

Les notes de cette chronique peuvent être citées de la façon suivante : GPL + date de la parution + identifiant unique (numéro de type GPL425c1 indiqué à la fin de chaque note, permettant de retrouver directement l'article via un moteur de recherche ou sur www.labase-lextenso.fr). Ex.: GPL 10 oct. 2023, n° GPL425c1.

Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme GPL455k9



Par
Joël

ANDRIANTSIMBAZOVINA
Agrégé des facultés
de droit, professeur à
la faculté de droit de
l'université Toulouse 1 –
Capitole, doyen honoraire
de la faculté de droit, de
sciences politiques et de
gestion de La Rochelle,
Institut de recherche
en droit européen,
international et comparé
– Centre d'excellence
Jean Monnet

L'essentiel

La présente chronique est consacrée à des questions de société qui concernent spécifiquement les droits des femmes : l'interdiction de la procréation *post mortem* et l'interdiction des exportations de gamètes ou d'embryons ; le droit d'accès aux origines des personnes conçues par l'aide médicale à la procréation, l'anonymat du don de gamètes et la levée de l'anonymat des données relatives aux informations non-identifiantes et à l'identité du tiers donneur ; le délai de viduité imposé aux femmes divorcées et l'exigence de certificat médical de l'état ou non de grossesse avant un nouveau mariage avec un autre homme que l'ex-époux ; la discrimination visant les athlètes de sexe féminin intersexe et la comparaison avec les athlètes féminins non dotés de taux de testostérone élevé.

PLAN

I. PROCÉDURE DEVANT LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME	(néant)
II. LES DROITS PROCÉDURAUX	(néant)
III. LES DROITS SUBSTANTIELS	p. 1

[...]

III. LES DROITS SUBSTANTIELS

L'interdiction d'exporter des gamètes ou des embryons vers un pays qui autorise l'insémination « *post mortem* » est compatible avec l'article 8 de la Convention GPL455l0

L'essentiel L'arrêt *Baret et Caballero* considère que l'interdiction d'exporter des gamètes ou des embryons vers un pays qui autorise l'insémination *post mortem* ne viole pas l'article 8 de la Convention.

CEDH, 14 sept. 2023, n°s 22296/20 et 37138/20, Baret et Caballero c/ France, G. Ravarani, prés. : JCP G 2023, act. 1073, comm. F. Sudre ; Dalloz actualité, 2 oct. 2023, obs. D. Vigneau ; Dalloz actualité, 29 sept. 2023, obs. M. Mesnil ; consultable sur <https://lext.so/Zr36ek>

Note

Le droit de la bioéthique ne cesse d'être confronté aux multiples interrogations provoquées par l'avancée et la sophistication de la technologie dans le domaine médical, notamment l'assistance médicale à la procréation (AMP). Ce phénomène en constante évolution provoque une augmentation des demandes sociales destinées à satisfaire des désirs individuels et sentimentaux légitimes. La procréation *post mortem* en fait partie. Elle divise les États adhérents à la Convention européenne des droits de l'Homme (la Convention) et les États tiers : certains l'interdisent, d'autres l'autorisent (CEDH, 8 déc.

2022, n° 14889/19, *Pejrilova c/ République Tchèque*, § 21 et 45 ; *Encadrement juridique international dans les différents domaines de la bioéthique*, actualisation 2018, Agence de la biomédecine, p. 43-44).

La diversité des législations nationales à ce sujet est source de contentieux autour d'une mobilité transfrontière de la procréation *post mortem*. Des ressortissants des pays qui interdisent celle-ci tentent d'exporter des gamètes ou des embryons vers les pays qui l'autorisent.

Dans l'affaire *Baret et Caballero c/ France* du 14 septembre 2023, tranchant un litige portant sur l'interdiction d'exportation de gamètes ou d'embryons de la France vers l'Espagne en vue d'une procréation *post mortem*, la Cour européenne des droits de l'Homme (la CEDH) juge, à l'unanimité, qu'une telle interdiction ne méconnaît pas le droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la Convention.

La CEDH donne un brevet de conventionnalité à l'interdiction absolue par la législation française d'exportation de gamètes ou d'embryons dans un but de procréation *post mortem* (CSP, art. L. 2141-2 et L. 2141-11-1). De la sorte, l'arrêt de la CEDH confirme la domination de l'esprit de subsidiarité concernant les questions de société comme la *procréation post mortem*. Il ne dément pas la tendance entamée dans un précédent arrêt (CEDH, 8 déc. 2022, n° 14889/19, *Pejrilova c/ République Tchèque*, préc.). En la matière, l'absence de consensus au sein de l'espace juridique du Conseil de l'Europe fait pencher la balance en faveur d'une forte retenue de la CEDH. Très clairement, selon l'arrêt *Baret et Caballero*, « il y a lieu d'accorder à l'État défendeur une ample marge d'appréciation, dès lors que le recours aux techniques de l'AMP soulève des questions morales et éthiques sensibles et qu'il n'existe pas de communauté de vue claire entre les États membres du Conseil de l'Europe sur la question de la procréation *post mortem* » (§ 59). Les différences entre l'arrêt *Pejrilova* et l'arrêt *Baret et Caballero* – l'interdiction de la conception *post mortem* est limitée au territoire national en République Tchèque alors que la France l'étend aux pays qui l'autorisent, l'affaire *Pejrilova* et la requête de M^{me} Baret concernaient la conservation des gamètes du conjoint décédé alors que la requête de M^{me} Caballero concernait la conservation d'un embryon et donc d'un projet parental plus engagé par le couple concerné – n'ont pas eu de conséquences sur le degré de contrôle exercé par la CEDH. En dépit de l'affirmation d'un contrôle européen des choix du législateur national en matière de procréation artificielle, la CEDH limite son contrôle à celui

du juste équilibre entre les intérêts légitimes en jeu et de la cohérence du cadre juridique instauré (§ 80).

Ce contrôle analyse scrupuleusement le travail législatif mené par le Parlement français depuis 1994. La CEDH prend acte de la qualité et du sérieux des débats et du maintien de l'interdiction de la procréation *post mortem* par la loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique. De plus, la CEDH donne crédit au Conseil d'État d'avoir exercé un contrôle concret de la conventionnalité des conséquences engendrées par l'application de la loi dans son arrêt *Gonzalez Gomez* (CE, ass., 31 mai 2016, n° 396848). Un tel contrôle ne génère pas en soi un risque d'insécurité juridique. En combinant l'importance particulière accordée au rôle du décideur national concernant les questions de société et l'attention tout aussi particulière au contrôle concret de conventionnalité effectué par la Conseil d'État, la CEDH a été sensible à « l'objectif visé par le législateur de ne pas rendre possible une forme de "dumping" éthique » (§ 86). Le contrôle européen du contrôle national conforte la méthodologie du contrôle de conventionnalité concret assuré par le Conseil d'État. La volonté des requérantes de contourner uniquement la législation française qui apparaît dans l'absence de lien avec l'Espagne a pesé lourd dans la décision de la CEDH de ne pas « se départir des solutions retenues par le juge interne » (§ 88).

Tout en constatant une absence de violation de l'article 8 de la Convention, dans un *obiter dictum* qui figure au paragraphe 90, l'arrêt *Baret et Caballero* « reconnaît que l'ouverture, depuis 2021, par le législateur de l'AMP aux couples de femmes et aux femmes seules pose de manière renouvelée la pertinence de la justification du maintien de l'interdiction dénoncée par les requérantes. La Cour rappelle en effet que malgré l'ample marge d'appréciation dont bénéficient les États en matière de bioéthique, le cadre juridique mis en place par ces États doit être cohérent (S.H. et autres, précité, § 100, Costa et Pavan § 64 et 71) ».

Cet *obiter dictum* pose la question des frontières du pouvoir de la CEDH en tant que juge supranational des droits de l'Homme. Le juge Elósegui le met en exergue dans son opinion séparée. En pointant du doigt le manque de cohérence de la nouvelle législation française de 2021, la CEDH ne s'affranchit-elle pas du rôle subsidiaire qui est le sien ? Est-ce qu'elle ne manque pas elle-même de cohérence en refusant de constater une violation de l'article 8 de la Convention, en l'espèce, tout en laissant entendre la virtualité d'une violation ?

La non-divulgaration aux requérants nés d'une AMP des données relatives aux donneurs de gamètes ne viole pas l'article 8 de la Convention GPL45511

L'essentiel L'arrêt *Gauvin-Fournis et Silliau* considère que l'anonymat du don de gamètes aux personnes nées d'une assistance médicale à la procréation n'est pas contraire à l'article 8 de la Convention.

CEDH, 7 sept. 2023, n° 21424/16 et 45728/17, *Gauvin-Fournis et Silliau c/ France*, G. Ravarani, prés. : JCP G 2023, act. 1072, obs. F. Sudre ; Dalloz actualité, 2 oct. 2023, obs. D. Vigneau ; consultable sur <https://lexis.so/bwZ-A1>

Note

À une courte majorité de quatre voix contre trois, dans l'arrêt *Gauvin-Fournis et Silliau*, la Cour européenne des droits de l'Homme (la CEDH) accorde un brevet de conventionnalité à la limitation en droit français de l'accès aux origines des personnes nées d'une assistance médicale à la procréation (AMP). Elle consolide l'anonymat du don des gamètes avant la loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique. Elle conforte la

soumission de la levée de cet anonymat au consentement du donneur de gamètes pour les personnes nées par AMP avant le 1^{er} septembre 2022, date d'entrée en vigueur de cette procédure de demande d'accès aux données non identifiantes et à l'identité du tiers donneur.

Le refus opposé par les autorités nationales compétentes à M^{me} Gauvin-Fournis et à M. Silliau d'accéder à des informations concernant les donneurs de gamètes qui ont été à l'origine de leur conception respective par AMP ne porte pas atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme (la Convention). Le grief fondé sur la violation de l'interdiction de discrimination (Conv. EDH, art. 14) combiné avec l'article 8 n'aura pas davantage de succès.

À l'instar de l'arrêt *Baret et Caballero*, l'arrêt *Gauvin-Fournis et Silliau* s'inscrit dans la logique de subsidiarité et de retenue de la CEDH en matière de question de société. La CEDH s'abrite derrière une motivation devenue rituelle en la matière : « Elle rappelle à cet égard que lorsque des questions de politique générale sont en jeu, sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans un État démocratique, il y a lieu d'accorder une importance particulière au rôle du décideur national. Il en va d'autant plus ainsi, lorsque, comme en l'espèce, il s'agit d'une question de société (voir, par exemple, dans les contextes de l'insémination artificielle pour les détenus, *Dickson c. Royaume-Uni* [GC], n° 44362/04, § 79-85, CEDH 2007-V, de la destruction d'embryons congelés, *Evans c. Royaume-Uni* [GC], n° 6339/05, CEDH 2007-I) » (§ 116).

Toute la structure d'un raisonnement en zigzag de la CEDH repose sur cette prémisse.

La CEDH estime que le principe de l'anonymat du droit de gamètes résulte d'un choix du législateur qui a été bien réfléchi, sérieusement débattu, et qui ménage l'équilibre entre les intérêts et droits en présence. Dès lors, le rythme de l'évolution de la législation française en la matière ne souffre pas de vices qui seraient contraires au droit au respect de la vie privée et familiale.

En dépit de l'intégration dans le champ de l'article 8 de la Convention du « droit à l'identité et à l'épanouissement personnel » depuis l'arrêt *Odièvre c/ France* (CEDH, gde

ch., 13 févr. 2003, n° 42326/98) qui entraînerait une marge d'appréciation réduite de l'État défendeur, l'intensité du contrôle exercé est assez peu poussée. L'évolution en faveur de la levée de l'anonymat du don de gamètes observée dans certains États adhérents à la Convention ne l'emporte pas sur l'absence d'un consensus dans l'espace juridique européen en matière d'accès aux origines ni sur la charge éthique élevée de cette question.

De la même manière, l'affirmation de base selon laquelle « l'article 8 a essentiellement pour objet de prémunir l'individu contre les ingérences arbitraires des pouvoirs publics » (§ 106) conduit à l'examen des griefs sous l'angle des obligations positives et à un contrôle juridictionnel assez souple. La CEDH donne un certain crédit aux dérogations à l'anonymat prévues par la législation litigieuse et appliquées par la jurisprudence administrative : l'accès réservé au médecin des données médicales du tiers donneur pour des raisons thérapeutiques et la possibilité pour lui de les communiquer à la personne conçue par AMP grâce aux gamètes de ce tiers donneur compensent l'ingérence dans la vie privée des requérants.

La soumission de l'accès aux informations relatives au tiers donneur au consentement de celui-ci pour les personnes conçues par AMP avant le 1^{er} septembre 2022 n'excède pas la marge d'appréciation de l'État défendeur. L'affirmation par le Conseil constitutionnel de la constitutionnalité du dispositif relatif au consentement du tiers donneur pour les enfants conçus par AMP avant le 1^{er} septembre 2022 sur la base du principe de sécurité juridique (Cons. const., QPC, 9 juin 2023, n° 2023-1052, R. Letteron, « Le statut du donneur de gamètes », <https://lext.so/UNABO4>), a pesé lourdement dans la reconnaissance de la marge d'appréciation de la France.

La logique de la subsidiarité et de la marge nationale d'appréciation incite la CEDH à une plus grande prise en compte de la jurisprudence des juridictions nationales, particulièrement les cours constitutionnelles et les cours suprêmes. Sans doute pour une meilleure protection des droits garantis par la Convention et ses protocoles, une telle politique jurisprudentielle ne devrait pas être systématisée.

Le délai de viduité imposé aux femmes veuves ou divorcées avant un remariage est discriminatoire

GPL455I2

L'essentiel L'arrêt *Nurcan Bayraktar* déclare le délai de viduité contraire au droit au respect de la vie privée et familiale, au droit à la non-discrimination combiné avec le droit au mariage.

CEDH, 27 juin 2023, n° 27094/20, *Nurcan Bayraktar c/ Turquie*, A. Bårdsen, prés. : R. Letteron, « Le délai de viduité a la vie dure, en Turquie », <https://lext.so/5kVcRS> ; consultable sur <https://lext.so/bvyiZ1>

Note

Le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme (la Convention) est un facteur puissant de modernisation du droit national. Il en est ainsi concernant les droits des femmes et de la lutte contre les discriminations visant spécifiquement les femmes. Il l'est aussi grâce à des requérants individuels, en l'espèce une requérante, qui dénoncent l'incompatibilité avec la Convention d'une législation et d'une jurisprudence nationales en total décalage avec l'évolution des mœurs et de certaines technologies biologiques et médicales.

L'arrêt *Nurcan Bayraktar c/ Turquie* en constitue une illustration.

Le tribunal aux affaires familiales de Kadiköy prononça le divorce de M^{me} Nurcan Bayraktar et de son époux, le 19 décembre 2012. À la suite d'un arrêt de la Cour de cassation du 27 novembre 2013, le divorce prononcé en première instance devint définitif le 21 janvier 2014.

Le 9 juillet 2014, M^{me} Nurcan Bayraktar demanda au tribunal aux affaires familiales d'Istanbul Anadolu de lever le délai de viduité à son égard et de la dispenser de tout examen médical destiné à prouver qu'elle n'était pas enceinte. Elle soutenait que le délai de viduité de 300 jours imposé par l'article 132 du Code civil turc aux femmes divorcées qui souhaitent se remarier avec un autre homme que leur ancien conjoint constituait une discrimination fondée sur le sexe contraire à différentes sources (la Constitution turque, des traités relatifs à la protection des droits de l'Homme, la Convention). Elle demanda également un renvoi préjudiciel de son affaire devant la Cour constitutionnelle pour un contrôle de constitutionnalité.

Elle fut déboutée de ce premier recours en des termes qui méritent d'être rapportés : « Il est conclu que l'obligation faite à toute femme divorcée qui veut se remarier avec une personne autre que son ex-mari de produire un certificat attestant qu'elle n'est pas enceinte ne concerne pas seulement la liberté de cette femme, mais aussi la liberté, la (...) situation et l'avenir au sein de la société d'un éventuel enfant à naître, ainsi que ceux de tous les couples mariés, que le certificat attestant qu'elle n'est pas enceinte qu'une femme doit produire pour être autorisée à se remarier [constitue] en ce sens une garantie pour elle-même et (...) pour son éventuel enfant à naître, que d'éventuelles procédures ultérieures de contestation ou de constatation de la filiation de l'enfant entraîneraient de plus grands [inconvenients] pour les personnes concernées, que les procédures de ce type sont en réalité plus blessantes et attentatoires [que ledit certificat], étant donné les tests ADN et les examens médicaux [qui doivent être effectués dans ce cadre] et les accusations [que les parties y portent] les unes envers les autres, et [qu'il est naturel de percevoir] l'égalité homme-femme comme une égalité des vertus et des droits (...), mais que l'on ne saurait retenir une conception de l'égalité susceptible d'ignorer les spécificités naturelles des personnes, telles que la naissance, la maternité et la paternité, ni un argument équivalant à dire "pourquoi m'examine-t-on pour savoir si je suis enceinte ou non alors que les hommes ne font l'objet d'aucun examen ?" ».

Par ailleurs, notre tribunal ne souscrit pas à l'argument consistant à affirmer que cette situation prive les femmes de leur capacité juridique ou la restreint. En effet, (...) l'homme et la femme sont égaux en tous points au regard de leur humanité et de leurs droits et revendications, mais (...) cette conception de l'égalité et de la liberté ne peut être considérée comme portant atteinte aux dynamiques principales, aux intérêts et à la sérénité des parties et de tout enfant à naître. Si l'égalité entre la femme et l'homme, telle qu'elle est exposée ci-dessus, est acceptée comme une règle, il ne faut toutefois pas perdre de vue le fait qu'ils ont également des qualités qui les rendent supérieurs l'un à l'autre. Par exemple, on ne saurait [comparer] la puissance [physique] d'un homme avec celle d'une femme, mais, par la sensibilité et les émotions qui la caractérisent dans son rôle de mère, la femme est beaucoup plus

forte que l'homme (...) la capacité de donner naissance est propre à la femme (...).

Notre tribunal ne souscrit pas non plus à la thèse selon laquelle la femme n'est pas obligée de dévoiler une éventuelle grossesse. De fait, compte tenu de la nature de certaines institutions, l'obligation de constater certaines situations (...) présente de l'importance à l'égard des personnes qui sont parties à un acte, c'est-à-dire, [en l'occurrence,] des personnes qui se marient et de l'enfant à naître, qui sont susceptibles d'être affectés par l'acte [qu'est le remariage]. De même que l'on ne peut juger normal le refus d'une personne qui veut se marier de déclarer si elle est déjà mariée ou non ou de donner son accord à la consultation de son état civil, on doit juger pertinente la disposition prévue par le législateur dans ce contexte étant donné que le remariage peut affecter non seulement la femme elle-même mais aussi, de manière directe et plus forte, plusieurs autres personnes. »

M^{me} Nurcan Bayraktar sera déboutée de tous les recours internes qu'elle introduisit devant la Cour de cassation et devant la Cour constitutionnelle.

Devant la Cour européenne des droits de l'Homme (la CEDH), elle soulevait deux griefs : l'un pour ce qui la concerne personnellement ; l'autre concernant les femmes divorcées plus largement. Concernant le premier point, elle soutient que le délai de viduité de 300 jours et l'obligation qui lui est faite de révéler si elle est ou non enceinte et de subir un examen médical à cette fin méconnaît le droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la Convention. À propos du second point, elle invoque l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 12 de celle-ci et souligne que le délai de viduité de 300 jours imposé aux femmes divorcées et accompagné de l'obligation de révéler si elles sont ou non enceintes constitue à la fois une discrimination et une violation de leur droit au mariage.

La CEDH lui donne raison sur l'ensemble de ces griefs.

L'articulation du raisonnement de la CEDH mérite d'être saluée par sa clarté et par sa portée.

Concernant le grief de violation de l'article 8 de la Convention, si la CEDH admet que le délai de viduité puisse être justifié par un but légitime fondé sur les droits et libertés d'autrui et la défense d'autrui, à travers notamment la volonté d'éviter ce qui est appelé « la confusion des sangs » et donc de s'assurer de la détermination de la filiation biologique de l'enfant à naître, elle pointe du doigt la confusion dans la législation turque de la présomption légale de paternité et de la paternité biologique. Par ailleurs, dans le contexte du droit civil turc, notamment concernant le calcul du délai de viduité qui court à partir de la date à laquelle la décision de divorce acquiert une force définitive et concernant la présomption de paternité de l'ex-époux en cas de grossesse pendant le délai de viduité, le délai de viduité est « irréaliste dans une société moderne » (§ 55). Surtout, sous l'angle du droit au respect de la vie privée de la femme, le délai de viduité et l'exigence du certificat médical attestant l'absence de grossesse reviennent à bafouer à la vie intime et sexuelle de la femme et à la soumettre au contrôle des autorités publiques. Conformément à une jurisprudence classique qui restreint la marge d'appréciation de l'État lorsqu'une ingérence touche l'intimité de l'individu [par ex. CEDH,

gde ch., 27 août 2015, n° 46470/11, Parrillo c/ Italie), la CEDH considère très justement que le délai de viduité et les modalités de sa mise en œuvre ne répondent pas à un besoin social impérieux, qu'ils ne sont pas proportionnés aux buts légitimes visés et qu'ils ne sont pas pertinents et suffisants (§ 58).

À propos du grief relatif à la violation de l'article 14 combiné avec l'article 12, le contexte de la progression vers l'égalité des sexes au sein du Conseil de l'Europe incite à un contrôle rigoureux des mesures nationales de différences fondées sur le sexe. Seules des considérations très fortes peuvent les justifier. En l'espèce, il est pour le moins normal et remarquable que la CEDH qualifie le délai de viduité de discrimination directe fondée sur le sexe au vu des motivations du jugement du tribunal des affaires familiales. On ne peut qu'approuver le paragraphe 89 de l'arrêt : « De l'avis de la Cour, les stéréotypes sexistes sur lesquels le tribunal aux affaires familiales s'est appuyé en l'espèce pour rejeter la demande de la requérante (...),

tels que l'idée que les femmes auraient un devoir envers la société en raison de leur rôle potentiel de mères et de leur capacité de donner naissance, constituent un obstacle sérieux à la réalisation d'une véritable égalité matérielle entre les sexes, qui, comme cela a déjà été dit, est l'un des objectifs majeurs des États membres du Conseil de l'Europe (...). En outre, de telles considérations de la part des autorités nationales semblent également être en contradiction avec les normes internationales pertinentes en matière d'égalité entre les sexes (voir la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et les observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes concernant la Türkiye (...)) ».

On peut juste regretter avec le juge Krenč que certaines formulations de la CEDH ne soient pas plus directes. En utilisant le verbe « sembler », elle laisse planer le doute sur la compatibilité du délai de viduité avec les normes internationales en matière d'égalité des sexes.

Fédérations sportives internationales, athlètes intersexes et Convention européenne des droits de l'Homme

GPL45513

L'essentiel L'arrêt *Semenya* illustre, à travers la discrimination subie par une athlète intersexe, la portée et les limites de la soumission des normes sportives internationales aux droits de l'Homme.

CEDH, 11 juill. 2023, n° 10934/21, *Semenya c/ Suisse*, P. Pastor Vilanova, prés. : R. Letteron, « Sport : Les traitements hormonaux dans les compétitions internationales », <https://lext.so/3sQepZ> ; M. Maisonneuve, « Athlètes intersexes : la CEDH relance la course judiciaire », *Le Club des Juristes* ; D. 2023, p. 1684, note J. Mattiussi ; consultable sur <https://lext.so/sUtr-i>

Note

L'affaire très médiatisée opposant l'athlète sud-africaine, Mokgadi Caster Semenya, championne du monde et double championne olympique de l'épreuve du 800 mètres, à la Fédération internationale de l'athlétisme (devenue World Athletics) illustre ce que la Convention européenne des droits de l'Homme (la Convention) et la Cour européenne des droits de l'Homme (la CEDH) peuvent apporter aux athlètes internationaux victimes de discrimination face à la puissance des fédérations internationales. Elle met aussi en évidence les obstacles qui se dressent devant la Convention et la CEDH.

À juste titre, l'attention des observateurs s'est focalisée sur la victoire de M^{me} Semenya contre la Suisse et indirectement contre la Fédération internationale de l'athlétisme et le Tribunal arbitral du sport (TAS) devant la CEDH. En effet, en vertu du règlement de cette fédération, cette championne intersexe dotée d'un taux de testostérone élevé équivalent à ceux des personnes de sexe masculin a été contrainte de suivre un traitement médical destiné à abaisser ce taux afin de lui permettre de concourir avec les autres femmes. Son refus de poursuivre un tel traitement a conduit à sa suspension de toutes les compétitions internationales. Les recours qu'elle introduisit contre cette suspension devant le TAS et devant le Tribunal

fédéral suisse furent infructueux. Elle eût gain de cause devant la CEDH même si c'est à une courte majorité de quatre voix contre trois.

Au-delà de la dimension médiatique de l'affaire, l'arrêt *Semenya* montre que bien qu'indirecte, la soumission des fédérations sportives internationales, des normes qu'elles produisent et des décisions du TAS au droit de la Convention est une réalité (CEDH, déc., 11 févr. 2020, n° 526/18, *Platini c/ Suisse* – CEDH, 2 oct. 2018, n°s 40575/10 et 67474/10, *Mutu et Pechstein c/ Suisse*).

L'arrêt *Semenya* lui donne plus de consistance tant concernant l'étendue de la compétence de la CEDH que concernant le contenu et la portée du contrôle qu'elle exerce.

L'arrêt *Semenya* procède à un élargissement considérable de la compétence de la CEDH qui fait de celle-ci la juridiction ultime de l'ensemble du monde sportif international (opinion dissidente commune aux juges Grozev, Roosma et Ktistakis). Cela est rendu possible en raison de la localisation en Suisse du siège du TAS en Suisse. De ce fait, les recours contre les sentences du TAS relèvent de la compétence du Tribunal fédéral suisse. Dès lors, la compétence de la CEDH pour connaître des arrêts du Tribunal fédéral suisse qui concernent des sentences arbitrales prononcées par le TAS découle logiquement de la jurisprudence européenne relative à la juridiction de la Cour. Alors même que l'étendue de la compétence du Tribunal fédéral suisse est limitée par la loi fédérale sur le droit international privé suisse à l'examen de la sentence considérée comme « d'ordre public », la CEDH a basé sa compétence sur le simple fait que le Tribunal fédéral peut statuer sur les sentences du TAS.

La CEDH va plus loin que sa jurisprudence *Mutu et Pechstein c/ Suisse*, du 2 octobre 2018 (CEDH, 2 oct. 2018, n°s 40575/10 et 67474/10). Celle-ci portait sur des questions procédurales relatives à la composition du TAS, à l'étendue de sa compétence et au respect par lui de l'égalité

des armes. L'arrêt *Semenya* conduit la CEDH à statuer sur des questions substantielles la conduisant à constater une violation de l'interdiction de la discrimination (Conv. EDH, art. 14), combiné avec le droit au respect de la vie privée (Conv. EDH, art. 8), et une violation du droit à un recours effectif (Conv. EDH, art. 13) au regard de l'interdiction de la discrimination (Conv. EDH, art. 14), combiné avec le droit au respect de la vie privée (Conv. EDH, art. 8).

L'élargissement volontariste de la compétence de la CEDH est fondé sur l'effet utile. Partant de l'idée que l'arbitrage forcé que subissent les athlètes internationaux n'offre à ces derniers aucune alternative de recours que ceux du TAS et du Tribunal fédéral suisse, la CEDH considère que si elle « se déclarait incompétente pour connaître de ce type de requêtes, elle risquerait de couper de l'accès à la Cour toute une catégorie de personnes, à savoir les sportives professionnelles, ce qui ne peut pas être conforme à l'esprit, à l'objet et au but de la Convention. Une telle conclusion est par ailleurs à peine conciliable avec l'idée de la Convention en tant qu'instrument constitutionnel de l'ordre public européen, dont les États parties sont tenus de garantir au moins les fondements à tous les individus sous leur juridiction en vertu de l'article 1 (dans ce sens, *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse* [GC], n° 5809/08, § 145, 21 juin 2016, et les autres affaires citées) ». Un tel appel à la dimension constitutionnelle de la Convention démontre l'attachement de la CEDH à son rôle de contrepoids de la puissance des fédérations sportives internationales. Cette démarche s'inscrit dans la position de Jean-Paul Costa à propos des rapports du sport et de la Convention. Lui qui fut président de la CEDH avant d'être membre du TAS considérait que « la justice sportive est absolument nécessaire, mais s'il n'y avait pas le contrepoids offert par la CEDH, les sportifs seraient moins bien protégés que les citoyens ordinaires » (entretien du 10 octobre 2016 dans *Sport et citoyenneté*, <https://lext.so/zp2BgF>).

Sur le fond, l'arrêt *Semenya* montre l'efficacité, dans certains cas et jusqu'à une certaine mesure, du contrôle supranational du contrôle juridictionnel national. En effet, la CEDH constate que M^{me} Semenya a fait l'objet d'un traitement différent par rapport aux autres femmes en raison de son hyperandrogénie ; de même, elle considère aussi que les traitements hormonaux imposés à M^{me} Semenya portent atteinte à son droit au respect de la vie privée. En raison du caractère restreint de la marge d'appréciation de l'État défendeur lorsqu'est en cause l'identité et l'intimité de l'individu, la CEDH exerce un contrôle approfondi qui la conduit à juger que la discrimination subie par M^{me} Semenya et l'ingérence dans la vie privée de celle-ci

n'ont pas une justification objective et raisonnable. Elle reproche au Tribunal fédéral suisse d'avoir effectué un contrôle limité et peu approfondi de la nécessité de la discrimination et d'avoir fait une pesée peu appropriée et insuffisante des intérêts pertinents en jeu (§ 185). Elle considère notamment que la mise en balance du souci de la World Athletics d'une compétition équitable d'un côté, et des intérêts de la requérante liés à sa dignité, à sa réputation, à son intégrité physique, à sa sphère privée, y compris ses caractéristiques sexuelles, son droit d'exercer sa profession de l'autre côté, n'avait pas été assurée. Elle reproche aussi au Tribunal fédéral d'avoir minimisé les effets secondaires des traitements hormonaux. Enfin, la CEDH estimait que le Tribunal fédéral suisse n'avait pas satisfait à l'obligation de prévenir et de remédier effectivement à des actes discriminatoires dans des rapports horizontaux entre personnes privées (World Athletics et M^{me} Semenya).

Dans la suite logique de ce raisonnement, la CEDH retient également une violation de l'article 13 de la Convention dès lors que la voie de droit offerte devant le Tribunal fédéral n'a pas permis l'examen des griefs relatifs à la violation de la Convention, particulièrement l'interdiction de la discrimination et le droit au respect de la vie privée.

Si l'on peut être satisfait du contrepoids de la CEDH face aux fédérations sportives internationales et face au risque de déni de justice qui pourrait résulter d'un contrôle restreint du TAS et du Tribunal fédéral suisse des normes produites par les fédérations sportives internationales, on peut s'interroger sur les effets pervers de la jurisprudence de la CEDH : d'une part, notons les risques extrêmes que les instances sportives internationales transfèrent le TAS en dehors de l'espace juridique du Conseil de l'Europe, que la distinction entre les athlètes intersexes et transgenres introduite par la CEDH conduise les fédérations internationales à exclure tout simplement ces athlètes de toutes compétitions sportives ; d'autre part, que la volonté d'inclusion poussée provoque une discrimination à rebours contre les femmes non dotées d'un taux de testostérone qui leur permettrait de rivaliser avec les athlètes intersexes.

L'application du principe de non-discrimination fondé sur le sexe dans les compétitions sportives est pétrie de complexité. Elle nécessite probablement des réflexions beaucoup plus approfondies qui devraient dépasser les critères habituels de la discrimination directe et de la discrimination indirecte. Des nouveaux critères à la fois plus fins et plus larges de comparabilité ne seraient pas de trop.