

## Diritti civili e politici

### Immunità degli Stati dalla giurisdizione e negoziati fra Stati: sulla vicenda delle *comfort women* coreane

*Sommario:* 1. La vicenda delle *comfort women* e la ricerca di una riparazione adeguata. – 2. La sentenza della Corte distrettuale di Seoul e le due prospettive per affermare un'eccezione alla immunità dello Stato. – 3. Giudici nazionali e eccezioni alla immunità dello Stato per violazione dei diritti umani: la prassi più recente. – 4. Rilevanza di eventuali accordi interstatali sulla riparazione: la possibile compressione del diritto individuale di accesso a un giudice e il ruolo delle vittime nei negoziati.

1. Un persistente elemento di tensione nei complicati rapporti tra Corea del Sud e Giappone è certamente rappresentato dalla storica controversia relativa alla vicenda delle c.d. *comfort women*. Com'è noto, con questo eufemismo (insidioso, poiché rischia in parte di offuscare la dimensione coercitiva del sistema di violenze) venivano indicate le donne coreane (e, invero, di diverse altre nazionalità, tra cui: Filippine, Cina, Taiwan, Malesia, Birmania, Timor Est, Indonesia, Paesi Bassi e Giappone) ridotte in schiavitù dall'esercito giapponese prima e durante la seconda guerra mondiale.

Le violenze commesse nei confronti di queste donne sono rimaste per moltissimi anni sconosciute e, soltanto negli anni novanta, le prime vittime coreane, poi seguite da quelle degli altri Paesi, cominciarono a raccontare e denunciare il funzionamento del sistema di sfruttamento messo in piedi dall'Impero giapponese. Le ricostruzioni storiche forniscono un quadro impressionante della gravità e della sistematicità delle violenze perpetrate dall'esercito: le donne, spesso adolescenti, venivano adescate con una promessa di lavoro, poi condotte nelle c.d. 'stazioni di conforto', dislocate in varie regioni asiatiche sotto occupazione, ridotte in schiavitù e costrette per diversi anni a subire gravissime forme di sfruttamento sessuale. Vale la pena ricordare, anche per comprendere l'impatto generale dei risarcimenti elargiti, che le principali indagini stimano il numero di vittime del sistema di sfruttamento in una cifra che oscilla tra le 50.000 e le oltre 200.000 donne (una ricostruzione dei fatti qui appena richiamati si può ritrovare in Y. Yoshiaki, *Comfort Women: Sexual Slavery in the Japanese Military During World War II*, New York, 2002).

Dagli anni novanta ad oggi, le donne coreane hanno cercato in diversi modi di ottenere una riparazione dal Giappone per quelle violenze. Tra il 1991 e i primi anni duemila, diverse azioni giudiziarie sono state intentate dalle vittime di fronte ai tribunali giapponesi, senza ottenere tuttavia alcuna forma di risarcimento. Senza poter entrare nel merito di quelle sentenze – che insistevano anche sulla non applicabilità all'epoca dei fatti di molte norme di diritto umanitario oggi esistenti – un ruolo piuttosto significativo per giustificare il rigetto dei ricorsi presentati dalle vittime è stato spesso assunto dall'accordo bilaterale in materia di riparazioni concluso tra i due Stati nel 1965, sul quale tuttavia Corea del Sud e Giappone hanno da tempo assunto posizioni contrastanti (per una panoramica e una sintesi delle decisioni dei tribunali giapponesi, si può consultare il sito del *Center for Korean Legal Studies* della *Columbia Law School*: [www.kls.law.columbia.edu](http://www.kls.law.columbia.edu)).



Seoul Central District Court,  
*Hee Nam Yoo v. Japan*, 8 gennaio  
2021, caso n. 2016 Ga-Hap 505092  
([www.womenandwar.net](http://www.womenandwar.net))

Alla luce dell'art. II di quell'accordo, infatti, tutte le questioni «concerning property, rights, and interests of the two Contracting Parties and their nationals (including juridical persons)» erano da considerarsi, attraverso l'intesa, «settled completely and finally». Il Giappone ha sempre sostenuto che questo trattato bilaterale avesse posto fine ad ogni pretesa risarcitoria della Corea del Sud e dei suoi cittadini rispetto ai fatti della seconda guerra. Al contrario, in un importante lavoro della fine degli anni novanta, la Commissione dei diritti umani delle Nazioni Unite ha evidenziato come l'obiettivo di quell'accordo fosse di trattare soltanto le questioni di carattere commerciale e non potesse quindi includere una riparazione per le violenze causate dai crimini di guerra e contro l'umanità commessi dai soldati giapponesi. Una tale soluzione sarebbe stata confermata anche dalla semplice circostanza che, al momento dell'accordo, nel 1965, la natura e la portata delle violazioni perpetrate dall'esercito giapponese fossero ancora del tutto ignote (Commissione dei diritti umani, *Contemporary forms of slavery, systematic rape, sexual slavery and slavery-like practices during armed conflict, Final Report submitted by Ms. Gay J. McDougall, Special Rapporteur*, E/CN.4/Sub.2/1998/13, 22 giugno 1998, par. 57 e 62).

Quando, all'inizio degli anni novanta, il governo giapponese cominciò a riconoscere la propria responsabilità (almeno politica e morale) per le violenze commesse dall'esercito, venne istituito un fondo per distribuire ulteriori risarcimenti, (l'*Asian Women's Fund*). Alle vittime venne anche consegnata una lettera di scuse firmata dal primo ministro. Tuttavia, solo alcune decine di donne accettarono il risarcimento proposto (circa 42.000 dollari ciascuna), la maggior parte di loro invece, sostenute in questo senso da diverse organizzazioni non governative, rifiutarono di accedere a un fondo che, ancorché istituito dal governo del Giappone, era alimentato in larga misura da donazioni private (molte informazioni sul numero di vittime coinvolte in questa fase possono essere reperite consultando il sito del museo digitale per le *comfort women*, al seguente indirizzo: [www.awf.or.jp](http://www.awf.or.jp); alcuni dati interessanti si trovano anche nel contributo di F. Fontanelli, "Sketches for a Reparation Scheme: How Could a German-Italian Fund for the IMIs Work?", in *Remedies against Immunity? Reconciling International and Domestic Law after the Italian Constitutional Court's Sentenza 238/2014*, V. Volpe, A. Peters, S. Battini (eds.), Berlin-Heidelberg, 2021, pp. 159-187).

Le proteste delle associazioni delle vittime proseguirono negli anni soprattutto a causa della diffusa percezione che quelle misure (e le stesse scuse del governo) non fossero accompagnate da un sincero impegno del Giappone a riconoscere la responsabilità per i crimini commessi. In effetti, l'ambiguità di alcune dichiarazioni politiche sembrava mettere nuovamente in dubbio una piena assunzione di responsabilità del Giappone per quanto accaduto (si vedano, ad esempio, le dichiarazioni del premier Shinzo Abe nel 2007, riportate da N. Onishi, "Japan Stands by Declaration on 'Comfort Women'", *New York Times*, 16 marzo 2007, disponibile su: [www.nytimes.com](http://www.nytimes.com) e, più in generale, le posizioni assunte dalla destra giapponese, su questo si può vedere C.S. Soh, "Japan's National/Asian Women's Fund for 'Comfort Women'", in *Public Affairs* 2003, pp. 209-233). Nel 2015, dopo numerose pressioni politiche internazionali e molti anni ancora di proteste (è dal 1992 che ogni mercoledì le associazioni delle vittime organizzano una manifestazione di fronte all'ambasciata giapponese a Seoul), i due Stati sono quindi giunti ad un nuovo accordo, che avrebbe «finally and irreversibly settled» la questione della riparazione delle vittime (l'accordo è reperibile sul sito del Ministero degli Affari Esteri del Giappone: [www.mofa.go.jp](http://www.mofa.go.jp)). L'intesa prevedeva la creazione di una fondazione (poi effettivamente istituita nel 2016, la *Foundation for Reconciliation and Healing*) attraverso un contributo, considerato in genere non particolarmente cospicuo, del governo giapponese (di

circa 8.800.000 dollari). In questo caso, il risarcimento previsto per le donne coreane si aggirava intorno ai 90.000 dollari (e 18.000 dollari per i famigliari di quelle decedute). Ancora una volta, però, i numeri delle vittime o dei loro parenti che hanno aderito all'iniziativa risarcitoria rimangono piuttosto bassi rispetto a quelli dei potenziali interessati: poco più di duecento. Il governo coreano ha poi deciso di dissolvere la fondazione, dopo appena due anni di vita.

La questione non sembra quindi chiudersi nemmeno dopo l'intesa del 2015, anche a causa dei comportamenti dei due governi. Da un lato, alcuni esponenti politici giapponesi sembrano mettere ancora una volta in discussione l'autenticità delle scuse offerte e una piena assunzione di responsabilità per i crimini commessi da parte del Giappone. Dall'altro, l'esecutivo coreano non solo decide, come detto, di dissolvere la fondazione creata in esecuzione dell'accordo, ma non si adopera per rimuovere, come previsto dall'intesa, la statua eretta in onore delle vittime proprio di fronte all'ambasciata giapponese a Seoul. Costretto a scusarsi con le vittime per un'azione diplomatica considerata da gran parte dell'opinione pubblica inopportuna nei modi e nei risultati, il governo della Corea del Sud ha poi in diverse circostanze chiesto al Giappone di affrontare nuovamente la questione della riparazione e di intraprendere altre azioni che tengano adeguatamente in conto le sofferenze inflitte alle donne coreane e le loro richieste (alcune cronache politiche mettono bene in luce gli effetti delle manifestazioni di protesta sui comportamenti del governo coreano, si può consultare, ad esempio, il sito: [www.reuters.com](http://www.reuters.com)).

2. In questo quadro davvero complesso, si inserisce la sentenza in esame. A gennaio di quest'anno, infatti, la Corte distrettuale di Seoul ha condannato il Giappone a risarcire, con una somma di 100 milioni di *won* coreani ciascuna (circa 92.000 dollari), dodici donne coreane vittime delle violenze dell'esercito giapponese durante la seconda guerra mondiale (Seoul Central District Court, *Hee Nam Yoo v. Japan*, 8 gennaio 2021, caso n. 2016 Ga-Hap 505092; per un primo commento, si veda E. Branca, "Yet, it moves...": The Dynamic Evolution of State immunity in the 'Comfort Women' case", in *EJILTalk!*, 7 aprile 2021).

In termini del tutto generali, si può osservare come questa pronuncia si aggiunga ai numerosi tentativi, più o meno recenti, di fare i conti con la storia e i suoi crimini. A reclamare riparazioni – e intraprendere azioni risarcitorie nei confronti degli Stati che hanno in passato commesso gravi violazioni di norme imperative – non sono soltanto le vittime della seconda guerra mondiale (e tra queste, com'è noto, gli internati militari italiani e le altre vittime italiane del Terzo Reich), ma anche molti individui (o piuttosto loro discendenti) che hanno subito forme di repressione e violenza nel periodo coloniale (si pensi, solo per fare un esempio, alle numerose istanze avanzate davanti ai tribunali olandesi dalle vittime della guerra di indipendenza indonesiana; si può vedere sul punto L. van den Herik, "Reparation for Decolonisation Violence: A Short Overview of Recent Dutch Litigation", in *Heidelberg Journal of International Law* 2018, pp. 629-633). Nel caso in esame, la condanna al risarcimento nei confronti del Giappone si fonda sostanzialmente su due argomenti complementari. La Corte distrettuale di Seoul, da un lato, nega l'esenzione dalla giurisdizione dello Stato straniero e l'applicazione, quindi, delle norme internazionali consuetudinarie in materia di immunità dello Stato, e dall'altro, afferma che gli accordi intercorsi tra i due Stati nel 1965 e nel 2015, per diversi motivi, non abbiano estinto il diritto individuale di accesso a un giudice.

Sulla prima questione, il ragionamento della Corte distrettuale sembra oscillare tra una impostazione internazionalista – che cerca di riflettere sulla natura dinamica e in co-

stante evoluzione delle norme internazionali in materia di immunità dello Stato – e un approccio costituzionalista – che sembra invece fare leva su alcuni principi fondamentali della Costituzione, che non potrebbero essere sacrificati dall'applicazione del diritto internazionale generale.

Nella prima prospettiva, i giudici coreani sottolineano l'esistenza di alcune eccezioni alla regola dell'immunità per atti *iure imperii*, da rinvenire in questo caso nei «crimes against humanity committed sistemically and extensively by Imperial Japan in violation of jus cogens» (Sezione 3.C, par. 3.1, della sentenza). Alla luce di questa prima considerazione, la Corte distrettuale invoca dunque – con argomenti analoghi alla nota (e richiamata dai giudici coreani) sentenza *Ferrini* della Corte di Cassazione italiana – una evoluzione delle regole internazionali consuetudinarie in materia di immunità nel senso di non permettere agli Stati che hanno violato gravi norme imperative di rimanere esenti dalla giurisdizione straniera. La Corte distrettuale contesta anche espressamente l'idea, elaborata dalla Corte internazionale di giustizia, che violazioni di norme cogenti e regole in materia di immunità non possano entrare in conflitto tra loro, in virtù della natura prettamente procedurale delle seconde (Corte internazionale di giustizia, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, sentenza del 3 febbraio 2012, par. 93). I giudici coreani mettono infatti in rilievo come il diritto processuale dovrebbe essere sempre interpretato e applicato in modo da «best realize[s] the rights ... under substantive law»: i limiti all'esercizio della giurisdizione derivanti dalle regole di procedura, come quelle in materia di immunità, non possono arrivare a distorcere o far venir meno la tutela di un diritto sostanziale (Sezione 3.C, par. 3.2).

Accanto a queste considerazioni, che sembrano ammettere l'esistenza sul piano del diritto internazionale di una eccezione all'immunità, in alcuni passaggi del proprio ragionamento, la Corte distrettuale sembra svilupparne altre, che si pongono in una diversa prospettiva e guardano alla questione dell'immunità dello Stato attraverso il prisma delle norme fondamentali della propria Costituzione. Si possono così scorgere nella decisione alcuni degli argomenti impiegati dalla Corte costituzionale italiana nella nota sentenza 238 del 2014 (anch'essa richiamata dalla Corte distrettuale di Seoul nella propria analisi). Dopo aver evocato l'art. 27 della Costituzione coreana sul diritto di accesso a un giudice e la sua centralità nel garantire il rispetto degli altri diritti fondamentali, i giudici coreani sottolineano come in assenza di un rimedio effettivo «the right to access to courts under the Constitution becomes void» (Sezione 3.C., par. 3.1.). In sostanza, assicurare l'esenzione dalla giurisdizione al Giappone a fronte di condotte così gravi sarebbe un risultato inaccettabile «as they are not in accordance with the overall legal order that positions the Constitution as the highest norm» (Sezione 3.C., par. 3.6). Nel concludere questa parte del proprio ragionamento, la Corte distrettuale afferma dunque che una norma internazionale consuetudinaria che riconosca l'immunità dello Stato rispetto ad atti così gravi e lesivi dei diritti fondamentali non può produrre effetti nell'ordinamento coreano (Sezione 3.C, par. 3.6).

3. La decisione della Corte distrettuale di Seoul costituisce la prima di una serie di sentenze rese negli ultimi mesi da giudici nazionali sul tema dell'immunità dello Stato in caso di crimini internazionali. Il 3 febbraio di quest'anno, anche la Corte Suprema degli Stati Uniti si è espressa sulla questione, giungendo però a risultati opposti. La vicenda riguarda il tesoro dei Guelfi (*Welfenschatz*), una collezione di arte ecclesiastica medievale che sarebbe stata espropriata dai Nazisti a un consorzio di mercanti d'arte ebrei. Senza poter qui affrontare le peculiarità del caso, si può mettere soltanto in rilievo come, ribaltando le

posizioni espresse in primo grado e in appello, la Corte Suprema abbia ritenuto che i tribunali statunitensi commetterebbero un illecito internazionale «by derogating international law's preservation of sovereign immunity for violations of human rights law» (Corte suprema degli Stati Uniti, *Federal Republic of Germany et al. v. Philipp et al.*, No. 19-351, 592 U.S., sentenza del 3 febbraio 2021).

Nell'argomentare le proprie conclusioni, i giudici americani sottolineano anche di dover interpretare il diritto interno in modo da evitare di produrre «frictions in the relations with other nations» e «avoid international discord». A conclusione della propria analisi, la Corte Suprema osserva poi come gli stessi Stati Uniti «would be surprised – and might even initiate reciprocal action» se un tribunale tedesco riconoscesse un risarcimento di centinaia di milioni di dollari a dei cittadini americani «because of human rights violations committed by the United States Government» (Corte suprema degli Stati Uniti, *Federal Republic of Germany et al. v. Philipp et al.*, No. 19-351, 592 U.S., 3 febbraio 2021). Conviene qui limitarsi ad osservare che la Corte Suprema degli Stati Uniti sembra affrontare il problema, esaltando la rilevanza delle regole in materia di immunità per la stabilità delle relazioni internazionali e lasciando invece poco (o meglio nessuno) spazio per un possibile contemperamento di quelle norme (e dei valori che sottendono) con la tutela del diritto individuale di accesso a un giudice ai fini della riparazione, anche in caso di violazione dei diritti fondamentali. La conclusione raggiunta viene peraltro supportata da un esplicito richiamo alla posizione assunta dalla Corte internazionale di giustizia.

Alcuni degli argomenti impiegati dai giudici coreani sembrano invece ritrovare un'eco in almeno un'altra decisione, destinata a segnare, ancora una volta, il tentativo dei giudici nazionali di comprimere l'applicazione della regola internazionale sull'immunità dello Stato nel caso in cui siano in gioco violazioni dei diritti umani. Ci si riferisce alla decisione della Corte Suprema del Brasile nel caso *Changri-la*, originata da un ricorso presentato da alcuni cittadini brasiliani nei confronti (ancora una volta) della Germania. I ricorrenti, parenti delle vittime, chiedono un risarcimento per un episodio che risale al 1943 e che concerne l'affondamento di un peschereccio brasiliano (e la conseguente scomparsa dei dieci membri dell'equipaggio) a seguito di un attacco sferrato da un sottomarino tedesco. La Corte Suprema del Brasile sostiene, in sostanza, l'idea che il rispetto dei diritti umani dovrebbe sempre prevalere sulle regole in materia di immunità dello Stato (la sentenza è disponibile sul sito della Corte: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br); per un primo commento, si veda invece A.T. Saliba, L. Lima, "The Law of State Immunity before the Brazilian Supreme Court: What is at Stake with the 'Changri-la' Case?", in *Brazilian Journal of International Law* 2021, pp. 53-58).

La conclusione raggiunta dalla Corte Suprema del Brasile riflette la posizione del giudice relatore Edson Fachin e si è affermata a stretta maggioranza (6 voti a 5). Nella propria relazione e dichiarazione di voto, il giudice brasiliano ha infatti sostenuto che l'immunità dello Stato andrebbe rimossa in virtù della «prescrição constitucional que confere prevalência aos direitos humanos como princípio que rege o Estado brasileiro nas suas relações internacionais (Art. 4º, II)» (la posizione di voto del relatore Fachin è ancora una volta disponibile sul sito: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)). Da un punto di vista sostanziale, l'eccezione contemplata dalla Corte Suprema brasiliana sarebbe quindi ben più ampia di quella individuata in altre circostanze dai giudici nazionali (italiani, greci e (ora) sud-coreani), che limitavano l'applicazione delle regole in materia di immunità dello Stato alle gravi violazioni del diritto cogente (per quel che concerne la giurisprudenza greca, che non verrà qui richiamata, si può menzionare il noto caso *Court of Cassation (Areios Pagos), Prefecture of Voiotia v. Germany (Distomo Massacre Case)*, 4 maggio 2000, disponi-

bile in lingua inglese sul sito: [www.internationalcrimesdatabase.org](http://www.internationalcrimesdatabase.org)). Quel che qui più interessa mettere in luce è però come il giudice brasiliano non affronti la questione nell'ottica di una possibile evoluzione della prassi degli Stati diretta a modificare il contenuto della norma consuetudinaria (per come ricostruita, ricorda lo stesso Fachin, dalla Corte internazionale di giustizia): è la norma costituzionale a tutela dei diritti fondamentali ad impedire l'applicazione delle regole di diritto internazionale generale in materia di immunità dello Stato.

La prassi richiamata mostra come il riconoscimento dell'immunità dello Stato in caso di violazioni dei diritti umani continui ad essere oggetto di contestazioni da parte di alcuni giudici nazionali. Alcuni passaggi della sentenza della Corte distrettuale di Seoul e la decisione assunta dalla Corte Suprema del Brasile, sembrano a prima vista accogliere l'esplicito richiamo compiuto dalla Corte costituzionale italiana alle altre giurisdizioni nazionali a «concorrere» – così come avvenuto in passato con l'affermazione di una distinzione tra atti *iure imperii* e *iure gestionis* – «ad una auspicabile e da più parti auspicata evoluzione dello stesso diritto internazionale» (sentenza 238/2014, par. 3.3). In una prospettiva più generale, queste pronunce appaiono inserirsi nel contesto di una tendenza dei giudici nazionali a rivendicare il proprio ruolo di garanti del rispetto dei diritti fondamentali (e anche, a seconda dei casi, del principio democratico o, più in generale, dello stato di diritto) in reazione a norme internazionali potenzialmente lesive di quei valori e ancora assai involute (per una interessante ricostruzione, anche storica, di questo processo, si vedano D. Lustig, J.H.H. Weiler, “Judicial Review in the Contemporary World – Retrospective and Prospective”, in *International Journal of Constitutional Law* 2018, pp. 315-372).

Emerge tuttavia come questa forma di contestazione dei giudici nazionali avvenga talvolta attraverso approcci marcatamente dualisti o con l'affermazione di una supremazia delle norme costituzionali sul diritto internazionale generale. I limiti di queste prospettive e genere di argomentazioni sembrano essenzialmente due. Da un lato, affermando la prevalenza del diritto interno sul diritto internazionale, o in qualche modo la loro netta e necessaria separatezza, questa prassi giudiziale evita di prodursi in una ricostruzione del contenuto del diritto consuetudinario esistente, rischiando – al contrario di quanto auspicato dalla stessa Corte costituzionale italiana – di avere un impatto poco significativo, o quanto meno ambiguo, sulla possibile trasformazione del diritto internazionale generale. In altre parole, l'ottica dualista o quella gerarchica non mettono direttamente in discussione le norme consuetudinarie in materia di immunità dello Stato e, anzi, nella misura in cui si dichiarano in violazione delle stesse, finiscono per confermarne l'esistenza stessa. In tal senso, queste decisioni rischiano di avere uno scarso 'peso' come elemento di prassi da ponderare nella ricostruzione del diritto internazionale generale (per alcune riflessioni critiche si veda anche E. Cannizzaro, “Jurisdictional Immunities and Judicial Protection: the Decision of the Italian Constitutional Court No. 238”, in *Rivista di diritto internazionale* 2015, pp. 126-134). Dall'altro, la prospettiva costituzionalista tende ad ignorare la dimensione (anche o soprattutto) internazionale del conflitto normativo in atto. La tensione tra l'obbligo di rispettare le regole internazionali in materia di immunità dello Stato e quello di garantire massima tutela ai diritti fondamentali (e, in particolare, al diritto di accesso a un giudice), difficilmente può essere risolta attraverso l'affermazione di una prevalenza gerarchica di un ordinamento sull'altro o sottolineando una pretesa autonomia degli stessi, ma dovrebbe forse trovare in altre tecniche di coordinamento – e in particolare in quella del bilanciamento tra valori e interessi – un proprio punto di equilibrio (anche se, nella diversa prospettiva della superiorità riconosciuta all'ordinamento interna-

zionale in una certa giurisprudenza delle corti 'europee', sono particolarmente interessanti sul punto le riflessioni di P. De Sena, C. Vitucci, "The European Courts and the Security Council: Between Dédoulement Fonctionnel and Balancing of Values", in *European Journal of International Law* 2009, pp. 193-228).

4. Come anticipato, un'altra riflessione suscitata dalla sentenza del tribunale di Seoul riguarda il complesso rapporto tra soluzioni negoziali a livello interstatale e diritto individuale di accesso a un giudice ai fini della riparazione.

In caso di diffuse e sistematiche violazioni di diritti fondamentali, riconoscere alle vittime un diritto individuale di accesso al giudice ai fini di un risarcimento dallo Stato straniero autore dell'illecito presenta alcuni inconvenienti. Un possibile limite è dato, ad esempio, dalla capacità di questa soluzione di condurre ad una riparazione effettiva e non discriminatoria. In primo luogo, garantire in queste circostanze il diritto ad un risarcimento individuale tutela solo gli individui che, per varie ragioni, abbiano i mezzi per intraprendere un'azione giudiziaria e sostenerne le spese (G. Gaja, "Alternative ai contro-limiti rispetto a norme internazionali generali e a norme dell'Unione Europea", in *Rivista di diritto internazionale* 2018, p. 1045). Un ulteriore elemento di aleatorietà – sia nell'an che nel *quantum* del risarcimento – è inevitabilmente dato dalla sensibilità dell'organo giudiziario di volta in volta interpellato dalle singole vittime. Vi è poi il problema del numero, potenzialmente molto elevato, di richieste di risarcimento che potrebbero scaturire dal riconoscimento di un accesso individuale alla giustizia nel caso di violazioni diffuse e sistematiche di diritti fondamentali. E infine la questione, tutt'altro che marginale, della capacità stessa di una sentenza di condanna di trovare esecuzione e condurre ad una forma di riparazione materiale delle vittime o dei loro parenti (aspetto, com'è noto, che proprio in questi ultimi anni sta emergendo in tutta la sua evidenza nelle vicende giudiziarie legate alle vittime italiane del Terzo Reich). Il Giappone, ad esempio, ha già dichiarato di non avere nessuna intenzione di rispettare la decisione della Corte distrettuale di Seoul e la pronuncia rischia di creare ulteriori ostacoli anche alla possibilità di eventuali nuovi negoziati. Lo stesso governo coreano sembrerebbe peraltro incline a garantire la non esecuzione della sentenza in cambio di una astensione del Giappone dall'intraprendere un'azione giudiziaria davanti alla Corte internazionale di giustizia (così pare almeno da alcune cronache, cfr. Shin, Mitch, "Conflict Between South Korea and Japan Surges Again With Court's 'Comfort Women' Decision", *The Diplomat*, 27 gennaio 2021).

Com'è noto – e come ben mostrano diversi passaggi della storia delle donne coreane – una possibile alternativa è quella dei negoziati interstatali. Vale forse qui la pena ricordare che l'analoga vicenda della riparazione delle vittime italiane del Nazismo si è spesso contraddistinta proprio per la mancata ricerca di una soluzione di tale natura. A quanto è dato sapere infatti, i governi di Italia e Germania non hanno mai tentato di trovare una soluzione diplomatica per compensare gli individui esclusi dai meccanismi risarcitori predisposti negli anni novanta dalla stessa Germania, né hanno cercato di percorrere la via del negoziato in tempi più recenti, dando un possibile seguito alle indicazioni (e agli auspici) in tal senso della Corte internazionale di giustizia (*Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*, sentenza del 3 febbraio 2012, par. 104). Da questo punto di vista, non appare casuale che una delle più frequenti critiche rivolte alla decisione della Corte costituzionale italiana di impedire l'ingresso nell'ordinamento della norma consuetudinaria in materia di immunità dello Stato, sia stata proprio quella di non essersi espressa in una sentenza dal carattere monitorio nei confronti dello stesso governo italiano, che pur avrebbe potuto adoperarsi per cercare di ottenere, attraverso un'intesa

con la Germania, una qualche forma di riparazione (si veda, in particolare, F. Salerno, “Giustizia costituzionale versus giustizia internazionale nell’applicazione del diritto internazionale generalmente riconosciuto”, in *Quaderni Costituzionali* 1/2015, p. 44).

Al contrario, la sentenza della Corte distrettuale di Seoul si inserisce in un peculiare percorso che ha visto interagire a più riprese organi politici e organi giudiziari coreani, mettendo bene in luce la complessità della relazione esistente tra soluzioni interstatali di carattere negoziale e azioni risarcitorie degli individui nei confronti dello Stato straniero. In questa prospettiva, un momento significativo della intricata vicenda delle vittime coreane è rappresentato dall’intervento della Corte costituzionale coreana che, nell’agosto del 2011, ha ritenuto contraria alla Costituzione – e, in particolare, all’art. 10, che prevede un obbligo dello Stato di garantire il rispetto dei diritti fondamentali – l’inerzia del proprio governo. Quest’ultimo, infatti, non avrebbe tutelato – attraverso la propria azione diplomatica nei confronti del Giappone ai fini di una riparazione – le donne coreane vittime dell’esercito giapponese (sentenza della Corte costituzionale di Corea, 23-2(A) KCCR 366, 2006Hun-Ma788, 30 agosto 2011). Più nello specifico, ad avviso della Corte costituzionale, il governo coreano non aveva richiesto – così come previsto dall’art. III dell’accordo intercorso tra i due Stati nel 1965 per risolvere la questione delle riparazioni – l’attivazione di una procedura di arbitrato in caso di controversia (come quella in corso tra i due governi) relativa all’interpretazione del trattato stesso.

Secondo la Corte costituzionale, infatti, nonostante la natura stessa dell’azione diplomatica richieda alcune «strategic choices based on understanding of international affairs», il governo non può, con queste scelte, ostruire in modo definitivo la via per altri «legal remedies for the complainants facing serious risks of basic rights violation» (Sezione C della sentenza del 2011) e avrebbe dunque la responsabilità «to fully repay the damages caused by the Agreement by preventing the complainants from exercising their right to claim damages» (Sentenza della Corte Costituzionale di Corea, Part VII. Concurring Opinion of Justice Cho, Dae-Hyun). In altre parole, nel momento in cui il governo coreano ha deciso di agire in nome e per conto dei propri cittadini, prevenendone anche eventuali future azioni risarcitorie nei confronti del Giappone, si è assunto, sul piano interno, la responsabilità di riparare le vittime nel caso di un eventuale insuccesso della propria azione diplomatica (soluzioni simili sono state peraltro prospettate in dottrina anche per garantire una riparazione alle vittime italiane del Terzo Reich; si veda, in particolare, P. Palchetti, “Judgment 238/2014 of the Italian Constitutional Court: In Search of a Way Out”, in *Questions of International Law* 2014, pp. 44 ss). In sostanza, pur riconoscendo al governo il potere di negoziare le riparazioni in nome e per conto dei propri cittadini e di comprimere in questo modo anche il diritto individuale di accesso a un giudice a fini risarcitori, la Corte costituzionale coreana attribuisce allo stesso esecutivo la responsabilità di risarcire le vittime nel caso in cui una soluzione negoziale non venga raggiunta o risulti inadeguata.

Di fatto, quella sentenza è all’origine del successivo accordo del 2015 che, come anticipato, intendeva risolvere definitivamente la questione della riparazione delle donne coreane. Una volta affrontato il tema dell’immunità dello Stato dalla giurisdizione, la Corte distrettuale di Seoul si è dovuta quindi esprimere anche sulla portata delle soluzioni negoziali già esperite dai due Stati e, in particolare, sugli effetti prodotti da queste ultime sul diritto individuale di accesso a un giudice ai fini della riparazione. Per quanto riguarda l’accordo del 1965 (c.d. *Claims Agreement*), la Corte distrettuale sembra escludere che, con quell’intesa, la Corea del Sud abbia potuto estinguere il diritto individuale ad un ricorso giurisdizionale nei confronti dello Stato straniero ai fini di un risarcimento. In prin-



cipio, i giudici della Corte distrettuale riconoscono che «international law allows the state to extinguish its citizen's rights to claim», pur rimarcando come questa estinzione del diritto individuale a un ricorso giudiziale debba trovare «a clear basis in the treaty» (Sezione 5.D, par. 5 della sentenza). Questa prima argomentazione dei giudici insiste quindi sulla ambigua portata della clausola di rinuncia contenuta nell'accordo del 1965: come anticipato, ormai da tempo i due Stati sostengono interpretazioni divergenti di quella norma. Ma quel che qui interessa mettere in luce – e che la Corte distrettuale di Seoul sembra suggerire – è che un potere del governo di disporre del diritto individuale di accesso a un giudice non possa avvenire «without the consent of individual citizens who have a judicial status separate from the state», poiché tale conclusione «contradicts the principles of contemporary law» (Sezione D, punto 1, della sentenza). In altri termini, nella prospettiva del tribunale di Seoul, lo Stato non potrebbe, nell'agire per cercare una soluzione negoziale, disporre pienamente del diritto individuale ad un rimedio giurisdizionale interno nei confronti dello Stato straniero, senza una qualche forma di consenso prestato dalle stesse vittime.

La Corte distrettuale di Seoul sostiene invece che il più recente accordo del 2015 sarebbe «limited to declaring that there was a state-to-state political agreement on the issue of 'comfort women'» (Sezione 4.D, par. 2, della sentenza). Si tratterebbe, ad avviso dei giudici coreani, di un'intesa politica e non di un trattato internazionale, a causa dell'assenza di un'autorizzazione parlamentare alla ratifica e di una serie di altre procedure interne previste per la conclusione di accordi internazionali. Al di là di ciò, quel che qui conviene analizzare è l'impostazione critica adottata dalla Corte di Seoul sugli effetti prodotti dall'accordo del 2015 rispetto alla posizione degli individui. I giudici, infatti, dapprima sottolineano che i ricorrenti «are merely individuals who do not have negotiation power or political power» e che, per questo motivo, non dispongono di «effective measures to receive reparations for specific damages other than this lawsuit» (Sezione 4.C, par. 2, 6 ii). Più avanti, la Corte distrettuale si sofferma ancora sulla circostanza che «a state cannot dispose of individual rights without separate delegation or provisions of law and regulation» (Sezione 5.D, par. 4), suggerendo in qualche modo che il potere dell'esecutivo di disporre del diritto individuale di accesso a un giudice ai fini del risarcimento debba quanto meno passare da un'autorizzazione in tal senso dell'organo legislativo.

Quel che sembra potersi desumere da questi passaggi della sentenza è che la soluzione negoziale è ritenuta, in principio, una possibile via (alternativa al ricorso individuale davanti a un giudice) per ottenere, attraverso l'azione dello Stato, un risarcimento delle vittime. In altre parole, la Corte distrettuale sembra in principio ammettere una possibile compressione del diritto individuale di accesso a un giudice a fronte dell'esistenza di rimedi alternativi, di carattere negoziale, esperiti a livello interstatale. Alcuni passaggi del ragionamento sembrano invece soffermarsi sul processo di negoziazione di questi stessi accordi. Pur in termini non sempre lineari – rimarcando talvolta un ruolo diretto degli individui e talaltra soltanto la necessità di un passaggio parlamentare – i giudici coreani sembrano decisamente inclini ad accogliere le istanze provenienti dalla società civile coreana e ad affermare che il potere negoziale dello Stato debba essere esercitato garantendo alle vittime stesse una qualche forma di partecipazione al processo di conciliazione e alle richieste di riparazione. Queste indicazioni possono forse essere lette nel senso di confermare il ruolo sempre più rilevante che si tende oggi ad attribuire alla partecipazione delle vittime nella determinazione stessa del contenuto dell'obbligo di riparazione in caso di gravi violazioni di diritti fondamentali (questo crescente ruolo può certamente riscontrarsi nell'ambito della giustizia di transizione, si possono vedere sul punto alcuni

importanti lavori del Segretario Generale delle Nazioni Unite, tra cui, in particolare, *The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies: Report of the Secretary-General to the Security Council*, UN Doc. S/2011/634, 12 ottobre 2011).

Alessandro Bufalini\*

**ABSTRACT. State Immunity from Jurisdiction and Inter-State Negotiations: The Korean ‘Comfort Women’ Case**

Since many years, Korean ‘comfort women’ are seeking reparation for crimes committed by the Japanese Army before and during War World II. In the 1990s, all lawsuits brought by Korean victims to Japanese government were finally repelled by Japanese courts. In 2015, however, an agreement was concluded by the Republic of Korea and Japan with the aim of settling all reparation issues. Still, the Korean government was severely criticised for failing to consult victims and keep asking Japan to find an adequate solution. Against this backdrop, on 21 January 2021, the District Court of Seoul condemned Japan to pay compensation to twelve Korean women, forced into sexual slavery by the Imperial Japanese Army. The article discusses some of the legal arguments used by Korean judges in order to both affirm the formation of an exception to the traditional regime on State immunity and deny that the agreements concluded by the two States might have extinguished the individual right of access to the courts.

*Keywords:* immunity; reparation; gross human rights violations; right of access to justice; lump-sum agreements; victims participation.

\* Ricercatore di diritto internazionale nell’Università degli Studi della Tuscia, Dipartimento di Studi linguistico-letterari, storico-filosofici e giuridici, Via San Carlo, 32 – 01100 Viterbo, [alessandro.bufalini@unitus.it](mailto:alessandro.bufalini@unitus.it)