

# GenIUS

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

GIACOMO GIORGINI PIGNATIELLO

Il difficile connubio tra tradizione ed innovazione  
nella tutela dei diritti delle persone LGBT in Asia

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

*online first*  
*destinato a GenIUS 2021-1*

# **Il difficile connubio tra tradizione ed innovazione nella tutela dei diritti delle persone LGBT in Asia. Le esperienze di Taiwan, Giappone ed Indonesia a confronto**

## **Sommario**

1. Valori occidentali vs. Valori asiatici: una tensione in continua evoluzione. – 2. La questione dei diritti LGBT in Asia e la selezione dei casi rilevanti. – 3. Taiwan: un'isola arcobaleno nei mari dell'Asia. – 4. Il Giappone nella morsa della tradizione. – 5. L'Indonesia sull'orlo di una crisi costituzionale. – 6. Riflessioni e prospettive di intervento.

## **Abstract**

Con l'erompere del XXI secolo la retorica degli *asian values* sembra scolorire a fronte delle molteplici vie con le quali i diversi sistemi giuridici orientali hanno inteso affrontare il tema della realizzazione dei diritti umani ed in particolare, nel caso che qui occupa, dei diritti delle persone LGBT<sup>1</sup>. Il presente contributo tenta dunque di ricostruire, in prospettiva comparata, il quadro normativo, giurisprudenziale e dottrinale di diversi ordinamenti giuridici (Taiwan, Giappone e Indonesia), espressione delle differenti tendenze nello sviluppo del rapporto tra potere pubblico e diritti delle persone LGBT nel contesto del mondo asiatico.

*At the beginning of the 21<sup>st</sup> century, the Asian values rhetoric is almost at a dead end. Several eastern legal systems experienced different ways and levels in the implementation of fundamental rights, and particularly LGBT rights. The present contribution aims at drawing the legal framework, case law, and doctrinal debate of several countries (namely Taiwan, Japan, and Indonesia), which reveal different ongoing tendencies in Asia as for the development of the relationship between public power and LGBT rights.*

---

\* Dottorando di ricerca in diritto pubblico comparato presso l'Università di Siena. Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1 LGBT è l'acronimo, storicamente frutto di un'auto-designazione convenzionale da parte della stessa comunità, col quale vengono collettivamente indicate le persone Lesbiche, Gay, Bisessuali e Transessuali. Il presente contributo si limita ad analizzare le questioni giuridiche legate all'orientamento sessuale (con particolare riguardo a persone gay e lesbiche) e all'identità di genere, tralasciando ulteriori soggettività quali, ad esempio, quelle delle persone intersex. Da qui deriva la decisione di utilizzare un termine più "classico" invece che espressioni maggiormente inclusive e adottate.

## 1. Valori occidentali vs. Valori asiatici: una tensione in continua evoluzione

Nel panorama globale il continente asiatico si caratterizza indubbiamente per la ricchezza e la varietà delle culture millenarie che animano una regione del mondo composta da Paesi profondamente diversi tra loro<sup>2</sup>. Da ciò discende l'impossibilità di ridurre ad unità sistemi giuridici incardinati su principi non solo differenti ma spesso inconciliabili, come testimoniano le tensioni e i conflitti mai placati che da tempi immemorabili percorrono l'Oriente.

In un'area geografica in cui in molti ordinamenti regola giuridica, religiosa e di costume si confondono, non essendosi realizzato il lungo processo di secolarizzazione che, al contrario, contraddistingue la storia dell'Occidente, il concetto di *diritti* fondamentali dell'individuo stenta ad affermarsi. Infatti, nonostante l'adesione, subito dopo la fine del secondo conflitto mondiale, ad alcuni dei più importanti trattati internazionali sui diritti umani – che gli stessi giuristi rappresentanti dei Paesi asiatici avevano contribuito a scrivere tramite la propria diretta partecipazione –, nel tempo è andata sempre più maturando una spaccatura del blocco orientale rispetto a quello occidentale quanto alla messa in opera di quei principi che si erano invece affermati in un momento storico di straordinaria unità e pacificazione, quale quello post-bellico.

La caduta del muro di Berlino, in particolare, se da una parte ha significato la dissoluzione in Occidente della tensione che si era venuta a creare tra Est e Ovest della cortina di ferro, dall'altra ha rappresentato la miccia che ha innescato agli occhi dell'Oriente lo spettro di un imperialismo di ritorno, un neocolonialismo. L'incombente minaccia di una espansione euro-atlantica avrebbe dunque indotto le nazioni asiatiche ad una forte reazione difensiva.

A fronte delle diffuse denunce di violazioni dei diritti umani, infatti, le classi politiche dirigenti dei Paesi asiatici avrebbero di tutta risposta incominciato ad invocare i cc.dd. *asian values*, cioè le tradizioni e i valori condivisi dai popoli dell'Asia, i quali fungerebbero da veri e propri "contro-limiti" al tentativo occidentale di esercitare la propria egemonia, non solo bellica ma anche culturale, attraverso il trapianto in Oriente dei principi smodatamente individualistici su cui si fondano le democrazie liberali<sup>3</sup>.

Nella prospettiva orientale, infatti, l'esaltazione dell'individuo, su cui si è sviluppato nel corso dei secoli il diritto occidentale, determinerebbe nel lungo periodo l'autodistruzione di una società che ha perso di vista il bene collettivo. Al contrario, la cultura giuridica asiatica, fondandosi sugli insegnamenti derivanti dal comunitarismo confuciano, pone al vertice della propria gerarchia valoriale la creazione di una società armoniosa. L'istruzione dei consociati e l'adesione spontanea degli stessi ai rituali locali che regolano la vita della comunità, in quanto strumenti di civilizzazione, consentirebbero l'ordinato sviluppo di un sistema sociale pacifico ed operoso<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Sul pluralismo giuridico in Asia Cfr. E.A. Black, G.F. Bell (a cura di), *Law and Legal Institutions of Asia: Traditions, Adaptations and Innovations*, Cambridge University Press, Hong Kong, 2011; C. Antons (a cura di), *Routledge Handbook of Asian Law*, Routledge, New York, 2017; A.Y. Chen, T. Ginsburg (a cura di), *Public Law in East Asia*, Routledge, 2017; J. Jany, *Legal Traditions in Asia: History, Concepts and Laws*, Springer Nature, Switzerland, 2020.

<sup>3</sup> Nella sterminata letteratura sugli *Asian values* si vedano in particolare: J. Cauquelin, P. Lim, B. Mayer-König (a cura di), *Asian Values: Encounter with Diversity*, Routledge, New York, 1998; O. Bruun, M. Jacobsen (a cura di), *Human Rights and Asian Values. Contesting National Identities and Cultural Representations in Asia*, Routledge, London, 2000; M.D. Barr, *Cultural Politics and Asian Values*, Routledge, New York, 2002; D. Kingsbury, L. Avonius (a cura di), *Human Rights in Asia: A Reassessment of the Asian Values Debate*, Palgrave Macmillan, New York, 2008.

<sup>4</sup> Sintetizzando l'atteggiamento orientale verso l'occidente così si esprime W.M. Theodore de Bary, *Asian Values and Human*

Ne deriva che l'adesione dei Paesi asiatici alla comunità internazionale, non solo dal punto di vista dell'attività politica ma anche sotto il profilo giuridico, così come l'adozione negli ordinamenti orientali di Costituzioni che proclamano l'osservanza dei diritti fondamentali dell'individuo, non possono di per sé comportare una mera trasposizione dei concetti e dei valori occidentali. Esisterebbe infatti una "via asiatica" attraverso la quale sarebbe possibile dar vita ad ordinamenti che sono in grado di coniugare allo stesso tempo il benessere delle persone e lo sviluppo ordinato della società.

Senonché la realtà dei fatti dimostra come oggi le libertà e i diritti fondamentali delle persone in Asia sono spesso minacciati e privi di ogni tutela, schiacciati da sistemi giuridici dispotici, che si caratterizzano per un duro approccio securitario volto al mantenimento dell'ordine costituito e per un forte accentramento del potere nelle mani di leader carismatici che governano avvalendosi di una ristretta élite di fedelissimi<sup>5</sup>.

Tale breve premessa si rende necessaria per comprendere il complesso tema dei diritti e delle tutele delle persone LGBT in Asia. Sebbene, infatti, il relativismo etico cui apre il discorso sugli *asian values* non possa in alcun modo legittimare violazioni dei diritti umani, è altrettanto importante ricordarsi sempre di indossare i guanti della prudenza quando si intendano trattare realtà giuridiche così lontane dal nostro modo di intendere il diritto, il ruolo che questo è chiamato ad assumere rispetto alla società, nonché alle modalità con cui lo stesso è in grado di affrontare le sfide poste dalla contemporaneità.

## 2. La questione dei diritti LGBT in Asia e la selezione dei casi rilevanti

Come anticipato nel primo paragrafo, trattare unitariamente il tema dei diritti delle minoranze LGBT in Asia è un'impresa tanto affascinante quanto ardua, se si pensa alla vastità del territorio preso in considerazione e soprattutto all'eterogeneità dei sistemi giuridici che fanno parte dell'Oriente.

Per dare conto delle recenti tendenze che hanno interessato i Paesi asiatici in relazione alla tutela dei diritti LGBT, e dovendosi necessariamente procedere ad una selezione di casi rilevanti, si è scelto di porre a confronto tra loro Paesi che hanno catturato l'attenzione della comunità internazionale per aver conosciuto un cambio di paradigma significativo, in senso positivo o negativo, e che, in una ideale scala graduata relativa al livello di protezione offerto, possono essere suddivisi in tre diversi gradi di intensità.

Molteplici studi comparati sono stati già effettuati sul tema<sup>6</sup>, ma tutti hanno preso in considera-

---

*Rights*, Harvard University Press, Cambridge, 2000, p. 8: "Il rampante individualismo negli Stati Uniti e nell'Occidente ha prodotto una riprovevole autoindulgenza e una decadenza della società che le nazioni asiatiche non possono permettersi e dalle quali debbono difendersi attraverso l'applicazione della legge".

<sup>5</sup> A. Croissant, J. Haynes, *Democratic regression in Asia: introduction*, in *Democratization*, 28(1), 2021, pp. 1-21; D.C. Shin, *Democratic deconsolidation in East Asia: exploring system realignments in Japan, Korea, and Taiwan*, in *Democratization*, 28(1), 2021, pp. 142-160.

<sup>6</sup> A titolo meramente esemplificativo si vedano ad esempio: M. Kapur, *Constitutions, Gay Rights, and Asian Cultures: A Comparison of Singapore, India and Nepal's Experiences with Sodomy Laws*, in *The Indian Journal of Constitutional Law*, 6, 2013, pp. 117-175; E. J. Manalastas et al., *Homonegativity in Southeast Asia: Attitudes Toward Lesbians and Gay Men in Indonesia, Malaysia, the Philippines, Singapore, Thailand, and Vietnam*, in *Asia-Pacific Social Science Review*, 17(1), 2017, pp. 25-33; H. Yulius, S. Tang, B. Offord, *The Globalization of LGBT Identity and Same-Sex Marriage as a Catalyst of Neo-institutional Values: Singapore and Indonesia in Focus*, in B. Winter, M. Forest, R. Sénac (a cura di), *Global Perspectives on Same-Sex Marriage*, Springer, Switzerland, 2018, pp. 171-196; D.T-S. Tang, D. Khor, Y-C. Chen, *Legal recognition of same-sex partnerships: A comparative study of*

zione o solamente Paesi in cui i diritti LGBT sono in tendenziale espansione oppure sistemi giuridici che stanno vivendo una condizione di regresso democratico, a cui consegue una compressione delle libertà delle minoranze; oppure ancora è stato analizzato o unicamente il fattore dell'orientamento sessuale oppure solo quello dell'identità di genere. Nel tentativo di offrire uno spaccato sul pluralismo giuridico che caratterizza l'Asia<sup>7</sup>, il presente contributo ha invece inteso analizzare esperienze giuridiche che hanno sviluppato un diverso atteggiamento verso le minoranze SOGI<sup>8</sup>.

Si è così giunti ad individuare le esperienze giuridiche di: Taiwan, espressione di un cambiamento rivoluzionario per la regione; Giappone, caratterizzato da una radicale resistenza ad ogni innovazione ed Indonesia, esempio di regresso democratico e degradazione costituzionale. Accanto alla descrizione della legislazione vigente e all'analisi degli orientamenti giurisprudenziali, si dà anche conto di alcune coordinate storico-culturali che, secondo la metodologia contestualista<sup>9</sup>, aiutano a comprendere i motivi che hanno determinato in ciascun Paese una particolare linea di sviluppo in quello che è l'approccio dell'ordinamento giuridico alla tutela delle persone LGBT.

### 3. Taiwan: un'isola arcobaleno nei mari dell'Asia

I primi movimenti LGBT nella storia contemporanea di Taiwan risalgono a circa trent'anni fa quando venne abolita la legge marziale istituita dal generale Chiang Kai-shek, primo atto significativo per la democratizzazione dell'isola per come la conosciamo oggi.

Sebbene già a metà degli anni '80 si registrò un primo atto significativo, avendo l'attivista Chi Chia-Wei inviato una lettera allo Yuan Legislativo chiedendo la legalizzazione dei matrimoni *same-sex* (senza ottenere alcun esito positivo), fu solo a partire dai primi anni '90 del secolo scorso che iniziarono a consolidarsi i primi gruppi LGBT nel Paese. La prima discussione sull'eguaglianza delle persone gay e lesbiche si tenne così in un'udienza pubblica dinnanzi allo Yuan legislativo nel 1993<sup>10</sup>.

Da un punto di vista storico e sociale, eccetto rarissime eccezioni, gli atti omosessuali non sono mai stati puniti a Taiwan, diversamente da quanto avvenuto in molti altri Paesi asiatici in cui i gruppi LGBT hanno dovuto lottare a lungo per ottenerne la decriminalizzazione.

Sebbene, tuttavia, gli stessi non costituissero reato, negli anni '90 le incursioni della polizia nei luoghi di incontro della comunità LGBT erano molto frequenti. I rapporti omosessuali venivano infatti fatti rientrare tra gli atti osceni, puniti sia dalla Legge sull'ordine pubblico sia dal Codice penale. Perfino i libri che potevano presentare contenuti gay o lesbici potevano essere oggetto di ispezioni e sequestri da parte della polizia.

*Hong Kong, Taiwan and Japan*, in *The Sociological Review*, 68(1), 2020, pp. 192-208; F. Krumbein, *Who will be Asia's Next Unicorn? Comparing Marriage Equality in Taiwan with Hong Kong, Japan and South Korea*, in *Asian Studies Review*, 10.5.2021; W.-Y. Chung, *Same-sex partnership in the family policies of Japan, Singapore, and Taiwan*, in *International Journal of Social Welfare*, 19.5.2021.

<sup>7</sup> T. Rich, A. Dahmer, I. Eliassen, *Historical Views of Homosexuality: Asia*, in *Oxford Research Encyclopedia of Politics*, 27.10.2020

<sup>8</sup> Acronimo che sta per *Sexual Orientation and Gender Identity*.

<sup>9</sup> I. Spigno, *Methodologies of Comparative Constitutional Law: Contextual Approach*, in *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, 2017, online.

<sup>10</sup> Sulla storia del movimento LGBT a Taiwan Cfr. C.-J. Chen, *Marriage as heterosexual patriarchy and privilege*, in *Journal of Women and Gender Studies*, 27, 2010, pp. 113-199; T.S.K. Kong et al., *LGBT Movements in Taiwan, Hong Kong, and China*, in *Oxford Research Encyclopedia of Politics*, 22.1.2021, disponibile <https://oxfordre.com/politics/view/10.1093/acrefore/9780190228637.001.0001/acrefore-9780190228637-e-1275>.

Il caso passato alla storia fu quello della libreria gay “Chingching” a Taipei, che dopo aver visto diversi blitz della polizia, nel 2003 subì il sequestro di circa 500 riviste, ritenute materiale osceno. Il proprietario della libreria Lai C-J. allora adì la Corte costituzionale, contestando l’eccessiva vaghezza del termine “osceno”, adottato dall’art. 235 del Codice penale, per violazione della libertà di espressione. In quell’occasione, tuttavia, la Corte ritenne di non censurare la norma impugnata in quanto al fine di garantire la moralità sessuale e la decenza della collettività, gli interpreti della Costituzione sono chiamati a rispettare le prerogative del legislatore<sup>11</sup>.

Le persone LGBT uscirono piuttosto demoralizzate a fronte della decisione della Corte costituzionale poiché quest’ultima dimostrava tutta la propria deferenza rispetto alla potestà punitiva del Legislatore, quand’anche si trattasse di garantire la moralità e il concetto di oscenità secondo il comune sentire della maggioranza. Molti anni dopo rispetto alla depennazione dell’omosessualità dalla lista delle malattie mentali, avvenuta solo nel 1990 da parte dell’Organizzazione Mondiale della Sanità, i rapporti omoerotici erano dunque ancora considerati osceni a Taiwan.

Un cambiamento rilevante avvenne, tuttavia, nel giugno 2004 quando Taiwan emanò la prima azione positiva rivolta alle persone LGBT nel settore dell’istruzione<sup>12</sup>.

Tale atto politico, come spesso purtroppo accade in questi casi, fu il frutto di un tragico evento accaduto nel 2000. Un giovane studente (Yeh) venne infatti scoperto in una pozza di sangue nel bagno della scuola e il giorno seguente morì. Questa fatto turbò profondamente la società. Dopo un’ispezione disposta dal Ministro dell’Istruzione si scoprì che la causa del suicidio del giovane era stata proprio il bullismo fondato sulla discriminazione di genere. In particolare, Yeh veniva preso di mira per il suo aspetto e i suoi atteggiamenti considerati femminili. Ad aggravare il fatto concorrevano la consapevolezza da parte degli insegnanti e dei compagni di scuola degli atti di bullismo compiuti verso Yeh, rispetto ai quali venne mantenuto un atteggiamento di totale indifferenza<sup>13</sup>.

Da tale tragedia si decise allora di dar vita nel 2004 alla Legge sull’educazione alla parità di genere, con l’obiettivo di promuovere nelle scuole non solo la parità tra i sessi, ma anche l’eguaglianza delle persone che presentano differenze di genere in relazione alle loro caratteristiche, comportamenti, identità e orientamento sessuale.

In particolare, secondo alla luce di tale normativa ogni scuola ha l’obbligo di assicurare un ambiente sicuro e inclusivo per tutti e tutte a prescindere dal genere, dall’identità di genere e dall’orientamento sessuale. La legge inoltre stabilisce che una scuola non deve discriminare un potenziale studente nel corso delle procedure di selezione per via del suo genere, comportamento di genere, identità di genere o orientamento sessuale. Il divieto di discriminazione si applica anche a tutte le attività svolte nell’ambito del percorso di istruzione, nonché alle valutazioni, ai premi e alle sanzioni, ai benefici e ai servizi forniti agli studenti.

Nel 2011, la definizione giuridica di “educazione alla parità di genere” è stata rivista e sostituita con la locuzione educazione alla “diversità di genere” in modo da includere il più ampio e certamente complesso ventaglio delle discriminazioni legate al genere, al comportamento di genere, all’identità di genere e all’orientamento sessuale.

Nello stesso anno è stato introdotto nell’ordinamento giuridico il termine “bullismo sessuale”, volendosi così stigmatizzare quei comportamenti che ridicolizzano, attaccano o minacciano un’altra persona, quando motivati dalle caratteristiche di genere, dal comportamento di genere, dall’orientamento

11 H. Kuan, *LGBT Rights in Taiwan – The Interaction Between Movements and the Law*, in J. Cohen, W. Alford, C. Lo (a cura di), *Taiwan and International Human Rights. Economics, Law, and Institutions in Asia Pacific*, Springer, Singapore, 2019, pp. 593-607.

12 Sulla legislazione antidiscriminatoria nel settore dell’istruzione e del lavoro si veda sempre: H. Kuan, *LGBT Rights in Taiwan – The Interaction Between Movements and the Law*, cit.

13 E. Chang, *Taipei Watcher: Gone but not forgotten*, in *Taipei Times*, 31.1.2016.

sessuale o dall'identità di genere della vittima, se attuate con modalità violente di tipo verbale, fisico o in qualunque modo aggressive.

Il Regolamento di attuazione delle norme contenute nella Legge sull'educazione alla parità di genere, emanato nel giugno 2006, ha poi richiesto alle scuole di prevedere uno specifico *curriculum* dedicato alla parità di genere, che offra agli studenti corsi di educazione sentimentale, educazione sessuale, educazione gay e lesbica per aumentare la consapevolezza della parità di genere tra le giovani generazioni<sup>14</sup>.

Per quanto invece riguarda il mondo del lavoro, il 4 settembre del 2000 il Presidente della Repubblica della Cina (Taiwan), Chen Shui-bian ha incontrato attivisti e rappresentanti delle associazioni LGBT, momento storico nel quale questi ultimi hanno potuto rappresentare le loro richieste di sicurezza, rispetto dei diritti umani, diritto all'istruzione e parità nel diritto al lavoro.

Il percorso verso una normativa *ad hoc*, tuttavia, ha richiesto lungo tempo e grande impegno da parte del movimento LGBT a Taiwan. Sebbene, infatti, nell'ordinamento taiwanese dal 2001 esistesse una legge con la quale si stigmatizzavano le discriminazioni di genere sul posto di lavoro, la stessa tuttavia si limitava al parametro del sesso, così escludendo orientamento sessuale e identità di genere.

Un primo timido segno di cambiamento si ebbe solo nel 2003 quando il Dipartimento del Lavoro presso la capitale Taipei riconobbe che la cessazione del rapporto di lavoro motivata dall'orientamento sessuale del dipendente costituisce una discriminazione di genere vietata dalla legge<sup>15</sup>.

Successivamente nel 2007 la legge sulla parità di genere venne revisionata, aggiungendo "orientamento sessuale" e "identità di genere" tra i fattori che possono dar luogo a discriminazione nell'ambito del lavoro.

In questo modo è stato possibile vietare le discriminazioni sul luogo di lavoro, tanto per i candidati quanto per i dipendenti, se motivate dal genere, dall'orientamento sessuale o dall'identità di genere della vittima in tutte le fasi del rapporto: reclutamento, assunzione, assegnazione, promozione, stipendio, licenziamento.

Quanto invece al riconoscimento giuridico delle famiglie omogenitoriali vi sono stati diversi tentativi falliti da parte del Legislatore taiwanese per costruire un quadro normativo che potesse disciplinare il rapporto affettivo esistente tra coppie dello stesso sesso. Anche in questo caso le associazioni LGBT hanno giocato un ruolo cruciale. Nel 2009 in particolare si ricorda l'istituzione dell'Alleanza Taiwanese per la Promozione delle Unioni Civili (*Taiwan Alliance to Promote Civil Partnership Rights*).

Un primo tentativo di proposta di legge elaborata dall'Alleanza conteneva tre parti. La prima parte era intesa al riconoscimento del matrimonio egualitario per le coppie *same-sex*, attraverso l'estensione della disciplina prevista per le coppie eterosessuali a quelle omosessuali. La seconda parte era invece volta a creare una nuova regolamentazione del rapporto di coppia, diversa dal matrimonio, con l'aggiunta di un capitolo *ad hoc* nel Codice civile: l'unione civile. La terza parte avrebbe introdotto nell'ordinamento il riconoscimento delle famiglie composte da più di due persone<sup>16</sup>.

14 A.L. Sinacore, S-C. Chao, J. Ho, *Gender Equity Education Act in Taiwan: influences on the school community*, in *International Journal for Educational and Vocational Guidance*, 19, 2019, pp. 293-312; C.L. Yang, *Challenges to LGBTI Inclusive Education and Queer Activism in Taiwan*, in D.A. Francis, J.I. Kjaran, J. Lehtonen (a cura di), *Queer Social Movements and Outreach Work in Schools: A Global Perspective*, Palgrave Macmillan, Switzerland, 2020, pp. 65-92.

15 J.H. Huang, *For the first time the Taipei city sex equality committee fined the employer for discrimination against gay*, CAN News, 27 November 2003.

16 V.H-W. Hsu, *Colors of Rainbow, Shades of Family: The Road to Marriage Equality and Democratization of Intimacy in Taiwan*, in *Georgetown Journal of International Affairs*, 16(2), 2015, pp. 154-164.

Nel 2013 giunse allo Yuan Legislativo solo la prima parte del disegno di legge, non avendo le altre due raccolto il numero di firme sufficiente per poter essere presentate in parlamento.

A fronte di tali tentativi volti a riconoscere i diritti LGBT e riformare il diritto di famiglia, si andò progressivamente sviluppando un vero e proprio contro-movimento, che si opponeva fermamente, con mobilitazioni di piazza, al riconoscimento del matrimonio omosessuale. La tensione venutasi a creare nel Paese indusse così tutte le forze politiche, tanto quelle di governo quanto quelle di opposizione, a ritirare dall'agenda politica il tema del matrimonio egualitario per le coppie *same-sex*.

Divenuto ormai chiaro all'Alleanza che la classe politica non si sarebbe mai assunta la responsabilità di dar vita ad un tale cambiamento nella società taiwanese, gli sforzi vennero allora reindirizzati verso la giustizia costituzionale.

Potendo accedersi alla Corte costituzionale solo previo esaurimento dei rimedi giurisdizionali, venivano strategicamente avviati una serie di casi pilota per sfidare le disposizioni del Codice civile sulla famiglia.

Solo uno di questi casi, consistenti nel tentativo di registrare presso l'anagrafe dello stato civile l'unione di una coppia omosessuale, vedeva nel 2014 concluso il proprio iter processuale dinnanzi alla suprema magistratura amministrativa, che negava il riconoscimento dell'unione legale tra due uomini.

Nel 2015, quindi, la Corte costituzionale adita dai difensori della coppia accettava di esaminare la questione.

Contestualmente, il Partito Democratico Progressista vinceva le elezioni e il deputato Mei-Nu Yu presentava un nuovo disegno di legge volto ad affermare il matrimonio egualitario, con l'estensione della disciplina prevista per le coppie eterosessuali del Codice civile a quelle omosessuali.

Sempre a partire dal 2015, le autonomie locali hanno iniziato a consentire la registrazione delle unioni affettive tra persone dello stesso sesso nei registri dello stato civile, così consentendo a queste ultime di beneficiare di alcuni diritti riservati ai familiari, quali ad esempio il congedo dal lavoro per il partner malato. Si trattava in ogni caso di riconoscimenti più formali che sostanziali, posto che la potestà legislativa in materia di diritto di famiglia e stato civile è riservata allo stato.

La marcia per il riconoscimento delle unioni civili conobbe una scossa decisiva a fronte di un fatto di cronaca che colpì molto l'opinione pubblica. Nell'ottobre del 2016 il suicidio del professor *Jacques Picoux*, dettato dall'impossibilità di sposare il proprio compagno di vita prima della morte causata dalla malattia, nonché di curarne la sepoltura e gestirne i beni, generò un sentimento di forte empatia nella popolazione rispetto al dolore causato da questa triste vicenda<sup>17</sup>.

Tre diversi disegni di legge per la disciplina delle unioni civili vennero dunque depositati in parlamento con la speranza che almeno uno potesse essere approvato, dopo che, anche poco prima delle elezioni del 2016, la Presidente della Repubblica Tsai Ing-Wen, poi rieletta, aveva esternato il proprio sostegno all'approvazione del matrimonio egualitario per le coppie dello stesso sesso<sup>18</sup>.

Tuttavia, così come era cresciuto il consenso per l'eguaglianza sostanziale delle coppie dello stesso sesso, così si era radicalizzata l'opposizione a tale cambiamento, soprattutto nelle aree rurali e meridionali di Taiwan, dove la legalizzazione dei rapporti *same-sex* veniva percepita come una minaccia al sistema valoriale tradizionale.

Dopo circa 2 mesi dalle elezioni politiche, la Corte costituzionale, che nel sistema taiwanese dispone della massima autonomia nella fissazione della data di trattazione delle questioni sollevate, an-

<sup>17</sup> N. Smith, *Professor's death could see Taiwan become first Asian country to allow same-sex marriage*, in *The Guardian*, 28 October 2016; M. Bearak, *Taiwan is on the verge of becoming the first Asian country with marriage equality*, in *The Washington Post*, 31 October 2016.

<sup>18</sup> D. Mala, *Tsai's leadership makes its mark in Taiwan*, in *Bangkok Post*, 1 March 2021.

nunciò che la causa sul matrimonio egualitario sarebbe stata discussa il 24 marzo 2017. A tal riguardo, peraltro, la comunità LGBT vantava grandi aspettative rispetto all'intervento della Corte, posto che cinque dei sette giudici da poco riconfermati, nel corso del procedimento di nomina avevano espresso posizioni favorevoli rispetto al riconoscimento dei diritti LGBT.

Il processo svoltosi dinnanzi alla Corte presenta particolari spunti di interesse scientifico, tanto dal punto di vista sostanziale in merito alla natura delle questioni trattate, quanto da quello processuale, posto che, oltre alla testimonianza di sei giuristi ascoltati in qualità di esperti, il Giudice delle Leggi taiwanese ha per la prima volta aperto le proprie porte all'acquisizione di informazioni informali da parte di gruppi di interesse attraverso l'istituto dell'*amicus curiae*.

Il 24 maggio 2017, la Corte costituzionale ha sancito l'incostituzionalità dell'omissione del Legislatore taiwanese nella misura in cui la legislazione vigente non consente alle coppie dello stesso sesso di sposarsi. In particolare, viene censurato il combinato disposto delle norme di cui al Capitolo 2, Parte IV del Codice civile che regolano l'istituto matrimoniale. Le stesse invero nell'impedire a due persone dello stesso sesso di dar vita ad *un'unione permanente di natura intima ed esclusiva con lo scopo di creare una vita insieme* si pongono in contrasto con la libertà di contrarre matrimonio sancita all'articolo 22 della Costituzione e al principio di eguaglianza previsto all'articolo 7 della Costituzione.

Nell'affermare l'incostituzionalità dell'omissione del Legislatore taiwanese, i Guardiani della Costituzione, seguendo lo schema dell'incostituzionalità differita, hanno ammonito il parlamento affinché nel termine massimo di due anni provvedesse a delineare legislativamente un quadro giuridico che consentisse alle coppie omosessuali di godere dei medesimi diritti che derivano dal matrimonio, anche attraverso la previsione di un diverso istituto<sup>19</sup>.

La Corte in particolare ha stabilito che due persone dello stesso sesso che intendano creare un'unione civile debbono recarsi dinnanzi all'autorità responsabile per il registro dello stato civile, presentando un atto scritto e firmato da due o più testimoni attestante la volontà di contrarre tale vincolo.

La pronuncia della Corte costituzionale non tocca altri aspetti delicati e forse ancora più controversi del diritto di famiglia quali l'adozione, la gestazione per altri, il riconoscimento del figlio del partner. D'altra parte, tali questioni non erano state sollevate davanti al Giudice delle Leggi, che ha dunque correttamente preferito lasciarne la disciplina al Legislatore. Come condivisibilmente osservato in dottrina, dunque, i giudici costituzionali, attraverso l'interpretazione adottata sono riusciti a trovare un giusto equilibrio tra il politico e il giurisdizionale<sup>20</sup>.

Il legislatore taiwanese, a sua volta, si è dimostrato ligio nella leale cooperazione con la Corte e ha provveduto a disciplinare in tempo l'istituto delle unioni civili, approvando il relativo disegno di legge il 20 febbraio 2019. La legge (*Judicial Yuan Interpretation No. 748 Enforcement Act*) è dunque intervenuta a regolare l'unione tra due persone dello stesso sesso, con ampi richiami alla disciplina del

<sup>19</sup> Judicial Yuan Interpretation No. 748, 24 May 2017, ivi disponibile <https://cons.judicial.gov.tw/jcc/en-us/jep03/show?expno=748>. Per un commento in dottrina con un'approfondita analisi in prospettiva storica anche del contesto socio-culturale in cui tale pronuncia è intervenuta si veda: M-S. Kuo, H-W. Chen, *The Brown moment in Taiwan: Making sense of the Taiwanese same-sex marriage case in a comparative light*, in *Columbia Journal of Asian Law*, 31(1), 2017, pp. 72-149; M.B. Kao, *The Struggle for Marriage Equality and the Need to Focus on Transgender Rights in Taiwan*, in *International Comparative, Policy & Ethics Law Review*, 3(1), 2019, pp. 207-240; D.K.C. Huang, *The Court and the Legislation of Same-Sex Marriage: A Critical Analysis of the Judicial Yuan Interpretation No. 748 (2017)*, in *University of Pennsylvania Asian Law Review*, 14(1), 2019, pp. 63-95; C-J. Chen, *A Same-sex Marriage that is Not the Same: Taiwan's Legal Recognition of Same-sex Unions and Affirmation of Marriage Normativity*, in *Australian Journal of Asian Law*, 20(1), 2019, pp. 59-68; D.T. Chang, *Legalisation of Same-Sex Marriage in Contemporary Taiwan*, in *International Journal of Taiwan Studies*, 3(2), 2020, pp. 268-291.

<sup>20</sup> H. Kuan, *LGBT Rights in Taiwan – The Interaction Between Movements and the Law*, cit., p. 602.

matrimonio delineata dal Codice civile. A tal proposito è prevista anche la fedeltà coniugale ed è ammessa l'adozione del figlio del partner (c.d. *stepchild adoption*), ma non l'adozione di un minore estraneo alla coppia<sup>21</sup>.

Per quanto riguarda invece il diritto all'identità di genere, risale al 1988 la direttiva del Ministero dell'Interno con la quale si autorizzava il cambio di genere di una persona in transizione nell'ordinamento di Taiwan. A tal fine era richiesta una diagnosi medica di transessualità primaria, firmata da due psicologi, e una prova medica del completamento dell'operazione chirurgica di riassegnazione del sesso del richiedente avvenuta tramite rimozione degli organi sessuali cc.dd. primari (seni, utero e ovaie per le persone FtM<sup>22</sup>, pene e testicoli per i soggetti MtF<sup>23</sup>).

L'attivismo politico dei gruppi transgender, quali il *Taiwan Transgender Butterfly Garden*, ha giocato un ruolo fondamentale nel percorso politico che ha portato alla regolamentazione della procedura di riassegnazione del sesso. Dopo tale prima importante vittoria il passo successivo è stato quello di consentire il cambiamento di sesso a prescindere dall'asportazione chirurgica degli organi genitali, trattandosi di un intervento medico che incide profondamente sulla salute e sull'integrità psico-fisica di una persona, oltre ad essere particolarmente costoso.

A tal riguardo nel dicembre 2013, dopo che l'*American Psychiatric Association* ha depatologizzato la transessualità, il gruppo *Intersex, Transgender and Transsexual People Care Association* è riuscito a convenire con il Ministero della Salute, riconoscendolo in un documento pubblico, che: "L'identità di genere è un diritto umano fondamentale e che non è necessario a tal fine forzare o richiedere l'esportazione degli organi riproduttivi".

Ulteriore tappa importante nel riconoscimento dei diritti delle persone transessuali a Taiwan si è svolta nel 2014 quando, in occasione del processo di revisione del rapporto nazionale della Convenzione sull'Eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne (CEDAW), le associazioni transgender hanno presentato una relazione ombra, con la quale le stesse hanno denunciato come fortemente oppressivo un sistema che impone operazioni chirurgiche molto invasive per veder riconosciuto dall'ordinamento il cambiamento del proprio sesso biologico.

Il Ministero dell'Interno nel 2015 ha dunque intrapreso un percorso volto a regolare la procedura di cambiamento di sesso tramite il depotenziamento del requisito dell'obbligatorietà dell'operazione chirurgica di asportazione dei caratteri sessuali primari. L'iniziativa, tuttavia, è naufragata dopo che diverse associazioni conservatrici sono insorte, creando tensioni nel Paese.

A ben vedere, tuttavia, il quadro normativo esistente per il cambiamento di sesso non poggia su una base legislativa ma si fonda esclusivamente su atti amministrativi spesso non vincolanti per la stessa amministrazione, perché appunto linee guida. Ciò di fatto comporta che le persone transessuali devono spesso fare affidamento sulla "bontà" dei singoli dipendenti pubblici per ottenere una decisione favorevole, dovendo in molti casi ricorrere ad un'intensa esposizione mediatica per fare pressione sui dirigenti responsabili<sup>24</sup>.

21 *Judicial Yuan Interpretation No. 748 Enforcement Act*, ivi disponibile <https://law.moj.gov.tw/ENG/LawClass/LawAll.aspx?pcode=B0000008>.

22 Persone in transizione dal genere femminile a quello maschile (*Female to Male*).

23 Persone in transizione dal genere maschile a quello femminile (*Male to Female*).

24 Per una ricostruzione della condizione giuridica delle persone transessuali a Taiwan ed in particolare del caso del matrimonio transessuale della coppia Wu-Wu si veda in particolare: Y-C. Chen, *Gender Identity, National Identity and the Right to Self-Determination: The Peculiar Case of Taiwan*, in I.C. Jaramillo, L. Carlson (a cura di), *Trans Rights and Wrongs*, Springer Nature, Switzerland, 2021, pp. 133-148. Per ulteriori commenti in dottrina sulla condizione delle persone transessuali a Taiwan si vedano altresì: M.B. Kao, *The Struggle for Marriage Equality and the Need to Focus on Transgender Rights in Taiwan*, in *International Comparative, Policy & Ethics Law Review*, 3(1), 2019, pp. 207-240.

Al pari di molti Paesi occidentali, tuttavia, anche Taiwan negli ultimi anni ha assistito ad un arresto nel processo di riconoscimento ed espansione dei diritti fondamentali dell'individuo. A partire dal 2011, infatti, è andata sempre più prendendo piede la *True Love Coalition*, un'organizzazione anti-LGBT che ha lanciato una campagna di massa volta ad escludere dai programmi scolastici attività educative di promozione della diversità di orientamento sessuale e di identità di genere. La *True Love Coalition* per poter far presa sulla popolazione ha largamente abusato di *fake news* diffamatorie e fuorvianti che hanno fortemente inquinato il dibattito pubblico in relazione ai diritti delle persone LGBT.

Nel 2018 sono stati promossi anche una serie di referendum propositivi, che peraltro sono stati approvati dall'elettorato taiwanese, con i quali si è chiesto al Legislatore di rimuovere l'educazione ai temi LGBT dalle scuole e di non estendere la disciplina sul matrimonio alle unioni *same-sex*, da qui l'esigenza di prevedere una disciplina *ad hoc* per le stesse<sup>25</sup>.

#### 4. Il Giappone nella morsa della tradizione

Al pari di alcune civiltà antiche sorte sul Mediterraneo e in Medioriente, anche la società giapponese ha conosciuto periodi storici, ed in particolare l'Era *Edo* (1603-1868)<sup>26</sup>, in cui il rapporto omoerotico era concepito come strumento pedagogico attraverso il quale educare le nuove generazioni maschili<sup>27</sup>. Nella relazione tra uomo adulto e ragazzo giovane si tramandavano, infatti, i valori di una cultura fondata sui sentimenti di onore e vergogna (c.d. *shame culture*), secondo la famosa sistematizzazione operata da *Ruth Benedict*<sup>28</sup>.

A partire dall'epoca *Meiji* (1868-1912), tuttavia, la corsa verso la modernità intrapresa da un Giappone fortemente incentrato sullo sviluppo economico e sull'espansione militare determinò una rapida "occidentalizzazione" delle tradizioni e dei costumi nipponici, così come voluto dalla classe politica del tempo, che vedeva nelle potenze colonizzatrici occidentali un modello di società da imitare.

La creazione di forze armate organizzate poste al servizio dell'Impero, ad esempio, contribuì ad importare in Giappone l'idea di soldato che risponde allo stereotipo dell'uomo forte, coraggioso, impassibile ai sentimenti.

In tale contesto, a fronte di un trapianto netto della legislazione adottata dagli ordinamenti giuridici occidentali, il Giappone introdusse nel 1873, per la prima ed unica volta nella storia della propria legislazione, una disposizione, l'articolo 266 del Codice penale, volta a criminalizzare (*keikan*) la sodomia<sup>29</sup>.

Ciò avveniva in una società in cui, seppur fosse ormai tramontata la funzione paideutica del rap-

25 T.S. Rich, A. Dahmer, I. Eliassen, *Explaining Support for Same-Sex Marriage: Evidence from Taiwan*, in *International Journal of Taiwan Studies*, 2(2), 2019, pp. 321-340.

26 Per una ricostruzione sintetica in chiave storica della rilevanza sociale e giuridica dei rapporti tra persone dello stesso sesso in Giappone si rimanda a: Y. Arai, *Is Japan Ready to Legalize Same-Sex Marriage?*, in *Asian-Pacific Law & Policy Journal*, 16(1), 2014, pp. 122-155; F.K. Upham, *Same-Sex Marriage in Japan: Prospects for Change*, in *Asian Journal of Comparative Law*, 15(2), 2020, pp. 195-224.

27 Cfr. G.P. Leupp, *Male colors: The construction of homosexuality in Tokugawa Japan*, University of California Press, Berkeley, 1997; M. McLelland, K. Suganuma, *Sexual minorities and human rights in Japan: An historical perspective*, in *The International Journal of Human Rights*, 13, 2009, pp. 329-343.

28 R. Benedict, *Patterns of culture*, Houghton Mifflin, Boston-New York, 1934.

29 T. Tamaki, *National report: Japan*, in *Journal of Gender, Social Policy & the Law*, 19(1), 2011, pp. 251-264.

porto omosessuale, nessuno stigma religioso o culturale veniva spontaneamente attribuito dalla popolazione nipponica alle relazioni tra persone dello stesso sesso. L'innesto della disposizione che puniva gli atti sessuali tra soggetti del medesimo sesso non risultò così fruttuoso e pochi anni dopo, nel 1881, la norma venne definitivamente abrogata dall'ordinamento, in quanto di fatto disapplicata.

L'ordinamento giapponese, dunque, si andò caratterizzando nel panorama internazionale per l'atteggiamento di totale disinteresse delle istituzioni pubbliche rispetto al tema della sessualità. La separazione tra etica pubblica e sessualità, affermatasi alla luce della convinzione largamente condivisa nella società che quest'ultima riguardasse una sfera profondamente intima dell'individuo, rispetto alla quale lo Stato non deve intromettersi, non deve però far credere che il trattamento riservato alle persone LGBT nel Paese del Sol Levante fosse minimamente equiparabile a quello di cui godevano le coppie eterosessuali.

Con la fine della Seconda Guerra mondiale, inoltre, su una tradizione millenaria di tipo patriarcale, quale quella giapponese, venne ad innestarsi la cultura statunitense di quegli anni, fortemente maschilista e basata su una rigorosa separazione dei ruoli di genere specialmente nel *menage* familiare.

Venendo infine ai giorni nostri, se è vero che il legislatore giapponese non si è mai occupato, né in positivo né in negativo, di disciplinare giuridicamente le relazioni tra persone dello stesso sesso, ciò di per sé non ha significato il rispetto dei diritti fondamentali delle minoranze LGBT nel Paese.

In un ordinamento giuridico in cui la tradizione costituisce uno dei capisaldi del sistema sociale, l'affermazione dell'idea che la famiglia eterosessuale costituisce la struttura portante della nazione, in quanto nucleo essenziale in grado di generare nuova vita, da una parte, e l'emarginazione delle persone LGBT, relegate nello spazio pubblico al solo settore dell'intrattenimento in quanto incapaci di contribuire allo sviluppo del Paese, dall'altra, costituiscono fattori ostativi al riconoscimento dei diritti delle minoranze SOGI in Giappone<sup>30</sup>.

La "diversità", infatti, è ancora percepita nella società nipponica come una manifestazione patologica che non può in alcun modo essere istituzionalizzata, pena l'autodistruzione della comunità stessa.

Nonostante i molteplici moniti provenienti dalla comunità internazionale per il riconoscimento dei diritti fondamentali delle persone LGBT, la difesa della famiglia tradizionale (*ie seido*) da parte delle classi dirigenti giapponesi e in particolare della continuità dell'asse familiare, che a sua volta si lega al culto della venerazione delle anime degli antenati, continua a determinare un atteggiamento di indifferenza da parte dei poteri pubblici verso il riconoscimento delle nuove formazioni sociali, nonché nella lotta contro l'omotransfobia.

La coltre di silenzio e di indifferenza che in Giappone avvolge tanto il discorso pubblico quanto il dibattito parlamentare in relazione alle tematiche LGBT ha indotto a tal riguardo la dottrina a parlare di un vero e proprio "modello di omofobia giapponese"<sup>31</sup>. Il disinteresse della società rispetto ai diritti delle minoranze sessuali, lungi dal significare un approccio neutrale alla tutela della dignità e delle libertà delle persone LGBT, non fa altro che rafforzare e consolidare gli stereotipi presenti nella comuni-

30 Sul ruolo della famiglia tradizionale in Giappone e i principali fattori socio-culturali che motivano l'atteggiamento fortemente conservatore nipponico Cfr. K. Sechiyama, *Patriarchy in East Asia*, Brill, Leiden, 2013; E. Ochiai, *Leaving the West, re-joining the East? Gender and family in Japan's semi-compressed modernity*, in *International Sociology*, 29, 2014, pp. 209-228; O. Goldstein-Gidoni, "The joy of normal living" as the promise of happiness for Japanese women and their families, in *Asian Studies Review*, 41(2), 2017, pp. 281-298; L. White, *Gender and the koseki in contemporary Japan*, Routledge, London-New York, 2018; O. Goldstein-Gidoni, *The Japanese corporate family: The marital gender contract facing new challenges*, in *Journal of Family Issues*, 40(7), 2019, pp. 835-864.

31 M. Sogabe, *Status of Same-Sex Marriage Legislation in Japan*, in *National Taiwan University Law Review*, 15(1), 2020, p. 7.

tà nipponica<sup>32</sup>.

Con riferimento all'istituto matrimoniale, ad esempio, occorre osservare come quest'ultimo sia considerato in Giappone una delle tappe fondamentali per lo sviluppo della persona. Tale significato simbolico finisce tuttavia per ingenerare un'aspettativa sociale al compimento del grande passo che diventa sempre più opprimente col passare del tempo sia nei confronti del celibe che della famiglia di quest'ultimo. Fare *coming out* in Giappone diviene quindi un'operazione molto dolorosa stante l'impossibilità di contrarre matrimonio e l'incapacità di generare prole, che contribuisca alla crescita e allo sviluppo del Paese<sup>33</sup>.

Per quanto riguarda il dettato costituzionale sono diverse le disposizioni che vengono in rilievo in relazione al matrimonio egualitario e la dottrina risulta molto frammentata sul punto.

La norma di riferimento è certamente l'articolo 24 della Costituzione del 1947, dedicato proprio al matrimonio<sup>34</sup>. Il riferimento esplicito a termini quali "ambo i sessi" o "marito e moglie" ha dato adito a molteplici dubbi. Si sono invero distinti principalmente tre orientamenti interpretativi<sup>35</sup>.

Una prima corrente di pensiero ritiene che il dato normativo sia di per sé *tranchant* nell'esplicitare il requisito della differenza di sesso dei soggetti ai fini della costituzione del rapporto matrimoniale. La chiarezza con cui la Costituzione richiede l'eterosessualità dei nubendi sarebbe dunque interpretativamente insuperabile e l'introduzione del matrimonio egualitario, in quanto incompatibile con la lettera della norma, necessiterebbe una modifica costituzionale.

Un secondo orientamento, invece, ritiene che le espressioni adottate dai costituenti debbano essere contestualizzate storicamente. Il senso della previsione costituzionale, al tempo, fu quello di superare la pratica dei matrimoni imposti e della soggezione assoluta della moglie al marito. Da qui la necessità di sottolineare la centralità del consenso e dell'eguaglianza dei coniugi nella Carta fondamentale del Giappone del dopoguerra. L'articolo 24 pertanto non osterebbe all'adozione di una disciplina volta a regolamentare le relazioni tra persone dello stesso sesso.

Una terza linea interpretativa ancora afferma che l'articolo 24 non può essere astratto da una lettura sistematica dei principi fondamentali della Costituzione nipponica che all'articolo 14 prevede il principio di non discriminazione e all'articolo 13 tutela la dignità umana di tutti gli individui e riconosce il diritto alla ricerca della felicità. Dal combinato disposto dei tre articoli della Costituzione sopra menzionati deriverebbe un vero e proprio dovere del Legislatore nipponico a riconoscere le relazioni tra persone dello stesso sesso.

A tal proposito, il velo d'ignoranza sulla conformità costituzionale dell'attuale legislazione giapponese in materia di famiglia è stato recentemente e del tutto inaspettatamente squarciato da una pronuncia della Corte distrettuale della Prefettura di Sapporo. Per quanto provvisoria, trattandosi di una

32 Sul significato e i risvolti sociali di questa indifferenza da parte delle istituzioni pubbliche giapponesi verso le minoranze SOGI si veda: S.P.F. Dale, *Same-sex marriage and the question of queerness – Institutional performativity and marriage in Japan*, in *Asian Anthropology*, 19(2), 2020, pp. 143–159; T. Kazama, *Conditional inclusion: Sexual minorities, tolerance, and nationalism*, in *International Journal of Japanese Sociology*, 29, 2020, pp. 39–51.

33 M. Tamagawa, *Coming out of the closet in Japan: An exploratory sociological study*, in *Journal of GLBT Family Studies*, 14(5), 2018, pp. 488–518; K. Motoyama, *“Coming out” as a family with an LGBT member in Japan: Normalizing strategies and negotiating with social norms*, in *Contemporary Japan*, 31(2), 2019, pp. 159–179.

34 Article 24. Marriage shall be based only on the mutual consent of both sexes and it shall be maintained through mutual cooperation with the equal rights of husband and wife as a basis. c) With regard to choice of spouse, property rights, inheritance, choice of domicile, divorce and other matters pertaining to marriage and the family, laws shall be enacted from the standpoint of individual dignity and the essential equality of the sexes.

35 Per una ricostruzione più approfondita dei diversi orientamenti interpretativi che si sono sviluppati in relazione all'art. 24 si faccia riferimento ancora a: M. Sogabe, *Status of Same-Sex Marriage Legislation in Japan*, cit.

pronuncia di primo grado, la svolta proviene infatti da un potere dello Stato, la magistratura, che è noto per la sua storica deferenza verso il legislatore, al punto che in dottrina si è giunti a bollare il sistema di giustizia costituzionale nipponico, che è diffuso similmente a quello statunitense, come “fallito”<sup>36</sup>.

La giurisprudenza in particolare ha censurato, per violazione del principio di non discriminazione (articolo 14 della Costituzione), l’omissione del Legislatore nipponico consistente nella mancata previsione di diritti e tutele giuridiche per le coppie omosessuali equivalenti a quelli derivanti dal matrimonio eterosessuale<sup>37</sup>.

Alla luce dei principi fondamentali affermati nella Carta costituzionale giapponese, la decisione delinea lo *standard minimo* delle garanzie di cui debbono poter beneficiare le coppie *same-sex*, allo stesso tempo correttamente non prevaricando le competenze della Dieta, il parlamento bicamerale nipponico, la quale rimane libera di adottare l’istituto giuridico che ritiene politicamente più opportuno per tutelare le relazioni omosessuali.

Il monito lanciato dalla Corte di Sapporo, tuttavia, in attesa delle pronunce di altre Corti distrettuali presso le quali sono stati sollevati casi pilota identici, rischia tuttavia di rimanere inascoltato a fronte dell’atteggiamento fortemente conservatore che contraddistingue la società giapponese.

Solo recentemente tre partiti politici di opposizione – il Partito del Governo Pulito (*New Kōmeitō*), il Partito Comunista Giapponese e il Partito Social Democratico – hanno inserito il riconoscimento dei diritti delle coppie *same-sex* nei loro manifesti politici ma non nell’agenda parlamentare.

Lo svolgimento delle Olimpiadi a Tokyo nel 2021 è stata una grande occasione per richiamare l’attenzione della comunità internazionale sulla condizione delle persone LGBT in Giappone, cercando in tal modo di far pressione sul Governo e sulla classe dirigente nipponica. Ciononostante, la campagna per l’approvazione di una legge contro le discriminazioni fondate su orientamento sessuale e identità di genere, promossa dai gruppi LGBT locali e sostenuta da associazioni internazionali per i diritti umani, quali *Human Rights Watch* e *AllOut*, nonché da imprese multinazionali del calibro di *CocaCola* e *Deloitte*, non è riuscita ad ottenere il risultato sperato<sup>38</sup>.

Il Partito Liberal Democratico, che è al governo del Paese e detiene la maggioranza parlamentare, non ha di fatto inteso dar alcun seguito alle richieste per l’approvazione di un *Equality Act*, che rendesse il Giappone al passo con la legislazione occidentale in materia.

Al momento l’unica forma di tutela per le coppie *same-sex* in Giappone è rappresentata dai “certificati di partnership”, emessi da Comuni e Prefetture a partire dal 2015. Si tratta più che altro di atti simbolici volti a offrire sostegno istituzionale alle persone LGBT poiché di fatto le autonomie locali in Giappone non hanno competenze legislative, né in relazione al diritto di famiglia, né per quanto riguarda l’anagrafe dello stato civile. Non esistono procedure o requisiti uniformi per l’emanazione di questi certificati i quali però rappresentano, limitatamente all’ambito territoriale di emissione, una “prova” scritta del rapporto affettivo sussistente tra i soggetti della coppia, a fronte della quale possono conseguire alcuni benefici, rimessi alla discrezionalità delle stesse autorità che li riconoscono (es. visita in ospedale, accesso congiunto ad un’abitazione comunale/della Prefettura, possibilità di andare a prendere a scuola il figlio del partner, ecc.). Ad oggi ben 50 Comuni e almeno due Prefetture hanno adottato tali certificazioni e il numero sembra destinato a crescere<sup>39</sup>.

36 D.S. Law, *Why Has Judicial Review Failed in Japan?*, in *Washington University Law Review*, 88(6), 2011, pp. 1425-1466.

37 E. Lies, R. Maruyama, *In landmark ruling, Japan court says it is ‘unconstitutional’ to bar same-sex marriage*, Reuters, 17 March 2021. Per un primo commento mi sia consentito il rimando a: G. Giorgini Pignatiello, *Same-sex marriage e omissioni legislative al cospetto della giustizia costituzionale in Giappone*, in *Articolo29.it*, 25.3.2021.

38 Per maggiori dettagli si veda il relativo sito web <https://www.hrw.org/EqualityActJapan>.

39 Y. Takao, *The politics of LGBT policy adoption: Shibuya Ward’s same-sex partnership certificates in the Japanese context*, in *Pacific*

Per quanto invece riguarda le persone transessuali, la Dieta giapponese nel 2003 ha approvato la Legge sul Disturbo dell'Identità di Genere<sup>40</sup>, che per la prima volta nella storia dell'ordinamento nipponico disciplina dal punto di vista giuridico il procedimento per il cambio di sesso. Tra gli elementi più rilevanti della normativa si sottolinea anzitutto la definizione di persona affetta da disturbo dell'identità di genere, la quale deve presentare quattro caratteristiche: (a) avere un sesso biologico definito, (b) avere la persistente convinzione di appartenere psicologicamente al sesso opposto, (c) avere la volontà di conformarsi fisicamente e socialmente al sesso opposto, e (d) possedere la certificazione di almeno due medici che attestano la sussistenza del disturbo dell'identità di genere.

Per poter effettuare la rettificazione anagrafica del sesso biologico il soggetto deve: (1) avere più di vent'anni, (2) essere celibe nel momento in cui desidera cambiare giuridicamente il proprio sesso, (3) non avere figli, (4) essere privo degli organi riproduttivi o della capacità riproduttiva originari, e (5) avere organi genitali esteriormente simili a quelli propri del sesso a cui il richiedente desidera essere assegnato.

Successivamente nel 2008, la Dieta ha ritenuto di modificare ai fini del cambiamento anagrafico il requisito del "non avere figli" esigendo dal richiedente il "non avere figli minori", ritenendola una condizione meno rigorosa e più proporzionata nel rapporto tra i beni costituzionali in gioco.

Profondamente criticata in dottrina tale legge<sup>41</sup>, l'elemento indubbiamente più controverso rimane l'obbligatorietà di un intervento chirurgico complesso e radicale quale quello di riassegnazione del sesso biologico, che non solo comporta un notevole sacrificio psicologico e fisico in capo alla persona in transizione ma anche un esborso economico non indifferente, elemento non trascurabile posto che i costi dell'operazione gravano tutti sull'individuo. Il provvedimento di rettificazione del sesso può dunque essere conseguito solo da parte di chi può permettersi di sostenere tali spese mediche, così contribuendo a creare ulteriori discriminazioni sociali.

Forti limiti alle libertà individuali della persona in transizione discendono anche dal divieto di matrimonio e dall'imposizione del divorzio prima dell'operazione, che in un ordinamento che non riconosce giuridicamente il rapporto omosessuale, si spiegano con l'esigenza di evitare che il cambio di sesso di uno dei coniugi crei di fatto una coppia *same-sex* e dal requisito di non aver figli minori, che conferisce allo Stato e non alla famiglia stessa, in accordo con il medico curante, il potere di decidere quando un soggetto può procedere alla transizione di genere. In tal modo, come condivisibilmente osservato, la legge non solo ignora la realtà delle famiglie che hanno componenti transessuali, a prescindere dal loro riconoscimento giuridico, ma si fonda sull'assunto per cui avere genitori transgender è di per sé un fattore negativo<sup>42</sup>.

Recentemente la Corte suprema con una pronuncia del 2019, pur riconoscendo che la legislazione vigente per il cambiamento del sesso biologico è fortemente limitativa dei diritti fondamentali delle persone transessuali, imponendo anzitutto la sterilizzazione degli organi sessuali primari, ha tuttavia ritenuto che la stessa è proporzionata e conforme a Costituzione, poiché il legislatore nel bilanciamento dei beni costituzionali in gioco ha considerato prevalente la tutela dell'ordine pubblico e la certezza

---

*Affairs*, 90(1), 2017, pp. 7–27.

<sup>40</sup> The Act on Special Cases in Handling Gender Status for Persons with Gender Identity Disorder (Act No. 111 of 2003, amended by Act No. 53 of 2011). Per un commento in dottrina si veda: H. Taniguchi, *Japan's 2003 Gender Identity Disorder Act: The Sex Reassignment Surgery, No Marriage, and No Child Requirements as Perpetuations of Gender Norms in Japan*, in *Asian-Pacific Law & Policy Journal*, 14(2), 2013, pp. 108–117.

<sup>41</sup> Per una ricostruzione della dottrina dominante sul punto si veda: H. Taniguchi, *LGBT*, in H. Takeda, M. Williams (a cura di), *Routledge Handbook of Contemporary Japan*, Routledge, London–New York, 2021, p. 371.

<sup>42</sup> H. Taniguchi, *Japan's 2003 Gender Identity Disorder Act: The Sex Reassignment Surgery, No Marriage, and No Child Requirements as Perpetuations of Gender Norms in Japan*, cit., p. 115.

dei rapporti giuridici<sup>43</sup>.

Sebbene discutibile nelle sue argomentazioni, la pronuncia è di tutto rilievo soprattutto per le opinioni concorrenti di due giudici della Corte suprema. I giudici *Onimaru* e *Miura*, infatti, hanno tenuto a precisare che la conformità a Costituzione della normativa sul cambiamento di sesso non è poi così scontata, posto che, in molti casi, le persone per ottenere una pronuncia giudiziaria che consenta loro di essere rappresentate, socialmente e giuridicamente, secondo il genere a cui sentono di appartenere, sono costrette a sottoporsi ad un'operazione chirurgica fortemente invasiva e rischiosa, che incide fortemente sull'integrità del loro corpo. Nel richiamare la giurisprudenza della Corte EDU sviluppatasi sul punto, i giudici dubitano dunque della legittimità, oltre che dell'attualità, di tale legislazione<sup>44</sup>.

A fronte di una giustizia costituzionale accusata di *judicial passiveness*<sup>45</sup>, avendo nell'arco dei suoi 75 anni di attività accertato solamente 10 casi di incostituzionalità, i dubbi messi nero su bianco dai due giudici della Corte suprema evidentemente pesano come macigni e sono indice di una vera esigenza di riforma della legislazione sul cambio di sesso.

Il Giappone, dunque, noto a livello mondiale per aver raggiunto un elevatissimo livello di civiltà, non risulta particolarmente brillante quando si tratta di diritti LGBT. Si tratta invero di un Paese economicamente, tecnologicamente e culturalmente molto avanzato, ma molto rigido nella sua struttura sociale. Consentire "deviazioni" dalla norma getta nel panico una nazione che ha fatto della tradizione la propria forza. Incalzato dalle Corti e dai gruppi di attivisti, il Paese oggi è davvero chiamato a prendere una posizione, non costituendo l'indifferenza una politica neutrale.

## 5. L'Indonesia sull'orlo di una crisi costituzionale

L'Indonesia è stata a lungo considerata un Paese relativamente tollerante, a maggioranza musulmana. Persone omosessuali e transessuali non hanno mai conosciuto particolari forme di persecuzione o cri-

<sup>43</sup> Supreme Court, 2018(ku) No. 269 (23.1.2019), disponibile [https://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=1634](https://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=1634). Si legge in un passaggio particolarmente significativo della pronuncia: "The Provision does not force persons with gender identity disorder in general to undergo the abovementioned surgery but *some persons with gender identity disorder may be compelled to undergo the abovementioned surgery to receive such ruling although he/she may not wish to go so far as undergoing the abovementioned surgery*; it is undeniable that the Provision has an aspect to constrain the freedom of persons to receive no invasion into their bodies against their will. However, the Provision may be construed to be based on considerations *for preventing any social confusion due to issues concerning the parent and child relationship* arising as a result of a child born using the reproductive function of the original gender status of a person who received such ruling, *and avoiding rapid changes* amid the situation where gender status had long been distinguished based on biological gender status" (corsivo mio).

<sup>44</sup> Si legge nell'opinione concorrente dei due giudici: "Accordingly, persons with gender identity disorders, who have not undergone a gender reassignment surgery to remove reproductive glands, have no choice but to undergo the surgery in order to receive a ruling of change in the recognition of gender status in the hope to receive such change pursuant to the Provision, *even if they are unwilling to undergo such surgery*. 2. Removal of the ovaries or testes through a gender reassignment surgery *in itself is an intense invasion to the body; it is accompanied by the danger for life or body* that is common in surgeries in general and produces grave and irreversible consequences of loss of reproductive function" (corsivo mio).

<sup>45</sup> M. Tadano, *The Role of the Judicial Branch in the Protection of Fundamental Rights in Japan*, in Y. Nakanishi (a cura di), *Contemporary Issues in Human Rights Law*, Springer, Singapore, 2018, pp. 73-90. Contraria ad un giudizio così severo sull'operato della Corte: A. Ejima, *Reevaluating the 1973 Judgment of the Supreme Court of Japan as a Landmark Judgment*, in *IACL-AIDC Blog*, 22 December 2020, online.

minalizzazione, essendo anzi certi ruoli transgender radicati nella stessa cultura e tradizione dell'arcipelago<sup>46</sup>.

Dopo la caduta del generale Soeharto nel 1998 e l'instaurazione di uno stato democratico repubblicano, in Indonesia si era presto aperto un ampio spazio di discussione sui diritti umani e sui diritti delle donne<sup>47</sup>. Similmente, anche le persone LGBT avevano potuto incominciare ad organizzarsi in associazioni volte a rivendicare diritti e libertà sessuali nella sfera pubblica<sup>48</sup>. Se è vero che in quegli anni la strada verso l'uguaglianza era ancora molto lunga, tuttavia la fine della dittatura aveva segnato un momento di pace e di grande speranza per il futuro di un Paese in cui anche le minoranze LGBT potessero riappropriarsi di quella cittadinanza che gli era stata tolta.

La crescente visibilità dei gruppi LGBT, tanto nel Paese quanto a livello internazionale, tuttavia, ingenerò allo stesso tempo un rigurgito autoritario che, a partire dal 2015, ha causato una preoccupante involuzione nella tutela dei diritti umani, inclusi quelli delle persone LGBT.

Si è così assistito ad una *escalation* di propaganda omotransfobica, accompagnata da *raid* da parte di gruppi di fanatici religiosi e ad opera di vere e proprie milizie musulmane di destra estrema nei luoghi di ritrovo abituale della comunità LGBT.

A livello non solo locale ma anche nazionale figure politiche di spicco hanno iniziato a sviluppare una campagna d'odio di stampo populista contro le minoranze SOGI. Tale accanimento, in particolare, consente alla classe politica di addebitare alle persone LGBT la responsabilità delle tante diverse difficoltà economiche, sanitarie, climatiche che la società indonesiana si trova ad affrontare.

Molti sono i casi di discriminazione motivata dall'orientamento sessuale o dall'identità di genere sul luogo di lavoro, così come frequente è il bullismo tra i giovani a scuola, spesso proveniente da parte degli stessi insegnanti, motivo per cui alcuni studenti abbandonano la scuola o vengono addirittura espulsi. A volte sono le stesse famiglie ad allontanarli di casa, così costringendoli alla vita di strada. Altre volte ancora i genitori mandano i figli in comunità religiose che hanno lo scopo di "purificarli".

Dal punto di vista normativo negli ultimi anni si è registrato a livello regionale un aumento preoccupante delle disposizioni (incostituzionali) che criminalizzano le persone LGBT. Ciò è stato possibile solo grazie ad un grave abuso della già ampia autonomia riconosciuta alle regioni indonesiane per motivi storico-politici<sup>49</sup>. Tra le autonomie più compromesse in termini di protezione dei di-

<sup>46</sup> La retorica populista dei leader conservatori secondo la quale i diritti LGBT sarebbero una costruzione occidentale è smentita dalla stessa storia dell'Indonesia che testimonia l'esistenza nelle civiltà antiche di molte forme di transgenderismo, tra le quali si ricorda ad esempio il sistema dei cinque sessi tra i *Bugis* sull'isola di *Sulawesi*. Cfr. E. Blackwood, *Gender Transgression in Colonial and Post-colonial Indonesia*, in *Journal of Asian Studies*, 64(4), 2005, pp. 849-879; M.G. Peletz, *Gender Pluralism: Southeast Asia Since Early Modern Times*, London, Routledge, 2009; S.G. Davies, *Gender Diversity in Indonesia: Sexuality, Islam and Queer Selves*, Routledge, London-New York, 2010; S.E. Wieringa, *Gender Variance in Asia: Discursive Contestations and Legal Implications*, in *Journal of Gender, Technology and Development*, 14(2), 2010, pp. 143-172.

<sup>47</sup> E.S. Wieringa, *Gender Harmony and the Happy Family: Islam, Gender and Sexuality in Post-Reformasi Indonesia*, in *South East Asia Research*, 23(1), 5 March 2015.

<sup>48</sup> Cfr. T. Boellstorff, *The Gay Archipelago: Sexuality and Nation in Indonesia*, Princeton University Press, Princeton, 2005; H. Y. Wijaya, *Conservative Islamic Forces, Global LGBT Rights, and Anticipatory Homophobia in Indonesia*, in M. Derks, M. van den Berg (a cura di), *Public Discourses About Homosexuality and Religion in Europe and Beyond*, Palgrave Macmillan, Switzerland, 2020, pp. 325-348.

<sup>49</sup> L'Indonesia, grande arcipelago, etnicamente e religiosamente diversificato, ha conosciuto molteplici spinte centrifughe volte a minare l'unità di un territorio artificialmente raggruppato dagli olandesi e che lo stato indonesiano ha ereditato, con tutta la difficoltà di gestire le molteplici svolte indipendiste che vissuto il Paese. A partire dagli anni '50 e '60 del secolo scorso, in particolare, il primo presidente dell'Indonesia *Soekarno* si trovò a combattere diverse ribellioni regionali, dopo la fine del colonialismo olandese. Successivamente il generale *Soeharto* con un colpo di stato instaurò una dittatura militare

ritti LGBT è bene ricordare la regione di Aceh, ove la maggioranza musulmana ha imposto la *shari'a*<sup>50</sup>.

I valori morali e religiosi agitati dalle classi dirigenti locali hanno così avuto la meglio sugli stessi principi dettati dalla Costituzione indonesiana.

Il parlamento è così dovuto intervenire più volte per ribadire la superiorità gerarchica delle norme costituzionali che si pongono al vertice delle fonti del diritto nel sistema giuridico indonesiano. Da ultimo nel 2014 ha emanato la c.d. legge n. 23 sulla *governance* regionale.

All'articolo 251, paragrafo 2E, di quest'ultima si ribadisce in particolare che le fonti regionali non possono in alcun modo contraddire le norme di rango superiore, né sono legittimate a discriminare le persone in base alla loro etnia, religione, le loro convinzioni personali, razza, genere e le relazioni tra i diversi gruppi sociali. Sebbene non esplicitamente menzionati, orientamento sessuale, identità ed espressione di genere possono essere fatti rientrare nelle categorie sopraelencate.

Nonostante tale precisazione legislativa, tuttavia, in Indonesia esistono ancora centinaia di regolamenti e politiche discriminatorie, che criminalizzano e regolano la vita delle persone LGBT, delle donne e delle minoranze religiose<sup>51</sup>.

La maggior parte di questi regolamenti di ispirazione populista si basa su appelli alla tradizione, alla cultura e alla religione<sup>52</sup>. La violenza e la discriminazione contro le donne e le persone LGBT sono spesso considerate giustificate per garantire l'ordine morale e non sono percepite come un fatto inaccettabile.

La mobilitazione di sentimenti omotransfobici e misogini ha addirittura portato alla nascita di una "polizia morale" e ad appelli da parte delle Autorità indirizzati ai membri della comunità affinché

(1966-1998), durante la quale l'autonomia regionale venne fortemente limitata e le espressioni di critica verso la capitale vennero soppresse duramente. Ad Aceh, ad esempio, il generale fece ampio ricorso alla forza militare per sopprimere ogni forma di dissidenza. Alla fine degli anni '90 la corruzione e il malcontento della popolazione divennero sempre più esplosivi e le pressioni internazionali dovute ad una gestione disastrosa del Paese costrinsero alla fuga il generale *Soeharto*, il quale lasciato senza presidente l'Indonesia, determinò l'insorgere di brutali violenze per la conquista del potere. Quando il suo successore, *Habibie*, già vicepresidente durante la dittatura di *Soeharto*, riprese il controllo della nazione l'Indonesia era un Paese fortemente instabile. Pertanto, come prima mossa politica cercò di prevenire violente spinte secessioniste garantendo la massima autonomia regionale. Una delle conseguenze negative di tale ampia autonomia regionale, tuttavia, fu che le regioni si sentirono da subito svincolate dal governo centrale e dalla supremazia delle fonti nazionali. Le stesse, dunque, si resero sempre più indipendenti al punto di assumere decisioni politiche anche in contrasto con quelle del governo o del parlamento nazionali.

50 In particolare, nella regione di Aceh in cui vige la *shari'a*, la sodomia (*liwath*) e il sesso lesbico (*musahaqah*) sono criminalizzati dal Codice penale islamico emanato dal Governo locale, il *Qanun Jinayat*. Le sanzioni prevedono fino a 100 frustate, una multa di 1000 grammi d'oro o 100 mesi di carcere (artt. 63 e 64). Cfr. T. Mann, D. Afrianty, *Aceh's Islamic Criminal Code: Formalising discrimination*, in T. Lindsey, H. Pausacker (a cura di), *Crime and Punishment in Indonesia*, cit., pp. 521-522.

51 Un esempio è il regolamento locale n. 2 del 2004 sull'eliminazione della prostituzione della città di Palembang. L'obiettivo dichiarato di questo regolamento regionale è quello di sradicare la prostituzione in tutte le sue forme al fine di "creare una società pulita, ordinata, con un'elevata morale ed etica e di carattere nobile". L'articolo 8 del regolamento definisce la prostituzione come un atto "commesso intenzionalmente da qualsiasi individuo o gruppo con l'intenzione di cercare piacere sessuale (*syahwat*) al di fuori del matrimonio legale con o senza ricevere gratificazione, sotto forma di denaro o in altre forme". La definizione dell'atto di prostituzione include: "omosessualità, lesbismo, sodomia, molestie sessuali e altri atti pornografici".

52 Cfr. M. Buehler, *The Politics of Shari'a Law: Islamist Activists and the State in Democratic Indonesia*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016.

denuncino eventuali comportamenti immorali<sup>53</sup>. In questo modo si è così aperta una vera e propria caccia alle streghe nel Paese.

Per quanto riguarda la legislazione ordinaria, sebbene il Codice penale al momento non vieti le relazioni omosessuali tra adulti consenzienti, la formulazione ampia con cui si dà spazio alla moralità e l'enfasi posta sul matrimonio eterosessuale come unica forma giuridica di unione legalmente riconosciuta, portano ad una criminalizzazione *di fatto* delle relazioni omosessuali, oltre a costituire il fondamento di molte normative regionali discriminatorie. I reati contro la "moralità e il decoro", ad esempio, possono essere utilizzati per punire tanto il lavoro sessuale quanto le relazioni omosessuali, le persone transessuali o intersex.

A partire dal 2008, inoltre, è stata approvata la legge contro la pornografia che per la prima volta nella storia del Paese, criminalizza a livello nazionale le manifestazioni omoerotiche. In particolare, la sezione numero 4, al paragrafo 1, vieta a chiunque di produrre, realizzare, riprodurre, diffondere, trasmettere, importare, esportare, offrire, vendere, noleggiare o mettere a disposizione materiale pornografico. Il commento interpretativo ufficiale, allegato alla legge, relativo alla sezione 4, paragrafo 1, chiarisce a tal riguardo che oggetto del materiale pornografico possono essere anche le attività sessuali che coinvolgono cadaveri, animali, sesso orale e anale, nonché *sesso lesbico e omosessuale*<sup>54</sup>.

A partire dal 2015, nell'ambito della riforma del Codice penale in corso in Indonesia, il parlamento nazionale ha iniziato addirittura a discutere la possibilità di introdurre una serie di norme volte a criminalizzare i rapporti tra persone dello stesso sesso<sup>55</sup>. Il disegno in parola prevedrebbe anche il divieto di promuovere temi LGBT<sup>56</sup>.

Tutto ciò accade in patente violazione della Costituzione. Sebbene al tempo dell'adozione della Costituzione indonesiana nel 1945, orientamento sessuale e identità di genere non rientrassero nel lessico del potere costituente, non trovando di conseguenza espressa menzione nella Carta costituzionale, né si intervenne in questo senso con successive riforme, l'assenza di un riferimento esplicito non comporta affatto, soprattutto alla luce di una lettura sistematica delle disposizioni costituzionali, una

<sup>53</sup> N. Katjasungkana, E.S. Wieringa, *Creeping Criminalisation of Women's and LGBTI Rights*, OutRight, New York, 2016. Un apposito apparato è incaricato di sovrintendere all'attuazione di questi regolamenti regionali, il *Satpol PP (Satuan Polisi Pamong Praja*, Unità di Polizia Amministrativa). Quest'ultima pur non ricevendo lo stesso addestramento della polizia statale ha comunque ampi poteri, tra cui quello di arrestare, fare multe e trattenere le persone che si pensa possano aver trasgredito i regolamenti locali.

<sup>54</sup> E. Polymenopoulou, *LGBTI Rights in Indonesia: A Human Rights Perspective*, in *Asia Pacific Journal on Human Rights and the Law*, 19(1), 2018, pp. 27-44.

<sup>55</sup> Nell'ambito del disegno di legge del 2015 per il nuovo Codice penale (*Rancangan Undang-Undang Kitab Undang-undang Hukum Pidana*), l'articolo 495, noto anche come "Articolo LGBT", ha rappresentato una delle norme più controverse della riforma. Nel corso del tempo l'articolo ha subito diverse modifiche, ma di fatto l'intento è quello di punire gli "atti indecenti" (*perbuatan cabul*) commessi in pubblico tra persone dello stesso sesso. Attualmente la pena base è di 18 mesi di reclusione o una multa di II categoria (50 milioni di rupie, cioè circa 3000 Euro, che vanno rapportati allo stipendio medio mensile indonesiano che si aggira attorno ai 286 Euro). Come giustamente posto in luce dalla dottrina la vaghezza e la genericità del termine "atti indecenti" potrebbe facilmente far sussumere nella fattispecie anche semplici manifestazioni di affetto in pubblico. È facile dunque evincere la pericolosità di una norma *bonne à tout faire*. Nello stesso articolo vengono poi previste ulteriori fattispecie autonome aventi ad oggetto sempre gli atti indecenti puniti con pene molto più severe se commessi con violenza o minaccia di violenza, o verso minori o se destinati ad un uso pornografico, *Cfr.* S. Butt, T. Lindsey, *The Criminal Code*, in T. Lindsey, H. Pausacker (a cura di), *Crime and Punishment in Indonesia*, Routledge, Abingdon, 2021, p. 29.

<sup>56</sup> Per un commento dettagliato sul rapporto tra potere pubblico e minoranze SOGI in Indonesia anche in prospettiva storica si veda in particolare: H. Pausacker, *Homosexuality and the law in Indonesia*, in T. Lindsey, H. Pausacker (a cura di), *Crime and Punishment in Indonesia*, cit., pp. 430-462.

carezza di tutele per le persone LGBT<sup>57</sup>.

La Costituzione indonesiana, infatti, garantisce a tutti i cittadini lo stesso *status* di fronte alla legge e al governo – principio di eguaglianza (Art. 27, paragrafo 1) –, riconosce che ogni persona ha il diritto di essere rispettata. Tutela il diritto alla sicurezza, alla protezione e alla certezza e richiede che queste siano riconosciute tramite una legge equa e non discriminatoria (art. 28D, paragrafo 1). Ancora la Costituzione stabilisce che ciascuno ha il diritto di associarsi, riunirsi ed esprimere liberamente le proprie opinioni (Art. 28 E, para. 3). L'articolo 28 I, inoltre salvaguarda al paragrafo 1 la libertà di pensiero e di coscienza, mentre al paragrafo 2 sancisce il *diritto a non essere discriminati per qualunque motivo*.

Ancora l'articolo 28B riconosce al paragrafo 1 il diritto di ogni persona di costituire una famiglia e di procreare sulla base di un legittimo matrimonio, mentre al paragrafo 2 sancisce il diritto di ogni bambino di vivere, crescere, svilupparsi, nonché di essere protetto dalla violenza e dalla discriminazione.

L'articolo 28 C prosegue stabilendo il diritto fondamentale all'istruzione, inteso come il diritto di migliorare sé stessi attraverso la lotta collettiva per i propri diritti al fine di promuovere una propria idea di società, nazione e stato (paragrafo 2).

Sono inoltre garantite la libertà di espressione e di organizzazione, compresi i diritti a diffondere e ricevere informazioni, il diritto di sviluppare la propria persona e l'ambiente sociale. I cittadini hanno il diritto di scegliere il proprio domicilio e in nessun caso possono essere sottoposti a torture o a trattamenti umilianti.

Ancora, la Costituzione indonesiana all'articolo 29 sancisce la libertà di religione e afferma la laicità dello Stato. L'interpretazione che viene data dalla maggioranza della dottrina al Preambolo della Costituzione ha tuttavia comportato una totale distorsione di quello che era l'intento originario dei costituenti. Il Preambolo, infatti, oltre a declamare giustizia e democrazia, quali principi informatori di tutto l'ordinamento giuridico, prevede anche il credo in uno ed un solo dio.

Sin dalla nascita della Repubblica indonesiana nel 1945, i gruppi islamici conservatori, enfatizzando il riferimento normativo al credo nell'unico dio, hanno pertanto tentato di imporre la *sharia* nel Paese, ignorando gli altri pilastri declinati nel Preambolo, inclusi i diritti umani sanciti dalla Costituzione.

La campagna d'odio contro le persone LGBT in Indonesia trova ancoraggio, oltre che nella *Sharia*, anche nell'articolo 28 J, paragrafo 2, della Costituzione che afferma che: "Ciascuno nell'esercizio dei propri diritti e delle proprie libertà, ha il dovere di accettare le limitazioni sancite dalla legge al solo fine di garantire il riconoscimento e il rispetto dei diritti e delle libertà altrui, *nonché per soddisfare le giuste esigenze della società fondate sulla base della morale, dei valori religiosi, della sicurezza e dell'ordine pubblico*".

I valori religiosi e la morale, ancor più che l'ordine pubblico, costituiscono dunque l'arma attraverso cui regolamenti e politiche regionali persecutori verso le persone LGBT vengono legittimati, oltre a consentire l'approvazione di leggi che incitano la società a denunciare comportamenti "immorali" e a scusare la violenza delle forze dell'ordine.

In linea con la tendenza volta a comprimere, invece che espandere, i diritti fondamentali, nel 2016 un gruppo di dodici accademici dell'AILA (l'Alleanza per l'Amore della Famiglia), ha adito la Corte costituzionale indonesiana, impugnando l'articolo 292 del Codice penale, che punisce gli atti indecenti commessi nei confronti di un minore, unitamente agli articoli 284 c.p., che punisce l'adulterio e 285 in materia di stupro, chiedendo al Giudice delle Leggi di eliminare, con una sentenza manipolativa, la

<sup>57</sup> Sul punto si veda in particolare: S.E. Wieringa, *Criminalisation of Homosexuality in Indonesia: The Role of the Constitution and Civil Society*, in *Australian Journal of Asian Law*, 20(1), 2019, pp. 227-245.

perifrasi “con un minore” dalle previsioni normative sopra citate. In questo modo si conseguirebbe l’effetto di criminalizzare tutti gli atti extraconiugali, eterosessuali e omosessuali, tra soggetti adulti consenzienti. I ricorrenti in particolare hanno invocato come parametri di costituzionalità i valori morali e religiosi vigenti nella società indonesiana, sanciti nel Preambolo della Costituzione.

Nel dicembre 2017 la Corte costituzionale, con una maggioranza risicatissima di 5 a 4, ha rigettato la questione di costituzionalità sollevata dall’AILA, non entrando nel merito e limitandosi a rilevare come la creazione di nuove fattispecie penali richieda sempre l’intervento del Legislatore, a garanzia del circuito democratico della decisione politica<sup>58</sup>.

Vale ancora la pena sottolineare come nel 2014 il Consiglio degli studiosi musulmani<sup>59</sup> ha emesso una fatwa (n. 57 del 2014) con la quale ha condannato l’omosessualità qualificandola come un peccato. Ha suggerito inoltre al Legislatore di adottare una normativa che punisca le persone LGBT con la fustigazione o addirittura con la pena di morte. Piuttosto contraddittoriamente, ha anche proclamato l’omosessualità una malattia e ha sostenuto l’uso di centri di “riabilitazione” per curare “pervertiti” di questo tipo<sup>60</sup>.

Nel 2016 è stata emessa una seconda fatwa per vietare ai musulmani di aderire a qualsiasi gruppo promotore dei diritti LGBT in Indonesia. Il Consiglio ha altresì invitato il Governo a redigere un disegno di legge che vieti qualsiasi tipo di attività LGBT<sup>61</sup>.

Il quadro che emerge dalla situazione indonesiana è alquanto drammatico. Sebbene, infatti, nella propria lunga tradizione giuridica l’Indonesia non abbia mai criminalizzato le condotte omosessuali e le persone transessuali, riconoscendo anzi a questi soggetti ruoli apicali nelle società indigene, a partire dal 2015 ha conosciuto una vera e propria regressione nella tutela dei diritti fondamentali delle persone LGBT.

L’ascesa del radicalismo islamico e dell’istituzione della *Sharia* in ampie regioni del Paese, stravolgendo la gerarchia delle fonti ed in particolare ponendosi in contrasto con la Costituzione, rischia di aprire, all’alba del XXI secolo, una nuova stagione di persecuzioni irrazionali in Indonesia.

L’esperienza indonesiana è l’esempio lampante di come i diritti fondamentali non possano mai dirsi raggiunti, ma che anzi una regressione è sempre possibile quando si cavalca l’onda dell’odio e

<sup>58</sup> Constitutional Court Decision No. 46/ PUU- XIV/ 2016.

<sup>59</sup> Il Consiglio degli studiosi musulmani, istituito nel 1975 durante il regime dittatoriale del presidente *Soeharto*, ha acquistato sempre maggiore influenza rispetto alle scelte di politica legislativa in Indonesia. Il Consiglio verifica l’osservanza dei precetti islamici nello spazio pubblico. Si tratta di una organizzazione ufficialmente indipendente e non governativa. A ben vedere, tuttavia, trae parte delle proprie entrate dallo Stato, mentre altra parte proviene dalla lucrosa emissione di certificati *halal* e il resto dal suo coinvolgimento nell’economia della *sharia*. La sua funzione più nota è quella di emettere *fatawa*, cioè opinioni religiose sulla legge islamica, che formalmente non hanno alcun valore legale. Tuttavia, alcune di queste *fatawa*, se propagate da imam islamici radicali e carismatici, possono avere un’ampia influenza sulla società. Il Consiglio ha sviluppato anche un programma che predispone proposte di legge che siano conformi ai precetti islamici e può fare affidamento su un team di avvocati che ne hanno la rappresentanza processuale ed extraprocessuale. Il Consiglio offre il proprio appoggio ai partiti politici che attualmente stanno cercando di approvare la legislazione anti-LGBT. Sostiene in particolare il principale partito politico musulmano presente sul territorio, il Partito della Giustizia e della Prosperità e il Fronte dei Difensori dell’Islam, che di fatto fa affidamento su una vera e propria milizia musulmana che effettua regolarmente incursioni, atti vandalici ed estorsioni.

<sup>60</sup> G. Poore, *Indonesia: fatwa prescribes death penalty for same-sex relations*, *Outright*, 25 March 2015; T. Mann, *What is a fatwa and what does it mean for Indonesian policy?*, *Indonesia at Melbourne*, 30 March 2016, ivi disponibile <https://indonesiaatmelbourne.unimelb.edu.au/what-is-a-fatwa-and-what-does-it-mean-for-indonesian-policy/>; S. Widiyanto, *LGBT Jakartans: Worse than a nuclear bomb? We just want to be accepted*, *The Guardian*, 26.11.2016.

<sup>61</sup> The Jakarta Post, *MUI wants law to ban LGBT activities*, 17 February 2016.

dell'intolleranza contro un gruppo di soggetti che per le loro caratteristiche vengono eletti a nemico comune, causa di ogni male ed evento avverso. La commistione tra diritto e fondamentalismo religioso funge da trampolino di lancio per un dispotismo di ritorno, con una società asservita alla volontà di pochi potenti, pronti a cancellare ogni spazio libertà e diversità.

## 6. Riflessioni e prospettive di intervento

Le tre esperienze che sono state analizzate confermano l'esistenza di una forte eterogeneità tra i Paesi dell'Asia in tema di diritti LGBT.

Tra i venti che soffiano in Oriente si possono captare tre grandi correnti. La prima riguarda ordinamenti che non si sono nascosti dietro alla retorica dei valori asiatici, ma hanno invece riconosciuto il valore giuridico dell'amore tra persone dello stesso sesso, provvedendo a garantire alle coppie *same-sex* eguali diritti rispetto a quelli derivanti dall'istituto matrimoniale.

L'affermazione di nuovi diritti, oltre a derivare dall'evoluzione della società e dai principi del costituzionalismo contemporaneo, che ben possono dirsi "trasformatori", è stata intesa come un'operazione in grado di arricchire la società e non indebolirla.

Una seconda corrente, invece, preoccupata di perdere la propria identità e dunque i propri punti di forza resiste ad ogni cambiamento che possa influenzare quell'ordine delle cose che per centinaia di anni ha garantito un sistema sociale solido e produttivo.

Tale rigidità, tuttavia, non è priva di conseguenze. Così facendo infatti si ignorano fenomeni ormai radicati nella società e si finisce per fingere di non vedere discriminazioni che indubbiamente minacciano la stessa connettività del tessuto sociale e che violano i diritti fondamentali delle persone.

Un terzo orientamento, infine, conosce una vera e propria involuzione nel trattamento delle minoranze SOGI. Fondamentalismo religioso e populismo trovano nella diversità il capro espiatorio perfetto a cui attribuire tutte le responsabilità per il sopravvento delle difficoltà di ogni tipo che si manifestano. In quest'ultimo caso i principi fondamentali del costituzionalismo sono violati e il sistema giuridico transita verso forme di stato dispotiche.

Come osservato in dottrina, quello dei diritti LGBT costituisce a livello universale: "Un terreno sul quale, in una prospettiva comparatistica allargata, vengono a collidere con essi, e con le domande di libertà e di liberazione ad essi sottesi, le resistenze radicate in strati ampi, spesso maggioritari, dell'opinione pubblica, quelle determinate dalla struttura del tessuto sociale, così come i condizionamenti in differente misura rappresentati dal fattore religioso, specie quando questo assurga ad elemento caratterizzante della forma di Stato"<sup>62</sup>.

A tal riguardo l'idea che i diritti umani siano un prodotto occidentale, inventato per demolire i valori e le tradizioni asiatiche su cui fondare un nuovo imperialismo culturale, si presta evidentemente solo a mascherare violazioni della dignità della persona, che aprono ad un pericoloso relativismo etico.

Il rischio è che l'onda di regressione democratica che sta colpendo il mondo intero possa fungere da miccia per l'affermazione di nuovi autoritarismi in Asia, rendendo queste terre teatro di violenze e di importanti violazioni dei diritti umani, tra cui quelli delle minoranze sessuali, etniche, religiose.

Per questo motivo è importante che la comunità internazionale ed in particolare gli Stati occidentali si facciano carico di tali situazioni, intervenendo attivamente a sostegno di quelle forze politiche che lottano nei propri Paesi per l'affermazione di uno stato democratico, laico e inclusivo, così preve-

<sup>62</sup> P. Ridola, *Presentazione*, in A. Schillaci, *Omosessualità, eguaglianza, diritti: desiderio e riconoscimento*, Il Mulino, Bologna, 2019, p. 14.

nendo pericolose degenerazioni che in un mondo globale e interconnesso riguardano tutti da vicino.

Al principio del XXI secolo, l'augurio dunque è quello che la garanzia del *diritto di essere se stessi*, espressione del livello di civiltà di una società<sup>63</sup>, non si riduca ad un privilegio di pochi, ma divenga effettivo per tutti e tutte.

---

<sup>63</sup> G. Alpa, *Il diritto di essere sé stessi*, La Nave di Teseo, Milano, 2021, p. 298.