

I diritti dei transgender in Giappone ed il nuovo ruolo della Corte Suprema¹

di Virginia Lemme

Abstract: Transgender rights in Japan and the new role of the Supreme Court - On October 25, 2023, the Japanese Supreme Court (最高裁判所 Saikō-Saibansho) declared the unconstitutionality of a provision in Law No. 111/2003, which mandated sterilization for transgender individuals seeking a change in gender identity on official documents. The unanimous ruling held that compulsory sterilization violated Article 13 of the Japanese Constitution, emphasizing the respect for all citizens as individuals. This landmark decision is particularly significant in a country where LGBTQ+ rights have faced challenges, and courts traditionally hesitate to scrutinize legislative choices. This analysis explores the legal and social aspects of transgender individuals in Japan, highlighting the constitutional implications of a rare judicial intervention in the face of historical “judicial passivity”.

Keywords: Transgender; Supreme Court; Human Rights; Constitutional adjudication; Japan.

25

1. Introduzione: la sentenza del 25 ottobre 2023

Il 25 ottobre 2023 la Corte suprema giapponese (最高裁判所 *Saikō-Saibansho*) ha sancito l’incostituzionalità della norma, contenuta nella legge n. 111/2003, che obbligava le persone transgender a sottoporsi a sterilizzazione per poter cambiare anagraficamente il proprio sesso. Ad avviso della Corte, espressasi all’unanimità², l’obbligo di sterilizzazione viola

¹ Tre precisazioni linguistiche appaiono opportune. Innanzitutto, con il termine persona “transgender” si farà riferimento a coloro che non si riconoscono con il genere corrispondente al sesso biologico come identificato alla nascita. Con il termine persona “transessuale” si ha riguardo a coloro che, oltre a ricadere nelle caratteristiche delle persone transgender, richiedono di sottoporsi ad interventi medici di modo da modificare i propri caratteri sessuali. La distinzione è stata riconosciuta in campo psicologico e viene messa in risalto nelle linee guida dell’*American Psychological Association* (2015), disponibili via: https://www.iris.unina.it/retrieve/e268a72f-a558-4c8f-e053-1705fe0a812c/linee-guida%20trans%20APA_con%20copertina.pdf

In secondo luogo, poiché nei siti ufficiali giapponesi i testi di legge sono sovente tradotti in lingua inglese, si prediligerà l’uso di quest’ultima nel riferimento ai testi legislativi. Infine, il termine LGBTQ+ sarà utilizzato in maniera intercambiabile con quello di minoranze sessuali (*seiteki souchusha*).

² Come risulta dal testo della sentenza: https://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/527/092527_hanrei.pdf. A ben vedere, seppur tutti i giudici siano concordi nel ritenere l’obbligo di sterilizzazione

l'art. 13 della Costituzione giapponese, nella parte in cui statuisce che “Tutti i cittadini devono essere rispettati come individui”³. Tale pronuncia risulta tanto più importante poiché si colloca in un Paese in cui i diritti della comunità LGBTQ+ hanno faticato ad emergere⁴, e ove le corti sono notoriamente riluttanti a sindacare le scelte del legislatore.

Il presente contributo, senza alcuna pretesa di esaustività, analizzerà la condizione delle persone transgender in Giappone, prima di tutto sul piano giuridico, ma senza trascurare gli aspetti più strettamente sociali. Inoltre, l'esame si estenderà alla pronuncia di incostituzionalità, proprio alla luce del “passivismo giudiziario”⁵ che ha finora caratterizzato l'esperienza giapponese. Difatti, ad oggi la Corte suprema ha dichiarato l'incostituzionalità di una legge soltanto in dodici casi, benché la Costituzione stessa, a differenza di quanto avviene, ad esempio, negli Stati Uniti, preveda il “*judicial review of legislation*”⁶, garantendo pertanto un fondamento costituzionale esplicito al controllo di costituzionalità.

A tal fine, l'articolo si svilupperà come segue. Prima di tutto si analizzerà il *Gender Identity Disorder Special Cases Act* (2003), ossia la legge, oggetto della sentenza in commento, che regola il percorso volto alla transizione di genere⁷. In secondo luogo, ci si addenterà nello studio dei diritti della comunità LGBTQ+ in Giappone, sia a livello storico-sociologico che a livello legislativo. Successivamente si esaminerà la disciplina dello “*ius koseki*”, ovvero un complesso di norme radicate nella tradizione giapponese relative allo *status* dell'individuo come parte di un contesto familiare, che, come vedremo, riveste un ruolo chiave nello sviluppo della persona. Indi, si passerà ad analizzare la giurisprudenza della Corte suprema che più ha contribuito alla tutela dei diritti della comunità LGBTQ+. Infine, si contestualizzerà la pronuncia del 25 ottobre 2023 nell'ambito della complessiva attività della Corte, valutando se il “*judicial passivism*” sia ancora

incostituzionale, vi sono opinioni dissenzienti con riferimento all'altro requisito sottoposto all'attenzione della Corte, ossia la necessità di effettuare l'operazione chirurgica. Per approfondimenti si rinvia al Paragrafo 5.

³ Art. 13. – “Tutte le persone che costituiscono il popolo saranno rispettate come individui. Il loro diritto alla vita, alla libertà ed al perseguimento della felicità, entro i limiti del benessere pubblico, costituiranno l'obiettivo supremo dei legislatori e degli altri organi responsabili del governo”. Per il testo della Costituzione si rinvia a <https://www.art3.it/Costituzioni/costituzionegiappone.pdf>.

⁴ Sebbene in anni recenti, come sarà evidenziato in seguito, si siano registrati alcuni mutamenti.

⁵ La stessa *Research Commission On the Constitution*, nel rapporto pubblicato nel 2005, ha rilevato che la *judicial review* giapponese presenti differenti problematiche. Per approfondimenti si rinvia al Paragrafo 6.

⁶ Art. 81. – “La Corte suprema è la Corte di ultima istanza; essa avrà il potere di decidere sulla costituzionalità di qualsiasi legge, decreto, regolamento od atto ufficiale.” (<https://www.art3.it/Costituzioni/costituzionegiappone.pdf>). Si deve tuttavia precisare che, secondo la teoria istituzionalista, le corti nipponiche tendono a ritenere di non poter procedere con lo scrutinio di costituzionalità di una legge se essa stessa non lo prevede. Si veda a riguardo: S. Matsui, *Why is the Japanese Supreme Court so Conservative?*, in 88 *Washington University Law Review* 6, 1375-1423 (2011).

⁷ Anche definito “esercizio del diritto a cambiare identità di genere” (Cass., 21 luglio 2015, n. 15138, in www.cortedicassazione.it).

un tratto caratterizzante l'attività della stessa, o se si sia invece aperta una fase nuova, costruita proprio intorno ai diritti legati al genere e alla identità di genere.

2. Il *Gender Identity Disorder Special Cases Act* (2003)

Come premesso, per esaminare la pronuncia del 25 ottobre 2023, occorre prendere le mosse dalla legge n. 111/2003, oggetto del sindacato di costituzionalità. Tale legge disciplina il procedimento per la transizione di genere in Giappone ed è stata approvata dalla Dieta (il Parlamento nipponico) in conseguenza della sinergica azione delle corti e dei movimenti sociali. È pertanto opportuno che l'analisi del testo legislativo sia preceduta dalla disamina delle condizioni che hanno portato alla sua approvazione.

Si tratta di una lunga storia, che prende avvio con il cosiddetto *Blue Boy Trial* (1965)⁸, un processo in cui venne contestata la legittimità di interventi chirurgici volti alla transizione di genere. Nello specifico, un medico che aveva condotto tre operazioni chirurgiche di riassegnazione del sesso fu condannato per la violazione dell'art. 28 dell'*Eugenics Protection Law*⁹. In realtà la pronuncia del *Blue Boy Trial* non rese di per sé illegali tali interventi chirurgici: qualora fossero considerati “pratiche mediche”, e fermo restando il consenso del paziente, questi erano accettati¹⁰. Tuttavia, dopo una siffatta decisione, è evidente lo stigma che venne associato alle persone transgender.

Nel 1995, quattro chirurghi del *Saitama Medical College* richiesero al comitato etico di portare a termine due operazioni per la riassegnazione del sesso. Nel 1996 il comitato accolse la loro richiesta, stabilendo una serie di linee guida per poter effettuare le operazioni. Tali linee guida imponevano come propedeutico il riconoscimento di un *Gender Identity Disorder (GID)*: una condizione medica rispetto alla quale l'operazione di riassegnazione del sesso costituiva la cura. Sulla base di queste linee guida, nel 1998 vennero riprese le operazioni¹¹. A partire da tale anno, diversi movimenti iniziarono a lottare per ottenere una legge che permettesse alle persone affette dal *GID* di portare a compimento il percorso volto alla transizione di genere. Il tema era piuttosto delicato stante l'impatto del sistema tradizionale del *koseki*¹²

⁸ ブルーボーイ事件, *burū bōi jiken*. “Blue boy” era un termine colloquiale usato nella metà del Ventesimo secolo per indicare persone transgender/travestiti che fossero nate come uomini. Con il termine *Blue Boy Trial* si fa riferimento ai casi nn. 307, 339 e 927 del 1965, riuniti in unico processo e celebratosi presso il Tribunale distrettuale di Tokyo.

⁹ Tale legge, all'art. 28, vietava qualsiasi operazione valutata non necessaria e che causasse sterilizzazione.

¹⁰ Alternativamente, spesso le persone decidevano di andare all'estero per sottoporsi a terapie ormonali o interventi chirurgici. Si veda: M.J. McLelland, *From the stage to clinic: changing transgender identities in post-war Japan*, in *University of Wollongong, Faculty of Arts-Papers (Archive)*, 9-10 (2004).

¹¹ *Ibidem*. Il fatto che tutti gli interventi furono sospesi dal 1968 al 1998 ci aiuta a spiegare perché in Giappone vi era(è) una scarsa coscienza e conoscenza sociale delle condizioni delle persone transgender.

¹² Si rinvia al paragrafo 4 per l'analisi dell'istituto.

sulla disciplina in esame, in quanto, come vedremo, il sesso delle persone è indicato nel registro di famiglia. Nella consapevolezza della difficoltà di riformare la *Law of Family Register*¹³, si è optato per l'introduzione di una legge speciale in materia. A partire dal 16 luglio del 2004¹⁴, il *Gender Identity Special Cases Act*¹⁵ (legge n. 111/2003) regola il percorso volto alla transizione di genere. Prima di tutto, tale atto introduce la definizione di “*Gender Identity Disorder*”, andando poi a prevedere cinque condizioni che, se soddisfatte, permettono di completare il percorso di affermazione di genere, ivi incluso il mutamento anagrafico del sesso all'interno del *koseki*. In particolare, viene richiesto di: avere più di 20 anni¹⁶; non essere unito in matrimonio; non avere figli minori; non avere ghiandole riproduttive o avere una persistente mancanza della funzione riproduttiva; avere genitali simili all'apparenza del genere opposto. Una volta soddisfatte le condizioni, e dopo che la *Family Court* abbia riconosciuto il cambiamento, la persona sarà legalmente considerata come appartenente al nuovo sesso per quanto attiene all'applicazione del Codice civile e delle altre leggi ed ordinanze rilevanti. È pertanto opportuno analizzare singolarmente i vari requisiti previsti dalla legge.

Anzitutto, la legge n. 111/2003 richiede il riconoscimento del *Gender Identity Disorder*. Secondo l'art. 2 tale condizione caratterizza: “*a person whose biological gender is evident, but who holds a persistent conviction under which they psychologically identify themselves as being of the opposite gender, and who has the intention of physically and socially conforming with the Opposite Gender, and has received concurrent diagnoses on such identification with the Opposite Gender from two or more physicians equipped with the necessary knowledge and experience to give accurate diagnoses on this matter, based on generally accepted medical knowledge*”. Come risulta dal *Report* di *Human Rights Watch “A really High Hurdle: Japan’s Abusive Transgender Legal Recognition Process”*¹⁷, il processo

¹³ È infatti stato osservato che, a causa dell'inflessibile opposizione della parte più conservatrice del Parlamento, i tentativi di riforma del diritto di famiglia raramente sono andati a buon fine. Per approfondimenti si veda: K.M. Abe, *Family Law Reform through Constitutional Litigation?*, in 91 *Sekei Hōgaku*, 66-81 (2019). Inoltre, è opportuno segnalare che il diritto di famiglia è sempre stato considerato strettamente connesso all'identità sociale giapponese. Pertanto, durante il periodo *Meiji*, a differenza di quanto accaduto per gli altri rami giuridici, il diritto di famiglia continuò a basarsi sulle tradizioni del periodo feudale (si veda a riguardo: G.F. Colombo, *Cenni storici*, in G.F. Colombo, G. Lemme (cur.) *Introduzione al diritto giapponese*, Torino, 2021, 13-14). Proprio per la centralità del diritto di famiglia all'interno della tradizione giuridica nipponica, questo è meno responsivo rispetto allo sviluppo sociale.

¹⁴ In realtà l'atto è stato approvato il 16 luglio del 2003, ma è entrato in vigore un anno dopo.

¹⁵ Per il testo di legge si rinvia a: <https://www.japaneselawtranslation.go.jp/en/laws/view/2542/en>.

¹⁶ Al tempo dell'emanazione della legge, la maggiore età in Giappone era 20 anni. In seguito alla novella legislativa dell'11 aprile 2022, recante modifiche al Codice civile, la maggiore età si consegue con i 18 anni.

¹⁷ Per la consultazione del *Report* del 2019 si rinvia a: *Human Rights Watch, A really High Hurdle: Japan’s Abusive Transgender Legal Recognition Process*, 20-03-2019, disponibile via: <https://www.hrw.org/report/2019/03/20/really-high-hurdle/japans-abusive-transgender-legal-recognition-process>.

di diagnosi del *Gender Identity Disorder* comporta sovente violazioni dei diritti della persona. La stessa previsione che la diagnosi sia fatta da almeno due medici rafforzerebbe una visione patologizzante delle persone transgender. L'alta discrezionalità della norma, inoltre, determina rilevanti disuguaglianze nel trattamento dei singoli casi, specialmente con riguardo ai tempi per ottenere il riconoscimento. Storicamente, molti ordinamenti includevano l'essere transgender tra le patologie mentali, ma questa situazione è progressivamente mutata nel tempo, e la stessa Organizzazione mondiale della sanità (OMS) ha modificato i suoi standard¹⁸. Difatti, ad oggi, esiste un consenso generale tra medici e psicologi nella direzione di non ritenere il fatto di percepirsi di un genere differente rispetto a quello assegnato alla nascita quale una malattia o un disturbo, ma invece come una variabile naturale nell'esperienza umana¹⁹.

Il primo requisito prescritto dalla legge n. 111/2003, oltre alla suddetta diagnosi, è quello di aver raggiunto la maggiore età. Come riconosciuto dal già menzionato report di *Human Rights Watch*, anche questo comporterebbe pregiudizi significativi. Difatti, nel contesto del sistema educativo giapponese, il mancato riconoscimento, da parte dello Stato, dei bambini transgender concorrerebbe alla loro discriminazione ed al loro trattamento degradante. Sarebbe piuttosto preferibile un sistema che fornisca ai giovani informazioni e supporto al fine affermare in maniera libera il proprio genere²⁰. Nel 2015, il Ministero dell'Educazione ha emesso una direttiva indirizzata a tutte le scuole per sottolineare la responsabilità delle

¹⁸ Grazie al progresso in campo medico e psicologico l'Organizzazione Mondiale della Sanità, nel 2019, ha rimosso i "*Gender Identity Disorders*" dalla classificazione internazionale delle malattie. Agli Stati è stato dato tempo fino al 2022 per modificare il loro codice diagnostico. In realtà, già nel 2012, l'*American Psychiatric Association* aveva eliminato dalle malattie mentali il transessualismo ed il *Gender Identity Disorder*. Pertanto, a livello internazionale, si registra una presa di coscienza circa la necessità di separare i processi legali e medici inerenti all'esercizio del diritto a cambiare identità di genere.

¹⁹ Si rinvia a riguardo al *Report* pubblicato da *American Psychiatric Association*, disponibile via <https://www.psychiatry.org/getattachment/c43b9df8-13ab-4b50-bda2-1cc079b61ace/Resource-Document-2012-Report-APA-Task-Force-Treatment-Gender-Identity-Disorder.pdf>.

²⁰ Alcune ONG hanno sottolineato che la legge n.111/2003, con riferimento al requisito della maggiore età, mal si concilia con la Convenzione ONU sui Diritti dell'Infanzia (1989). Per approfondimenti si veda il *Report di Human Rights Watch: The Law Undermines Dignity*, 25/05/2021, disponibile via: <https://www.hrw.org/report/2021/05/25/law-undermines-dignity/momentum-revise-japans-legal-gender-recognition-process#:~:text=The%20GID%20Special%20Cases%20Act%20bars%20all%20transgender%20people%20who,%E2%80%9Cpreliminary%20diagnosis%E2%80%9D%20of%20GID.>

Al fine di tutelare anche i minori transgender, nel 2022 il *World Professional Association for Transgender Health* ha stabilito che la terapia ormonale per il cambiamento del sesso possa iniziare a 14 anni, anziché a 16 come era nella precedente disciplina. Inoltre, la stessa Associazione ha stabilito, nelle sue linee guida, che è possibile accedere al trattamento chirurgico già a 15 o 17 anni. Per la consultazione delle linee guida si rinvia a: <https://wpath.org/publications/soc.>

stesse nella tutela dei bambini transgender²¹. Tuttavia, questa direttiva, incentrandosi sul riconoscimento del *GID*, rafforzerebbe una visione patologica e discriminante di tali minoranze sessuali.

Per quanto attiene al secondo requisito, sempre imposto dalla legge n. 111/2003, ossia quello di non essere unito in matrimonio, questo potrebbe implicare per coloro che sono sposati un obbligo di divorziare. Ciò in conseguenza del fatto che la legge giapponese non riconosce ancora matrimoni tra persone dello stesso sesso²², rafforzando quello che è stato definito un “*heterosexual centralism*”²³. Pertanto, come sottolineato da diverse ONG²⁴, questo requisito determina evidenti discriminazioni.

Per quanto attiene alla terza condizione, ossia quella di non avere figli²⁵, questa è stata modificata dal legislatore nel 2008: ad oggi viene

²¹ Government of Japan, Ministry of Education, Science, Sports, Science, and Technology, in *For detailed of fine-grained response to students according to gender identity disorder*, 30/04/2015, consultabile al sito: http://www.mext.go.jp/b_menu/houdou/27/04/1357468.htm.

²² Come noto, il Giappone è l'unico Paese del G7 a non riconoscere i matrimoni omosessuali. Poiché la Costituzione riconosce il matrimonio tra “moglie e marito” (art. 24), la legge e la giurisprudenza non riconoscono il matrimonio tra persone dello stesso sesso. Nonostante ciò, a partire dal 2015, alcuni distretti (ad iniziare da quello di Shibuya), hanno iniziato a riconoscere determinati benefici anche alle coppie omosessuali, in seguito all'emissione di certificati di relazione. Inoltre, a partire da novembre 2022, la prefettura di Tokyo ha istituito un registro per il riconoscimento delle coppie omosessuali, aperto a tutte le coppie che abbiano i certificati di relazione. Tale iscrizione non equipara la posizione delle coppie omosessuali a quella delle coppie eterosessuali unite in matrimonio, ma riconosce loro alcuni diritti prima preclusi. Per approfondimenti sulla notizia, si veda: *Giappone, Tokyo apre ai diritti Lgbt: da oggi al via i certificati per le unioni civili*, in *La Repubblica* 01/11/2022, disponibile via: https://www.repubblica.it/esteri/2022/11/01/news/tokyo_si_certificati_unioni_civili_giappone-372495012/.

²³ K. Hikita, *Can human rights of a sexual minority in Japan be guaranteed? A comparison with Taiwan's efforts for Gender Equality*, in *24 Journal of Asian Women's studies* 1, 11-12 (2018).

²⁴ Si richiama, a fini esemplificativi, la lettera inviata da *Human Rights Watch* nel 2016 al Relatore speciale dell'ONU sulla tortura e altri trattamenti o punizioni crudeli, inumani o degradanti, disponibile via: https://www.hrw.org/sites/default/files/supporting_resources/allegation_letter_regarding_japan_law_111_on_legal_gender_recognition_-_hrw.pdf; nonché il report di *Amnesty International* del 2017 disponibile via: <https://www.amnesty.org/en/documents/asa22/5955/2017/en/>.

²⁵ Già dal momento dell'introduzione della legge n. 111/2003 tale requisito veniva contestato. Quanti erano favorevoli alla sua introduzione osservavano che il requisito fosse necessario per prevenire qualsivoglia tipo di influenza e di confusione del bambino e dell'ordine familiare. Tale visione presumeva che sia la famiglia che eventuali figli non potessero accettare un cambiamento di genere. Coloro che invece si opponevano a tale requisito lo facevano sulla base dell'idea che lo stesso contrastasse con gli artt. 13, 14 e 25 della Costituzione. Tuttavia, la Corte suprema ha sancito la costituzionalità della legge nel rispetto della più ampia discrezionalità del legislatore, proprio poiché il “*gender is a serious matter related to the person's personality*”. Si veda a riguardo: K. Hikita, *Can human rights of a sexual minority in Japan be guaranteed? A comparison with Taiwan's efforts for Gender Equality*, in *24 Journal of Asian Women's studies* 1, 10-11 (2018).

richiesto al soggetto di non avere figli minorenni²⁶. Nonostante la modifica intercorsa, questo requisito rimane controverso sotto più punti di vista. Prima di tutto, è stato sottolineato in dottrina come si tratti di un'ingerenza indebita del potere pubblico nella vita degli individui, poiché l'esercizio o meno del diritto al cambiamento dell'identità di genere dovrebbe essere lasciato alla libera determinazione dei privati nell'ambito dei rispettivi equilibri familiari. Inoltre, la suddetta condizione, originariamente volta a tutelare l'interesse superiore del minore, potrebbe al contrario violarlo. Infatti, poiché le relazioni genitore-figlio/a differiscono da famiglia in famiglia, sarebbe più opportuno considerare un approccio "case-by-case"²⁷.

La quarta condizione prevista dalla legge è quella di avere genitali simili all'apparenza del sesso opposto: ciò equivale ad imporre un obbligo di sottoporsi ad intervento chirurgico volto alla rimozione degli organi sessuali cc.dd. primari. Siffatta operazione comporta un notevole sacrificio sia a livello fisico che a livello psicologico. Come sottolineato dalla dottrina²⁸, questo requisito determina di per sé una coercizione. Ciò è tanto più vero se tale condizione viene posta come obbligatoria per accedere ad altri diritti, come quello di contrarre matrimonio. Inoltre, anche qualora il soggetto decida di sottoporsi ad intervento chirurgico, va considerato che solo un ristretto numero di istituzioni mediche forniscono un tale servizio in Giappone e che questo intervento non è coperto dal servizio sanitario pubblico, con tutte le discriminazioni di natura economica che ciò determina²⁹. L'obbligatorietà di sottoporsi al trattamento chirurgico sembrerebbe inoltre contrastare con le *GID Guidelines*³⁰, pubblicate dalla *Japanese Society of Psychiatry and Neurology*, le quali richiedono ai medici di essere consapevoli e rispettosi dell'autodeterminazione degli individui nel

²⁶ A riguardo, si veda M. McLelland, K. Suganuma, *Sexual minorities and human rights in Japan: an historical perspective*, in 13 *The International Journal of Human Rights* 2, 329-343(2009).

²⁷ H. Taniguchi, *Japan's 2003 Gender Identity Disorder Act*, in 14 *Asian-Pacific Law & Policy Journal* 2, 108-116 (2012).

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ In un sondaggio condotto da Ipsos nel 2023 (disponibile via <https://www.ipsos.com/en/pride-month-2023-9-of-adults-identify-as-lgbt>), è stato chiesto alla popolazione quanto fosse d'accordo con la presente affermazione: "Health insurance systems should cover the costs of gender transition no differently than the costs of other medical procedures". Il 41% degli intervistati ha detto che era d'accordo; il 21% diceva di non saper dare una risposta; mentre il 38% si è mostrato contrario.

³⁰ Le *guidelines* della società giapponese di psichiatria e neurologia hanno così riformato quanto stabilito dal comitato etico dell'ospedale di Saitama nel 1998 (si veda a riguardo il paragrafo 2). Si segnala una progressiva evoluzione delle linee guida: nelle prime edizioni, la transizione di genere prevedeva un trattamento a tappe obbligate, in cui la chirurgia di riassegnazione del sesso e la gonadectomia figuravano come terzo step. Con la Quarta Edizione, pubblicata nel 2011, si è previsto un processo volto a favorire le scelte dei singoli, ponendo pertanto alternative rispetto alla chirurgia e la sterilizzazione, come la terapia ormonale. Si veda a riguardo: https://www.jspn.or.jp/modules/advocacy/index.php?content_id=23.

momento in cui valutano il trattamento più adeguato tra quelli previsti, ivi inclusa la terapia ormonale³¹.

Collegato al suddetto obbligo è il quinto requisito, ossia quello di non avere ghiandole riproduttive o di presentare una persistente mancanza della funzione riproduttiva. L'obbligo di sterilizzazione (anche detto gonadectomia) si aggiunge quindi a quello di rimozione degli organi sessuali primari, nonostante il fatto che grazie allo sviluppo medico sono ad oggi previste una serie di opzioni per preservare la fertilità in seguito a trattamenti di transizione di genere. È proprio tale requisito ad essere oggetto della sentenza in commento, anche in conseguenza del contrasto rispetto agli standard internazionali. Infatti, la *World Professional Association for Transgender Health* ha richiamato numerose volte gli Stati a rimuovere l'obbligatorietà della sterilizzazione quale requisito per accedere al processo di transizione di genere³².

Nell'ottica del legislatore di allora, sia il trattamento chirurgico che la gonadectomia erano prescritti per evitare il rischio di "confusione nella vita sociale" (ad esempio nell'utilizzo dei bagni pubblici). La priorità della vita comunitaria si spiega per l'impatto del *koseki* sulla materia che, come vedremo, rafforza una visione del singolo non come individuo, ma quale parte di un contesto sociale.

La legge n. 111/2003, nel momento in cui è stata ideata, era considerata una pionieristica evoluzione, proprio in quanto regolava l'esercizio di un diritto, ossia quello al cambiamento dell'identità di genere, fino ad allora precluso³³. Inoltre, la legge era allora in linea con quanto previsto in diversi Paesi³⁴. Tuttavia, con il mutare del costume sociale e delle conoscenze in campo medico, nonché con l'evolversi degli standard internazionali, è emersa la necessità di rivedere la legge. La stessa comunità internazionale ha sottolineato l'opportunità di sottoporre il testo legislativo ad un attento scrutinio. Rileva al riguardo la Raccomandazione emessa durante la *Universal Periodic Review* dello *Human Rights Council*, delle

³¹ H. Taniguchi, *Japan's 2003 Gender Identity Disorder Act*, in 14 *Asian-Pacific Law & Policy Journal* 2, 108-116 (2012).

³² In particolare, la *WPATH* si è prima pronunciata a riguardo nel 2010, per poi reiterare la raccomandazione nel 2015 e nel 2017. Per approfondimenti si veda il *Report di Human Rights Watch, The Law Undermines Dignity*, 25-05-2021, disponibile via: <https://www.hrw.org/report/2021/05/25/law-undermines-dignity/momentum-revise-japans-legal-gender-recognition-process#:~:text=The%20GID%20Special%20Cases%20Act%20bars%20all%20transgender%20people%20who,%E2%80%9Cpreliminary%20diagnosis%E2%80%9D%20of%20GID.>

³³ Il primo anno dall'entrata in vigore della legge, 97 persone hanno esercitato tale diritto. Si veda a riguardo: *Supreme Court of Japan*, in *Fiscal Year 2019 Annual Judicial Statistics Report*, 2020, disponibile via: <https://www.courts.go.jp/app/files/toukei/258/011258.pdf>.

³⁴ Per esempio, in Germania, il *Transsexuellengesetz* (1980) includeva tra i requisiti l'essere definitivamente sterile ed il sottoporsi ad un intervento chirurgico. Solo nel 2011 il Tribunale costituzionale tedesco ha sancito l'incostituzionalità di quest'ultima condizione. Per approfondimenti: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2011/01/rs20110111_1bvr329507en.html.

Nazioni Unite. In tale occasione si è infatti suggerito al governo nipponico di introdurre opportune misure per affrontare le discriminazioni basate sull'identità di genere e l'orientamento sessuale, inclusa la revisione della legge in commento³⁵. Il Giappone, avendo ratificato il Patto internazionale sui diritti civili e politici (1966), starebbe infatti violando i suoi obblighi convenzionali. Il menzionato Patto prevede all'art. 26 che “Tutti gli individui sono eguali dinanzi alla legge e hanno diritto, senza alcuna discriminazione, ad una eguale tutela da parte della legge” e su questa base, lo *Human Rights Committee* ha specificamente raccomandato agli Stati di garantire i diritti delle persone transgender, incluso l'esercizio del loro diritto al cambiamento dell'identità di genere³⁶.

A livello nazionale, la dottrina sostiene sempre di più l'incostituzionalità dei requisiti imposti dal *Gender Identity Disorder Special Cases Act*. L'esercizio del diritto al cambiamento dell'identità di genere viene infatti ricompreso nel già citato art. 13 della Costituzione, nella parte in cui sancisce il rispetto della persona e il diritto alla ricerca della felicità. Inoltre, l'attuale normativa, sempre nell'ottica della dottrina, sembrerebbe in collisione con l'art. 14 della Costituzione, nella parte in cui vieta qualsiasi discriminazione basata, tra le altre, sulle condizioni sociali, categoria nella quale viene sovente ricondotta l'identità di genere. La disciplina in esame, contenendo trattamenti diversificati, e non giustificabili in termini di razionalità, sarebbe pertanto incostituzionale³⁷.

3. I diritti della comunità LGBTQ+ in Giappone

Al fine di meglio contestualizzare la tematica in esame, e prima di passare ad analizzare la sentenza della Corte suprema, è necessario presentare il quadro normativo giapponese in tema dei diritti della comunità LGBTQ+.

Occorre premettere che i diritti delle minoranze sessuali in Giappone hanno faticato particolarmente ad emergere. Tale difficoltà è tanto più sorprendente se consideriamo che, nel Paese del Sol Levante, queste minoranze non sono state storicamente oggetto di discriminazioni, poiché le religioni predominanti in passato (ossia lo shintoismo ed il buddismo) erano tolleranti nei loro confronti. Ad esempio, nell'Era *Edo* (1603-1868) il Giappone si caratterizzava per una spiccata comprensione e accettazione delle relazioni omosessuali³⁸. È interessante constatare come tale clima muti

³⁵ Per la Raccomandazione si rinvia a: <https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/upr/jp-index>.

³⁶ *UN Human Rights Committee, Concluding Observations on the Fourth Periodic Report of Ireland* (2014), CCPR/C/IRL/CO/4, disponibile via: <https://undocs.org/CCPR/C/IRL/CO/4> (accessed April 9, 2021); *UN Human Rights Committee, Concluding Observations on the Seventh Periodic Report of Ukraine* (2013), CCPR/C/UKR/CO/7, <https://undocs.org/CCPR/C/UKR/CO/7> (accessed April 9, 2021).

³⁷

Japan Federation of Bar Associations, *Realization of Gender Equality and the Judiciary - Challenges and Issues from the Perspective of Practicing Attorneys*, Tokyo, 2023, 270-273.

³⁸ Proprio per questo, non è raro trovare rappresentazioni artistiche figuranti omosessuali, specialmente nel periodo Tokugawa. T. Tamaki, *National Report: Japan*, in

a causa dell'occidentalizzazione del Giappone. Difatti, durante il Periodo *Meiji* (1868-1912), il popolo del Sol Levante, nel suo intento di modernizzarsi, ha iniziato a studiare i testi ed i codici occidentali, in particolare quelli tedeschi e francesi. Nell'Ottocento la cultura occidentale era largamente dipendente dall'influenza del cristianesimo e pertanto la comunità LGBTQ+ era vista come insieme di "peccatori". L'omosessualità veniva categorizzata come malattia e le relazioni omosessuali venivano punite come crimini³⁹. Il Giappone, nella sua occidentalizzazione, ha fatto proprie queste visioni, per cui alla grande tolleranza si è sostituita un'atmosfera di repressione: "[h]omosexual desire was no longer celebrated in literature, theater, and art; rather, it was discouraged as one of the 'evil customs' of the past, a national embarrassment given attitudes in the modern West"⁴⁰. I sessuologi dell'Era *Meiji* iniziarono a vedere l'omosessualità ed il transessualismo come espressioni di "*perverse sexual desire*". Tale visione, insieme alla contemporanea istituzionalizzazione del sistema del *koseki*, ha favorito l'emersione di un modello familiare "ideale", per cui chiunque non rientrava in tale paradigma non veniva pienamente riconosciuto. Ad oggi tale discriminazione permane e ciò ha portato parte della dottrina a sottolineare come: "*same-sex couple are not even included in the category of family*". Pertanto, la comunità LGBTQ+ in Giappone si trova di fronte ad una duplice barriera, prima di tutto a livello socioculturale ed in secondo luogo a livello giuridico⁴¹.

La natura assunta dal sistema politico giapponese nel secondo dopoguerra ha contribuito ad innalzare tali barriere. Infatti, il Partito Liberal Democratico (PLD) ha governato in maniera sostanzialmente continuativa fin dalla sua creazione, nel 1955, dando vita a un "*dominant party system*". Il PLD ha promosso la crescita economica e lo sviluppo dell'alleanza con il governo statunitense, riuscendo a mantenere il potere in quanto percepito forza di contenimento rispetto al Partito Socialista e al partito Comunista. Anche in seguito al crollo del blocco sovietico, nel 1989, il PLD ha quasi sempre mantenuto la guida del governo, ad eccezione di due breve parentesi, tra il 1993-1994 e tra il 2009-2012⁴². Dopo questi rapidi intervalli, il PLD ha riconquistato la maggioranza parlamentare. È stato osservato in dottrina come, qualora un partito conquisti un siffatto stato di egemonia, il sistema

19 *American University Journal of Gender Social Policy and Law* 1, 251-264 (2011). Si richiama a riguardo il film di Nagisa Ōshima intitolato *Gohatto* (1993) il cui fulcro narrativo è proprio basato sulle relazioni omosessuali nel periodo feudale.

³⁹ In Giappone, tuttavia, la sodomia venne punita per un breve periodo, solo dal 1873 al 1880.

⁴⁰ J. Koichi, *Gay Samurai: The History of Homosexuality* (2015), disponibile via: <https://www.tofugu.com/japan/gay-samurai/>.

⁴¹ È stato evidenziato in dottrina come il Giappone presenti grandi contraddizioni: seppur è un Paese economicamente, tecnologicamente e culturalmente avanzato, la rigidità della sua struttura sociale non permette "deviazioni" rispetto alla tradizione. Si consiglia a riguardo la lettura di: G. Pignatiello, *Il difficile connubio tra tradizione ed innovazione*, in *Genius*, 2021/1, 112-130.

⁴² Nelle elezioni del 1993 andò al governo una coalizione formata da otto partiti e presieduta da Moriho Hosokawa, leader del *Japan New Party*. Nelle elezioni del 2009, invece, il *Democratic Party of Japan*, presieduto da Sadakazu Tanigaki, ottenne la maggioranza dei voti, conquistando pertanto il potere governativo.

politico diviene scarsamente reattivo rispetto alle istanze sociali⁴³. Infatti, il PLD, disponendo già della piattaforma di consenso necessaria per governare, non ha dovuto rivolgere la propria azione a tutti i gruppi e alle minoranze. Tale piattaforma, nel caso del PLD, è rappresentata principalmente dalla popolazione più anziana, che ha spesso visioni più conservatrici. Anche per questo, il PLD non è interessato alla tutela della comunità LGBTQ+. Viceversa, i partiti di opposizione, supportati maggiormente dalla popolazione più giovane, mostrano una superiore sensibilità a riguardo⁴⁴. Tuttavia, poiché le fasce di età minori sovente non votano⁴⁵, e data la peculiare dinamica demografica del Giappone, caratterizzata da una bassa natalità ed elevata longevità, i partiti progressisti non riescono ad avere un'adeguata rappresentanza in Parlamento.

Anche in conseguenza di questo quadro politico, i diritti della comunità LGBTQ+ stentano ad emergere. Emblematico è il dibattito che ha portato all'approvazione, il 16 giugno 2023, del *LGBT Understanding and Enhancement Act*⁴⁶. Si tratta di un percorso che inizia nel 2016, anno in cui viene registrata una crescente copertura mediatica delle tematiche inerenti alle minoranze sessuali, descritta anche come "*LGBTQ+ Boom*"⁴⁷. In seguito all'incrementale interesse in materia, il PLD costituì un comitato *ad hoc*, "*Special Committee on Sexual Orientation and Gender Identity*", cui fu demandata la redazione di una bozza di legge volta alla promozione della consapevolezza dei diritti LGBTQ+. A loro volta, anche i partiti di opposizione avanzarono una proposta di legge, di contenuto maggiormente garantista, che proibiva esplicitamente le discriminazioni basate sull'orientamento sessuale e l'identità di genere⁴⁸. Tuttavia, a causa della forte contrapposizione mostrata dalle fazioni più conservatrici del Parlamento, entrambe le iniziative naufragarono⁴⁹.

⁴³ Si richiama a riguardo il testo di: G. Baldwin, *Same-sex marriage in Japan and the role of courts in a dominant party system*, in *Comparative Constitutional Studies*, Advanced Access Articles, 17-23 (2023).

⁴⁴ Diversi si sono pronunciati, ad esempio, a favore del riconoscimento di matrimoni omosessuali (*ibidem*).

⁴⁵ Nell'elezione del 2021 solo il 55.93% dei cittadini ha votato (<https://www3.nhk.or.jp/news/html/20211101/k10013330811000.html>). Si veda a riguardo O. Hiroko, *An Exploratory Analysis of Japanese Voters Who Are Reluctant to Participate in Politics*, in 44 *Keio Communication Review* 3, 45-60(2022); Per l'analisi del supporto della popolazione più giovane rispetto alle tematiche LGBTQ+ si rimanda al già menzionato rapporto Ipsos (<https://www.ipsos.com/en/pride-month-2023-9-of-adults-identify-as-lgbt>).

⁴⁶ "LGBT理解増進法".

⁴⁷ Il fenomeno del "*LGBTQ+ Boom*" è conseguente all'ordinanza del 31 marzo di Shibuya che introduceva i certificati per le coppie omosessuali. Si veda a riguardo: J.Carson, *Being LGBT in Japan: An ethnographic study of the politics of identity and belonging*, 3-9 (2018), disponibile via: <https://etheses.whiterose.ac.uk/22094/>.

⁴⁸ Per un breve commento, si veda *Japan Government Must Deliver An LGBTI Bill That Ensures Zero Tolerance Of Discrimination*, 2-6-2021, disponibile via <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2021/06/japan-government-must-deliver-an-lgbti-bill-that-ensures-zero-tolerance-of-discrimination/>.

⁴⁹ I. Fogelberg, *Legal rights for queer people in Japan*, 7-8, (2023), disponibile via <https://su.diva-portal.org/smash/get/diva2:1812002/FULLTEXT01.pdf>.

Nel 2021, una versione revisionata della bozza di legge, questa volta redatta dal PLD con l'intesa dei partiti d'opposizione, fu sottoposta allo scrutinio della Dieta. Vale la pena sottolineare il tempismo di tale proposta, poiché il Giappone aveva preso l'impegno di approvare il disegno di legge prima dell'inizio delle Olimpiadi e Paralimpiadi del 2020. La bozza avanzata, nell'intento delle forze politiche, doveva pertanto rispecchiare i principi della Carta Olimpica, tra cui si richiama il divieto di operare discriminazioni⁵⁰. Pertanto, nella proposta di legge era inclusa, tra gli obiettivi ed i principi basilari, l'affermazione secondo cui “*discrimination on the grounds of sexual orientation and gender identity is unacceptable*”. Nonostante l'elevato grado di consenso mostrato dalla popolazione⁵¹ verso l'approvazione del disegno di legge, il progetto naufragò inesorabilmente, ancora una volta a causa della contrapposizione delle fazioni più conservatrici⁵².

La necessità di introdurre misure volte a garantire le minoranze sessuali da forme di discriminazioni riemerse nel dibattito pubblico nel 2023⁵³. Il nuovo disegno di legge avrebbe dovuto essere approvato, secondo i programmi del legislatore, prima del summit del G7 tenutosi ad Hiroshima tra il 19 ed il 21 maggio. Tuttavia, la difficoltà di trovare un compromesso tra le forze politiche ha portato ad un ritardo, per cui il testo è stato approvato soltanto il 16 giugno (legge n. 68/2023), ed è entrato in vigore il 23 giugno. Il testo definitivo⁵⁴ approvato contiene una formulazione differente rispetto a quella del 2021. La legge n.68/2023, infatti, include l'enunciazione per cui “non dovrebbero esserci discriminazioni ingiuste”.

⁵⁰ Inoltre, il Motto delle Olimpiadi di Tokyo (2020) era proprio “*Unity in Diversity*”. Si percepisce la pressione internazionale nei confronti del Giappone al fine di garantire in maniera più estesa i diritti umani. Emblematico a tal riguardo è il rapporto di *Human Rights Watch, Reporter's guide for the 2020 Summer Olympic and Paralympics Games in Tokyo*, 09-07-2021, disponibile via: https://www.hrw.org/sites/default/files/media_2021/07/japan0721_tokyoolympics_reportersguide_0.pdf. Come noto, le Olimpiadi di Tokyo 2020, a causa dell'epidemia da Covid-19, si sono tenute nel 2021.

⁵¹ Dal già menzionato report di *HRW* emerge che l'88% della popolazione fosse a favore dell'introduzione di una legge che tutelasse le minoranze sessuali da qualsivoglia forma di discriminazione (*Ibidem*).

⁵² Quest'ultime criticavano l'introduzione di siffatta legge sotto più punti di vista, tra cui quello relativo alla necessità di tutelare i valori della “famiglia tradizionale” e la paura che la diffusione dei matrimoni omosessuali potesse portare ad un peggioramento della natalità. Sulle ragioni che hanno portato al fallimento della proposta del 2021 si richiama il presente studio: J. Fogelberg, *Legal rights for queer people in Japan*, 2023, disponibile via <https://su.diva-portal.org/smash/get/diva2:1812002/FULLTEXT01.pdf>.

⁵³ Ciò in seguito in seguito ad alcuni commenti discriminatori effettuati da Mayasoyoshi Arai, un collaboratore del primo ministro Fumio Kishida. Per un breve commento si veda *Japanese Prime Minister's Aide Leaving Over LGBTQ Remarks*, in *Apnews*, 4-02-2023, disponibile via: <https://apnews.com/article/japan-government-fumio-kishida-lgbtq-people-73e1f64794f4966875b66869c58e2d95#:~:text=Prime%20Minister%20Fumio%20Kishida%20told%20reporters%20Saturday%20that%20Masayoshi%20Arai,comments%20and%20apologized%20on%20Friday>.

⁵⁴ Il testo legislativo è disponibile via <https://www8.cao.go.jp/rikaizoshin/law/pdf/jobun.pdf>.

Appare con evidenza come tale stesura potrebbe aprire la strada a forme di discriminazione repute “giuste”, alimentando anche il ricorso a una discrezionalità eccessiva. Proprio per questo la legge è stata criticata da numerose ONG: si teme che il testo non riuscirebbe, così come formulato, ad evitare *in toto* le discriminazioni basate sull’orientamento sessuale e l’identità di genere⁵⁵. Infatti, la legge n.68/2023, contenente principi di portata generale, è volta solo a promuovere una maggiore conoscenza e comprensione nei confronti della comunità LGBTQ+. La promozione e la conoscenza sono pur sempre dei fini apprezzabili, considerato che questi sono propedeutici al riconoscimento di forme di ingiustizia, prima di tutto per coloro che le subiscono⁵⁶. Tuttavia, la proclamazione di principi così generali e privi di specifico contenuto, nonché la preclusione solo di discriminazioni “ingiuste”, delineano un quadro normativo, ancora una volta, carente dal punto di vista della tutela delle minoranze sessuali. In continuità con il passato, sembrerebbe emergere come l’organo legislativo, a causa dell’egemonia del PLD, non riesca a garantire l’effettiva tutela dei diritti delle minoranze sessuali, rendendo viepiù necessario l’attivismo giudiziario.

4. L’impatto del *koseki*

Se proviamo ad approfondire l’analisi del contesto sociale e giuridico giapponese, per cercare di comprendere dove si annidano le difficoltà ad accettare i diritti delle minoranze sessuali, non si può trascurare l’impatto del sistema, più volte richiamato, del *koseki* (戸籍), ossia l’anagrafe dello stato civile giapponese. È questo, infatti, che registra il sesso delle persone⁵⁷. La struttura del *koseki* è regolata dalla *Law of Family Register* (legge n. 224/1947)⁵⁸. In particolare, l’art. 13 individua i dati che devono essere oggetto di iscrizione: cognome e nome; data di nascita; matrimonio; morte; adozione; nomi del padre e della madre e il rapporto con loro; in caso di adozione, il nome del padre e della madre adottivi; se coniugato/a, si indica se la persona è marito e moglie; se trasferito/a da altro *koseki*, indicazione di quest’ultimo; indirizzo registrato.

⁵⁵ Si richiama ad esempio la denuncia di *Human Rights Watch*, in *Japan Passes Law to ‘Promote Understanding’ of LGBT People*, 12-07-2023, disponibile via: <https://www.hrw.org/news/2023/07/12/japan-passes-law-promote-understanding-lgbt-people>.

⁵⁶ L’ingiustizia deve infatti esser resa visibile poiché “Soltanto così si potrà generare quell’indignazione che è la molla per ogni cambiamento”. T. Groppi, *Oltre le gerarchie*, Bari, 2021, 34.

⁵⁷ Secondo la legge n. 224/1947, il sesso del/della figlio/a deve essere indicato nell’atto di nascita (art. 49, comma 2) e l’iscrizione nel *koseki* avviene con il ricevimento di quest’ultimo (art. 24). I medici determinano se un bambino è maschio o femmina in base all’aspetto esterno dei suoi genitali

⁵⁸ 戸籍法, *kosekihō*, Per il testo di legge si veda: https://www.japaneselawtranslation.go.jp/en/laws/view/2161#je_ch1at5.

Il registro di famiglia venne istituzionalizzato durante il periodo *Meiji*⁵⁹, grazie all'approvazione simultanea del Codice civile (1898) e della *Law of Family Register* (1898). Questi due strumenti legislativi agivano in maniera sinergica, al fine di garantire la presenza di una struttura legale che assicurasse il funzionamento delle relazioni familiari. Il principale obiettivo del *koseki* era quello di delineare le relazioni familiari, ossia i rapporti all'interno della casata, definita *ie*⁶⁰. L'intera popolazione veniva pertanto classificata sulla base delle unità residenziali, invece che delle classi sociali. Al centro del sistema era il capofamiglia, cui veniva affidato il compito di assicurare agli altri componenti del nucleo i mezzi di sostentamento. Così facendo, il governo riusciva a risparmiare in termini di dipendenti pubblici, delegando ai capifamiglia il compito di assicurare la pace e la sicurezza dei "sudditi"⁶¹. Inoltre, il *koseki* aveva una funzione "sociale", poiché l'accesso alle informazioni contenute nel registro familiare era consentito a tutta la comunità⁶².

Sebbene il Codice civile sia stato revisionato nel 1947, e con esso la *Law of Family Register*, il sistema del *koseki* permane, seppur in forma differente. In particolare, è stato abolito il sistema della casata, in quanto considerato incompatibile con l'art. 24 della nuova Costituzione⁶³. La *ie* è stata pertanto sostituita dalla nuova famiglia, di modo che, almeno a livello formale, i diritti dell'individuo e l'eguaglianza di genere siano rispettati. Un dato continua ad essere presente: l'individuo non viene considerato nella sua singolarità, ma quale appartenente al nucleo familiare. L'unità di registrazione è oggi la famiglia (*ko*), all'interno della quale viene individuato il capofamiglia (*Hittōsya* 筆頭者), ossia, a seconda dei casi, il marito, la

⁵⁹ In realtà l'istituto del *koseki* è molto risalente nel tempo, poiché è stato importato dalla Cina nel 7 secolo. Sebbene la struttura, l'incorporazione e le conseguenze sociali del *koseki* siano cambiate notevolmente nel tempo, il suo ruolo è sempre stato quello di "identificare, categorizzare e definire la popolazione giapponese". Precedentemente alla Restaurazione *Meiji*, il *koseki* non veniva gestito a livello centrale, ma dai singoli domini. K.J. Krogness, *Jus Koseki: Household registration and Japanese citizenship*, in 12 *The Asia-Pacific Journal. Japan Focus* 35-1, 1-24 (2014).

⁶⁰ Il sistema della casata, strettamente dipendente dalla filosofia confuciana dell'obbligazione filiale, era basato sulla primogenitura e l'uscita delle figlie dal nucleo successivamente al matrimonio. In siffatto sistema le donne vantavano un potere decisivo all'interno della loro famiglia, ma non potevano esercitare alcun diritto di proprietà, essendo tra l'altro subordinate alla tutela del marito. Si veda: K.S. Lee, P.A. Tufis, D.F. Alwin e J. Teachman, *Separate Spheres or Increasing Equality? Changing Gender Beliefs in Postwar Japan*, in 72 *Journal of Marriage and Family* 1, 184-201(2010).

⁶¹ T. Nobuyoshi, *The Reform of Japanese Family Law and Changes in the Family System*, in *U.S.-Japan Women's Journal* 6, 66-82 (1994).

⁶² K.J. Krogness, *Jus Koseki: Household registration and Japanese citizenship*, in 12 *The Asia-Pacific Journal. Japan Focus* 35-1, 1-24 (2014).

⁶³ Art. 24: "Il matrimonio sarà basato unicamente sul consenso reciproco di entrambi gli sposi e sarà mantenuto attraverso una mutua collaborazione, sulla base di eguali diritti per il marito e per la moglie. Le leggi riguardanti la scelta del coniuge, i diritti di proprietà, l'eredità, la scelta del domicilio, il divorzio ed altre questioni relative al matrimonio ed alla famiglia saranno formulate ispirandosi ai principi della dignità individuale e dell'eguaglianza fondamentale dei sessi" (<https://www.art3.it/Costituzioni/costituzionegiappone.pdf>).

moglie o il figlio. L'*Hittōsya* ha l'obbligo di comunicare all'ufficio competente tutti gli atti rilevanti che riguardano il nucleo familiare. Il sistema del *koseki* evoluitosi dagli anni Cinquanta fu funzionale allo sviluppo della società giapponese del Dopoguerra. In tale contesto la famiglia si basava sul modello sociale del *breadwinner*, per cui al marito veniva demandato il compito di garantire il sostentamento economico, mentre la moglie ed i figli erano chiamati a supportarlo⁶⁴. Pertanto, la dottrina ha spesso contestato al *koseki* di facilitare una visione familiare fortemente patriarcale e moralista, impedendo lo sviluppo sociale ed individuale⁶⁵. Inoltre, l'istituto in commento è stato criticato anche nella parte in cui presenta una visione del genere esclusivamente binaria, la quale non solo non rispecchia il *trend* globale, ma è anche contraria al sentire sociale⁶⁶.

Ad oggi, tutti i cittadini giapponesi hanno l'obbligo di essere registrati nel *koseki*. L'istituto del registro di famiglia è talmente centrale da integrare le norme di diritto primario, per cui in dottrina si parla spesso di "*ius koseki*"⁶⁷. Con quest'ultimo si fa riferimento al diritto di essere registrati all'anagrafe civile, poiché da ciò discende il godimento di determinati diritti (ad esempio, questo è fondamentale per sposarsi, ottenere il passaporto o esercitare i diritti ereditari).

Ogni Stato prevede un sistema di registrazione civile che deve includere tutte le informazioni legate all'individuo ed al suo *status*, così come le informazioni legate alle relazioni familiari. È pertanto opportuno chiedersi cosa differenzi il Giappone dagli altri Paesi. La divergenza è data dalla circostanza che nel *koseki* l'unità di registrazione considerata non è l'individuo, ma il nucleo familiare (*ko*). Ciò fa sì che i singoli percepiscano loro stessi non nella loro individualità, ma nella loro appartenenza al *ko*. Questa visione "famiglio-centrica" emerge dall'art. 13 della legge sulla registrazione della famiglia che, tra i dati oggetto di iscrizione, include "nome della madre e del padre ed il rapporto con loro". Di conseguenza, il riconoscimento legale del sesso in Giappone è mediato dalle relazioni familiari, così come indicate nel *koseki*⁶⁸.

⁶⁴ T. Nobuyoshi, *The Reform of Japanese Family Law and Changes in the Family System*, in *U.S.-Japan Women's Journal* 6, 66-82 (1994).

⁶⁵ Tra gli altri, si richiamano le critiche di Endō Masataka. Tuttavia, secondo un'opinione diffusa, il patriarcato giapponese non può essere ricondotto ad un'unica causa, in quanto esso si sarebbe formato in conseguenza di differenti e complesse ragioni. Si richiamano a riguardo gli scritti di Walby: S. Walby, *Theorising patriarchy*, in *23 Sociology* 2, 213-243 (1989).

⁶⁶ Nel già menzionato sondaggio condotto da Ipsos nel 2023, è stato sottoposto il presente quesito alla popolazione giapponese: "*Government-issued documents such as passports should include an option other than "male" and "female" for people who do not identify as either*". Il 58% ha risposto di condividere tale affermazione; il 22% invece non era d'accordo; mentre il 20% non era sicuro (per il sondaggio si veda: <https://www.ipsos.com/en/pride-month-2023-9-of-adults-identify-as-lgbt>). Pertanto, la maggioranza della popolazione sembrerebbe essere a favore dell'introduzione di un terzo genere.

⁶⁷ K.J. Krogness, *Jus Koseki: Household registration and Japanese citizenship*, in *12 The Asia-Pacific Journal. Japan Focus* 35-1, 1-24 (2014).

⁶⁸ D. Chapman, *Gender and the Koseki*, in J. Coates, L. Fraser, M. Pendleton (Eds), *Routledge Companion to Gender and Japanese Culture*, Abingdon-New York, 2020, 89-91.

Secondo quanto esposto, il *koseki* non si limita a indicare i dettagli afferenti alla nascita, ma contiene anche i dati attinenti a matrimoni, divorzi, cambio del nome, cambio del sesso e morte. Questa perdurante registrazione della vita giapponese viene criticata, in quanto essa realizza una forma di potere coercitivo che fa sì che il *koseki* diventi un mezzo per la validazione dell'esistenza degli individui⁶⁹. Il problema deriva dal fatto che la realtà attuale non corrisponde alla tradizionale visione della famiglia così come prevista nel *koseki*, e questo è foriero di criticità per gli individui e le famiglie che non rientrano negli stringenti standard stabiliti dalla legge. È stato osservato che il *koseki* è un meccanismo funzionale allo Stato giapponese per standardizzare la popolazione, e ciò è possibile grazie alla sinergica azione della legislazione familiare, del Codice civile e della normativa sulla cittadinanza.

5. Il contributo della giurisprudenza

A seguito del “*LGBTQ+ boom*” del 2016, i diritti delle minoranze sessuali hanno iniziato a guadagnare spazio anche nelle aule di giustizia. Il solo fatto che una questione sia affrontata a livello giurisprudenziale è di per sé sintomo di una maggiore consapevolezza sociale.

In dottrina, si riconosce la potenziale centralità che le corti possono assumere nei “*dominant party systems*”, come quello nipponico. È stato infatti osservato che in Giappone la “deferenza giudiziaria” sembrerebbe meno giustificabile a causa dell'ambiguità del mandato elettorale del PLD. I giudici, nell'esercizio del loro mandato, dovrebbero essere consapevoli del peculiare meccanismo scaturente dall'egemonia del PLD, specialmente poiché spesso i diritti delle minoranze, seppur ritenuti centrali dall'opinione pubblica, non vengono sufficientemente tutelati dal partito dominante⁷⁰. I giudici, in un contesto in cui una ristretta parte della popolazione esercita il proprio diritto al voto, mostrano un contatto più stretto con la realtà sociale. Difatti, come emergerà dall'analisi che segue, sovente le corti, nelle loro decisioni, si sono riferite alle percezioni della popolazione, richiamando talvolta *opinion polls*⁷¹.

La Corte suprema giapponese, già nel 2019, è stata chiamata a valutare la costituzionalità dei requisiti imposti dalla legge n. 111/2003⁷². In tale occasione un uomo transgender, non sottopostosi ad intervento chirurgico, aveva richiesto di essere riconosciuto giuridicamente come appartenente al sesso maschile all'interno del *koseki*⁷³. A sostegno delle sue pretese, il

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ Per approfondimenti si veda: G. Baldwin, *Same-sex marriage in Japan and the role of courts in a dominant party system*, in *Comparative Constitutional Studies*, Advanced Access Articles, 7-9 (2023).

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² Per il testo completo della sentenza si veda https://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=1634.

⁷³ “*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*

ricorrente aveva demandato alla Corte di riconoscere che l'obbligo di sottoporsi ad intervento chirurgico fosse contrario agli articoli 13 e 14, paragrafo 1, della Costituzione. In tale occasione, tuttavia, i giudici hanno respinto all'unanimità il ricorso. La Corte ha riconosciuto che il requisito oggetto d'esame avrebbe obbligato alcune persone a sottoporsi a trattamento chirurgico contro la loro volontà, comportando la violazione della propria integrità personale⁷⁴. Tuttavia, secondo i giudici, le previsioni legislative mantenevano una loro legittimità costituzionale, in quanto strumentali ad evitare la “confusione sociale”, almeno “*at this point of time*”. Così facendo, i *Justices* della *Saikō-Saibansho* hanno riconosciuto la necessità di valutare costantemente la validità delle norme, in considerazione del mutare della sensibilità sociale. Dal testo della sentenza emerge la presenza di due opinioni concorrenti, quella della Giudice Kaoru Onimaru e del Giudice Mamoru Miura, i quali hanno richiesto esplicitamente alla Dieta di revisionare la legislazione in materia. Questi hanno altresì riconosciuto l'intrinseco legame tra lo sviluppo della personalità individuale e l'identità di genere, riconducendo pertanto quest'ultima all'art. 13 della Costituzione⁷⁵. A sostegno delle proprie argomentazioni, Miura e Onimaru, hanno fatto riferimento ad un precedente del 2017 della Corte europea dei diritti umani⁷⁶ (seppur non menzionando esplicitamente il caso) in cui venne riconosciuto il contrasto tra l'obbligo di sterilizzazione ed i principi Convenzione europea dei diritti umani (CEDU).

Come visto, talvolta i contributi giurisprudenziali al riconoscimento dei diritti delle persone transgender sono contenuti nelle opinioni dissenzienti⁷⁷. Ciò è quanto emerge anche nella sentenza della Corte suprema del 30 novembre 2021⁷⁸. Nel caso in esame, una donna transessuale, dopo essersi sottoposta ad operazione chirurgica (MtF)⁷⁹ e alla sterilizzazione, aveva mostrato la sua volontà di modificare il sesso come indicato nel *koseki*. Tuttavia, poiché la legge n. 111/2003 prevede il requisito di non avere figli (minorenni), la ricorrente non aveva potuto portare a compimento il processo legale di transizione di genere. Reputando tale

ruling and avoiding rapid changes amid the situation where gender status had long been distinguished based on biological gender status”.

⁷⁴ “*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*”.

⁷⁵ Japan Federation of Bar Associations, *Realization of Gender Equality and the Judiciary - Challenges and Issues from the Perspective of Practicing Attorneys*, 270-273 (2023).

⁷⁶ Di seguito Corte EDU.

⁷⁷ Lech Garlicki individua come la *dissenting opinion* favorisca l'espressione del pluralismo e che sia utile per segnalare all'opinione pubblica il carattere controverso di alcune questioni. Si veda a riguardo K. Kelemen, *Dissenting Opinions in Constitutional Courts*, in 14 *German Law Journal* 8, 1345-1371 (2013).

⁷⁸ Per il testo della sentenza si rinvia a https://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/733/090733_hanrei.pdf.

⁷⁹ *Male to Female*.

requisito contrario agli articoli 13 e 14 della Costituzione, specialmente considerato che viveva ormai la sua quotidianità come donna, ella aveva richiesto l'intervento della *Saikō-Saibansho*. La Corte suprema⁸⁰, ha rigettato la questione, sostenendo la legittimità costituzionale di tale requisito. Nella motivazione, i giudici hanno individuato come la norma mantenesse una sua legittimità poiché volta alla tutela dell'interesse del "fanciullo". Ciò che la disposizione voleva scongiurare era l'eventuale confusione all'interno delle relazioni familiari. A rilevare è l'opinione dissenziente del Giudice Katsuya Uga⁸¹, il quale ha sostenuto l'illegittimità del requisito oggetto di esame, poiché contrastante con l'art. 13 della Costituzione. Nel suo contributo, egli ha esteso l'esame anche agli altri requisiti della legge n.111/2003. Nel fare ciò il *Justice* ha mostrato una particolare attenzione nei confronti delle percezioni sociali, sottolineando come la maggioranza delle persone valutasse la normativa incostituzionale, poiché ostativa allo sviluppo della propria individualità. Il *Justice* ha altresì riconosciuto l'evoluzione della tecnica e della medicina intercorsa rispetto al momento dell'introduzione della Costituzione. Infatti, se nel 2003 l'operazione di riassegnazione del sesso era l'unica soluzione, nel momento in cui scrive il ventaglio delle possibilità risultava nettamente ampliato. La sterilizzazione rappresentava pertanto soltanto una delle strade percorribili per completare il processo medico di transizione di genere. Secondo il Giudice Uga, poiché la ricorrente viveva la sua quotidianità come donna, la modifica del sesso, così come indicato nel registro, era funzionale a garantire la corrispondenza tra il dato fattuale e quello legale, evitando proprio la confusione menzionata dall'opinione di maggioranza. Infatti, sarebbe la discrepanza tra le condizioni legali e quelle effettive a poter ledere l'interesse del minore. A sostegno della sua tesi, il Giudice Uga ha richiamato anche il diritto straniero, sottolineando l'eliminazione di requisiti analoghi in Ucraina⁸². Si tratta di un dato rilevante, che dimostra l'importanza di guardare oltre i propri confini, specialmente in assenza di un sistema regionale di protezione dei diritti umani⁸³.

Più recentemente, nel luglio 2023, la Corte suprema⁸⁴ è stata chiamata a pronunciarsi, nella veste di giudice d'appello, sulla decisione di funzionari del Ministero dell'Economia, del Commercio e dell'Industria di vietare ad una donna transgender, impiegata presso lo stesso, di usare il bagno delle

⁸⁰ In particolare, la Terza *Petty Bench* composta da 5 *Justices*.

⁸¹ Sembra opportuno segnalare che il Justice Katsuya Uga, come si legge dal sito della Corte suprema giapponese (<https://www.courts.go.jp/english/about/justice/Uga/index.html>), ha trascorso vari periodi all'estero come *visiting professor* in varie università americane.

⁸² In particolare, il Giudice Uga si riferisce all'intervento legislativo del 2016 volto alla semplificazione del processo per il riconoscimento di genere.

⁸³ L'importanza del "*comparative dialogue, on sharing with and learning from others*" venne enfatizzata dal Justice R.B Ginsburg: R.B. Ginsburg, "*Looking Beyond our Borders: The Value of a Comparative Perspective in Constitutional Adjudication*", in *22 Yale Law & Policy Review* 2, 329-337(2004).

⁸⁴ La questione è stata trattata dalla *Petty Bench*, ossia con la presenza di 5 giudici. Per la sentenza si veda: https://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/191/092191_hanrei.pdf.

donne. La ricorrente, sottopostasi a terapia ormonale dal 2008, non aveva potuto effettuare l'intervento chirurgico per motivi di salute. Nel 2009, ella aveva pertanto parlato al suo datore di lavoro della propria condizione, richiedendo di potersi comportare come una donna. Egli l'aveva autorizzata ad indossare abiti femminili e utilizzare un altro nome, ma aveva permesso alla stessa di usufruire dei bagni delle donne solo se collocati su altri piani, al fine di evitare un eventuale disagio per le altre dipendenti. Nel 2013, la ricorrente aveva richiesto l'intervento della *National Personnel Authority* sulla base dell'art. 86 del *National Public Service Law*⁸⁵ (1947), domandando di esser trattata a tutti gli effetti come una donna, ivi includendo la possibilità di utilizzare i servizi sanitari femminili collocati allo stesso piano. Tuttavia, la *National Personnel Authority* aveva confermato la decisione del Ministero nel 2015. Per tale motivo, la donna aveva presentato ricorso presso la Corte distrettuale di Tokyo, la quale, nel 2019, aveva accolto la sua richiesta, reputando come degno di tutela l'interesse giuridico della stessa a vivere secondo il suo *self-identified gender*. Tale decisione era stata tuttavia ribaltata in appello dall'Alta Corte di Tokyo⁸⁶ ed il risarcimento dei danni riconosciuti alla donna significativamente ridotto. La ricorrente aveva pertanto richiesto l'intervento della Corte suprema, la quale ha accolto il suo ricorso, riaffermando quanto già statuito in primo grado dalla Corte distrettuale di Tokyo. La Corte suprema, nella sua motivazione, dopo aver ripercorso le peculiarità del caso sottopostogli, ha individuato che la *National Personnel Authority*, organo posto a tutela degli interessi degli impiegati pubblici, aveva compiuto un abuso di potere nel confermare le decisioni del Ministero⁸⁷. Difatti, ferma restando la discrezionalità della decisione, la *National Personnel Authority*, ad opinione dei giudici, aveva erroneamente bilanciato

⁸⁵ Nello specifico tale art., rubricato *Request for Administrative Action on Working Conditions*, statuisce: “*Officials may make requests to the National Personnel Authority that appropriate administrative action be accorded by the National Personnel Authority, the Prime Minister, or the head of the government agency employing that official, relative to salary, pay, or any other working condition*”. Per il testo di legge si veda: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwim16zKkYOFAXV79gIHHarOD9YQFnoECB8QAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.japaneselawtranslation.go.jp%2Fen%2Fflaws%2Fview%2F2713&usq=AOvVawOr68J5iJauLRGOnScEZ7BS&opi=89978449>.

⁸⁶ In Giappone, il sistema giudiziario assume un'articolazione piramidale, comprensiva di tre gradi di giudizio. Vi sono cinque tipi di Tribunali: La Corte suprema, otto Alte corti (queste hanno principalmente funzione di Corte di Appello), cinquanta corti Distrettuali con competenza generale, cinquanta corti che si occupano del diritto di famiglia e quattrocentotrentotto tribunali semplici (questi si occupano della risoluzione delle controversie di valore esiguo). Il 90% del contenzioso in Giappone viene gestito dalle corti di famiglia e dai tribunali semplici, i quali seguono una procedura semplificata che differisce rispetto a quella utilizzata dalle altre corti. Lo stesso sito della Corte suprema giapponese reca uno schema esplicativo: <https://www.courts.go.jp/english/index.html>. Per approfondimenti si consiglia la lettura di: A. Ortolani, *Ordinamento giudiziario*, in G.F. Colombo, G. Lemme (cur.) *Introduzione al diritto giapponese*, Torino, 2021, 31-42.

⁸⁷ Per un breve commento si veda *Japan's top court says government restrictions on transgender employee's use of restrooms illegal*, in *Pbs News*, 11-07-2023, disponibile via: <https://www.pbs.org/newshour/amp/world/japans-top-court-says-government-restrictions-on-transgender-employees-use-of-restrooms-illegal>.

gli interessi giuridici oggetto d'esame, dando priorità all'eventuale disagio delle dipendenti piuttosto che ai diritti della ricorrente. Secondo la Corte, ciò era viepiù grave in considerazione che le altre dipendenti non avevano mostrato alcun disagio agli altri cambiamenti già intercorsi dal 2009. Sulla base di queste considerazioni, la Corte suprema ha accolto le richieste della ricorrente. Dal testo della sentenza risulta anche l'opinione complementare del Giudice Uga. Questi si è soffermato più in generale sui requisiti previsti dalla legge per la transizione di genere. Egli ha evidenziato la potenziale incostituzionalità del requisito, previsto dalla legge n. 111/2003, di sottoporsi ad operazione chirurgica. Tale obbligo sarebbe, ad opinione del Giudice, eccessivamente oneroso, sia dal punto di vista fisico che dal punto di vista finanziario. Come sottolineato da *Human Rights Watch*, tale decisione costituisce un importante precedente in materia, cui anche i datori di lavoro dovrebbero conformarsi⁸⁸. La pronuncia aderisce alla prevalente visione della società sul tema, in quanto la maggioranza della popolazione giapponese ritiene che le persone transessuali debbano essere libere di utilizzare il bagno del genere in cui si identificano⁸⁹.

Veniamo adesso alla pronuncia di incostituzionalità del 25 ottobre 2023⁹⁰. La Corte suprema ha sancito l'incostituzionalità della legge n. 111/2003 nella parte in cui includeva la sterilizzazione tra i requisiti per portare a compimento il processo di transizione di genere. La ricorrente aveva presentato un ricorso giudiziale poiché, sebbene si fosse sottoposta ad una terapia ormonale, le era stato richiesto di sottoporsi all'intervento chirurgico e alla sterilizzazione per poter cambiare il sesso registrato nel *koseki*. Dopo aver visto negate le sue pretese nei primi due gradi di giudizio sulla base del fatto che tali requisiti erano necessari ad evitare la "confusione sociale", ella aveva deciso di presentare appello presso la Corte suprema, sostenendo l'incostituzionalità delle condizioni⁹¹. La Corte suprema, nel decidere il caso, ha riconosciuto l'evoluzione medica intercorsa dal 2003, ed in particolare l'evoluzione delle *GID Guidelines*, avendo queste, nella loro attuale edizione, dato priorità alle specifiche condizioni del paziente. La Corte suprema ha altresì riconosciuto come, nel momento dell'approvazione della legge n. 111/2003, la maggior parte dei Paesi prevedeva, ai fini della transizione di genere, il requisito di sottoporsi a gonadectomia. Tuttavia, i giudici hanno sottolineato il mutamento nella situazione globale e hanno

⁸⁸ *Human Rights Watch*, in *Japan Supreme Court Ruling a Victory for Transgender Employees*, 18-07-2023, disponibile via: <https://www.hrw.org/news/2023/07/18/japan-supreme-court-ruling-victory-transgender-employees>.

⁸⁹ Sempre nel richiamato sondaggio di *Ipsos* (<https://www.ipsos.com/en/pride-month-2023-9-of-adults-identify-as-lgbt>) è stato chiesto agli intervistati giapponesi quanto fossero d'accordo con la presente affermazione: "*Transgender people should be allowed to use single-sex facilities (e.g., public restrooms) that correspond to the gender they identify with*". Il 52% delle persone hanno affermato di essere d'accordo; il 22% non era sicura; ed il 26% era contraria.

⁹⁰ Per il testo della sentenza si veda nota 1.

⁹¹ Per un breve commento alla sentenza si veda *Japan: Transgender rights progress as court rules surgery not required for legal gender change*, in *Amnesty International*, 25-10-2023, disponibile via : <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2023/10/japan-ruling-gender-surgery-lgbti-rights/>.

richiamato a sostegno della loro motivazione la sentenza della Corte EDU *A.P. Garçon and Nicot v. France* (2017)⁹², in cui venne riconosciuto il contrasto tra l'obbligo di sterilizzazione ed il testo della CEDU. Come si è cercato di illustrare, la Corte ha mostrato più volte un'attenzione verso lo sviluppo sociale, e questa sentenza non fa eccezione. Infatti, i giudici hanno osservato come, dall'approvazione della legge n. 111/2003, più di 10.000 persone avevano fatto ricorso al procedimento per la riassegnazione del sesso. Proprio per questo, si sarebbe diffusa una maggior consapevolezza nei confronti delle persone transgender. Pertanto, sembrerebbe difficile sostenere ad oggi che la condizione delle persone transgender possa di per sé provocare "confusione sociale". L'identità di genere, ad opinione della Corte, necessiterebbe di una tutela di rango costituzionale, in quanto attributo fondamentale degli individui, proprio per le ripercussioni di questa in vari aspetti della vita sociale. La legge n. 111/2003, secondo i giudici, costringerebbe gli individui ad una "*cruel choice between accepting the sterilization surgery and giving up important legal benefits of being treated according to their gender identity*". Pertanto, la *Grand Bench* (composta da 15 membri) ha sancito, all'unanimità, che il requisito della sterilizzazione fosse troppo restrittivo e violasse pertanto il diritto degli individui al perseguimento della felicità, consacrato all'art. 13 della Costituzione⁹³.

Per quanto attiene all'ulteriore requisito contestato, ossia la sottoposizione ad intervento chirurgico, la Corte ha rinviato per la sua valutazione all'Alta Corte di Hiroshima, in qualità di rimettente⁹⁴. A tal riguardo, tuttavia, si segnala la presenza di opinioni diversificate all'interno della Corte. Il giudice Miura Mamoru si è mostrato concorde con l'opinione della maggioranza nel ritenere l'illegittimità del requisito della sterilizzazione. Tuttavia, ha sostenuto l'incostituzionalità anche del requisito dell'intervento chirurgico. Ad opinione del giudice Miura, tale condizione mancherebbe di razionalità da un punto di vista medico. In secondo luogo, il Giudice ha richiamato quanto stabilito dalla stessa Corte suprema nel 2019, nella parte in cui si evidenziava la necessità di valutare la ragionevolezza della norma nel tempo, sulla base dell'evoluzione delle condizioni sociali. Egli ha sottolineato come la percezione sociale dell'orientamento sessuale fosse mutata rispetto al 2019. A supporto di questa considerazione, il Giudice ha richiamato la diffusione dei certificati attestanti le relazioni tra coppie dello stesso sesso⁹⁵. Il fatto che questi istituti si stessero diffondendo senza provocare problemi all'interno delle comunità

⁹² Per il testo della sentenza si veda: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22002-11618%22%5D%7D>.

⁹³ La *Family Court* di Okayama, il 7 febbraio 2024, è stata la prima ad applicare il principio sancito nella sentenza del 25 ottobre 2023, riconoscendo al ricorrente Tacaquito Usui di modificare anagraficamente il proprio sesso senza doversi sottoporre a gonadectomia. Per la notizia si veda *Court approves gender change for nonsterilized trans man in Japan*, in *Japan Times*, 08/02/2024, disponibile via: <https://www.japantimes.co.jp/news/2024/02/08/japan/crime-legal/japan-court-trans-man-gender-change/>.

⁹⁴ Come noto, infatti, la giustizia costituzionale giapponese segue un modello di tipo diffuso, per cui tutti i giudici possono sancire l'incostituzionalità di una norma.

⁹⁵ Il Giudice sottolinea che mentre nel 2019 solo una decina di città prevedevano tali certificati, ad oggi lo prevedono 320 amministrazioni locali.

locali testimoniarebbe, nell'ottica del Giudice, una maggiore apertura della società rispetto alle minoranze sessuali. Anche il Giudice Kusano Koichi ha sottoscritto un'opinione dissenziente. Egli, come Miura, si è mostrato concorde con l'opinione di maggioranza, ma ha ritenuto incostituzionale anche l'obbligo di sottoporsi all'intervento chirurgico. Infine, si richiama la presenza dell'opinione dissenziente del Giudice Uga Katsuya. Egli, al pari dei suoi colleghi Miura e Kusano, ha sostenuto l'incostituzionalità non solo della gonadectomia ma anche del requisito dell'operazione chirurgica. Il *Justice* Uga ha altresì ricondotto i diritti riproduttivi all'interno dei diritti fondamentali degli individui, richiamando, oltre alla già menzionata sentenza della Corte EDU, una decisione della Corte costituzionale Federale tedesca (2011)⁹⁶.

È nostra opinione che, nel sancire l'incostituzionalità del requisito della sterilizzazione, la Corte abbia mostrato un "attivismo atipico" per il sistema giapponese. Così facendo la Corte suprema ha dimostrato di mettere in primo piano i diritti individuali dei cittadini, rivelando una discontinuità rispetto al precedente del 2019 in cui l'ordine sociale era stato fatto prevalere rispetto all'interesse del singolo⁹⁷. In tale frangente, tuttavia, la Corte suprema aveva dichiarato la legge costituzionale "at this point of time", con un chiaro monito al legislatore di tener aggiornato il testo legislativo e di assicurarsi che lo stesso riflettesse il mutamento sociale⁹⁸. Poiché la popolazione giapponese mostra oggi una maggiore sensibilità verso le tematiche LGBTQ+, verrebbero meno i presupposti della suddetta legge, *in primis* quello di evitare la "confusione sociale". Nonostante la pronuncia mantenga una sua importanza, adesso sarà compito della Dieta adeguare la disciplina in materia, in un sistema che in passato si è caratterizzato per una scarsa collaborazione tra giudice costituzionale e legislatore⁹⁹. Infatti, le sentenze della Corte suprema nipponica, non comportano l'eliminazione

⁹⁶ In tale occasione, la Corte costituzionale tedesca dichiarò l'incostituzionalità della *Transsexual Law* (1980), nella parte in cui prevedeva, tra i requisiti per esercitare il proprio diritto alla riassegnazione del genere, quelli dell'operazione chirurgica e della sterilizzazione. Per il testo della sentenza si veda: <https://icj2.wpenginepowered.com/wp-content/uploads/2012/07/1-BvR-3295-07-Federal-Constitutional-Court-Germany-German.pdf>.

⁹⁷ Poiché la società giapponese si è sempre contraddistinta per uno spiccato senso del dovere (l'etica sociale del *giri*) e per un forte grado di conformismo, i diritti individuali dei cittadini hanno in passato faticato ad emergere. Per approfondimenti sul tema si veda: E. Bartolini, *La Tutela dei diritti fondamentali in Giappone. Studio storico-giuridico tra tentazioni occidentali e radicamento asiatico*, Napoli, 2011. Per approfondimenti sul senso del dovere dell'etica giapponese si consiglia, sebbene risalente, la lettura dello scritto di R. Benedict, *Il crisantemo e la spada*, Bari, 2015.

⁹⁸ Seppur tale pronuncia si riferisse al requisito dell'intervento chirurgico, il monito di valutare la tenuta costituzionale della legge si estende a tutti i requisiti.

⁹⁹ Si richiama a riguardo il caso del parricidio (*Fukuoka Prosecutors' Office v. Yamato*). In tale caso la Corte suprema sancì l'incostituzionalità dell'art. 200 del Codice penale nel 1973, in quanto violava l'art. 14 della Costituzione. Tuttavia, tale norma fu eliminata dal Codice penale solo nel 1995, ossia più di 20 anni dopo la pronuncia. Per approfondimenti si veda: H. Itō, *The Role of Precedent at Japan's Supreme Court*, in 88 *Washington University Law Review* 6, 1631-1667(2011).

della norma dall'ordinamento, ma solamente la sua disapplicazione nel caso concreto¹⁰⁰.

La pronuncia di incostituzionalità del 25 ottobre 2023 è stata anche oggetto di critiche proprio in quanto la Corte suprema ha rinviato, per la valutazione degli altri requisiti, alla Corte rimettente. La ricorrente, pertanto, non ha di fatto ottenuto la soddisfazione delle sue pretese, poiché dovrà comunque sottoporsi ad un intervento chirurgico per completare il suo percorso di transizione di genere. Si tratterebbe pertanto di una vittoria parziale, seppur molto significativa, considerato che il requisito della sterilizzazione era il più invasivo tra quelli contenuti nella legge. Spetterà ora all'Alta Corte di Hiroshima, valutare la costituzionalità del requisito di sottoporsi ad intervento chirurgico. In tale analisi, le opinioni dissenzienti dei giudici Uga, Kusano e Miura potrebbero rivestire un ruolo centrale. È infatti utile considerare il ruolo propulsivo svolto dalla *dissenting opinion* dei *Justices* Onimaru e Miura nel 2019. Questi avevano operato un richiamo alla giurisprudenza della Corte EDU del 2017 che, seppur non fosse stato specificato, chiaramente si riferiva al caso *A.P., Garçon and Nicot v. France*¹⁰¹. Come segnalato dalla dottrina, infatti, lo strumento della *dissenting opinion* potrebbe agire da catalizzatore nello sviluppo del diritto¹⁰². L'Alta Corte di Hiroshima potrebbe altresì seguire la via già percorsa dalla *Family Court* di Shizuoka, la quale ha sancito l'incostituzionalità del requisito l'11 novembre del 2023¹⁰³. In quest'ultimo caso, il ricorrente, Gen Suzuki, aveva presentato ricorso nel 2021 richiedendo di poter cambiare anagraficamente il proprio sesso senza che gli fosse imposto un trattamento chirurgico, poiché a suo avviso questo costituiva una richiesta inumana e incostituzionale. Il ricorrente si era già sottoposto a terapia ormonale ed aveva già subito un intervento di eliminazione del seno. Il Giudice Sekiguchi Takehiro, nell'accogliere la sua richiesta, ha osservato che, a causa dell'incrementale accettazione della differenza sessuale e di genere, il requisito imposto non risultava in linea con il sentire sociale. Egli ha evidenziato come la scelta di affrontare un intervento chirurgico, con forte impatto sul corpo e con conseguenze irreversibili, dovrebbe essere lasciata all'individuo. Pertanto, la *Family Court* di Shizuoka ha sancito l'incostituzionalità della disposizione, consentendo al ricorrente di cambiare anagraficamente il proprio sesso, seppur non soddisfacesse tutti i requisiti.

6. Il tramonto del “passivismo giudiziario”?

¹⁰⁰ Per un'analisi dell'istituzione della Corte si rinvia a: H. Chikusa, *Japanese Supreme Court- Its Institution and Background*, in 52 *SMU Law Review* 4, 1719-1730 (1999).

¹⁰¹ A riguardo si veda A. Ejima, *The use of Foreign Precedents by the Supreme Court of Japan: Awakening?*, in T. Groppi, M. C. Ponthoreau, I. Spigno, G. Gentili (Eds), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges Around The World: An Empirical Perspective 2011-2021*, London (forthcoming, 2024).

¹⁰² A riguardo si suggerisce la lettura di: K. Kelemen, *Dissenting Opinions in Constitutional Courts*, in 14 *German Law Journal* 8, 1345-1371(2013).

¹⁰³ Per la decisione si veda <https://www.call4.jp/file/pdf/202310/bd7b673e2a59f2a32365ec4fae4b0ddd.pdf>.

La vicenda dei diritti delle persone transgender sembra confermare, a prima vista, una tendenza ormai consolidata in Giappone. In passato, le corti inferiori hanno manifestato un marcato attivismo giudiziario, sancendo in numerose occasioni l'incostituzionalità di norme di legge¹⁰⁴. Tale attivismo era invece estraneo alla Corte suprema, a cui è stato spesso contestato un eccessivo “*judicial passivism*”. Infatti, come rilevato anche dalla *Research Commission on the Constitution* nel 2005, il controllo di costituzionalità in Giappone presenta numerose problematiche¹⁰⁵. Prima di valutare se i recenti sviluppi della Corte suprema possono segnare un cambio di rotta, può essere utile indagare, senza alcuna pretesa di esaustività, le cause del “passivismo giudiziario”¹⁰⁶, un tema affrontato da diversi autori in passato.

Anzitutto, esistono ragioni “strutturali”, tra cui l'elevato numero di ricorsi che la Corte ogni anno deve trattare. Infatti, la Corte cumula su di sé differenti ruoli: giudice di appello, giudice di ultima istanza sulle questioni di costituzionalità ed altre funzioni di carattere amministrativo, tra cui rientrano le decisioni inerenti alla promozione e ai trasferimenti dei giudici. Proprio per questo, la Corte ogni anno si trova a dover decidere più di 8.000 casi e, secondo alcuni studiosi¹⁰⁷, ciò non permetterebbe alla stessa di esaminare le questioni di costituzionalità in maniera sufficientemente approfondita e tale da poter esercitare un controllo penetrante.

Un'altra motivazione di carattere “strutturale” attiene al sistema politico giapponese. Se da un lato la giurisprudenza, come precedentemente visto, può rivestire un ruolo centrale nei “*dominant party systems*”, dall'altro lato un siffatto sistema politico potrebbe ostare alla legittimazione del ruolo

¹⁰⁴ Si pensi al già menzionato caso del parricidio, in cui la Corte suprema sancì l'incostituzionalità della norma solo a seguito di una reiterata violazione, da parte dei tribunali inferiori, del precedente orientamento espresso dalla Corte suprema. Altre rilevanti pronunce di incostituzionalità sono *Sato v. Japan* (1952) e *Naguma Nike* (1973). Si veda a riguardo H. Itō, *The Role of Precedent at Japan's Supreme Court*, in 88 *Washington University Law Review* 6, 1631-1667 (2011).

¹⁰⁵ Proprio per tale constatazione, taluni membri della commissione proposero l'introduzione di un controllo di costituzionalità accentrato. A detta dei sostenitori di tale riforma, la stessa avrebbe anche risolto e problematiche derivanti dall'assenza di meccanismi che obblighino gli organi politici di adeguarsi rispetto alle pronunce di incostituzionalità rese. Tuttavia, la riforma non fu mai approvata, poiché troppa fu la paura dell'eccessiva politicizzazione dell'organo. Anche degli esponenti della dottrina si sono mostrati contrari all'introduzione di una Corte costituzionale. Si veda a riguardo S. Matsui, *Why is the court so conservative?*, in 88 *Washington University Law Review* 6, 1416-1423(2011).

¹⁰⁶ Merita menzione lo scritto di Upham in cui l'autore sostiene che le corti nipponiche si caratterizzano per un marcato attivismo, sebbene questo sia passato inosservato per più ordini di ragioni. Prima di tutto per il fatto che tale atteggiamento delle corti non si è manifestato nell'ambito della *judicial review* ma nell'interpretazione del Codice civile. In secondo luogo, per il fatto che, nonostante la copertura mediatica delle decisioni giudiziarie, l'attivismo giudiziario è raramente menzionato nel dibattito politico e nella dottrina. A riguardo si rinvia a: F.K. Upham, *Stealth Activism: Norm Formation by Japanese Courts*, in 88 *Washington University Law Review* 6, 1493-1505 (2011).

¹⁰⁷ S. Matsui, *Why is the court so conservative?*, in 88 *Washington University Law Review* 6, 1416-1423(2011).

contromaggioritario della giustizia costituzionale¹⁰⁸. Infatti, nelle numerose questioni di costituzionalità sottoposte all'attenzione della Corte suprema che riguardavano l'attività del PLD, questa ha spesso rigettato le domande¹⁰⁹. La *Saikō-Saibansho*, in tali occasioni, ha sovente preferito evitare un potenziale conflitto con gli organi di indirizzo politico assumendo un atteggiamento cauto, improntato al rispetto della discrezionalità legislativa¹¹⁰. Tale atteggiamento di *self-restraint* è inoltre legato alla procedura di nomina dei giudici della Corte suprema. Infatti, essi vengono nominati dal Governo¹¹¹: il fatto che il PLD abbia detenuto il potere legislativo in maniera sostanzialmente ininterrotta dal Dopoguerra a oggi ha determinato una notevole influenza di questo nella composizione della Corte suprema, anche considerata la breve durata del mandato dei *Justices*¹¹². Visto l'orientamento conservatore del PLD, non deve sorprendere l'approccio, altrettanto conservatore, della *Saikō-Saibansho*¹¹³.

¹⁰⁸ Occorre segnalare, tuttavia, che i giudici della Supreme Court nipponica sarebbero comunque dotati di una forma di investitura democratica, in quanto la stessa costituzione prevede uno strumento di ratifica. L'art. 79 della Costituzione, infatti, stabilisce "La nomina dei giudici della Corte suprema sarà ratificata dal popolo in occasione della prima elezione generale della Camera dei Rappresentanti successiva alla loro nomina; e sarà di nuovo sottoposta a ratifica in occasione della prima elezione generale della Camera dei Rappresentanti dopo un periodo di carica di 10 anni, e così via di seguito. Nei casi menzionati nel comma precedente, quando la maggioranza dei votanti indica che essi sono favorevoli alla revoca di un giudice, questi deve essere dimesso.". Tuttavia, nel momento in cui si scrive, non si sono ancora presentati casi di rimozione dei giudici per volontà popolare. Si veda a riguardo D.S. Law, *Why has the judicial review failed in Japan?*, in 88 *Washington University Law Review* 6, 1426-1466 (2011); A. Ortolani, Ordinarmento giudiziario, in G.F. Colombo, G. Lemme (cur.) *Introduzione al diritto giapponese*, Torino, 2021, 31-42.

¹⁰⁹ Un esempio di tale atteggiamento è mostrato nella creazione di forze di difesa, le quali sono vietate dall'art. 9 della Costituzione. Oppure è emerso anche dalle visite ufficiali, fatte dal primo ministro, al tempio Shinto di Yasukuni.

¹¹⁰ K. Tonami, *Judicial Review in Japan and its Problems*, in 33 *Waseda Comparative Law*, 2-11 (2015).

¹¹¹ Nello specifico, i giudici della Corte suprema, ad eccezione del Presidente, sono nominati dal Governo e riconosciuti dall'Imperatore (art. 79 Cost). È tuttavia emersa una convenzione costituzionale per cui i giudici in carica intrattengono contatti informali con il Governo al fine di raggiungere delle scelte condivise. A differenza degli altri giudici, il Presidente riceve l'incarico dall'Imperatore, su designazione del Governo (art. 6 Cost). A. Ortolani, Ordinarmento giudiziario, in G.F. Colombo, G. Lemme (cur.) *Introduzione al diritto giapponese*, Torino, 2021, 31-42.

¹¹² I giudici sono sovente nominati alla fine della loro carriera, verso i 64 anni, ed è previsto l'obbligo di pensionamento a 70 anni. Per questo il singolo giudice ha un limitato spazio d'intervento nelle politiche della Corte. La breve durata del mandato incrementa il potere del Governo, facendo sì che i giudici, anche se liberali, non serviranno per un lungo periodo. Si veda a riguardo: S. Matsui, *Why is the court so conservative?*, in 88 *Washington University Law Review* 6, 1375-1423 (2011). È tuttavia opportuno segnalare come, secondo altri studiosi, il processo di nomina dei giudici sarebbe in realtà in mano alla burocrazia giapponese, che detiene il controllo non solo del personale ma anche delle risorse. Si veda a riguardo: D.S. Law, *Why has the judicial review failed in Japan?*, in 88 *Washington University Law Review* 6, 1426-1466 (2011).

¹¹³ Secondo Ramseyer e Rasmusen, i politici conservatori hanno utilizzato i potenti strumenti di nomina per influenzare l'azione della Corte suprema. Si veda a riguardo

Un'altra causa del passivismo giudiziario, di carattere “istituzionale”, dipende dal fatto che la società giapponese è generalmente restia nei confronti della risoluzione giudiziale delle controversie¹¹⁴. Tale atteggiamento di diffidenza risulta legato a più fattori, tra cui si menziona la percezione sociale nei confronti dell'effettività dei meccanismi giurisdizionali. Infatti, lo scarso numero di giudici determina un'eccessiva durata dei processi, per cui, anche a causa delle elevate spese processuali, la società cerca di evitare il ricorso alle corti¹¹⁵. Ciò ha favorito l'emersione di metodi extra-giudiziali di risoluzione delle controversie, quali l'arbitrato e la conciliazione¹¹⁶. La previsione di un ventaglio di meccanismi conciliativi, attivabili in fasi differenti del procedimento, dimostra il *favor* delle istituzioni verso modalità di risoluzione extra-giudiziale. Il ricorso a meccanismi conciliativi sarebbe altresì attribuibile ad una scelta razionale: essendo il sistema giudiziario altamente prevedibile, le parti processuali possono intuire l'esito del loro caso. Per questo è per loro più logico, e meno dispendioso, cercare un accordo conciliativo sulla base dell'esito previsto¹¹⁷. In un sistema in cui il controllo di costituzionalità è di carattere incidentale, il ridotto numero di controversie riduce le possibilità di sollevare questioni di costituzionalità, riducendo gli spazi di intervento della *Saikō-Saibansho*.

Vi sono poi ragioni di carattere “culturale” che spiegano il passivismo mostrato dalla Corte suprema. Prima di tutto, la cultura giuridica giapponese tende ad astrarre completamente i giudici dalla società, al fine di salvaguardarne l'indipendenza. Come sottolineato da esponenti della dottrina, in Giappone il giudice ideale è un soggetto “senza volto”, il quale rende decisioni “uniformi e non uniche”¹¹⁸. Questa visione di uniformità

J.M. Ramseyer & E.B. Rasmusen, *Why Are Japanese Judges So Conservative in Politically Charged Cases?*, in 95 *American Political Science Association* 2, (2001).

¹¹⁴ M. Kotani, *Cultura giuridica*, in G.F. Colombo, G. Lemme (cur.) *Introduzione al diritto giapponese*, Torino, 2021, 259-261.

¹¹⁵ J.O. Haley, *The Myth of the Reluctant Litigant*, in 4 *The Journal of Japanese Studies* 2, 359-390 (1978).

¹¹⁶ In Giappone, nella prassi, la maggior parte delle conciliazioni avviene di fronte ai Tribunali, grazie ad una procedura nota come *chōthei*: questa prevede l'incontro delle parti di fronte ad una commissione, composta da un giudice e due commissari, al fine di aiutare le parti stesse a pervenire ad un accordo che soddisfi entrambe. Qualora tale accordo sia raggiunto, questo assumerà lo stesso valore giuridico della decisione giudiziale; se invece non si riesce a pervenire ad un compromesso, sarà la commissione stessa a suggerire una soluzione, la quale, se accettata, assumerà valore formale.

Qualora l'azione legale formale sia già stata instaurata, sono comunque previste delle modalità conciliative endoprocessuali: tale procedimento è denominato *wakai*. Quest'ultimo, volto a garantire una rapida risoluzione della controversia, prevede l'inclusione del giudice nella veste di conciliatore. Qualora le parti riescano a raggiungere l'accordo, questo assumerà lo stesso valore giuridico della sentenza. G.F. Colombo, *procedura civile e ADR*, in G.F. Colombo, G. Lemme (cur.) *Introduzione al diritto giapponese*, Torino, 2021, 43-55.

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ A dimostrazione di questo “anonimato” dei giudici si può richiamare anche la struttura architettonica che ospita la *Saikō-Saibansho*: un edificio privo di finestre, totalmente spersonalizzato. È tuttavia opportuno segnalare che la Corte suprema mostra un superiore grado di “individualizzazione”, basti pensare alla previsione, solo in tale contesto, della facoltà di opinioni concorrenti e dissenzienti. Si richiama a

emerge sotto più punti di vista nel sistema giudiziario giapponese: si pensi soltanto alla possibilità di cambiare il giudice nel corso del processo. Proprio per il fatto che i giudici devono rendere decisioni uniformi, si presuppone che non conti la loro individualità e che siano pertanto intercambiabili¹¹⁹. Sempre nell'intento di garantire il carattere astratto dell'attività giudiziaria, i giudici sono molto attenti a non palesare le loro idee politiche, di modo da apparire indipendenti e neutrali. Poiché le questioni di costituzionalità sono sovente politiche e controverse, è difficile per i giudici esporsi¹²⁰. Inoltre, un impatto determinante per la cultura giuridica nipponica si riconduce alla dottrina dell'atto politico espressa nel *Sunagawa Case* (1959). In particolare, il 30 marzo 1959 la Corte distrettuale di Tokyo sancì l'incostituzionalità della presenza delle basi militari statunitensi; la questione fu poi appellata, raggiungendo la *Saikō-Saibansho*. Questa, dopo aver statuito la costituzionalità delle basi americane, inaugurò la dottrina dell'atto politico (*tōchi kōi-ron*). La Corte, al tempo presieduta dal giudice Tanaka, riconobbe la sua incompetenza. Infatti, per le questioni politiche, solo il Governo o il Parlamento possono disporre, mentre la Corte suprema, essendo un organo non elettivo, non può pronunciarsi a riguardo. Il principio del *tōchi kōi-rōn*, allora enunciato, è stato sempre rispettato.

Infine, tra le ragioni del passivismo giudiziario, possono essere ricollegati motivi di carattere “sociologico”. La caratteristica che più distingue la società giapponese è lo spiccato senso di comunità, che ha portato ad un forte grado di conformazione. Pertanto, i giapponesi cercano, ove possibile, di uniformarsi alla società. Tale meccanismo è anche detto “governo del conformismo”, ossia la tendenza dei cittadini giapponesi ad operare un controllo reciproco e spontaneo. Ciò comporta l'emersione della c.d. “polizia dell'autodisciplina”, termine colloquiale che esprime la propensione, da parte dei cittadini, a farsi giustizia da soli, non con la violenza, ma attraverso meccanismi sociali. Qualora un soggetto si discosti rispetto al comportamento socialmente accettato, gli altri componenti della comunità tendono a compiere attacchi, critiche od esclusioni dalle attività sociali¹²¹. L'etica sociale giapponese è chiamata “*giri*”¹²², e la sua essenza

riguardo Y. Tsuji, *Constitutional Law Court in Japan*, in 66 *Tsukuba Journal of Law and Politics*, 65-87 (2016).

¹¹⁹ Si veda a riguardo D. H. Foote, *Restrictions on Political Activity by Judges in Japan and the United States*, in 8 *Washington University Global Studies Law Review*, 285-302 (2009).

¹²⁰ La stessa Corte suprema riconosce, nel caso *Teranshi* (1998), concernente sanzioni disciplinari del giudice, che l'atteggiamento dei giudici stranieri, i quali sono più rilassati circa le attività individuali condotte, non può essere trasposto nel contesto giapponese. *Ibidem*.

¹²¹ A riguardo si richiama lo scritto di M. Kotani, *Cultura giuridica*, in G.F. Colombo, G. Lemme (cur.) *Introduzione al diritto giapponese*, Torino, 2021, 265-275. Questo si è manifestato, di recente, durante l'epidemia del Covid 19, in cui il governo ha solo invitato gli esercizi commerciali a chiudere. Questi si sono spontaneamente conformati agli inviti, sapendo che, qualora non l'avessero fatto, i cittadini avrebbero boicottato gli esercizi stessi. Si veda, per lo studio del particolare approccio nipponico alla pandemia: E. Bertolini, *Il “soft lockdown” giapponese: un approccio “etico” all'emergenza sanitaria*, in *DPCE online*, 2020/2, 2095-2119.

¹²² Questa è stata studiata dal Professor Yosiyuki Noda in Y. Noda, *Introduction to Japanese Law*, Tokyo, 217-222 (1976).

trascende la semplice cortesia. Infatti, il “*giri*” consiste nel mantenimento di un legame intimo e di reciproca fiducia nell’ambito delle relazioni personali, sociali o lavorative. Tale etica sociale costituisce un sistema ordinatorio interpersonale, con natura pseudo-familiare¹²³. Nel suo ruolo di regolatore del comportamento, la legge viene sostituita dal sistema sociale¹²⁴. I cittadini giapponesi rispettano le disposizioni legislative non in quanto tali, ma per evitare la disapprovazione sociale che scaturirebbe dalla loro violazione¹²⁵. L’autorità istituzionale, conscia di questi meccanismi, sfrutta la struttura sociale: poiché nella quotidianità l’elemento sociale è ineliminabile, questi meccanismi si rivelano più efficaci rispetto alla forza prescrittiva della legge¹²⁶. Per questo lo strumento legislativo cede a favore dell’utilizzo di meccanismi di *soft law*¹²⁷. Sappiamo che la giustizia costituzionale, così come la intendiamo oggi, costituisce una tutela avverso gli abusi che possono essere perpetrati, con il mezzo della legge, dall’organo rappresentativo. Lo scarso utilizzo della legge nel sistema giapponese determina necessariamente la riduzione dei casi in cui la Corte suprema può esercitare la sua azione¹²⁸.

Altri studiosi, confrontandosi con l’atteggiamento conservatore della Corte hanno posto l’accento sul ruolo della società. In particolare, si è sottolineato come la magistratura condivida i valori dell’opinione pubblica, che a sua volta favorisce in modo preponderante le politiche conservatrici¹²⁹. Questo sembrerebbe in linea con le recenti sentenze della Corte suprema, le quali fanno sovente riferimento alle percezioni sociali nella loro dinamica evoluzione. Il supporto della società civile riuscirebbe altresì a tutelare i *Justices* da eventuali attacchi perpetuati dalle altre istituzioni.

A fronte di ciò, è evidente quanto l’elemento sociale abbia influenzato il passivismo giudiziario mostrato dalla Corte suprema. D’altra parte, non si tratta certo di un *unicum*. Fin dall’emersione della dottrina del giudice

¹²³ La visione familiare del legame sociale è sicuramente influenzata dalla visione del *Tennō* come padre di famiglia.

¹²⁴ I. Kitamura, *The Role of Law in Contemporary Japanese Society*, 34 *Victoria U. Wellington L. Rev.*, 729-750 (2003).

¹²⁵ G. Lemme, *Gli strumenti di tutela del consumatore come perno della regolazione del mercato e delle sue criticità: Italia e Giappone a confronto*, in G. Lemme, V. Gabrielli, I. Baghi (cur.) *Consumatori e Imprese Irresponsabili: Un approccio culturale*, Milano, 2019, 90-93.

¹²⁶ M. Kotani, *Cultura giuridica*, in G.F. Colombo, G. Lemme (cur.) *Introduzione al diritto giapponese*, Torino, 2021, 265-275.

¹²⁷ In particolare, con riferimento al campo dell’amministrazione, in tutti i ministeri i burocrati utilizzano lo strumento delle *gyosei shidō* (le *guidance* amministrative), le quali, operando spesso al di fuori delle previsioni legali, si limitano ad invitare gli individui a tenere o non tenere determinati comportamenti. Le *guidance* costituiscono un tratto distintivo dell’amministrazione giapponese, non comportando alcuna forza coercitiva: i soggetti giuridici non sono obbligati a conformarsi agli indirizzi dell’amministrazioni, ma, per timore di eventuali ripercussioni sociali, rispetteranno comunque le indicazioni. A. Ortolani, *Diritto dell’ambiente*, in G.F. Colombo, G. Lemme (cur.) *Introduzione al diritto giapponese*, Torino, 2021, 224-225.

¹²⁸ I. Kitamura, *The Role of Law in Contemporary Japanese Society*, 34 *Victoria U. Wellington L. Rev.*, 729-750 (2003).

¹²⁹ D.S. Law, *Why has the judicial review failed in Japan?*, in 88 *Washington University Law Review* 6, 1426-1466 (2011).

Marshall nel 1803 si è messo in chiaro l'importanza del *a priori*¹³⁰, ossia del contesto socioculturale, nell'ambito delle decisioni giurisdizionali. Tale *a priori*, tuttavia, deve essere considerato nella sua dinamicità, evitando visioni semplicistiche e statiche. Non possiamo infatti sostenere che ciò che contraddistingue la società giapponese attuale continuerà a esserlo nel futuro. La società è in continua evoluzione e questo risulta tanto più vero in tempi recenti, grazie ai fenomeni di internalizzazione e globalizzazione sociale. Ciò che ha reso particolarmente “unica” la società giapponese è il fatto che la stessa è stata “chiusa” ad influenze straniere fino a tempi recenti (1853). Per questo, l'interdipendenza internazionale che contraddistingue il nostro secolo potrà avere un impatto tanto più significativo per lo sviluppo di quella società. L'analisi delle più recenti decisioni provenienti dalla Corte suprema sembra mostrare una maggior consapevolezza, da parte dei *Justices*, del contesto internazionale. Infatti, il maggior attivismo può ricondursi anche all'arrivo, nei ranghi della Corte, di una nuova generazione di giudici¹³¹, i quali sono più attenti ai precedenti e alle leggi di altri Stati, specialmente nel caso di decisioni importanti. Quest'attenzione si rivela tanto più centrale in un ordinamento che non è inserito, a differenza di quanto avviene in Europa, in un sistema multilivello di tutela dei diritti umani, e che pertanto sembra carente sotto il profilo della protezione delle minoranze.

A livello nazionale, in tempi recenti, si registra inoltre una maggior consapevolezza del significato del testo costituzionale. Secondo il sondaggio condotto nel 2017¹³² dall'ente radiotelevisivo pubblico giapponese (NHK) si riconosce un incremento nella consapevolezza costituzionale ed un maggior consenso nei confronti della stessa. Anche tale evoluzione sociale sembrerebbe avere un impatto sull'esercizio della *judicial review* da parte della Corte suprema. Infatti, sebbene dal 1947 ci siano state solo dodici pronunce di incostituzionalità, sette di queste sono state adottate nel periodo successivo al 2002. Pertanto, ultimamente, la Corte suprema sembrerebbe aver preso coscienza, al pari dei cittadini, della centralità della Costituzione quale fondamento dello Stato, esercitando in maniera più significativa il suo

¹³⁰ Così come definito da Gustavo Zagrebelsky in G. Zagrebelsky, *Giustizia Costituzionale I*, Bologna, 2018, 18. Infatti, la *judicial review* non era prevista nella Costituzione statunitense ma si è sviluppata spontaneamente, seguendo il progresso sociale. Dopo il caso di *Marbury*, la Corte ha atteso più di cinquant'anni prima di esercitare nuovamente tale potere, ed in particolare si dovrà attendere il caso *Dred Scott v. Sandford* (1856). Tale caso giudiziario, nonostante sia “vittima dei suoi tempi”, mostra come lo strumento della *judicial review* si è evoluto in seguito all'evoluzione sociale avendo entrambe assimilato la centralità della Costituzione.

¹³¹ Si richiama a riguardo lo studio di Akiko Ejima in A. Ejima, *A gap between the Apparent and Hidden Attitudes of the Supreme Court of Japan towards Foreign Precedents*, in T. Groppi, M.C. Ponthoreau (Eds) *The use of foreign precedents by constitutional judges*, London, 2013, 282-283.; si richiama altresì K.M. Abe, *Family Law Reform through Constitutional Litigation?*, in 91 *Sekei Hōgaku*, 66-81 (2019)

¹³² Tale sondaggio è stato condotto nel “giorno della Costituzione”, festeggiato il 3 maggio, in occasione del settantesimo anniversario della sua emanazione. Per il sondaggio si veda: https://www.nhk.or.jp/bunken/english/research/yoron/20171001_9.html.

ruolo di “custode della Costituzione”¹³³. Infatti, a nostro avviso, solo lo sviluppo sociale spiega il recente “attivismo” della Corte suprema: gli altri fattori nominati sono infatti rimasti immutati.

7. Conclusioni

Possiamo adesso tentare di tirar le fila del quadro sin qui delineato.

Innanzitutto, anche volgendo lo sguardo oltre i confini del Giappone¹³⁴, un dato sembra essere costante: le corti sono le prime a garantire i diritti della comunità LGBTQ+, anticipando il legislatore. A tal riguardo, ci sembra che il senso di umanità e il rimedio alla sofferenza passino attraverso chi decide il caso concreto, ossia attraverso gli organi giurisdizionali. Solo nel caso concreto infatti emergono le varie forme di ingiustizia che possono risultare sottese ai precetti legislativi. Prendendo in prestito le parole di Amartya Sen: “Non abbiamo bisogno di focalizzarci unicamente sulle istituzioni. L’idea di giustizia deve essere basata sulla realtà concreta e centrata sulle persone”¹³⁵. La realtà concreta, e le sofferenze delle persone, emergono proprio nelle aule di giustizia, per questo l’attività giurisdizionale riveste un ruolo centrale in materia. Emerge con evidenza l’importanza dello sviluppo sociale nell’evoluzione istituzionale. La Corte suprema, infatti, non assume un ruolo attivo nella “promozione” del cambiamento sociale, ma sembra piuttosto accompagnare lo stesso.

Inoltre, il caso nipponico mostra l’impatto del diritto internazionale e comparato nel garantire i diritti costituzionali, controbilanciando le restrizioni culturali derivanti, ad esempio, dallo *ius koseki*. Infatti, dai casi giurisprudenziali esaminati, risalta come il diritto e le decisioni straniere possano avere un ruolo fondamentale per lo sviluppo giuridico. Anche le modifiche legislative del 2023, seppur con le criticità già menzionate, sono state possibili grazie alla necessità, per i soggetti politici, di mostrarsi in linea con gli *standard* internazionali. Il diritto e la giurisprudenza straniera, come visto, hanno altresì contribuito allo sviluppo dei diritti della comunità LGBTQ+. Questo dato sembrerebbe bilanciare l’assenza, nel contesto asiatico, di un sistema regionale volto alla tutela dei diritti umani¹³⁶.

¹³³ Così definito da Hans Kelsen. Per maggiori approfondimenti circa il recente “attivismo” della Corte suprema giapponese si richiama la lettura di A. Ejima, *The use of Foreign Precedents by the Supreme Court of Japan: Awakening?*, in T. Groppi, M. C. Ponthoreau, I. Spigno, G. Gentili (Eds), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges Around The World: An Empirical Perspective 2011-2021*, London (forthcoming, 2024).

¹³⁴ Volgendo lo sguardo al contesto italiano, è noto che uno sviluppo sia stato reso possibile grazie all’attivismo della Corte costituzionale, la quale, fin dalla sentenza n. 161/1985, ha garantito l’emersione dei diritti delle persone transgender. Con riferimento al contributo della giurisprudenza costituzionale nell’evoluzione della disciplina si consiglia la lettura di C. Parrinello, *riflessioni sull’appartenenza di genere come diritto fondamentale all’identità personale*, 2015, disponibile via https://www.comparazioneDIRITTOCIVILE.IT/data/uploads/colonna%20sinistra/2.%20persone/parrinello_riflessioni2015.pdf.

¹³⁵ A. Sen, *Sull’ingiustizia*, Trento, 2022, p. 17.

¹³⁶ Nel contesto asiatico è presente, solo a livello embrionale, una forma di regionalizzazione nella tutela dei diritti umani. In particolare, si fa riferimento alla

Infine, il caso giapponese mostra la necessità di instaurare un dialogo tra il legislatore e la Corte suprema, che è un tratto caratterizzante lo Stato costituzionale odierno. Nella democrazia contemporanea è infatti necessario che tutti prendano parte al “dialogo costituzionale”. Solo in questo modo sarà possibile mantenere l’unità all’interno del pluralismo, essendo questa la sfida centrale dello Stato costituzionale¹³⁷. Specialmente di fronte a temi sensibili, il legislatore non sempre riesce a portare alla sintesi le diverse opinioni presenti nel tessuto sociale, per cui non sono rari i casi di “inattività”. Il riconoscimento dello spazio del legislatore non rende però legittimo il protrarsi di situazioni di inerzia legislativa, per cui talvolta le corti devono agire in funzione di supplenza. Ciò ancor più laddove, come accade in un “*dominant party system*”, il Parlamento non riesce ad essere il luogo del dialogo e del confronto. Qui il ruolo delle corti è tanto più centrale, in quanto esse offrono un legame più stretto con la società reale. Ed in effetti, la legittimazione della giustizia costituzionale risiede nella capacità dei giudici costituzionali di dar voce ai valori presenti nella società. La giustizia costituzionale, in un contesto in cui l’affluenza al voto è bassa e “settoriale”, diventa pertanto uno strumento per garantire l’ascolto delle varie istanze provenienti dalle società pluralistiche, incluse (e anzi specialmente) quelle minoritarie.

Sempre più di frequente le corti costituzionali sono costrette a colmare il vuoto normativo lasciato dai Parlamenti, che spesso sono paralizzati da divisioni interne. In tali contesti, spesso vi è il rischio che le decisioni delle corti vengano interpretate come invasione del campo politico. Tuttavia, è un rischio che le corti devono affrontare, mantenendo una solida base motivazionale e spiegando come e perché tali motivazioni non siano di natura politica, ma siano fondate sui diritti costituzionali dei cittadini e/o sui loro limiti¹³⁸. Così facendo le corti costituzionali riescono a svolgere la loro funzione di “alfabetizzazione costituzionale”, assolvendo al ruolo di “organi delle aspettative di giustizia che provengono dalla società”¹³⁹.

Virginia Lemme
Dipartimento di Giurisprudenza
Università degli Studi di Siena
v.lemme@studenti.unisi.it

“*Association of Southeast Asian Nations*” (ASEAN). Questa, seppur nel 2007 ha promulgato lo ASEAN Charter, non prevede specifici meccanismi di enforcement. Gli attuali Stati membri sono Filippine, Indonesia, Malaysia, Singapore, Thailandia, Brunei, Vietnam, Birmania, Laos, Cambogia. Il Giappone figura solo all’interno dell’organizzazione *ASEAN dialogue partners* (<https://sgp.fas.org/crs/row/IF10348.pdf>).

¹³⁷ Per approfondimenti si consiglia la lettura di T. Groppi, *Menopeggio. La democrazia costituzionale nel XXI secolo*, Bologna, 2020.

¹³⁸ G. Amato e D. Stasio, *Storie di diritti e di democrazia. La Corte costituzionale nella società*, Milano, 2023, 266-268.

¹³⁹ G. Zagrebelsky, *Diritto processuale costituzionale?*, in G. Cattarino (cur.), *Giudizio “a quo” e promovimento del processo costituzionale*, Milano, 1990, 122.

