁵ *What Caster Semenya's case means for women's sport. A defining moment*, *The Economist, International Edition*, 11 maggio 2019, 50.

6. Conclusioni: quali possibili soluzioni?

Quale soluzione sarebbe possibile adottare in casi come questo? Si possono prospettare due ipotesi: a) il livello di testosterone è differente in almeno uno dei parametri relativi ai “*property advantages*”⁷⁶, oppure b) il testosterone non è differente in nessuno dei summenzionati “*property advantages*”.

Per quanto concerne la prima ipotesi, le considerazioni sulla equità richiederebbero un trattamento del testosterone differente rispetto ad altri “*property advantage*”. Tuttavia, la soluzione farmacologica è soltanto una di quelle possibili che possono riguardare le istanze di “*fairness*”. Esse possono essere:

- i. conservare la divisione binaria delle categorie “maschile/femminile” e richiedere alle atlete inter-sessuali di modificare farmacologicamente loro livello di testosterone;
- ii. abbandonare la summenzionata divisione binaria e creare categorie apposite proprio sulla base del livello di testosterone o su algoritmi con più complessità;
- iii. abbandonare la summenzionata divisione binaria e creare categorie basate su modificazioni esterne per gestire i (*presunti*) vantaggi biologici.

Di fronte a queste opzioni è possibile affermare che tanto la IAAF quanto il CAS propendono a preservare la prima soluzione, sia per tradizioni storiche, sia per convenzioni sportive. Al contrario, l'ipotesi di cambiare la suddivisione binaria a favore di altre categorizzazioni⁷⁷, rimane del tutto teorica sia sotto il profilo della fattibilità, sia di applicabilità⁷⁸. Tuttavia modifiche di questo tipo, inerenti ad esempio l'utilizzo di indumenti specifici o la modifica del percorso di gara, sarebbero più rispettose della biologia degli atleti se comparati con l'obbligo di somministrazione farmaceutica.

Al contrario di quanto accaduto, qualora la corte arbitrale avesse accolto le istanze probatorie e le testimonianze degli esperti di Caster Semenya, ovverosia che il testosterone non possa essere considerato un elemento differenziale rispetto alle prestazioni delle altre atlete, come avrebbe potuto essere definita la questione? Il CAS avrebbe potuto decidere per:

- I. il mantenimento della divisione binaria secondo i tradizionali parametri sessuali e consentire agli atleti di competere con il rispetto della loro integrità fisica;
- II. l'abbandono della suddivisione binaria e quindi l'adozione di una differente valutazione delle “disuguaglianze genetiche” sul piano meramente competitivo, cercando di individuare ogni specifica ineguaglianza sulla base di evidenze scientifiche.

Tuttavia, a parere di chi scrive, le conseguenze di tale decisione sono varie e molte di queste anche extrasportive, a partire dalla tutela della salute della singola atleta che, per poter gareggiare, dovrebbe assumere dei trattamenti farmacologici nocivi che le sopprimerebbero una sua caratteristica biologica, rappresentativa di una sua condizione naturale, spontanea, nata insieme all'atleta stessa. L'approccio farmacologico svela come il farmaco induttore della riduzione ormonale manifesti l'ambiguità insita nel significato originario di questo termine⁷⁹. Esso consiste nel *pharmakon*: cioè il *rimedio*, al fine ottenere una uguaglianza fittizia dei requisiti biologici per la partecipazione alle competizioni d'élites; mentre al contempo esso consiste nel *veleno*, vale a dire la discriminazione che

⁷⁶ S. Camporesi, *When does an advantage become unfair?* Cit.

⁷⁷ C. Voyles, *Sex Segregation in Sport: A Denial of Rights and Opportunities for Health*, in *Health and Human Rights Journal*, 28 giugno 2019, <https://www.hhrjournal.org/2019/06/sex-segregation-in-sport-a-denial-of-rights-and-opportunities-for-health/>; C. Cooky, S. L. Dworking, *Policing the boundaries of sex: a critical examination of genere verification and the Caster Semenya Controversy*, in *The Journal of Sex Research*, 2013, p. 103 ss.; B. Foddy, J. Savulescu, *Time to re-evaluate gender segregation in athletics*, in *British Journal of Sports Medicine* 2011, p. 1184 ss.

⁷⁸ S. Camporesi, *When does an advantage become unfair?* Cit.

⁷⁹ U. Curi, *Le parole della cura. Medicina e filosofia*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2017, pp. 75-76. Questo autore riconduce siffatta insuperabile duplicità “già “scritta” nella originaria identificazione del farmaco con le due gocce di sangue scaturite dalla decapitazione della Gorgone Medusa”.

espelle una atleta incolpevole dalla partecipazione alle medesime competizioni d'élites.

L'atleta stessa ha dato una significativa risposta a questa imposizione che avrebbe così pesantemente influenzato il suo corpo e la sua identità, rifiutando il trattamento farmacologico. In un primo tempo Caster Semenya ha rinunciato a partecipare alle gare internazionali di atletica e dedicandosi ad un altro sport, il calcio, in una squadra femminile sudafricana⁸⁰. Più recentemente, la medesima atleta ha pubblicamente⁸¹ manifestato la volontà di competere sui 200m, distanza scelta per evitare i limiti sul testosterone⁸², in vista delle prossime Olimpiadi di Tokyo⁸³.

Nonostante questa soluzione farmacologica sia considerata salvifica, quasi fosse un amuleto⁸⁴ utilizzato per dare una giustificazione apparentemente razionale a stereotipi e pregiudizi, permangono alcuni elementi fattuali imprescindibili. Da un lato, lo sport è diventato un elemento essenziale nell'educazione dei giovani, che attraverso di esso perseguono i loro percorsi formativi e di realizzazione personale e professionale. In questo senso, praticare uno sport rappresenta un diritto della personalità. Dall'altro lato, ciò comporta che lo sport abbia acquisito una sempre maggiore importanza economica, anche a seguito del grande interesse mediatico e dell'opinione pubblica sulle carriere degli atleti di primo piano, uomini o donne che siano, assai distanti dai tempi del dilettantismo decoubertiano. Prova ne siano le quotazioni in borsa delle società sportive ovvero i contratti di sponsorizzazione e pubblicità degli atleti d'élite.

Alla luce di questo contesto sociale, la discriminazione posta in essere dalla decisione del CAS sembra riproporre in pieno le lotte antidiscriminatorie che le comunità LGBTIQ+ perseguono nella vita quotidiana, sia sul piano personale sia su quello professionale, "*nella vita come nello sport*". Pertanto, si potrebbe sostenere che il settore sportivo abbia perduto la propria specificità anche dal punto di vista giurisdizionale e ci si potrebbe chiedere se abbia ancora senso il mantenimento di una giurisdizione sportiva separata, con un proprio organo, ma che se invece non debba essere applicato in materia il diritto vigente di fronte a un giudice ordinario, soprattutto in materia antidiscriminatoria.

80 T. Dutch, *800-Meter Champion Caster Semenya Joins Soccer Club in South Africa*, *Runner's World*, 6 settembre 2019.

81 Attraverso un post su Instagram pubblicato il 13 marzo 2020: <https://www.instagram.com/p/B9rvqpaAELv/>.

82 E. Watta, *Caster Semenya Targets 200m Qualification for Tokyo 2020 Olympics*, 13.3.2020, <https://www.olympicchannel.com/en/stories/news/detail/caster-semenya-targets-200m-tokyo-2020-olympics/>.

83 Al momento rinviate al 2021 in conseguenza della pandemia da COVID-19 (<https://www.olympic.org/all-information-about-the-olympic-games-tokyo-2020-and-covid-19>).

84 D. Fausti, *Farmaci ed amuleti: ai confini del razionale nella medicina antica*, in *I quaderni del ramo d'oro online*, 2015, 32.