

Soft-law e tutela delle persone trans nell'integrazione europea

Vincenzo Desantis*

SOFT-LAW AND PROTECTION OF TRANS PEOPLE IN EUROPE

ABSTRACT: The essay considers hard-law legislation for the protection of trans people, but focuses its attention on the soft-law instruments which, over the years, have integrated the principles and rules regarding the rights of trans people. With a critical intent, this text examines the contribution in which this particular area of law regulation has contributed to the increase in trans people protection, as well as the role that soft-law has today to face the main challenges of the current events.

KEYWORDS: Soft-law; hard-law; European Integration; trans people; fundamental rights

ABSTRACT: Il contributo qui proposto, considerate le principali produzioni normative per la tutela delle persone trans, concentra la propria attenzione sugli strumenti di *soft-law* che, lungo un discreto anno temporale, hanno arricchito il novero delle indicazioni reperibili sull'argomento. Con intento critico, ma ricognitivo, i paragrafi del contributo si interrogano sull'apporto e sul modo in cui questa particolare area della normazione abbia positivamente inciso sull'incremento delle tutele, oltre che sul ruolo che residui, oggi, al *soft-law* rispetto alle sfide che attendono il presente.

PAROLE CHIAVE: Hard-law; soft-law; integrazione europea; persone trans; diritti fondamentali

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il ruolo pionieristico del *soft-law* nella protezione delle persone trans – 3. Gli approdi successivi: *hard* e *soft-law* nell'evoluzione normativa – 4. Presente e futuro: prospettive del *soft-law* in materia di protezione delle persone trans – 5. Conclusioni: percorsi di *soft-law* per esigenze di *hard-law*?

* *Assegnista di Ricerca in Diritto amministrativo e Dottore di Ricerca in Studi giuridici, comparati ed europei, Università di Trento. Mail: vincenzo.desantis@unitn.it. Contributo scritto nell'ambito del progetto Prin MUR PNRR 2022 T.R.A.N.S., Transsexuals' Rights and Administrative Procedure for Name and Sex Rectification, finanziato dall'Unione europea – NextGenerationEU. PRIN 2022 PNRR prot. n. P2022AAER4. I punti di vista e le opinioni espresse sono tuttavia solo quelli degli autori e non riflettono necessariamente quelli dell'Unione europea o della Commissione europea. Né l'Unione europea né la Commissione europea possono essere ritenute responsabili per essi. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.*

1. Introduzione

Sebbene gli anni più recenti abbiano fatto registrare alcuni innegabili progressi dal punto di vista del riconoscimento di maggiori diritti nei confronti delle persone trans che vivono in Europa, l'onda lunga degli effetti benefici di una produzione giuridica sempre più attenta alla tutela di questa e altre minoranze sembra andare esaurendosi, se non addirittura conoscere una battuta d'arresto. In particolare, se il 2023 ha rappresentato un anno, tutto sommato, positivo in termini di aumento delle tutele a favore delle persone trans (lo è stato, con ogni probabilità, perché si è avvantaggiato dei buoni provvedimenti del 2022¹), l'anno in corso sembra aver fatto segnare una consistente diminuzione dei progressi, almeno avuto riguardo allo spazio europeo².

Per citare alcune fonti, *Transgender Europe*, l'organizzazione *no profit* che promuove, almeno dal 2005, il riconoscimento dei diritti e del benessere delle persone trans in Europa, in suo recente studio³, ha rivelato che il rischio di regressione e di "contraccolpi" nella tutela giuridica delle persone trans, abbia fatto registrare segnali preoccupanti in più di un Paese⁴.

Il pericolo di arretramenti nel riconoscimento di adeguati livelli di tutela non è, però, l'unico elemento capace di comporre il quadro. Al netto delle condivisibili preoccupazioni che è possibile nutrire sul tema, è, infatti, evidente che molti contesti dello scenario europeo abbiano percorso, in questo senso, parecchia "buona strada". Tra gli altri, il riferimento corre, senza dubbio, alla situazione spagnola⁵ – che ha di recente conosciuto l'approvazione di una legge che tutela l'occupazione delle persone trans, oltre che i migranti trans e, più in generale, la discriminazione basata sul genere – e realtà come Andorra, Finlandia, Islanda, Malta e Moldavia⁶.

¹ Così S. O'DONOGHUE, *Diritti dei trans gender in Europa: qualche passo in avanti e qualche pericoloso passo indietro*, in *Euronews online*, ed. it. di Cristiano Tassinari.

² Il riferimento corre, tra gli altri scenari, alla situazione in Regno Unito, dove il primo ministro Rishi Sunak è accusato di ostacolare, insieme al suo governo, l'approntamento di misure di tutela a favore dei trans, oltre che alla situazione di altri Paesi, per cui si rinvia alla nota n. 4.

³ Ci si riferisce al *New Report* che rivela *the Impact of Intersecting Oppressions on Trans Experiences in Europe*, intitolato *Diving into the FRA LGBTI II Survey Data: Trans and non-binary briefing'* e pubblicato il 25 luglio 2023.

⁴ Nel *report* di cui *supra*, si dice, ad esempio, che la Slovacchia potrebbe essere una realtà particolarmente a rischio per ciò che concerne i diritti riconosciuti alle persone trans. Con il ritorno al governo del primo ministro Robert Fico, gli ultimi mesi hanno, infatti, ridestato dibattiti in ordine alla possibilità di vietare il riconoscimento legale del genere. Allo stesso modo, Paesi come Romania, Lettonia, Lituania, Cipro, Bielorussia e Bulgaria sono considerati dagli analisti che hanno redatto lo studio "Paesi deboli" per ciò che concerne la protezione dei diritti delle persone trans (*Ivi* p. 11 e ss.).

⁵ La legge spagnola n. 4/2023 (*Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI*) promuove il riconoscimento legale del genere, basato sull'autodeterminazione. Il provvedimento, che ha destato innumerevoli critiche anche da parte di alcuni esponenti della comunità LGBTIQ+ (segnatamente, ciò è accaduto per il fatto che le persone non binarie siano state escluse dal cambiamento del riconoscimento legale del genere), ha proiettato la Spagna su una soglia di tutela decisamente invidiabile al livello europeo ed ha fatto sì che anche questo grande Paese abbia, ora, come altri dieci Stati in Europa, un modello di riconoscimento legale del genere basato sull'autodeterminazione delle persone. Per un commento sul punto, v. L. FROSINA, *Le nuove frontiere dei diritti in Spagna tra autodeterminazione individuale e uguaglianza*, in *Nomos*, 1, 2023, 1-23.

⁶ In questo contesto, davvero sorprendente è che risultati così edificanti provengano da un'area così vicina alla Federazione russa, dove si registrano gli arretramenti più pericolosi.

Tra gli attori che, nel corso del tempo, hanno conseguito interessanti risultati c'è, però, anche l'integrazione europea vera e propria, per tale dovendosi intendere sia quella che avviene attraverso l'Unione e le sue istituzioni, sia quella che, a più ampio raggio, riguarda il Consiglio d'Europa, perché, sia attraverso dichiarazioni di intenti, comunicazioni ufficiali ed enunciazioni di obiettivi, sia, e più appropriatamente, attraverso l'approvazione di (alcuni) atti normativi *hard*, la stessa ha predisposto una ricca rete di strumenti tanto per sensibilizzare l'opinione pubblica rispetto alle discriminazioni e ai problemi affrontati dalle persone trans (e dagli altri gruppi della comunità LGBTIQ+), quanto per incrementarne i livelli di tutela nello spazio europeo.

Il contributo che si propone in questa sede, avuto riguardo alle principali produzioni normative in materia, concentrerà la propria attenzione sugli strumenti di *soft-law*⁷ che popolano il panorama delle indicazioni reperibili sull'argomento. Con intento critico, ma ricognitivo, i paragrafi che seguiranno cercheranno di interrogarsi sul contributo e sul modo attraverso i quali questa particolare area della normazione abbia positivamente inciso sull'incremento delle tutele, oltre che, più in generale, sul ruolo che il diritto *soft* abbia avuto rispetto alla gestione di una sfida cruciale come è, appunto, quella del garantire maggiori tutele alle minoranze.

2. Il ruolo "pionieristico" del *soft-law* nella protezione delle persone trans

Se si ha riguardo alla produzione normativa che l'integrazione europea si è data sulla materia, è facile constatare che siano oggi molti gli strumenti di *soft-law* ammessi a contribuire alla definizione di principi e regole del settore, all'interno dello spazio europeo⁸. Questo stato di cose rappresenta, d'altronde, una realtà comune anche ad altri settori dell'ordinamento e si spiega anche in ragione di un espresso *favor* delle norme *hard*, persino "costituzionali"⁹ in tal senso, che si esprime attraverso il valore superprimario assegnato alla tutela dalle discriminazioni, garantito da molti provvedimenti a protezione delle persone riguardate da possibili forme di aggressione.

Già a partire dalla fine degli anni '80 del secolo scorso, lo *standard* di tutela delle persone trans ha cominciato ad essere contemplato da strumenti di *soft-law* adottati nello spazio europeo. In questo senso, l'esempio maggiormente significativo è sicuramente stato rappresentato dalla produzione giuridica del Consiglio d'Europa, che, già nel 1989, ha adottato strumenti a carattere non vincolante,

⁷ Per qualche definizione del *soft-law* si rinvia, per tutti, ad A. SOMMA (a cura di) *Soft-law e Hard-law nelle società postmoderne*, Giappichelli, Torino, 2009; B. BOSCHETTI, *Soft-law e normatività: un'analisi comparata*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 2, 2016; M. DISTEFANO, *Origini e funzioni del soft-law*, in A. SOMMA (a cura di), *op. cit.*, 17 ed E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008. Avendo, invece, riguardo al *soft-law* del sottosistema delle Autorità indipendenti, v., per tutti, M.E. BUCALO, *Autorità indipendenti e soft law. Fonti, contenuti, limiti e tutele*, Torino, 2018. Per una visione critica su questo tipo di normazione, cfr. A. ALGOSTINO, *La soft-law comunitaria e il diritto statale: conflitto fra ordinamenti o fine del conflitto democratico?*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2016, 253 e R. BIN, *Soft law, no law*, in A. SOMMA (a cura di), *op. cit.*, 31;

⁸ È stato così, d'altronde, fin dal primo erompere dell'attenzione del diritto per questi temi.

⁹ Il riferimento corre, naturalmente, al diritto "non derivato" e alle norme vincolanti di orbita Consiglio d'Europa (ossia la Convenzione EDU). L'articolo 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, ad esempio, proibisce esplicitamente la discriminazione basata sull'orientamento sessuale, mentre l'articolo 19 del TFUE consente di adottare misure per combattere questo tipo di discriminazione

raccomandando agli Stati parte di rafforzare le tutele in favore delle persone trans. La raccomandazione n. 1117 dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa (*Conditions of Transsexuals*)¹⁰, assumendo un vero e proprio ruolo "pionieristico" nella protezione dei diritti delle persone trans, è stato, infatti e probabilmente, il primo documento a riconoscere e individuare, in un testo scritto dotato di caratura *lato sensu* istituzionale, le esigenze specifiche e i diritti a cui dare accesso alle persone transessuali, perché: raccomandava agli Stati di permettere alle persone che avessero eseguito un percorso di transizione di rettificare il proprio nome e il sesso nei registri civili¹¹; invitava gli stessi a garantire, anche alle persone trans, pieno accesso ai servizi sanitari (inclusi quelli strumentali a perfezionare la transizione)¹²; sottolineava la necessità di tutelare le persone transessuali da discriminazioni e violenze, promuovendo l'adozione di strumenti legislativi in tal senso; suggeriva, infine, l'elaborazione di programmi educativi funzionali ad aumentare la consapevolezza e la comprensione della società civile delle questioni di genere e della condizione delle persone trans. Da allora, molti sono stati gli strumenti che si sono susseguiti.

Come è intuibile, il *soft-law* è stato fondamentale in questa transizione e questo è accaduto non solo perché l'approvazione della vista raccomandazione ha segnato un mutamento di paradigma rispetto al passato (risuotendo, peraltro, un notevole impatto anche sull'opinione pubblica), ma anche perché, a partire da questa data in avanti, altri e fondamentali progressi nell'ottica di un maggiore riconoscimento dei diritti delle persone transessuali si sono registrati proprio attraverso nuovi strumenti di *soft-law*.

Sebbene la depatologizzazione del transessualismo sia avvenuta solo in epoca molto recente¹³, già nel corso degli anni '90, alcune dichiarazioni *soft* dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) hanno valorizzato il solco aperto dal Consiglio d'Europa in materia di tutela delle persone transessuali, facendo registrare significativi cambiamenti nella posizione della comunità scientifica rispetto alle questioni connesse alla disforia di genere. L'evoluzione in parola è visibile, ad esempio, anche negli *standard* di classificazione delle malattie e dei problemi ad esse correlati (gli *International Statistical Classification of Diseases, Injuries and Causes of Death* – d'ora in poi ICD), adottati dall'OMS in quel torno di anni. Con l'ICD-10, pubblicata nel 1990, l'OMS ha, ad esempio, incluso il "transessualismo" e altri "disturbi" dell'identità di genere sotto la categoria dei disturbi mentali e comportamentali¹⁴: l'inclusione in parola, sebbene avesse l'effetto di patologizzare le identità transgender, si rivelò all'epoca funzionale ad avviare il dibattito sulla necessità di garantire trattamenti medici alle persone trans, apprestando cure mediche e psicologiche alle persone.

Proseguendo nel solco dell'effettività, altri documenti hanno, poi, segnato l'evoluzione della prospettiva generale nel trattamento e nella gestione delle questioni legate alla disforia di genere. Poco

¹⁰ Il documento, redatto sulla scorta di una ricerca e di un dibattito svolti da una commissione di esperti presieduta da Stefano Rodotà, è rinvenibile sul sito ufficiale dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, all'indirizzo: <https://pace.coe.int/en/files/15151#trace-2>

¹¹ Cfr. punto n. 11, lett. a).

¹² Cfr. punto n. 11, lett. d).

¹³ È avvenuta nel 2019, ma, su questo, v. *infra*.

¹⁴ In questo documento, il "transessualismo" era classificato sotto la sezione traducibile con "disturbi dell'identità di genere", insieme ad altre condizioni come quella traducibile con "disturbo dell'identità di genere nell'infanzia".

tempo dopo le aperture del Consiglio d'Europa e dell'OMS, il mutamento di approccio registrato sul tema¹⁵, negli anni operato anche per il tramite dello svilupparsi del concetto di salute mentale¹⁶, ha, infatti, propiziato il progressivo superamento delle visioni patologizzanti della condizione delle persone trans, prima aumentando la consapevolezza collettiva sui problemi affrontati dalle persone trans a causa della discriminazione e dello stigma sociale e dopo conducendo alla definitiva depatologizzazione del transessualismo, avvenuta nel 2019¹⁷.

Con l'ICD-11 del 2019, l'OMS ha, infatti, compiuto un definitivo e decisivo passo in avanti nell'evoluzione della comprensione delle rivendicazioni trans, rimuovendo la disforia di genere dalla categoria dei disturbi mentali, per inserirla, più appropriatamente, tra le condizioni relative alla salute sessuale delle persone: un cambiamento significativo ed epocale.

Anche in questo caso, l'effettività del *soft-law*, in assenza di dispositivi idonei a rendere vincolanti i contenuti delle sue indicazioni, ha solo stimolato il cambiamento e l'evoluzione delle percezioni sociali, facilitando la successiva adozione di misure *hard*. Proprio collocandosi sulla scia delle sensibilità emerse a partire dalla fine degli anni '80, il *soft-law* dell'integrazione europea ha, poi, ulteriormente valorizzato le esigenze fin qui emerse, elaborando altri strumenti.

Avendo riguardo alla situazione dello spazio europeo, i prossimi paragrafi esamineranno le principali "filiazioni" che i documenti *soft* "di iniziazione al tema" hanno generato più di recente: il duplice in-

¹⁵ Il periodo a cui si fa riferimento ha fatto registrare un'evoluzione nella comprensione dei bisogni di salute mentale delle persone trans gender, oltre che il crescente riconoscimento di diritti e libertà, legati alla salute. Il mutamento di approccio si inserisce, come accennato, nel più ampio quadro dell'approdo al concetto di salute come concetto olistico.

¹⁶ A partire dall'epoca che indagiamo, l'OMS ha iniziato a promuovere un approccio olistico alla salute mentale (un approdo comune anche alla giurisprudenza costituzionale del nostro ordinamento – sul punto v., per tutti, L. BUSATTA, *Le dinamiche del biodiritto contemporaneo tra anniversari e tenuta dei principi costituzionali*, in *Biolaw Journal*, 3, 2018 – riconoscendo che la salute non è solo l'assenza di malattia, ma uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale. La nuova impostazione ha favorito una maggiore attenzione alla condizione delle persone vulnerabili, permettendo l'inclusione della prospettiva di genere anche negli studi relativi alla salute mentale. Sebbene non si diano formali e specifiche dichiarazioni sul punto, adottate dall'OMS, vari rapporti e linee guida sulla salute mentale possono rendere l'idea del contesto cui si fa, qui, riferimento. Tra gli altri documenti, per quanto qui interessa si rinvia allo *Psychiatric Services and Primary Health Care*, del 1994, un rapporto che sottolinea l'importanza dell'approccio olistico alla salute mentale, contemplando fattori sociali e culturali (estremamente rilevanti per le persone transgender); al documento *Mental Health Care Law: Ten Basic Principles*, del 1996, che fornisce dieci principi fondamentali per la legislazione sulla salute mentale, ponendosi quale principale obiettivo la protezione e la tutela dei diritti delle persone con disturbi mentali. Anche se non specificamente incentrato sulle persone transgender, alcuni dei suoi principi promuovono la non discriminazione delle categorie vulnerabili; ai *Global Criteria for Quality in Mental Health Care*, del 1997, che prova a dettare alcuni fondamentali parametri per garantire qualità nell'erogazione dell'assistenza sanitaria in materia di salute mentale, promuovendo l'equo accesso ai servizi della salute.

¹⁷ Con l'ICD-11, che è stata adottata dall'OMS nel 2019 e che è entrata in vigore il 1° gennaio 2022, il transessualismo è stato riclassificato come "incongruenza di genere" ed è stato spostato dalla sezione dei disturbi mentali alla sezione delle condizioni relative alla salute sessuale. Il cambiamento riflette il riconoscimento della disforia di genere come questione di salute e non come malattia mentale. Sul punto, cfr. A. LORENZETTI, *Lost in transition : la depatologizzazione e la tutela costituzionale delle persone trans*, in C. PALLARIN, R. PADOVANO (a cura di), *Esquimesi in Amazzonia. Dialoghi intorno alla depatologizzazione della transessualità*, Milano, 2013, 55.

tento di questo esperimento sarà, infatti, capire se il *soft-law* svolga anche oggi un ruolo importante per l'evoluzione della materia e, se sì, di che tipo.

3. Gli approdi successivi: *hard* e *soft-law* nell'evoluzione normativa

Come è noto, la discussione intorno alla necessità di apprestare maggiori forme di tutela nei confronti delle persone trans ha conosciuto una significativa evoluzione che, facendo segnare molta strada dai primi approdi raggiunti con i documenti finora descritti, si attesta, oggi, su livelli decisamente più soddisfacenti che in passato, anche se – di certo – non sempre appaganti¹⁸.

In questo senso, le iniziative dell'integrazione europea hanno senz'altro giocato un ruolo all'interno dell'ampio processo di sensibilizzazione e regolamentazione delle questioni e delle sfide connesse al riconoscimento e alla garanzia dei diritti delle persone LGBTIQ+, dapprima promuovendo in modo generico l'eguaglianza e la non discriminazione all'interno dello spazio europeo (questo avveniva già con il Trattato di Amsterdam del 1997)¹⁹, e dopo includendo nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000 il principio di non discriminazione, che elenca l'orientamento sessuale tra i motivi sui quali non può fondarsi alcuna disparità di trattamento²⁰ (il principio così declinato è stato più volte ripreso dalle sentenze della CGUE²¹).

Gli sforzi normativi per promuovere l'eguaglianza in ambito europeo non si sostanziano, però, nella sola (seppure importante) fissazione di principi generali, perché la produzione giuridica in materia ha fatto registrare sia l'emergere di normazioni *hard*²² a tutela di tutte le minoranze, sia, ancora una vol-

¹⁸ Per una ricostruzione a tutto campo sull'argomento, v. A. SPERTI, F. AZZARRI, *Identità di genere, transessualismo, critica al binarismo sessuale: nuove e meno nuove sfide al diritto*, in AA.VV., *Diritto e genere nella prospettiva europea*, Napoli, 2021, 259-269. Per una ricostruzione dello scenario italiano, v., tra gli altri, N. POSTERARO, *Identità di genere, transessualismo ed effettività del diritto alla salute in Italia*, in *Diritto e società*, 4, 2016, 737-805;

¹⁹ Il Trattato di Amsterdam del 1997 non menziona direttamente le persone LGBTIQ+. Lo stesso ha, tuttavia, rappresentato un significativo passo in avanti per l'affermazione dell'uguaglianza, introducendo importanti modifiche che hanno avuto, senz'altro, implicazioni anche per la comunità LGBTIQ+. Tra le modifiche introdotte dal Trattato di Amsterdam, vi è, ad esempio, stata l'inclusione dell'attuale Articolo 13 del Trattato sul funzionamento dell'Unione, che proibisce la discriminazione basata su vari motivi, tra cui l'orientamento sessuale.

²⁰ Cfr. sul punto l'art. 21, e, come suoi corollari, anche gli artt. 22, 23 e 26. Il primo, sebbene non menzioni direttamente l'orientamento sessuale, impone il rispetto della diversità culturale, religiosa e linguistica tra le persone, ed è stato interpretato come possibile base normativa per la tutela delle minoranze sessuali; il secondo sancisce l'eguaglianza tra uomini e donne; il terzo, che enfatizza l'integrazione delle persone con disabilità, riflette l'impegno generale dell'Unione verso l'inclusione e l'uguaglianza.

²¹ Sul punto, v. tra le altre, le sentt. della Corte di giustizia relative ai casi: C-267/06, *Maruko*, relativa ai diritti di residenza dei partner dello stesso sesso nello spazio europeo, con cui la Corte ha stabilito la libera circolazione nell'UE si impronta al principio di non discriminazione, anche qualora il matrimonio tra persone dello stesso sesso non sia riconosciuto in tutti gli Stati membri; C-267/97, *Lisa Jacqueline Grant* (1998), che replica la *ratio* della sentenza precedente; C-81/12, *Asociația Accept v. Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării* (2013), con la quale la Corte ha confermato che la direttiva dell'Unione sulla discriminazione sui luoghi di lavoro si applica anche ai licenziamenti dovuti all'orientamento sessuale (Direttiva 2000/78/CE del Consiglio del 27 novembre 2000).

²² Le direttive dell'Unione Europea relative alla tutela delle persone LGBTIQ+ si concentrano principalmente sulla prevenzione della discriminazione basata sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere. Tra le

ta, l'adozione di strumenti *soft*, ed è proprio con riguardo a quest'area della normazione che possono, forse, trarsi i maggiori spunti di discussione.

Procedendo per gradi, una prima e significativa menzione di tale rassegna sembra dover essere rivolta alla Raccomandazione CM/Rec(2010)5 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa²³, che, proponendo l'adozione di alcune misure per combattere la discriminazione basata sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere, affermava che tutti gli individui debbano godere delle libertà fondamentali senza discriminazioni basate sull'orientamento sessuale e, novità, anche sull'identità di genere²⁴; incoraggiava gli Stati membri ad adottare legislazioni nazionali idonee a prevenire la discriminazione basata sull'orientamento sessuale e, ancora, sull'identità di genere; invitava gli Stati membri a promuovere l'educazione e la sensibilizzazione della società civile sui diritti delle persone LGBTQIA+, anche attraverso programmi educativi nelle scuole e nelle istituzioni pubbliche; sottolineava l'importanza di garantire l'accesso efficace alla giustizia per le vittime di discriminazione basata sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere, apprestando la necessaria assistenza legale adeguata a questo scopo; invitava gli Stati membri a riconoscere i diritti delle famiglie formate da persone dello stesso sesso (le cd. *famiglie arcobaleno*), introducendo anche la questione dei diritti da riconoscere in punto di adozione e affidamento dei figli; raccomandava, infine, agli Stati membri di sviluppare politiche pubbliche e meccanismi di monitoraggio per promuovere l'uguaglianza e combattere la discriminazione.

La raccomandazione CM/Rec(2010)5 in oggetto, che rappresenta un impegno del Consiglio d'Europa per migliorare la protezione dei diritti delle persone LGBTQIA+ nei suoi Stati membri, ha promosso un approccio senza dubbio coerente per affrontare le discriminazioni basate sull'orientamento sessuale

principali in materia annoveriamo, la già citata Direttiva 2000/78/CE, che proibisce la discriminazione basata su diversi parametri, tra cui l'orientamento sessuale; la Direttiva 2004/113/CE, che, ribadendo il divieto di discriminazione basata sul sesso e sull'orientamento sessuale, stabilisce il principio di uguaglianza di trattamento tra uomini e donne nell'accesso a beni e servizi, la Direttiva 2006/54/CE, che ha modificato la direttiva 76/207/CEE sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e che include l'orientamento sessuale tra i motivi per i quali è vietata ogni forma di discriminazione, nonché il tracciamento di dati relativi all'orientamento sessuale e, soprattutto, la Direttiva 2010/41/UE, che stabilisce i requisiti minimi per l'assistenza sanitaria transfrontaliera, includendo la promozione della non discriminazione basata sull'orientamento sessuale e l'identità di genere nell'accesso ai servizi sanitari.

²³ La Raccomandazione CM/Rec(2010)5 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulle misure volte a combattere la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere, adottata dal Comitato dei Ministri il 31 marzo del 2010, è disponibile sul sito del Consiglio d'Europa.

²⁴ Operando un riferimento all'identità di genere, la raccomandazione raccoglie la novità affermatasi con l'approvazione dei cd. *Principi di Yogyakarta*, una serie di principi sui diritti umani, relativi all'orientamento sessuale e all'identità di genere, sviluppati da un gruppo di esperti internazionali in occasione di un incontro avvenuto a Yogyakarta, in Indonesia, nel novembre 2006. Questi principi, che prendono il nome dalla città in cui sono stati redatti e adottati, sono stati elaborati per fornire orientamenti sulle interpretazioni del diritto internazionale dei diritti umani in relazione alle questioni LGBTQIA+. Ovviamente anche i Principi di Yogyakarta non sono un documento giuridicamente vincolante, ma rappresentano, nondimeno, un riferimento importante per i governi, le organizzazioni internazionali, le ONG e altre parti interessate per promuovere e proteggere i diritti delle persone LGBTQIA+. Per una bibliografia essenziale sul tema, cfr. M. DI BARI, *I principi di Yogyakarta: il cammino internazionale verso l'eliminazione delle discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, in A. SCHUSTER, M.G. TONIOLO (a cura di), *La famiglia omogenitoriale in Italia*, Roma, 299-309.

e sull'identità di genere e, sebbene non si tratti di uno strumento giuridicamente vincolante, lo stesso ha senza dubbio costituito un importante atto di impulso e di orientamento per gli Stati membri nell'elaborazione delle proprie politiche e legislazioni.

Il documento in esame, pur appartenendo alla vasta categoria degli atti sprovvisti di efficacia vincolante, ha, infatti, raccolto l'eredità del più avanzato dibattito sulla materia (i cui approdi erano già stati consacrati in diversi testi) per rilanciare le istanze da più parti avanzate in materia in un contenitore tendenzialmente completo e ben scritto. Costituendo uno dei primi esempi di testo proteso alla tutela dell'identità di genere in ambito europeo, la raccomandazione in parola ha, infatti, contribuito all'approdo di molte delle "sue" questioni anche nei dibattiti nazionali, dove i vari esperimenti in tal senso hanno, purtroppo, conosciuto alterne fortune²⁵.

Il documento che, però, sembra iscriversi nelle vicende di cui ci occupiamo con un maggiore valore simbolico è, senza dubbio, la Risoluzione del Parlamento europeo sull'uguaglianza di genere e i diritti delle persone LGBT in Europa del 2014²⁶, che, occupandosi di diversi aspetti, pare consacrare il dibattito sui diritti delle persone trans ad un livello di discussione eminentemente più significativo. Lo strumento in parola, sottolineando l'importanza del riconoscimento dell'identità di genere delle persone transessuali, afferma il diritto delle persone trans ad ottenere un riconoscimento giuridico di appartenenza al genere conforme alla loro identità autodeterminata; sottolinea in che modo questo diritto dovrebbe essere garantito senza che le persone trans si sottopongano a trattamenti medici coercitivi o invasivi; sottolinea l'importanza di garantire alle persone trans un accesso adeguato e non discriminatorio ai servizi sanitari, compresi quelli legati alla salute mentale; invita gli Stati membri a garantire che le persone trans non siano discriminate sul luogo di lavoro o in altri contesti; promuove, ancora una volta, l'educazione e la sensibilizzazione sulle questioni relative alle persone trans nella società, anche con riguardo ai già citati programmi educativi nelle scuole, oltre che rispetto alla formazione sulle questioni connesse al tema in favore dei professionisti della salute e degli operatori sanitari in genere.

Come si anticipava, il carico simbolico dello strumento in parola è evidente, ma lo stesso può, forse, apprezzarsi ancora più adeguatamente se letto in correlazione ad altri documenti coevi sul tema, adottati, sempre nello spazio europeo, su profili più²⁷ o meno specifici²⁸. Nel suo portato complessi-

²⁵ Si pensi al destino che ha conosciuto in Italia il cd. d.d.l. "Zan", che avrebbe introdotto nella legislazione italiana delle puntuali definizioni di sesso, genere, orientamento sessuale e identità di genere. Sul punto, v. L. CONTE, *Il "ddl Zan" tra Costituzione ep politica legislativa*, in *DirittiFondamentali.it*, 2, 2021, 296-318; C. CARUSO, *Ddl Zan: diritto penale pedagogico o costituzionalmente orientato*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2021, 676-679.

²⁶ Intitolata *Tabella di marcia contro l'omofobia e la discriminazione legata all'orientamento sessuale e all'identità di genere* (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014IP0062&from=HU>)

²⁷ Su un profilo non specifico, si v. ad esempio, la Risoluzione n. 2048 dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa (2015), con la quale si raccomanda agli Stati membri di garantire il diritto delle persone trans a rettificare il proprio genere nei documenti ufficiali, senza dover sottoporsi a interventi medici forzati.

²⁸ Su un profilo abbastanza specifico, si v. ad esempio, il cd. *Manuale sui Diritti umani per la Polizia dell'Osce* del 2015, che fornisce alle forze di polizia alcune indicazioni sui diritti delle persone LGBTIQ+. I suoi punti fondamentali sono rappresentati dal rispetto dell'identità di genere autodeterminata, che raccomanda alle forze dell'ordine di rispettare e riconoscere l'identità di genere autodeterminata delle persone trans; dalla necessità di protezione dalla discriminazione, che si realizza attraverso misure idonee a garantire che le persone trans non siano rese oggetto di trattamenti discriminatori da parte delle forze dell'ordine; dal regime di trattamento previsto durante l'interazione con le forze di polizia. Sul punto il manuale raccomanda alle forze

vo, l'approvazione della risoluzione sul punto esprime, in un certo senso, la definitiva presa di coscienza dell'importanza del tema assunta dalle istituzioni europee: un risultato che, in qualche modo, può farci ritenere che questi approdi siano i più prossimi antesignani degli sviluppi che ci augureremmo provengano, più sul piano dell'*hard* che non del *soft-law*, nel prossimo futuro²⁹.

dell'ordine di trattare le persone trans in modo rispettoso durante la loro custodia, includendo, ad esempio, la corretta gestione dei nomi e dei pronomi preferiti alla loro condizione.

²⁹ Approdi concettuali dello stesso tenore di quelli finora espressi si ritrovano anche nelle quindici raccomandazioni dello *Human Rights and Gender Identity and Expression* del Consiglio d'Europa, che consigliano agli Stati membri: di raccogliere e registrare dati disaggregati sulle esperienze vissute delle persone trans e non binarie, comprese la discriminazione e la violenza, per garantire politiche efficaci e mirate a sostenere i loro diritti; di riconoscere l'identità di genere e l'espressione esteriore del genere (effettiva o percepita); di assicurarsi che queste leggi siano efficacemente implementate, anche mediante l'elaborazione di politiche per combattere la violenza, la discriminazione e l'esclusione affrontate dalle persone trans; di garantire che gli organismi nazionali per l'uguaglianza e le istituzioni nazionali per i diritti umani siano incaricati e dotati delle risorse per esaminare i diritti umani delle persone trans e non binarie; di abrogare e astenersi dall'adottare leggi o politiche che vittimizzano, discriminano o legittimano l'odio contro le persone trans, comprese le proibizioni sul riconoscimento legale del genere, le proibizioni sull'accesso alle cure mediche specifiche per le persone trans e le proibizioni sulla discussione pubblica delle persone LGBTI; di vietare e di sanzionare la pubblicità e la pratica delle terapie di conversione rivolte sia ai bambini che agli adulti, assicurandosi che il divieto in questione copra anche l'identità e l'espressione di genere; di adottare una legislazione che garantisca alle persone trans che lo desiderano l'accesso a procedure amministrative rapide, trasparenti e accessibili per il riconoscimento legale del genere basato sull'autodeterminazione; di considerare l'inclusione di una terza opzione di genere nei documenti di identità, di sicurezza sociale e in altri documenti pubblici per coloro che la richiedono; di assicurare che le persone trans abbiano un accesso efficace e privo di stigmatizzazione ai servizi sanitari specifici per le persone trans, inclusi procedure psicologiche, endocrinologiche e chirurgiche, senza richiedere una diagnosi di malattia mentale, in linea con l'ICD-11 dell'Organizzazione mondiale della Sanità; di garantire che l'assistenza sanitaria specifica per le persone trans sia fornita sulla base di un consenso libero e informato, nonché coperta da sistemi di assicurazione sanitaria pubblica secondo le norme nazionali; di riconoscere l'identità delle persone trans in età scolare e degli studenti nei contesti scolastici, indipendentemente dal loro genere/sexo legale, permettendo loro di utilizzare i propri nomi e pronomi, di vestirsi come desiderano e di partecipare a sport e altre attività secondo la loro identità ed espressione di genere; di garantire che le leggi nazionali proibiscano la discriminazione dovuta all'identità e all'espressione di genere in tutte le decisioni relative alla vita familiare; di adottare leggi e politiche per garantire che tutti possano partecipare agli sport senza discriminazione o molestia a causa dell'identità di genere effettiva o percepita e dell'espressione di genere; di assicurarsi che, sia in luoghi pubblici che privati, tutti possano utilizzare le strutture sanitarie in modo dignitoso e sicuro, secondo la loro identità di genere; di riconoscere che un timore ben fondato di persecuzione basata sull'identità di genere e sull'espressione di genere può essere un motivo valido per la concessione dello status di rifugiato ai sensi della legge nazionale, e garantire che i rifugiati trans, i richiedenti asilo e i migranti abbiano accesso a condizioni di accoglienza sicure, a servizi sanitari specifici per le persone trans e al riconoscimento legale del genere; di garantire la sicurezza delle persone trans private della libertà, anche adottando politiche per garantire una revisione *case-based* per determinare il luogo di detenzione più appropriato alla persona e per considerare adeguatamente le alternative alla detenzione; di promuovere la comprensione e il rispetto delle persone trans e non binarie attraverso campagne di sensibilizzazione pubblica e informazione, nonché attraverso percorsi di educazione sessuale obbligatoria, completa, scientificamente fondata e adeguata all'età nelle scuole; di consultare e coinvolgere le persone trans e le loro organizzazioni nel varo di misure e politiche che le riguardino; nell'adottare misure efficaci per garantire che i difensori dei diritti delle persone trans possano lavorare in un ambiente favorevole, senza minacce di violenza, discriminazione o altri abusi; di considerare, infine, il ruolo e le responsabilità di tutti gli attori nel contrastare la discriminazione e l'odio, promuovendo la tutela dei diritti

In questo ambito di intervento, non ogni produzione giuridica *soft* sembra, infatti, “bastare a se stessa”, restituendo l'impressione per cui l'intervento delle fonti sia un'esigenza insopprimibile.

Pur avendo posto le basi per un riconoscimento sempre più esplicito delle principali rivendicazioni delle persone trans nell'ambito del dibattito pubblico, questo e altri documenti hanno, infatti, mostrato la necessità di un intervento normativo sulla materia e, soprattutto, un'esigenza di armonizzazione degli ordinamenti che, al livello europeo, garantisca alle persone trans un soddisfacente livello di godimento dei diritti che sono loro riconosciuti.

Per quanto, infatti, gli strumenti di *soft-law* contribuiscano a informare il sentire comune sulle battaglie ideologiche, preparando eventualmente il terreno alle statuizioni *hard* del futuro, i loro risultati, quando non siano rapidamente assistiti da una trasposizione sul piano della vincolatività, rischiano di rivelarsi facilmente reversibili, quando non proprio ineffettivi.

L'adesione degli Stati alle raccomandazioni degli strumenti *soft*, oltre a presupporre l'esercizio di una volontà politica di adeguarvisi, comporta l'utilizzo di strumenti che possono essere facilmente superati o abbandonati, proprio in ragione del fatto che non impongono obblighi giuridici.

4. Presente e futuro: prospettive del *soft-law* in materia di protezione delle persone trans

La breve ricostruzione diacronica dei principali strumenti di *soft-law* che l'ambito europeo ha visto comparire sulla scena giuridica almeno dagli anni '80 del secolo scorso ad oggi suggerirebbe che la stagione del *soft-law* e della sua nota opera di sensibilizzazione e preparazione all'avvento delle regolazioni *hard* sia, finalmente, conclusa. A causa della cospicua approvazione di principi di carattere generale, dichiarazioni di intenti, obiettivi, pronunce e proclami nessuno avrebbe, infatti, difficoltà ad affermare che l'attuale intenzione politica dell'integrazione europea, negli anni costantemente manifestata da una ricca produzione di strumenti, si sia definitivamente orientata e che la stessa preme maggioritariamente nella direzione di un accrescimento del riconoscimento dei diritti per le persone della comunità trans. Meno semplice sembra, però, individuare quale possa essere il ruolo che, rispetto a questa sfida, assuma ancora il *soft-law*. Il suo utilizzo, largamente avvenuto nel corso degli anni, sembra, infatti, aver dato tutto quello di cui era capace, perché, dopo aver “scosso le coscienze” e dopo aver propiziato il mutamento di sensibilità sul tema³⁰, non sembra in grado di poter fare ancora molto altro. Le varie questioni poste dal tema, negli anni progressivamente sviscerate ed affrontate dai vari strumenti di *soft-law* sul punto, sembrano, in altri termini, necessitare un approdo che stenta ad arrivare, perché avrebbero bisogno di giungere ad una “seconda fase” di definizione: quella del passaggio all'*hard law*.

Questa transizione, necessaria per velocizzare l'evoluzione della tutela sulla materia e per fissare, soprattutto al livello formale, i buoni risultati finora raggiunti, potrebbe essere essenziale anche per fare in modo che gli eventuali ripensamenti sui livelli di tutela debbano scontrarsi con la revisione delle fonti ordinamentali. Allo stato attuale, l'arrivo dell'*hard law* sembra avvenire, però, a sprazzi, mentre

delle persone trans tra i leader pubblici, i media, le organizzazioni governative e non governative, le persone giuridiche private e le associazioni.

³⁰ Ci si riferisce, in particolare, all'opera dell'aver consacrato, al livello dei documenti ufficiali, il cambio di visioni sul transessualismo, passato dall'essere interpretato quale malattia all'essere depatologizzato.

la produzione di *soft-law* – che non conosce diminuzione – continua a giocare un ruolo di primo piano, ribadendo e precisando obiettivi e principi, anche se senza imprimere alla materia il dinamismo normativo che occorrerebbe per rispondere alle esigenze del presente.

In questo senso, la più avanzata posizione dell'integrazione europea in materia di riconoscimento e garanzia dei diritti delle persone trans è, oggi, probabilmente, rappresentata dalla *LGBTIQ Equal Strategy 2020-2025*, un documento programmatico con il quale la Commissione europea, in occasione della finestra temporale più o meno coincidente con la "prima tregua" concessa dalla "risorgente" pandemia da Covid-19, annunciava il perseguimento di alcuni, fondamentali, obiettivi, così riassumibili: 1) la lotta alla discriminazione; 2) la predisposizione di strumenti idonei a garantire maggiore tutela³¹; 3) l'approntamento di misure idonee a tutelare maggiormente le cd. famiglie arcobaleno; 4) la promozione di azioni protese a favorire l'eguaglianza delle persone appartenenti alla comunità di cui parliamo anche oltre i confini europei.

Lo strumento, tenuto conto anche del mutato scenario sociale (un quadro alquanto peggiorato dal punto di vista delle discriminazioni per le persone della comunità LGBTIQ+), tracciava i visti obiettivi di breve periodo, offrendo dati, prospettando soluzioni concrete, ma soprattutto ri-attualizzando e riproponendo sfide e obiettivi già individuati da altri documenti.

Avuto riguardo al primo obiettivo, il documento riferisce, ad esempio, di recenti studi che evidenzerebbero le difficoltà delle persone trans ad accedere al mercato del lavoro: una difficoltà apparentemente maggiore di quella, pure significativa, di altri gruppi di persone appartenenti alla comunità LGBTIQ+³². Nel documento si affermava, inoltre, che la difficoltà di cui trattasi sia, spesso, incrementata anche dalla sussistenza di situazioni di marginalità sociale, a loro volta dovute alle condizioni economiche e sociali di alcune delle persone di cui si parla.

Il secondo obiettivo, dotato, a sua volta, di straordinaria importanza, enuncia l'intenzione di approntare maggiore tutela giuridica in favore delle persone appartenenti alla comunità LGBTIQ+, suggerendo l'adozione di normative protese ad armonizzare gli ordinamenti rispetto alla protezione dalle discriminazioni e dagli episodi di violenza causati dall'orientamento sessuale delle persone e dal genere: un obiettivo, questo, tanto fondamentale quanto osteggiato.

Il terzo e il quarto, promuovendo, rispettivamente, il riconoscimento e l'eguaglianza delle famiglie arcobaleno e l'eguaglianza delle persone LGBTIQ+ anche al di fuori dei confini europei, segna, nell'intenzione del "legislatore", le tappe di un cammino ideale, che l'Unione sembrerebbe voler intraprendere, ma sul quale, pur discutendosi già da tempo, molta è ancora la strada da fare³³.

La strategia adottata in materia dall'Unione, avuto riguardo alle questioni e alle sfide che attendono la disciplina della materia, si presenta, come visto, tendenzialmente completa e ripropone

³¹ Nello stesso periodo, la lotta alla discriminazione è stata parte dell'intervento normativo costituito dalla nota direttiva sulla parità di trattamento nell'occupazione,

³² Commissione europea, *Legal gender recognition in the EU. The journeys of trans people towards full equality*, giugno 2020.

³³ Le ragioni per le quali lo stato di avanzamento nella realizzazione di questi obiettivi non possa ancora ritenersi assestatosi su livelli soddisfacenti dipendono, come accennato, dalle resistenze che il dibattito pubblico propone, da sempre, rispetto a questo e ad altri temi. In questo senso, l'ondata di sovranismi che sembra avere investito lo spazio europeo a seguito delle elezioni dell'Europarlamento, alimenta, consolidandolo, un diffuso e consolidato ostracismo nei confronti delle politiche a tutela delle persone appartenenti alle comunità LGBTIQ+.

l'impostazione e la struttura di quel che noi diremmo essere un atto di indirizzo politico³⁴. Il documento in parola, redatto a cura della Commissione e contenente un vero e proprio mandato alle istituzioni europee³⁵, esprime, infatti, un contenuto che solo nominalisticamente sembra poter essere ascritto al novero degli atti di *soft-law*.

Lo stesso fissa, anzi, ad un livello elevato, anche se non espressamente vincolante, una posizione ufficiale dell'Unione rispetto alle sfide che attendono questi temi

Da ultimo, e sempre avendo riguardo al *soft-law* ripetitivo di cui abbiamo detto prima, merita, infine, menzione l'istituzione del sottogruppo per l'uguaglianza LGBTIQ (*LGBTIQ Subgroup*), formatosi nell'ambito dell'*High-Level Group on non-discrimination, equality and diversity*, a sua volta istituito in vista del perseguimento della strategia di cui si è poco fa detto.

Il sottogruppo, che è composto da esperti governativi nominati dai governi degli Stati membri, supporta e monitora i progressi della protezione dei diritti delle persone LGBTIQ+ negli Stati membri, mentre l'Agenzia dell'UE per i diritti fondamentali (FRA – *Fundamental Rights Agency*) contribuisce al suo lavoro, così come le varie e diverse espressioni del volontariato della società civile e altre organizzazioni internazionali, tra cui i già citati OCSE e Consiglio d'Europa.

Anche il sottogruppo in questione, che ha cominciato i propri lavori nel maggio 2021, rivolge un amplissimo ricorso al *soft-law*. Il suo prodotto più famoso sono, d'altronde, le *Guidelines for Strategies and Action Plans to Enhance LGBTIQ Equality*, elaborate per supportare azioni concrete protese all'incremento della tutela dei diritti delle persone LGBTIQ+ negli Stati membri dell'UE. Queste linee guida, identificando politiche, strategie e piani d'azione per obiettivi di ampio respiro, da un lato "fanno gioco", insieme a tutti gli altri strumenti di *soft-law* alla perenne opera di persuasione della coscienza collettiva intorno all'importanza di questi temi; dall'altro, ripropongono le stesse caratteristiche (e grosso modo gli stessi enunciati) degli altri documenti elaborati sul tema, senza esprimere, ancora una volta, un apporto "risolutivo" o apprezzabilmente efficace in vista del superamento dei problemi che riguardano la comunità trans³⁶.

Differentemente da quanto accade a molti atti di *soft-law*, gli strumenti elaborati da questo sottogruppo sperimentano, però, in modo piuttosto evidente la qualità – di sicuro benefica – del vantare una legittimazione democratica, indiretta ma effettiva. A differenza del *soft-law* elaborato dai più vari attori internazionali, spesso non sufficientemente legittimati dal punto di vista della produzione di decisioni che, in qualche misura, esplicano degli effetti concreti sugli ordinamenti, le linee guida in questione sono elaborate da figure connesse al potere democratico.

³⁴ Sulla categoria dell'indirizzo politico cfr., *in primis*, T. MARTINES, *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, Milano, 1957. Per altri contributi v. A. MORRONE, *Indirizzo politico e attività di governo. Tracce per un percorso di ricostruzione teorica*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2018; S. PARISI, *La gerarchia delle fonti. Ascesa, declino, mutazioni*, Napoli, 2012, 93 ss.

³⁵ Il documento costituisce, d'altronde, una comunicazione.

³⁶ Le linee guida sono consultabili all'indirizzo: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/lesbian-gay-bi-trans-and-intersex-equality/lgbtiq-equality-strategy-2020-2025_en

5. Conclusioni: percorsi di *soft-law* per esigenze di *hard-law*?

La strategia che l'integrazione europea sembra adottare in materia di tutela delle persone trans, almeno se si ha riguardo alle questioni e alle sfide che ancora attendono la disciplina del settore, si presenta, per larghi tratti, ancora in costruzione e ripropone, dal canto suo, diverse e interessanti riflessioni sull'utilità degli strumenti di *soft-law*. Molti dei documenti esaminati, ciascuno dei quali elaborato da attori dotati di grande autorevolezza, esprimono, in diversi casi, un vero e proprio mandato all'integrazione europea³⁷, restituendo l'impressione per cui il contenuto di molti degli stessi sia solo formalmente ascrivibile agli atti *soft-law*, e che, anzi, lo stesso, visto l'elevato livello simbolico di molte sue affermazioni, ben avrebbe potuto trovare collocazione nei documenti di profondo respiro che fissano obiettivi ed enunciano principi.

Al netto della sua pure importante valenza paradigmatica, il *soft-law* per la tutela delle persone trans sembra, però, aver ormai intrapreso un percorso stancamente "ricorsivo", nel quale a una sorta di "eterna esternazione dell'indirizzo politico" – molti degli atti che abbiamo analizzato potrebbero impropriamente ritenersi atti di questo tipo – non segue quasi mai la predisposizione di strumenti di sua esecuzione, che abbiano l'attitudine di distogliere il discorso sulla protezione dei diritti dal livello eminentemente teorico a quello, più pratico, delle misure concrete.

Eccettuato l'aspetto dell'apparente e continuo esercizio del potere di indirizzo politico e del suo quasi "avvitarsi su se stesso", anche altre sono, però, le riflessioni che una produzione di questo tipo sembra evocare. In uno scenario normativo che, a tutti i livelli, sembra sempre più "ostaggio" dell'alluvionale produzione di strumenti di *soft-law*, l'area della produzione giuridica riferita alla tutela delle persone *trans* si trova di certo non priva di strumenti non vincolanti, dichiarazioni di intenti, raccomandazioni, linee guida, raccolte di *standard* e indicazioni di varia natura.

Il *soft-law* dei diritti delle persone trans sembra, però, presentare caratteristiche in parte diverse dal suo omologo di altri settori, perché lo stesso ripropone solo in parte (e in misura minore) alcuni dei problemi che è possibile ricollegare all'espansione del diritto *soft*.

In primo luogo, differentemente da quanto sembra essere accaduto in altre situazioni, il terreno sul quale operiamo non ha fatto registrare uno sbilanciamento nella concentrazione di indicazioni giuridiche sul livello informale, realizzando l'ennesimo episodio di puntiforme eterointegrazione *soft* delle normative di principio, sempre più generali e sempre meno di *hard-law*.

In secondo luogo, gli strumenti di *soft-law* che si occupano della materia di questo scritto sembrano perseguire approcci più inclini alla natura che è possibile attribuire a questa area della normazione, perché, diversamente dal diritto non vincolante, ma regolatorio, proprio dei settori dominati dalla tecnica, i documenti fin qui analizzati si limitano a fornire chiarimenti sulla condizione delle persone che appartengono alla comunità trans, a raccogliere e commentare dati, a indirizzare la società civile, intesa nel suo complesso, e a rendere comprensibili le istanze che provengono dalla comunità trans: tutte ipotesi di uso "non sospetto" del *soft-law*, nelle quali quest'ultimo *non* ambisce né a sostituire

³⁷ Il documento costituisce, d'altronde, una comunicazione.

l'*hard law*, né a svolgere funzioni troppo estranee rispetto a quelle che, di solito, si ammette possano ricondursi, appunto, al *soft-law*³⁸.

Questo uso "ortodosso" del *soft-law*, che dovrebbe essere la prassi, ma che è divenuto, paradossalmente, un'eccezione, è sicuramente una buona notizia, specie in un'epoca nella quale il suo prospere finire per l'offuscare, in più di un caso, il contenuto delle norme di *hard-law* che a questo, spesso, si riferiscono o, ancora, per de-formalizzare la produzione di norme giuridiche, attraverso il ricorso a procedure più agili e facili da adottare, ma meno garantite.

La natura autenticamente preparatoria del *soft-law* che si riscontra in questo settore necessita, però, dell'intervento dell'*hard law* in misura maggiore di quanto non accada per le ipotesi di uso "non ortodosso" del *soft-law*: questo accade proprio per il fatto che il primo non finisce per appropriarsi degli spazi che lo stesso ha lasciato aperti al secondo, accusandosi quindi un vuoto.

In altre parole, sebbene l'attenzione dell'integrazione europea sul tema denoti un'edificante sensibilità, senz'altro utile al miglioramento delle condizioni di vita di un gruppo di persone tra i più esposti a vessazioni e discriminazioni³⁹, poiché il *soft-law* di questo contesto non sperimenta i consueti e "carsici" percorsi di efficacia fattuale di altri settori, il raggiungimento di soddisfacenti livelli di tutela giuridica delle persone trans passerà, necessariamente, solo attraverso la "fortuna" che i pochi strumenti di *hard-law* presenti e futuri avranno in fase attuativa.

Per queste ragioni, l'auspicio che potremmo ricavare dall'opportuna stagione di attenzioni per il tema dell'autodeterminazione di genere e della protezione delle persone transessuali è che il *soft-law* della materia, esercitando un'effettiva funzione di supporto delle fonti *hard* pure esistenti, continui a svolgere un'appagante opera di educazione all'argomento e di persuasione delle coscienze, affinché gli strumenti finora adottati possano favorire, in funzione di *pre-law*, la creazione o l'integrazione delle regole di *hard-law* per una sicura disciplina di tutela.

Al di fuori di questo schema, ogni tentativo di ispessimento degli strumenti *soft* non assistito da un correlativo intervento *hard* rischia di rivelarsi vuoto e "spossato" fin dal principio, esattamente come gli strumenti che ripetono gli obiettivi di tutela da raggiungere, senza raggiungerli mai.

Le sfide che la tutela giuridica delle persone transessuali attende di risolvere, sono, d'altronde, molto poco *soft* e l'impegno a cui gli ordinamenti sembrano oggi chiamati per garantire la tutela delle minoranze sembra, per dirlo con la Costituzione della Repubblica, un obbligo di rimozione degli ostacoli che impediscono l'eguaglianza di pieno *hard-law*, che non può ammettere retromarce.

³⁸ Per una ricostruzione "a tutto tondo" della categoria in esame si rinvia, tra gli altri, a K.W. ABBOTT, D. SINDAL, *Hard and Soft-law in International Governance*, in *International Organizations Law Review*, 2000; A. DI ROBILANT, *Genealogies of Soft-law*, in *The American Journal of Comparative Law*, 54, 3, 2006, 499.

³⁹ Per una bibliografia essenziale sui problemi aperti, v. N. POSTERARO, *Transessualismo, rettificazione anagrafica del sesso e necessità dell'intervento chirurgico sui caratteri sessuali primari: riflessioni sui problemi irrisolti alla luce della recente giurisprudenza nazionale*, in *Rivista di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 4, 2017, 1349-1374; E. LONGO, *La Corte di giustizia, i diritti dei transessuali e la riduzione delle competenze statali*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2006, 581-583.