

ANNALI
DELLA FACOLTA' GIURIDICA
DELL'UNIVERSITA' DI CAMERINO



VOL. XIII (nuova serie)

Estratti

CAMERINO

2024

ANNALI
DELLA FACOLTA' GIURIDICA
DELL'UNIVERSITA' DI CAMERINO

VOL. XIII (nuova serie)

COMITATO SCIENTIFICO INTERNAZIONALE
Ignazio Buti, Ignacio De Cuevillas Matozzi, Antonietta di
Blase, Luigi Ferrajoli, Giulio Illuminati, Fabian Klinck, Luigi
Labruna, Franco Modugno, Pietro Perlingieri, Antonino
Procida Mirabelli di Lauro, Francesca Reduzzi, Ingo
Reichard, Rosalía Rodríguez López, Martin Josef Schermaier

DIRETTORE SCIENTIFICO
Prof. Rocco Favale

COMITATO DI REDAZIONE
Rocco Favale, Felice Mercogliano, condirettori;
Maria Pia Gasperini, Maria Paola Mantovani, Antonella
Merli, Agostina Latino, Stefano Testa Bappenheim

CONTATTI
rocco.favale@unicam.it – felice.mercogliano@unicam.it

SEGRETERIA
Scuola di Giurisprudenza - Università degli Studi di Camerino
Via D'Accorso c/o Campus Universitario
I - 62032 Camerino (MC)

La Rivista subordina la pubblicazione dei contributi alla
valutazione positiva mediante referaggio esterno in forma anonima.

ISSN (on line): 2281-3063

Copyright: Scuola di Giurisprudenza. Università di Camerino.
Proprietà letteraria riservata

AGOSTINA LATINO*

*Declinazione del legame antropologico alle terre ancestrali nella chiave giuridica del diritto internazionale, tra riconoscimento e obbligo di consultazione dei popoli indigeni***

Sommario: 1. Introduzione. - 2. *Actor:* i popoli indigeni. - 3. *Behavior:* il rapporto antropologico con le terre ancestrali. - 4. *Content:* i *pre-existing rights* dei popoli indigeni sulle terre ancestrali. - 5. *Degree:* le sfumature giuridiche della panoplia di fonti normative. - 6. *Effect:* le procedure consultive volte all'acquisizione del previo consenso libero e informato dei popoli indigeni per qualsiasi decisione concernente le terre ancestrali.

1. L'Assemblea generale delle Nazioni Unite (ONU), sul finire del 1994¹, ha statuito che il 9 agosto di ogni anno si celebri la Giornata internazionale dei popoli indigeni, solennizzando la data in cui si riunì per la prima volta, nel 1982, il Gruppo di lavoro costituitosi *ad hoc* nel quadro della Sottocommissione per la promozione e la tutela dei diritti umani². Sempre l'Assemblea generale, al fine di porre in essere un'attenta opera di monitoraggio e valutazione dello *status* giuridico dei popoli indigeni, questione fino ad allora del tutto marginalizzata nelle priorità dell'agenda della comunità internazionale, ha adottato una serie di risoluzioni, il cui *fil rouge* è rinvenibile proprio nella decisione di 'fotografare' luci e ombre del riconoscimento dei diritti di tali popoli. Si sono dunque susseguite nel tempo risoluzioni sulla base delle quali l'Assemblea generale ha, dapprima,

* Professoressa aggregata di *Diritto internazionale* presso l'Università di Camerino.

** Testo ampliato e con note della relazione svolta in occasione del Convegno *Demania. Domini collettivi e usi civici* (Camerino 21-22 maggio 2024) (Prin 2024 - Finanziato dall'Unione europea-Next Generation EU, Missione 4 Componente 1 CUP J53D23005940006).

Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del single blind peer-review.

¹General Assembly A/RES/49/214 del 23 December 1994 (reperibile alla pagina web: <https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FRES%2F49%2F214&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False>).

² Si veda il primo *Report* del *Working Group*, istituito sulla base della Ris. 1982/19 del 10 marzo 1982 della Commissione dei diritti umani reperibile alla pagina web: <https://digitallibrary.un.org/record/36801?v=pdf>.

proclamato il Decennio internazionale dei popoli indigeni nel mondo (1995-2004)³, cui, senza soluzione di continuità, ha fatto seguito il secondo Decennio (2005-2014)⁴, nonché, nel 2000, l'istituzione del Forum permanente sulle questioni indigene⁵ e, l'anno successivo, la designazione di un Relatore speciale sulla situazione dei diritti umani e delle libertà fondamentali dei popoli indigeni⁶. Nel presente contributo ci si propone di analizzare il legame ancestrale dei popoli indigeni alla madre terra alla luce della sua codificazione negli strumenti internazionali nonché della prassi giurisprudenziale, sulla base di un *framework* ABCDE, ossia *Actors* (popoli indigeni), *Behavior* (rapporto antropologico con le terre ancestrali), *Content* (*pre-existing rights* dei popoli indigeni sulle terre ancestrali), *Degree* (panopia di fonti normative, tanto di *hard* quanto di *soft law*), *Effect* (obbligo di procedure consultive volte all'acquisizione del previo consenso libero e informato dei popoli indigeni per qualsiasi decisione concernente le terre ancestrali).

2. Sebbene nel sito ufficiale delle Nazioni Unite si affermi che attualmente oltre 476 milioni di indigeni⁷, ossia il 6,2% della popolazione mondiale⁸, suddivisi in più di 5mila gruppi distinti, vivano in più di 90 Paesi del mondo, non esiste una definizione di 'popolo indigeno' adottata univocamente nell'ordinamento internazionale. In effetti, nemmeno la Dichiarazione ONU sui Diritti dei popoli indigeni del 2007⁹, prisma

³General Assembly A/RES/48/133 del 20 December 1993 (reperibile alla pagina web: <https://documents.un.org/doc/resolution/gen/nr0/712/17/img/nr071217.pdf?token=sCjD8VYaxCCA7pZ1WH&fe=true>)

⁴General Assembly A/RES/59/174 del 20 December 2004 (reperibile alla pagina web: <https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FRES%2F59%2F174&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False>).

⁵United Nations, Department of Economic and Social Affairs - Social Inclusion (<https://social.desa.un.org/issues/indigenous-peoples>).

⁶ Il mandato dello *Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples* è stato formalizzato con la Resolution 51/16 adottata dallo *Human Rights Council* il 6 ottobre 2022. Per un'overview sul mandato e le attività del Relatore speciale si veda la pagina web: <https://www.ohchr.org/en/special-procedures/sr-indigenous-peoples>.

⁷ I dati sono riportati alla pagina web <https://www.un.org/en/fight-racism/vulnerable-groups/indigenous-peoples>.

⁸ International Labour Organization (ILO), *Implementing the ILO Indigenous and Tribal Peoples Convention No. 169: Towards an Inclusive, Sustainable and Just Future*, 2020 (reperibile all'indirizzo web: <https://www.ilo.org/publications/implementing-ilo-indigenous-and-tribal-peoples-convention-no-169-towards>).

⁹ United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (UNDRIP), General Assembly Res. 61/295 del 13 settembre 2007 (Doc A/RES/61/295), il cui testo si legge alla pagina web: https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_en.pdf. Il *draft* della Dichiarazione era stato adottato nel 1994 (dalla Sottocommissione ONU sulla Prevenzione della Discriminazione e per la Protezione delle Minoranze), ma era rimasto bloccato nel quadro dei lavori del Gruppo di lavoro istituito *ad hoc* dalla Commissione Diritti umani dell'ONU per la sua revisione, in quanto la bozza si era arenata nelle secche dell'art. 3, articolo che abbina al concetto di 'popolo' il 'diritto all'autodeterminazione', previsto dalle norme internazionali. In effetti, a sua volta, la bozza del 1994 era stata elaborata all'esito di oltre 10 anni di lavoro e mediazione dei rappresentanti indigeni con il Gruppo di lavoro sulle popolazioni indigene delle Nazioni Unite. Si vedano il *Working paper*, redatto da Erica-Irene Daes, *Chairperson-Rapporteur on the draft declaration on the rights of indigenous peoples* in UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/26/Add.1, 19 luglio 1993, e i

giuridico imprescindibile per lo studio normativo internazionalistico della questione, dà una definizione di cosa si intenda per ‘popolo indigeno’, rinviando, ex art. 33, al c.d. criterio della auto-identificazione¹⁰ (cfr. *infra*).

La definizione va dunque ricostruita attraverso un metodo deduttivo di valutazione comparativa che eviti erronee sovrapposizioni con figure affini, *in primis*, con le ‘minoranze’. Sebbene anche avuto riguardo alle minoranze non esista un’univoca definizione, purtuttavia in tal caso la nozione è ascrivibile a un perimetro definito da fattori quali-quantitativi, quali l’elemento oggettivo, dato dalla sommatoria di una pluralità di fattori identitari (*in specie* etnici, linguistici, religiosi, politici, culturali); l’elemento soggettivo, consistente in un approccio solidaristico fra i membri del gruppo intenzionato a mantenerne inalterati i tradizionali tratti peculiari; l’elemento dimensionale, derivante dalla inferiorità numerica del gruppo (in posizione subordinata) rispetto alla maggioranza della popolazione (in posizione dominante). Questi presupposti riecheggiano nella definizione di Francesco Capotorti, *Special Rapporteur* della *Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities*, secondo cui per ‘minoranza’ si intende «a group which is numerically inferior to the rest of the population of a State and in a non-dominant position, whose members possess ethnic, religious or linguistic characteristics which differ from those of the rest of the population and who, if only implicitly, maintain a sense of solidarity, directed towards preserving their culture, traditions, religion or language»¹¹. Di primo acchito, quantomeno in un rapporto di *genus ad species*, sembrerebbe riconducibile nell’alveo di tale nozione anche quella dei popoli indigeni, posto che tali elementi quali-quantitativi si rinvergono altresì in tale ultima fattispecie¹². In effetti, dal raffronto fra queste due tipologie di gruppi umani, emergono (almeno) due specificità proprie dei popoli indigeni rispetto alle minoranze, l’una di natura cronologica-temporale, data l’origine storica più risalente dell’insediamento territoriale dei ‘popoli indigeni’ rispetto alle ‘minoranze’ *tout court*, l’altra più squisitamente antropologica, strettamente connessa all’importanza cardinale, nelle rivendicazioni indigene, del rapporto con le terre ancestrali. È dunque in questa prospettiva che, avuto riguardo alla eterogeneità del regime volto a tutelare i diritti delle

successivi Rapporti, tutti volti allo sforzo definitorio di ‘popolo indigeno’: UN E/CN.4/Sub.2/1994/31, 8 luglio 1994, e UN E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2, 10 giugno 1996 (il testo dei documenti è reperibile all’indirizzo web: https://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=6760). L’UNDRIP è stata approvata con larga maggioranza: in effetti, al netto di 11 astensioni, hanno votato a favore per la sua adozione 143 Paesi, fra i quali, almeno inizialmente, non erano annoverati Australia, Canada, Nuova Zelanda e Stati Uniti, ossia proprio gli Stati tristemente noti per il trattamento vessatorio imposto ai popoli autoctoni sottoposti alla loro giurisdizione. Tuttavia, tre anni dopo la sua approvazione da parte dell’Assemblea Generale, ossia nel corso del 2010, l’Australia (a marzo), la Nuova Zelanda (ad aprile), il Canada (a novembre) e gli Stati Uniti (a dicembre) hanno deciso di sostenere la Dichiarazione sui popoli indigeni.

¹⁰ Art. 33, par. 1: «Indigenous peoples have the right to determine their own identity or membership in accordance with their customs and traditions...».

¹¹ F. CAPOTORTI, *Study on the Rights of Persons belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, UN Publications, Sales no. E.91.XIV, Geneva, 1991, § 568.

¹² Al netto di casi particolari quale quello degli Inuit che, in Groenlandia, rappresentano più dell’80% della popolazione.

minoranze rispetto a quello che mira a proteggere i diritti dei popoli indigeni, sono proprio questi ultimi che stigmatizzano qualsivoglia analogia tra la loro situazione e quella delle minoranze come «highly problematic»¹³.

In estrema sintesi, le principali differenze fra i sistemi giuridici di matrice internazionalista applicabili alle due diverse entità rilevano sotto il triplice punto di vista delle rispettive origini storiche (risalenti al Trattato di Westfalia, per quel che concerne il regime giuridico delle minoranze¹⁴; ancorate a tempi ben più recenti, come accennato *supra*, quello dei popoli indigeni), dei destinatari dei diritti (dimensione prettamente individuale, anche se in comune con gli altri membri del gruppo, nel caso delle minoranze; estensione squisitamente collettiva, avuto riguardo ai popoli indigeni) e degli obiettivi (ottenere le stesse opportunità della maggioranza su base non discriminatoria, pur preservando le proprie caratteristiche distintive, nel caso delle minoranze; mantenere un *modus vivendi et operandi* distinto e separato, esercitando il diritto a una forma di autonomia/autodeterminazione – nel senso di autogoverno e autoidentificazione in linea con la propria specificità culturale – per i popoli indigeni)¹⁵. Di siffatte specificità dà conto Jose R. Martinez Cobo, *Special Rapporteur* della *Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities*, nella definizione da egli elaborata nel suo *Study on the Problem of Discrimination against Indigenous Populations*, in base alla quale per

¹³ J. CASTELLINO, C. DOYLE, *Who Are Indigenous Peoples?*, in J. HOHMANN, M. WELLER (eds.), *The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Oxford, 2018, pp. 7-37, spec. 14. Secondo Pisillo Mazzeschi, «se la strategia giuridica e politico-diplomatica dei popoli indigeni era quella di evitare di rimanere “vincolati” allo status delle minoranze, e di aspirare invece ad ottenere un regime giuridico più favorevole e più avanzato nell’ottica dei diritti umani, ed in particolare un regime che avesse carattere di specialità e fosse anche fondato sulla tutela di diritti collettivi, questa strategia è risultata nel complesso vincente. Infatti, a nostro parere, i popoli indigeni hanno ottenuto, sia pure a titolo di sviluppo progressivo del diritto internazionale, ambedue gli obiettivi: a) un regime speciale, caratterizzato soprattutto dai diritti all’identità culturale, dai diritti di proprietà sulle risorse e dai diritti di autonomia ed autogoverno nelle questioni interne (gli ultimi due funzionali rispetto ai primi); b) la tutela di diritti collettivi di carattere sostanziale. Invece, non ci sembra che i popoli indigeni abbiano ottenuto per ora un terzo obiettivo più ambizioso, costituito dal diritto di autodeterminazione esterna»: R. PISILLO MAZZESCHI, *La normativa internazionale a protezione dei popoli indigeni*, in A.L. PALMISANO, P. PUSTORINO (a cura di), *Atti del Convegno internazionale Identità dei Popoli Indigeni: aspetti giuridici, antropologici e linguistici. Seconda fase del Seminario sull’identità linguistica dei popoli indigeni del Mercosud come fattore di integrazione e sviluppo*, Siena, 4 e 5 giugno 2007, Roma, 2008, pp. 19-31, spec. 30-31.

¹⁴ J. JACKSON PREECE, *National Minorities and the European Nation-States System*, Oxford, 1998, in specie Chapter 4: *Minority Rights from Westphalia to Berlin (1648–1878)*, pp. 54-66.

¹⁵ La *Food and Agricultural Organization* (FAO), pur nella consapevolezza del fatto che l’eterogeneità tra regioni e Paesi e le differenze di background, cultura, storia e condizioni hanno reso estremamente difficile lo sviluppo di un’unica definizione, a livello internazionale, applicabile a tutte le comunità di popoli indigeni, si attiene ai seguenti quattro criteri quando prende in considerazione i popoli indigeni: «a) priority in time, with respect to occupation and use of a specific territory; b) the voluntary perpetuation of cultural distinctiveness, which may include aspects of language, social organization, religion, and spiritual values, modes of production, laws, and institutions; c) self-identification, as well as recognition by other groups, or by State authorities, as a distinct collectivity; and d) an experience of subjugation, marginalization, dispossession, exclusion or discrimination, whether or not these conditions persist»: <https://www.fao.org/indigenous-peoples/en/>

‘Indigenous communities, peoples and nations’ si intendono «those which, having a historical continuity with pre-invasion and pre-colonial societies that developed on their territories, consider themselves distinct from other sectors of the societies now prevailing on those territories, or parts of them. They form at present non-dominant sectors of society and are determined to preserve, develop and transmit to future generations their ancestral territories, and their ethnic identity, as the basis of their continued existence as peoples, in accordance with their own cultural patterns, social institutions and legal system»¹⁶.

Dunque, nella individuazione dei ‘popoli indigeni’, la definizione del lemma ‘popolo’ quale comunità dei cittadini di uno Stato¹⁷, si arricchisce di un elemento soggettivo e di un elemento oggettivo. Il primo, ossia il fattore soggettivo, è dato dall’auto-identificazione, declinata in una duplice dimensione: individuale, frutto della percezione del singolo (coscienza di appartenenza a un gruppo), e collettiva, posto che i popoli indigeni mantengano il diritto esclusivo di determinare chi appartenga al proprio gruppo (accettazione da parte del gruppo). Il secondo criterio, cioè l’elemento oggettivo, consiste nella continuità storica, ossia nel mantenimento, per un prolungato e ininterrotto periodo di tempo¹⁸, dei seguenti fattori: occupazione di (almeno una parte di) terre

¹⁶ J. R. MARTINEZ-COBO, *Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations*, Volume V: Conclusions, Proposals and Recommendation, UN Economic and Social Council, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4, 1987, § 379 (reperibile alla pagina web: <https://cendoc.docip.org/collect/cendocdo/index/assoc/HASH01a2/55590d02.dir/Martinez-Cobo-a-1.pdf>).

¹⁷ Va osservato, in modo laterale, che gli individui membri dei popoli indigeni hanno acquisito alquanto tardivamente la cittadinanza dello Stato sotto la cui giurisdizione si trovano all’esito della colonizzazione: basti pensare che negli Stati Uniti d’America solamente nel 1924, con la promulgazione dell’*Indian Citizenship Act*, che, dal nome del proponente Homer P. Snyder, è detto anche *Snyder Act*, i nativi americani hanno ottenuto la cittadinanza statunitense, mentre gli autoctoni australiani hanno dovuto attendere addirittura il 1967, all’esito del referendum del 27 maggio che, a grande maggioranza, cancellò dalla Costituzione le norme discriminatorie nei loro confronti. In effetti, il 90,2% dei votanti si espresse contro due articoli della Costituzione entrata in vigore nel 1901, quando le colonie britanniche in Australia si erano unite pacificamente in una federazione, ossia, specificamente, l’art. 51 (in base al quale il governo federale poteva emanare leggi *ad hoc* riguardanti tutte le minoranze etniche presenti in Australia, tranne gli aborigeni) e l’art. 127 (che escludeva gli indigeni australiani dal calcolo della popolazione durante i censimenti). Se dunque nel documento fondativo dello Stato australiano questi erano gli unici riferimenti agli aborigeni, entrambi di segno negativo, non stupisce che nel 1902, fra le prime leggi emanate dal governo federale, si annoverava quella che precludeva loro il diritto di voto.

¹⁸ L’individuazione esatta del *range* è tutt’altro che agevole: basti pensare alla *vexata quaestio* del c.d. *Marco Temporal*, il contestatissimo provvedimento propugnato dall’ex-Presidente brasiliano Jair Bolsonaro, in base al quale non sarebbe stato possibile istituire riserve protette sulle aree dove gli indigeni non erano presenti alla data del 5 ottobre 1988, data in cui è entrata in vigore l’attuale costituzione brasiliana, sicché, di *default*, non sarebbero potute essere demarcate, ovvero mappate e quindi riconosciute come zone su cui insistono dei diritti dei popoli nativi. Malgrado il Supremo Tribunale Federale (STF) il 23 settembre 2023 si sia pronunciato sul ricorso promosso dalla Fundação Nacional do Índio contro l’Istituto del Meio Ambiente dello Stato di Santa Catarina a favore dei diritti fondiari dei popoli indigeni, posto che nella sentenza riaffermi il contenuto dell’art. 231 Cost., in base al quale i diritti fondiari indigeni sono sì riconosciuti dalla Costituzione, ma preesistono alla promulgazione della Costituzione stessa, superando il precedente orientamento, che limitava ai soli gruppi effettivamente insediati sui territori al momento

ancestrali, ascendenza comune con i primi abitanti di siffatte terre; specificità e peculiarità culturali (*in specie*, ma non solo, lingua, religione, tradizioni, riti); collocazione in specifiche regioni del mondo¹⁹.

3. In perfetta linea di continuità con la definizione degli *Actors*, ossia dei popoli indigeni, l'aspetto del *Behavior*, ossia del loro atteggiamento, fa perno sul rapporto che essi hanno con le terre ancestrali. A tal proposito, va osservato, quantomeno come considerazione laterale rispetto alla distinzione accennata *supra* fra minoranze e popoli indigeni, che in nessuno dei nove articoli che compongono la Dichiarazione sulle minoranze²⁰ si fa menzione dei diritti alla terra, elemento, viceversa, centrale nella protezione dei diritti dei popoli indigeni. In effetti, il *Behavior* dei popoli indigeni è intimamente connesso al rapporto e all'uso delle risorse della terra in cui sono insediati dalla notte dei tempi, sicché il loro modello di sviluppo culturale, economico e sociale ne è plasmato, sulla base di una (cosmo)visione del mondo che pone l'accento, prevalentemente, su valori non economici in una dimensione intra/inter-generazionale²¹.

dell'adozione della Costituzione, purtroppo il Parlamento, poche settimane dopo la pronuncia, ha adottato la legge 14.701/2023 che limita la protezione delle terre appartenenti alle popolazioni indigene, malgrado il veto che l'attuale Presidente Luiz Inácio Lula da Silva aveva posto su gran parte del contenuto della legge, veto a sua volta parzialmente annullato dal Parlamento stesso. Il Relatore speciale delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni, José Francisco Calí Tzay, ha chiesto al Brasile la sospensione di tale legge, che mette le popolazioni indigene a rischio di sfollamento o espulsione dalle loro terre tradizionali: nella sua dichiarazione, se, da un lato, si è congratulato con il STF per aver respinto la legge del c.d. *Marco temporal* nel settembre 2023, dall'altro, ha espresso preoccupazione per la rapida approvazione della legge 14.701/2023 da parte del Congresso, nel dicembre scorso. In effetti, malgrado la legge 14.701/2023 sia stata impugnata da cinque ricorsi davanti al STF, esso ha sospeso il giudizio su tali procedimenti nell'aprile 2024 e ha suggerito un processo di mediazione tra gli interessi delle popolazioni indigene e l'agrobusiness: cfr. *Brasile: riprende il dibattito sul "marco temporal"*, in *Osservatore romano*, 13 luglio 2024.

¹⁹ Nel summenzionato *Working paper submitted by the Chairperson-Rapporteur on the draft declaration on the rights of indigenous peoples* del 1996 (c.d. Rapporto Daes) sono individuati come elementi rilevanti per qualificare un popolo come 'indigeno', al di là della necessità che siano tutti contemporaneamente presenti: (a) la priorità nel tempo, rispetto all'occupazione e all'uso di un territorio specifico; (b) la perpetuazione volontaria della distintività culturale, che può includere gli aspetti della lingua, dell'organizzazione sociale, della religione e dei valori spirituali, dei modi di produzione, delle leggi e delle istituzioni; (c) l'auto-identificazione, così come il riconoscimento da parte di altri gruppi o delle autorità statali; e (d) un'esperienza di sottomissione, emarginazione, spossessamento, esclusione o discriminazione, a prescindere dal fatto che queste condizioni persistano o meno. In buona sostanza, le caratteristiche che attualmente sussume la FAO: cfr. nota 15 *supra*.

²⁰ *Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, adottata il 18 dicembre 1982, con la Risoluzione 47/135 dell'Assemblea generale. Se ne legge il testo alla pagina web: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/declaration-rights-persons-belonging-national-or-ethnic>

²¹ Da questa prospettiva deriva l'esigenza di d'analisi «inter-post-transdisciplinare» (così D.T. GOLDBERG, M. MUSHENO, L.C. BOWER, *Between law and culture. Relocating legal studies*, Minneapolis-London, 2001), implementata anche nella prassi: si veda in proposito l'approccio del Giudice della Corte di San José, il Presidente Humberto Antonio Sierra Porto, nel caso *Caso Comunidad Garifuna Triunfo de la Cruz Vs. Honduras*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 08-10-2015. Serie C no. 305 (reperibile all'indirizzo web: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_305_esp.pdf). Nella sentenza la Corte

Di tal guisa, il rapporto tra gli individui parte del popolo indigeno e il territorio non è riconducibile *sic et simpliciter* all'istituto della proprietà²². A mo' d'esempio può richiamarsi il c.d. *Native Title*, che attesta l'esistenza di una relazione giuridica tra gli aborigeni, ossia i popoli indigeni autoctoni australiani, e il territorio, secondo quanto sancito per la prima volta dall'*High Court of Australia* nella sentenza *Mabo v. Queensland (No. 2)* del 1992²³, in cui questa nozione viene ricostruita come una sorta di *intersection*

interamericana dei diritti umani ha dichiarato lo Stato dell'Honduras responsabile a livello internazionale per la violazione del diritto alla proprietà collettiva, a danno della comunità Garífuna Triunfo de la Cruz e dei suoi membri. La Corte ha rilevato che erano sorti diversi problemi in relazione al territorio, tra cui la vendita di terre riconosciute come ancestrali a una società privata e a terzi per la realizzazione di un progetto turistico, riscontrando altresì che non vi fosse stato un processo adeguato ed efficace per garantire il diritto alla consultazione della Comunità Garífuna Triunfo de la Cruz in nessuna delle fasi di pianificazione o di attuazione dei progetti turistici 'Marbella' e 'Playa Escondida'. Nel suo 'voto concorrente', il Presidente Sierra Porto, nel ribadire che «los problemas de delimitación, demarcación, titulación y "saneamiento" de tierras habitadas por comunidades indígenas o tribales y terceros no deben ser entendidos como problemas meramente jurídicos, sino como expresiones de situaciones sociales más complejas» (§ 65), sicché, per comprenderli, è necessario sviluppare strumenti processuali idonei a delineare il contesto in cui si sono svolti i fatti, quali, in particolare, la c.d. *diligencia in situ* che consente alla Corte di «obtener un conocimiento de primera mano de las particularidades de las localidades en disputa y su ubicación. Específicamente, resulta valiosa la oportunidad que recibe la Corte a través de estas visitas para adquirir información que únicamente mediante este mecanismo podría obtenerse, incluyendo de los pobladores de las tierras y de las autoridades» (§ 11). Di tal guisa è opportuno ricorrere all'aiuto di esperti di altre discipline, tra cui antropologi, sociologi e altri operatori sociali, utili affinché il giudice, *in primis*, e gli Stati, successivamente, possano trattare tali situazioni attraverso un approccio integrale che consente di analizzare le stesse non solo in termini di questioni meramente giuridiche (§ 66). In dottrina si veda il contributo di A. M. RUSSO, I. WENCES SIMÓN, *La Corte interamericana e il diritto alla propiedad comunal indígena: un'analisi nella prospettiva del riconoscimento e della diversità culturale*, in DPCE, 3, 2017, pp. 791-832. Si sofferma sull'«evolving role of socio-cultural anthropologists, who navigate the complexities of legal and political intersections» anche M. MONTEIRO DE MATOS, *Advancing Indigenous Land Rights: The Xukuru People Case*, in *Politics and Rights Review*, April 25, 2024.

²² M. BRUNORI, *La progressiva affermazione del diritto alla terra: un'analisi di strumenti e contenuti*, in *Ragion pratica*, Fascicolo 2, dicembre 2022, pp. 389-412. L'Autrice sottolinea come in taluni strumenti internazionali che se ne occupano talvolta si faccia riferimento ai diritti di proprietà della terra (*property rights* o *ownership rights*), mentre in altri si utilizzino le espressioni *tenure rights* o *land rights* (spesso tradotti genericamente come diritti fondiari o diritti sulla terra). La differenza, oltre a essere di contenuto, in quanto i primi fanno riferimento al concetto di proprietà così come definito dagli ordinamenti di *civil law* o di *common law* occidentali, è di carattere politico. L'utilizzo delle espressioni più generiche di diritti fondiari o diritti sulla terra è volto infatti ad abbracciare e a dare rilievo a tutti i tipi di relazione giuridica con il bene terra riconosciuti, oltre che a livello legislativo, anche a livello consuetudinario o secondo le norme delle comunità rurali tradizionali o indigene: cfr. *ivi* p. 394.

²³ *Mabo and Others v. Queensland (No. 2)* (1992), 175 CLR 1, 3 June 1992 reperibile alla pagina web: <https://jade.io/article/67683>. La sentenza *Mabo* ha modificato le basi del diritto fondiario in Australia, rovesciando la dottrina della *terra nullius* su cui poggiavano le rivendicazioni britanniche di possesso dell'Australia. La pronuncia costituisce una sorta di 'secondo round' del caso che prese le mosse il 20 maggio 1982 quando Eddie Koiki Mabo, Sam Passi, David Passi, Celuia Mapo Salee e James Rice iniziarono a rivendicare legalmente la proprietà delle loro terre sull'isola di Mer, nello Stretto di Torres, tra Australia e Papua Nuova Guinea. L'*High Court* richiese alla Corte Suprema del Queensland di determinare i fatti su cui si basava il caso, ma, mentre la causa era pendente innanzi la Corte del Queensland, il

tra le categorie del *property law* (e del *land law*) australiano e il ‘diritto’ consuetudinario aborigeno. Nel *Native Title Act*, approvato l’anno successivo, con cui il Parlamento australiano ha cercato di codificare le implicazioni della decisione e di stabilire un regime normativo in base al quale gli indigeni australiani potessero chiedere il riconoscimento dei loro diritti di proprietà ancestrale, si sancisce che «[t]he expression *native title* or *native title rights and interests* means the communal, group or individual rights and interests of Aboriginal peoples or Torres Strait Islanders in relation to land or waters where: (a) the rights and interests are possessed under the traditional laws acknowledged, and the traditional customs observed, by the Aboriginal peoples or Torres Strait Islanders; and (b) the Aboriginal peoples or Torres Strait Islanders, by those laws and customs, have a connection with the land or waters; and (c) the rights and interests are recognised by the common law of Australia»²⁴.

Al netto delle considerazioni critiche di parte della dottrina australiana, secondo la quale, attraverso l’uso di termini quali ‘*title*’, ‘*rights*’ e ‘*interests*’ si opera una sorta di traduzione interculturale che trasforma, e quasi manipola, il ‘diritto’ aborigeno, di fatto ignorando, sulla base di un’analogia imperfetta e di uno slittamento semantico, una radicale alterità tra culture giuridiche²⁵, emerge, in tutta la sua evidenza, il peculiare rapporto dei popoli indigeni con il territorio²⁶.

Parlamento dello Stato approvò la legge sulle isole costiere dello Stretto di Torres, in cui si sanciva che «any rights that Torres Strait Islanders had to land after the claim of sovereignty in 1879 is hereby extinguished without compensation». Questa legge è stata dunque impugnata e portata davanti all’*High Court* che si è espressa, con la decisione nota come *Mabo No. 1* (*Mabo v. Queensland (No. 1)* (1988), 166 CLR 186, 8 December 1988), affermando l’invalidità della legge contestata in quanto in conflitto con il *Commonwealth Racial Discrimination Act* del 1975. Quando è stata adottata la decisione sul caso *Mabo No. 2*, il 3 giugno 1992, cioè 10 anni dopo l’apertura del caso, sia Celuia Mapo Salee che Eddie Mabo erano morti. Al netto dell’opinione dissidente del giudice Dawson, la maggioranza dei membri dell’*High Court*, ossia sei giudici, concordò sul fatto che al popolo Meriam facesse capo la proprietà tradizionale della loro terra ancestrale, sicché la sentenza sancì che il possesso britannico non avesse abrogato tale titolo e che dunque «[t] he Meriam people are entitled as against the whole world to possession, occupation, use and enjoyment of the lands of the Murray Islands». Questo riconoscimento ha innestato nel diritto australiano la dottrina giuridica del *Native Title* ascrivibile a tutte le popolazioni indigene in Australia prima della creazione della colonia britannica del Nuovo Galles del Sud nel 1788. Riconoscendo dunque che le popolazioni indigene in Australia avevano un titolo antecedente sulle terre ancestrali, terre avocate a sé dalla Corona dopo la dichiarazione di possesso di Cook nel 1770, la Corte ha affermato che questo titolo esiste a tutt’oggi in qualsiasi porzione di territorio in cui non sia stato legalmente estinto.

²⁴ *Native Title Act*, Section 223, il cui testo si legge alla pagina web: <https://www.alrc.gov.au/publication/connection-to-country-review-of-the-native-title-act-1993-cth-alrc-report-126/4-defining-native-title-2/establishing-native-title-rights-and-interests-2/>. Si noti che il *Native Title Act* del 1993 è stato oggetto di vari emendamenti, in particolare, con le *Native Title (Federal Court) Regulations* del 1998, poi con le *Native Title (Indigenous Land Use Agreements) Regulations* del 1999, nonché, da ultimo con il *Native Title Legislation Amendment Act 2021* e con il *Native Title Legislation Amendment (2021 Measures No. 1) Regulations*.

²⁵ C. MANTZIARIS, D. MARTIN, *Native Title Corporations: A Legal and Anthropological Analysis*, Leichhardt, 2000, p. 32.

²⁶ R. MAZZOLA, *Il “diritto” aborigeno come manufatto: la prova del native title in Australia*, in M. MANZIN, F. PUPPO, S. TOMASI (eds.), *Studies on Legal Argumentation & Legal Philosophy/3: Multimodal Argumentation, Pluralism and Images in Law*, Trento, 2018, pp. 289-308.

Del pari, la Corte interamericana dei diritti dell'uomo ha avuto modo di enfatizzare come «the culture of the members of the indigenous communities directly relates to a specific way of being, seeing, and acting in the world, developed on the basis of their close relationship with their traditional territories and the resources therein, not only because they are their main means of subsistence, but also because they are part of their worldview, their religiosity, and therefore, of their cultural identity»²⁷. La Corte di San José ha altresì ritenuto necessarie alcune precisazioni sul concetto di 'proprietà' nella prospettiva dei popoli indigeni, affermando che «[...] there is a communitarian tradition regarding a communal form of collective property of the land, in the sense that ownership of the land is not centered on an individual but rather on the group and its community. Indigenous groups, by the fact of their very existence, have the right to live freely in their own territory; the close ties of indigenous people with the land must be recognized and understood as the fundamental basis of their cultures, their spiritual life, their integrity, and their economic survival. For indigenous communities, relations to the land are not merely a matter of possession and production but a material and spiritual element which they must fully enjoy, even to preserve their cultural legacy and transmit it to future generations»²⁸.

²⁷ Inter-American Court of Human Rights, *Case of the Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, Judgment of June 17, 2005 (Merits, Reparations and Costs), § 135 (https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_ing.pdf). Il caso riguardava i diritti fondiari della comunità indigena Yakye Axa che era stata di fatto allontanata dalla propria terra tradizionale a causa del mancato riconoscimento da parte dello Stato paraguayano della proprietà e del possesso comunitario, sicché, a causa della perdita dell'accesso alla terra ancestrale, gli Yakye Axa vivevano in estrema povertà. Le questioni giuridiche affrontate nel caso riguardavano il 'livello' di tutela dei diritti fondiari degli indigeni che la legislazione nazionale doveva porre in essere e le misure positive necessarie per garantire una vita dignitosa ai membri del popolo indigeno. La Corte interamericana ha anche affrontato il profilo del conflitto di leggi scaturente dall'intersezione dei diritti di proprietà (comunitaria) degli indigeni con i diritti di proprietà (individuali) dei non indigeni. La Corte ha riscontrato violazioni del diritto all'uso e al godimento della proprietà (art. 21), del diritto alla protezione giudiziaria (art. 8) e del diritto alla vita (art. 4) sanciti nel Patto di San José del 1969. La violazione del diritto all'uso e al godimento della proprietà ha a che fare, in parte, con la mancata adozione da parte del Paraguay di misure adeguate volte ad assicurare che il diritto interno fosse in grado di garantire l'uso e il godimento effettivo della terra tradizionale della comunità, minacciando così il libero sviluppo e la trasmissione della cultura e delle pratiche tradizionali. Sebbene nella sentenza si affermi che, laddove la restituzione della terra indigena non sia possibile, si può cercare una terra alternativa e/o un risarcimento, che tenga conto dei valori, delle usanze e del diritto consuetudinario alla luce dell'attaccamento unico degli indigeni a una determinata terra, posto che ci sia il consenso delle persone coinvolte, in conformità del c.d. *duty to consult*, la Corte, nel caso specifico, ha rilevato che tale consultazione non è avvenuta. La Corte ha dunque ordinato al Paraguay di delimitare la terra tradizionale, riservandola, senza alcun costo, alla comunità e di fornirle beni e servizi di base necessari per sopravvivere fino al recupero totale della terra. In effetti, la violazione del diritto alla vita era dovuta proprio alla mancata adozione da parte dello Stato di misure adeguate, compresi gli obblighi positivi, per garantire una vita dignitosa, quali anche i mezzi di sussistenza tradizionali associati all'accesso alla terra ancestralmente utilizzata dalla comunità.

²⁸ Inter-American Court of Human Rights, *Case of the Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, Judgment of August 31, 2001 (Merits, Reparations and Costs), § 149 (https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_ing.pdf). Il caso riguardava il mancato rispetto da

Anche la Commissione africana sui diritti umani e dei popoli, organo quasi-giudiziario incaricato di promuovere e proteggere i diritti umani e i diritti collettivi in tutto il continente africano, ha ribadito il rapporto spirituale fra i popoli indigeni con le loro terre tradizionali, sottolineando che lo sfollamento forzato e il trasferimento coatto: «[f]rom their ancestral lands by the Respondent State [*i.e.* Kenya, *ndr*] interfered with the Endorois' right to religious freedom and removed them from the sacred grounds essential to the practice of their religion, and rendered it virtually impossible for the Community to maintain religious practices central to their culture and religion»²⁹.

Questo rapporto simbiotico e indissolubile dei popoli indigeni con le loro terre ancestrali è ben rappresentato da Bruce Chatwin nel suo libro *In Patagonia*³⁰ in cui

parte del Nicaragua dell'obbligo di delimitare le terre comunitarie, di proteggere il diritto dei popoli indigeni sulle terre ancestrali e le risorse naturali e di garantire loro l'accesso a un rimedio efficace in caso di violazioni di siffatti obblighi. In particolare, si vietava allo Stato di stipulare concessioni terriere con terzi che avrebbero avuto un impatto negativo sulle terre indigene. La Corte di San José ha proceduto dapprima con un esame dettagliato della portata delle tutele della terra indigena ai sensi della Convenzione interamericana dei diritti dell'uomo, compreso il diritto di proprietà (art. 21) nel contesto della terra indigena e comunale, nonché dei rimedi patrimoniali volti a ristorare l'eventuale espropriazione illegale della terra indigena. Sulla base di tale analisi, la Corte ha stabilito che il Nicaragua aveva violato il diritto alla protezione giudiziaria e il diritto alla proprietà garantiti dal Patto del 1969. La Corte ha ritenuto altresì che il diritto di proprietà includesse i diritti dei popoli indigeni in quanto originati dalla tradizione indigena e, pertanto, lo Stato non poteva legittimamente concedere terre indigene a terzi. Per determinare il contenuto del diritto di proprietà, la Corte ha fatto riferimento alla Costituzione del Nicaragua che, all'art. 5, riconosce i diritti di proprietà comunitaria. Come forme di riparazione, la Corte ha chiesto al Nicaragua di adottare misure volte a creare un meccanismo efficace per la demarcazione e la titolazione del territorio delle comunità indigene, in conformità con il loro diritto consuetudinario, i principi, i costumi e le usanze, oltre a ingiungere allo Stato di astenersi da qualsiasi atto che potesse pregiudicarne l'esistenza, il valore, l'uso o il godimento, avuto riguardo ai territori ancestrali situati nell'area geografica in cui i membri della comunità indigena vivevano e svolgevano le loro attività.

²⁹ African Commission on Human and Peoples' Rights, *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v Kenya*, Communication No. 276/2003 (4 February 2010), § 173 (<https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/achpr/2010/en/71724>). Il caso riguardava l'allontanamento forzato e il trasferimento di una comunità indigena, per far posto a una riserva di caccia, dalle sue terre ancestrali di cui la comunità chiedeva la restituzione. Le questioni giuridiche vertevano, innanzitutto, sul se la Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, nota come Carta di Banjul, dal nome della città del Gambia in cui si svolsero le due sessioni della Assemblea dell'Organizzazione dell'Unità Africana che portarono alla sua approvazione nel 1981, prevedesse tutele per le popolazioni indigene, compresa la protezione dell'accesso o del controllo sulle terre ancestrali; in seconda battuta, sul contenuto di tali tutele, in particolare l'adeguatezza delle procedure di consultazione prima dello sfollamento; e, infine, sul se la Carta africana consentisse o meno rivendicazioni giudiziarie collettive. La Commissione africana, ispirandosi proprio alla prassi del sistema interamericano dei diritti umani dei casi vertenti sui diritti fondiari dei popoli indigeni, ha riscontrato violazioni del diritto alla proprietà (art. 14), del diritto alle proprie pratiche religiose (art. 8), del diritto alla cultura (art. 17), del diritto alla libera disposizione delle risorse naturali (art. 21) e del diritto allo sviluppo (art. 22). La Commissione ha inoltre affermato che l'art. 14 garantisce una partecipazione significativa di coloro che sono interessati dalle decisioni di sviluppo, concludendo per forme di riparazione, quali, *in primis*, proprio il riconoscimento dei diritti fondiari sulle terre ancestrali.

³⁰ B. CHATWIN, *In Patagonia*, ed. or. 1977, trad. it. M. Marchesi, Adelphi, 1982. Altre espressioni metaforiche sono particolarmente suggestive: ad esempio, il 'disgelo' che significa 'cicatrice/insegnamento'

l'Autore racconta il tentativo del missionario anglicano Thomas Bridges di redigere un dizionario della lingua Yaghan, popolo indigeno di pescatori della Terra del Fuoco, per poter spiegare loro il vangelo, lavoro gigantesco, posto che esso contempli circa 32mila vocaboli senza aver esaurito le riserve di espressione della lingua Yaghan, il cui manoscritto originale è oggi conservato al British Museum. Ebbene, le difficoltà nascevano dal fatto che in quella lingua aborigena mancano i concetti astratti di cui il missionario aveva bisogno per poter svolgere efficacemente il proprio apostolato, perché in quella lingua tutto era concreto: la 'monotonia' si indicava con 'l'assenza di amici maschi'; la 'depressione' con la fase vulnerabile del granchio che, perso il guscio, aspetta che cresca il nuovo; 'pigro' derivava dal pinguino Jackass; 'adultero' dallo Hobby, un falchetto che svolazza qua e là per scagliarsi poi sulla vittima; il singhiozzo era un groviglio di alberi caduti; la 'vecchiaia' era indicato con l'espressione 'cozze (il loro cibo base) fuori stagione', e così via. Conclude Chatwin, per spiegare l'assurdità di sottrarre questo popolo indigeno ai luoghi nati: «le associazioni metaforiche che formavano il loro terreno mentale incatenavano gli indios alla loro terra natale con legami che non potevano essere spezzati. Un territorio della tribù, per quanto scomodo, era sempre un paradiso»³¹.

Del pari, Lera Boroditsky, professoressa di Scienze cognitive a Stanford, partendo dal presupposto che la lingua modella il pensiero, racconta che: «I am standing next to a five-year old girl in Pormpuraaw, a small Aboriginal community on the western edge of Cape York in northern Australia. When I ask her to point north, she points precisely and without hesitation. My compass says she is right. Later, back in a lecture hall at Stanford University, I make the same request of an audience of distinguished scholars – winners of science medals and genius prizes. Some of them have come to this very room to hear lectures for more than 40 years. I ask them to close their eyes (so they don't cheat) and point north. Many refuse; they do not know the answer. Those who do point take a while to think about it and then aim in all possible directions. I have repeated this exercise at Harvard and Princeton and in Moscow, London and Beijing, always with the same results. A five-year-old in one culture can do something with ease that eminent scientists in other cultures struggle with. This is a big difference in cognitive ability. What could explain it?»³². La risposta sembra essere la lingua che, nel caso dei popoli indigeni, li ancora alla terra ancestrale, loro patria: «unlike English, the Kuuk Thaayorre language spoken in Pormpuraaw does not use relative spatial terms such as left and right. Rather

sulla base di un ragionamento che procede così: la neve prima copre il terreno come una crosta copre una ferita, poi si scioglie a chiazze e lascia una superficie liscia e piatta (la cicatrice), sicché il disgelo annuncia l'arrivo del tempo primaverile, stagione nella quale la gente comincia a circolare e le lezioni iniziano. Un altro esempio: 'pantano' traducibile con 'ferita mortale' (o 'ferito a morte') in quanto i pantani della Terra del Fuoco sono gnoccosi (sic!) materassi di muschio, stillanti acqua, dal colore, giallo opaco con macchie rossastre, tipiche di una ferita aperta in suppurazione, con pus e sangue, che coprono il fondo delle valli, piatti come un uomo che giace ferito.

³¹ Ivi.

³² L. BORODITSKY, *How Language Shapes Thought. The Languages We Speak Affect our Perceptions of the World*, *Scientific American*, Vol. 304/ No.2, February 1, 2011, p. 62 ss. reperibile alla pagina web <https://www.scientificamerican.com/article/how-language-shapes-thought/>

Kuuk Thaayorre speakers talk in terms of absolute cardinal directions (north, south, east, west, and so forth). Of course, in English we also use cardinal direction terms but only for large spatial scales. We would not say, for example, “They set the salad forks southeast of the dinner forks – the philistines!” But in Kuuk Thaayorre cardinal directions are used at all scales. This means one ends up saying things like “the cup is southeast of the plate” or “the boy standing to the south of Mary is my brother.” In Pormpuraaw, one must always stay oriented, just to be able to speak properly³³.

4. Per quel che concerne il *Content* del rapporto fra i popoli indigeni e la terra ancestrale, esso si configura come un diritto collettivo alla terra e alle risorse derivante dall’occupazione e dall’uso della stessa terra. A sua volta, la giuridicità dell’occupazione riposa su ‘norme’ consuetudinarie, proprie dei popoli indigeni, sicché va del tutto confutata la dottrina della *terra nullius*, riferita alle terre oggetto di conquista o occupazione da parte dei colonizzatori europei. In effetti, la dottrina del titolo aborigeno era già contemplata negli scritti di giuristi spagnoli del XV e XVI secolo, in particolare quelli di Francisco de Victoria, secondo cui i ‘barbari’ «erant in in pacifica possessione rerum, et publice et privatim, ergo omnino, nisi contrarium constet, habendi sunt pro dominis, neque, indicta causa, possessione deturbandi»³⁴. Purtuttavia, come è stato osservato «for the Europeans [...] the aboriginal peoples were subjects on whom sovereignty could be imposed, not people with whom one formed a political community»³⁵. Questo paradigma faceva perno sulla supremazia della sovranità dello Stato (colonizzatore), sicché il diritto dei popoli indigeni a occupare e utilizzare le risorse di un territorio era subordinato alla concessione di un titolo *ad hoc* rilasciato dal governo centrale. Si tratta di un approccio che ha informato di sé la prassi giurisprudenziale delle corti interne fin oltre la metà del XX secolo. A mo’ di pronuncia emblematica, si pensi alla sentenza del 27 aprile 1971 *Milirrpum v. Nabalco Pty Ltd*³⁶, detto anche ‘caso dei diritti

³³ Ibidem.

³⁴ Francisco DE VITORIA, *Relectio De Indis, Sectio Prima: Utrum barbari essent veri domini ante adventum Hispanorum*, 1538, § 25.

³⁵ P.H. RUSSEL, *Constitutional Odyssey. Can Canadians Become a Sovereign People?*, III ed., Toronto-Buffalo-London, 2004, spec. p. 4.

³⁶ *Milirrpum and Others v. Nabalco Pty Ltd and the Commonwealth of Australia* (1971) 17 FLR 141 (<https://database.atns.net.au/agreement.asp?EntityID=1611>). Il caso prese le mosse dal ricorso presentato nel 1968 alla Corte Suprema del Territorio del Nord dal popolo Yolngu, con cui esso rivendicava una serie di diritti a titolo nativo sulla propria terra tradizionale. Il giudice Blackburn, estensore della sentenza nel 1971, affermò non solo che il titolo nativo non facesse parte del diritto australiano e che, comunque, anche laddove vi fosse ricompreso, si sarebbe estinto dall’arrivo dei coloni europei, sulla base del principio in virtù del quale individui meno civilizzati possono essere allontanati a favore di un gruppo più ‘avanzato’. In effetti, il popolo Yolngu viveva nell’area geografica di Arnhem, nel Territorio del Nord, da migliaia di anni, continuando a mantenere la propria presenza anche dopo l’insediamento britannico. Nel 1931, il governo del Commonwealth di Lione proclamò circa 90mila chilometri quadrati dell’area come riserva aborigena. In seguito, nel territorio dell’Arnhem furono scoperti giacimenti di bauxite, sicché il governo iniziò a modificare il regime giuridico dell’area per consentire la concessione di alcune sue parti alle compagnie minerarie. Nel 1963, il Primo Ministro Robert Menzies annunciò il progetto di costruire una miniera

fondari di Gove', che verteva sui diritti degli aborigeni sul territorio della penisola di Gove nel Territorio del Nord in Australia. In questa decisione, che rappresenta il primo contenzioso sul titolo di proprietà dei nativi aborigeni australiani, il giudice Richard Blackburn si pronunciò contro i ricorrenti Yolngu su una serie di questioni di diritto e di fatto, respingendo la dottrina del titolo aborigeno, riconoscendo, viceversa, che nel quadro normativo dell'epoca della colonizzazione britannica dell'Australia esistesse una distinzione tra le colonie insediate, dove la terra, essendo 'desert and uncultivated', era rivendicata per diritto di occupazione, e le colonie conquistate o cedute, per le quali la Corona aveva il potere di estinguere il titolo di proprietà dei nativi, anche laddove esistente³⁷.

In effetti, solamente a partire dal *leading case*, *Calder v. Attorney General of British Columbia*, deciso dalla Corte Suprema canadese nel 1973, prende l'abbrivio la tendenza giurisprudenziale del riconoscere il carattere originario del diritto dei popoli indigeni, in quanto, come rilevato dal giudice Judson, «[i]t is clear that Indian title in British Columbia cannot owe its origin to the Proclamation of 1763, the fact is that when the settlers came, the Indians were there, organized in societies and occupying the land as their forefathers had done for centuries. This is what Indian title means»³⁸.

nell'Arnhem Land, sottraendo 140 miglia quadrate alla Riserva. Sempre nello stesso anno, il popolo Yolngu inviò una petizione al Parlamento australiano in cui esprimeva le proprie rimostranze contro questa decisione. Conosciute come *Yirrkala Bark Petitions*, furono i primi documenti indigeni australiani a essere formalmente riconosciuti dal governo australiano. Venne creata una commissione parlamentare che presentò un rapporto sulle petizioni, ma alla fine le richieste del popolo Yolngu vennero ignorate. Nel 1968, senza consultare il popolo Yolngu, il governo australiano concesse alla Nabalco i diritti totali di estrazione della bauxite in alcune zone della Terra di Arnhem.

³⁷ Il *dictum* della sentenza *Milirrpum*, pur non avendo costituito oggetto di appello, fu annullato dall'*High Court* due decenni più tardi nel summenzionato caso *Mabo v. Queensland (No 2)*, quando il *Native Title* è stato riconosciuto nell'ordinamento australiano.

³⁸ Supreme Court of Canada, *Calder et al. v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313, 31 January 1973, p. 328 (<https://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1973/1973canlii4/1973canlii4.html>). Il caso prese le mosse nel 1969, quando Frank Arthur Calder, primo deputato indigeno eletto nel 1949 al Parlamento della Columbia Britannica, in giudizio per conto proprio e di tutti gli altri membri del Consiglio Tribale del popolo indigeno Nisga'a, intentò un'azione legale contro il governo della Columbia Britannica per far dichiarare che il titolo aborigeno su alcune terre della provincia non si fosse mai legalmente estinto. Nei primi due gradi di giudizio, i tribunali stabilirono che, anche laddove un siffatto titolo ci fosse stato, questo si era sicuramente estinto. In particolare, la Corte d'appello affermò: «[after] conquest or discovery the native peoples have no rights at all except those subsequently granted or recognized by the conqueror or discoverer». Viceversa, la Corte Suprema riconobbe che i Nisga'a godevano di un titolo aborigeno sulle loro terre ancestrali al momento dell'arrivo dei coloni europei, in quanto essi erano «organized in societies and occupying the land as their forefathers had done for centuries» (così si esprime il giudice Wilfred Judson, estensore a nome di tre giudici della Corte) e perché ne detenevano il «possession from time immemorial» (queste le parole del giudice Emmett Matthew Hall, che, a sua volta, scriveva per un gruppo tre giudici). Purtuttavia, la Corte era divisa tre a tre sulla questione se il titolo fosse ancora valido o si fosse estinto. I due gruppi, ciascuno composto da tre giudici, svilupparono test alternativi e concorrenti per verificare l'estinzione o meno del titolo aborigeno e giunsero a conclusioni diverse. Alla domanda posta dal giudice Judson, che chiedeva se il governo esercitasse «complete dominion over the lands in question, adverse to any right of occupancy» tale da consistere in una sovranità incompatibile con il

Questa impostazione che, nel riconoscere l'*inherent right* dei popoli indigeni sulle proprie terre ancestrali, nega di *default* la tesi della *terra nullius*, fa perno su due elementi, l'uno, di carattere temporale, dato dall'uso e occupazione mantenuti ininterrottamente dalla notte dei tempi, l'altro, di matrice giuridica, consistente nella gestione di tali territori secondo un sistema di regole consuetudinario, non ottrouato bensì proprio e autonomo³⁹. Detto in altri termini, il carattere originario dei titoli dei popoli indigeni sulle loro terre ancestrali, ossia dell'uso *uti dominus*, deriva dal combinato disposto, da un lato, della priorità temporale, rispetto all'arrivo dei 'colonizzatori', con, dall'altro, l'apparato giuridico che ne regola l'uso e la gestione, secondo tradizioni culturali del tutto proprie, ispirate dalla visione spirituale e collettiva, che ancora e lega indissolubilmente le generazioni passate, presenti e future. Da questa impostazione derivano due conseguenze giuridiche in capo allo Stato sotto la cui giurisdizione si trovino popoli indigeni: in primo luogo, questi deve provvedere al 'riconoscimento' dei diritti fondiari dei popoli indigeni rispetto alle terre ancestrali, poiché, appunto, pre-esistenti, sicché non è corretto declinare normativamente questi diritti in termini di 'attribuzione' in quanto questo secondo approccio implicitamente aderisce a un paradigma verticalizzato, con alla sommità lo Stato e in basso i popoli indigeni, meri beneficiari di un insieme di garanzie che di volta in volta lo Stato decide di concedere loro, e, se del caso, di revocare, quando non

titolo aborigeno, fu risposto che il governo aveva estinto il titolo aborigeno dei Nisga'a attraverso una serie di alienazioni da parte del governatore Douglas e del governo della Columbia Britannica. Viceversa, il giudice Hall chiese se «a competent legislative authority» avesse emanato una normativa specifica che rivelasse l'intenzione «clear and plain» di estinguere il titolo aborigeno e, poiché ciò non era accaduto, concluse che i Nisga'a avevano ancora, nel 1973, un titolo aborigeno. Questo secondo approccio è stato infine accettato come il test (più) corretto per verificare l'estinzione anche in casi successivi, come ad esempio in *R. v. Sparrow* [1990] (1 SCR 1075) (reperibile alla pagina web: <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/609/index.do>), in cui si afferma che avuto riguardo alle prerogative dei popoli indigeni «extinguishment of rights can occur only through an act that showed “clear and plain intention” on the government to deny those rights». Sulla base della decisione *Calder v. British Columbia*, in cui, per la prima volta, si riconosce che il titolo aborigeno sulla terra pre-esisteva alla colonizzazione, il governo canadese ha rivisto gran parte del processo di negoziazione delle rivendicazioni fondiarie con le popolazioni autoctone. Le basi del titolo aborigeno sono state successivamente ampliate in altre pronunce, come ad esempio, *ex plurimis*, Supreme Court of Canada, *Tsilhqot'in Nation v British Columbia*, [2014] 2 S.C.R. 256, 26 June 2014, il cui testo si legge alla pagina web: <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/14246/index.do>. Il caso verteva sulla richiesta avanzata dalla Tsilhqot'in Nation, un gruppo seminomade di sei tribù che condividono cultura e storia, volta a ottenere una dichiarazione che proibisse il disboscamento commerciale, autorizzato dalla provincia della Colombia britannica nel 1983, sul proprio territorio tradizionale, rivendicando il titolo aborigeno su tali terre ancestrali. Gli Tsilhqot'in erano uno delle centinaia di gruppi indigeni della Colombia britannica con rivendicazioni fondiarie irrisolte. Le questioni legali affrontate dalla Suprema Corte canadese riguardavano l'esistenza o meno del titolo aborigeno degli Tsilhqot'in, del suo eventuale contenuto in termini di diritti conferiti, nonché sul dovere dello Stato di consultarsi con gli Tsilhqot'in su questioni fondiarie relative all'area rivendicata come loro territorio tradizionale. La Corte Suprema ha riconosciuto all'unanimità la pre-esistenza del titolo aborigeno sull'area rivendicata dagli Tsilhqot'i e ha dichiarato che la Colombia Britannica ha violato l'obbligo di consultazione dovuto agli Tsilhqot'in attraverso la pianificazione territoriale e le autorizzazioni forestali.

³⁹ A. DI BLASE, *The Self-Determination of Indigenous Peoples*, in A. DI BLASE, V. VADI (eds.), *The Inherent Rights of Indigenous Peoples in International Law*, Roma, 2020, pp. 47-90, spec. 66.

addirittura di negare; in seconda battuta, fanno capo allo Stato obblighi positivi, di *facere*, volti a rendere effettivi l'esercizio e il pieno godimento di tali diritti, ossia il dovere di adottare tutte le misure necessarie atte a garantire che i diritti dei popoli indigeni rispetto alle loro terre non siano solo riconosciuti sulla carta ma attivamente sostenuti nella pratica. Questo secondo elemento si traduce concretamente nell'obbligo di adottare misure legislative, amministrative ovvero di qualsiasi altra natura, che siano atte a porre in essere meccanismi efficaci per la delimitazione, la demarcazione e la titolazione delle terre ancestrali in conformità con il diritto consuetudinario, i valori, i costumi e le usanze della comunità indigena interessata⁴⁰, astenendosi da qualsiasi atto che possa influire sulla loro esistenza, valore, uso o godimento, nonché, se del caso, nella restituzione delle terre⁴¹, nella soddisfazione e nelle garanzie di non ripetizione laddove si siano verificate violazioni del diritto dei popoli indigeni alle loro terre ancestrali⁴².

In estrema sintesi: poiché i popoli indigeni sono storicamente e culturalmente radicati nella terra su cui, fin da tempi immemori, hanno esercitato una sovranità indiscussa fino all'irrompere dei colonizzatori europei, i loro diritti fondiari non derivano da un titolo conferito dallo Stato sotto la cui giurisdizione attualmente si trovino, ma piuttosto dal loro legame ancestrale con il territorio. Dunque, se i popoli indigeni fossero sempre stati trattati come soggetti del diritto internazionale piuttosto che come oggetti di colonizzazione da parte di determinati Stati, sarebbero Paesi sovrani, sicché i loro diritti fondiari non sono una 'concessione' dello Stato territoriale (azione costitutiva), bensì oggetto di un mero 'riconoscimento' (azione dichiarativa), prodromico alla registrazione ufficiale della proprietà collettiva dei popoli indigeni.

5. Nel quadro delle fonti del diritto internazionale che si occupano di popoli indigeni occorre, preliminarmente, distinguere le fonti di *hard law* da quelle di *soft law*⁴³.

Sotto il primo profilo, stante una plurisecolare marginalità della questione indigena nell'ordine del giorno dell'agenda internazionale⁴⁴, rilevano quattro Convenzioni

⁴⁰ Inter-American Court of Human Rights, *Case of the Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, Judgment of August 31, 2001, cit. *supra* nota 27.

⁴¹ A. COLAJANNI, *La restituzione delle terre alle popolazioni indigene in America Latina. Un non facile problema di antropologia giuridica*, in *L'Uomo*, 2015, n. 2, pp. 73-101.

⁴² A. XANTHAKI, *Indigenous Rights and United Nations Standards: Self-determination, Culture and Land*, Cambridge, 2009.

⁴³ Una ricostruzione analitica in chiave critica di tali strumenti è condotta con uno sguardo lucido e rigoroso da R. VOLANTE, *La proprietà collettiva indigena e la sua dimensione di ius dicere*, in C.A. D'ALESSANDRO, C. MARCHESE (eds.), *Ius Dicere in a Globalized World. A comparative overview*, Volume One, Roma, 2018, pp. 321-358.

⁴⁴ Al netto del rifiuto opposto alla richiesta del capo indiano Deskaheh di annoverare, fra i membri della Società delle Nazioni, la Confederazione delle *Six Nations of the Iroquois* (Mohawk, Oneida, Onondaga, Cayuga, Seneca e Tuscarora) (la richiesta, presentata nel 1923 a Segretario generale dell'Organizzazione, James Eric Drummond, intitolata *The Red Man's Appeal for Justice*, si legge all'indirizzo web: https://cendoc.docip.org/collect/deskaheh/index/assoc/HASH0102/5e23c4be.dir/R612-11-28075-30626-8.pdf?_x_tr_sch=http&_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=it&_x_tr_hl=it&_x_tr_pto=sc), va ricordato che non si fa nessun riferimento ai popoli indigeni né nello Statuto di San Francisco del 1945, né nella Dichiarazione universale

dell'Organizzazione internazionale del lavoro (ILO) ossia, rispettivamente, la n. 29 sul lavoro forzato (1930), la n. 50 sul reclutamento di lavoratori indigeni (1936), la n. 64 sui contratti di impiego dei lavoratori indigeni (1939) e la n. 65 sulle sanzioni penali nel caso di controversie sul lavoro indigeno (1939) il cui insieme costituisce il c.d. codice del lavoro indigeno⁴⁵. In effetti, il *fil rouge* che lega tali Convenzioni è il fine 'educativo' che il lavoro è chiamato a realizzare per i membri dei popoli indigeni, stante anche il fatto che, durante le negoziazioni, tra le potenze coloniali esclusivamente il Regno Unito sostenne l'immediata abolizione del lavoro forzato a scopi privati, laddove, viceversa, le delegazioni francese, belga, olandese, portoghese e sudafricana furono piuttosto critiche nei confronti della distinzione tra lavoro forzato per scopi pubblici e lavoro forzato per interessi privati, considerando ambedue come accettabili, almeno per un periodo transitorio. È solamente con la Convenzione n. 104 (1955) sull'abolizione delle sanzioni penali per infrazioni del contratto di lavoro da parte dei lavoratori indigeni⁴⁶ che il c.d. codice viene meno, all'esito dei riflettori puntati sulle forme di discriminazione poste in essere dalle potenze coloniali, ritenute non più accettabili.

Un ulteriore passo avanti, in un'ottica che riflette un approccio non più esclusivamente concentrato agli aspetti giuslavoristici, è rappresentato dalla Convenzione ILO sulla protezione delle popolazioni indigene e tribali negli Stati indipendenti, n. 107 (1957)⁴⁷, adottata con 27 ratifiche su 187 Paesi membri dell'ILO. Va notato però che di tali ratifiche, allo stato dell'arte, rimangono in vigore solamente quelle di Angola, Bangladesh, Belgio (unico Stato ex-potenza coloniale), Cuba, Repubblica Dominicana, Egitto, El Salvador, Ghana, Guinea-Bissau, Haiti, India, Iraq, Malawi, Pakistan, Panama, Siria, Tunisi. In effetti, la Convenzione ILO n. 107 è stata automaticamente denunciata, come si dirà subito appresso, all'esito della ratifica della successiva Convenzione sui popoli indigeni e tribali nei Paesi indipendenti, n. 169 (1989)⁴⁸, da parte di Argentina (2001), Bolivia (1992), Brasile (2003), Colombia (1992), Costa Rica (1994), Ecuador (1999), Messico (1991), Paraguay (1994), Perù (1995). L'unica denuncia *tout court* è ascrivibile al Portogallo che, nel 2009, ha ritirato la sua ratifica alla Convenzione ILO n. 107, senza peraltro aderire alla Convenzione ILO n. 169. Nel merito, la Convenzione ILO

dei diritti dell'uomo del 1948, né nei Patti ONU del 1966 (rispettivamente sui diritti civili e politici e sui diritti economici, sociali e culturali).

⁴⁵ Il testo delle quattro Convenzioni è reperibile all'indirizzo web:

https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12000:::P12000_INSTRUMENT_SORT:4. Si noti, da un lato, che la Convenzione n. 29 è stata ratificata dalla pressoché totalità degli Stati membri dell'ILO e, dall'altro, che Convenzioni nn. 50, 64 e 65 sono state abrogate con una decisione dell'*International Labour Conference* alla sua 107^{sim}a Sessione nel 2018.

⁴⁶ Il testo della Convenzione si legge all'indirizzo web:

https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100:24157294630041::NO::P12100_SHOW_TEXT:Y:

⁴⁷ Il testo della Convenzione si legge all'indirizzo web:

https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312252:NO

⁴⁸ Il testo della Convenzione si legge all'indirizzo web:

https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312314:NO

n. 107, oltre a disciplinare taluni aspetti relativi al lavoro indigeno, si sofferma anche su profili sociosanitari ed educativi nell'ottica di una modernizzazione globale. In effetti, le azioni rivolte alle popolazioni indigene, in linea con lo spirito 'indigenista' del momento in cui la Convenzione era negoziata, puntavano all'obiettivo della loro «progressive integration into the life of their respective countries» (art. 2), sulla base di una funzione 'civilizzatrice' da attuarsi fin dalla più tenera età, posto che si disponga sia che «provision shall be made for a progressive transition from the mother tongue or the vernacular language to the national language» (art. 23.2), sia che «the imparting of general knowledge and skills that will help children to become integrated into the national community shall be an aim of primary education for the populations concerned» (art. 24).

Attualmente, lo strumento a vocazione universale, adottato sotto l'egida dell'ILO, operativamente più efficace, è la Convenzione sui popoli indigeni e tribali nei Paesi indipendenti, n. 169 (1989), ratificata da 24 Stati, ossia, specificamente, da Argentina, Bolivia, Brasile, Repubblica Centrafricana, Cile, Colombia, Costa Rica, Danimarca, Repubblica Dominicana, Ecuador, Fiji, Germania, Guatemala, Honduras, Lussemburgo, Messico, Nepal, Paesi Bassi, Nicaragua, Norvegia, Paraguay, Perù, Spagna e Venezuela. Sebbene, al pari della Convenzione n. 107, di cui la Convenzione n. 169 costituisce una sorta di versione aggiornata 2.0, si tratti di un numero esiguo di Paesi membri dell'Organizzazione, va segnalato che ben cinque di essi sono ex-potenze coloniali. Nella Convenzione n. 169 si eliminano tutti i riferimenti dal retrogusto giuridico assimilazionista/integrazionalista presenti precedentemente e si enuclea per la prima volta la nozione di 'popoli indigeni' come locuzione giuridica, riconoscendo loro la proprietà collettiva sulle terre tradizionalmente occupate (in un'ottica di autodeterminazione). In particolare, la Convenzione ILO 169 dedica la sua intera Parte II alla 'Terra', disponendo, all'art. 13, che i governi rispettino la particolare importanza, per le culture e i valori spirituali dei popoli interessati, del loro rapporto con i territori che essi occupano o utilizzano in altro modo, e in particolare gli aspetti collettivi di tale rapporto. L'art. 14, nel sancire il riconoscimento dei diritti di proprietà e di possesso dei popoli interessati sulle terre che essi occupano tradizionalmente, impone agli Stati Parte, da un lato, di adottare misure per salvaguardare il diritto dei popoli interessati a utilizzare terre non occupate esclusivamente da loro, ma alle quali hanno tradizionalmente avuto accesso per la loro sussistenza e le loro attività tradizionali, prestando particolare attenzione alla situazione dei popoli nomadi e dei coltivatori itineranti; dall'altro, ingiunge ai governi di elaborare tutte le misure necessarie per identificare le terre che i popoli interessati occupano tradizionalmente e per garantire un'effettiva protezione dei loro diritti di proprietà e possesso, disponendo altresì che all'interno di ciascun ordinamento giuridico nazionale siano istituite procedure adeguate per risolvere le rivendicazioni fondiari dei popoli interessati. L'art. 15, nello statuire che i diritti dei popoli interessati alle risorse naturali che appartengono alle loro terre debbano essere salvaguardati, diritti che includono la prerogativa di questi popoli a partecipare all'uso, alla gestione e alla conservazione di tali risorse, impone agli Stati Parte che, laddove un Paese mantenga la proprietà di risorse minerarie o sotterranee o di diritti su altre risorse appartenenti alle

terre, esso debba stabilire o mantenere procedure attraverso le quali consulterà questi popoli, al fine di accertare se e in quale misura i loro interessi saranno pregiudicati, prima di intraprendere o permettere qualsiasi programma di esplorazione o sfruttamento di tali risorse appartenenti alle loro terre, posto che, a ogni buon conto, i popoli interessati parteciperanno, per quanto possibile, ai benefici di tali attività e riceveranno un equo indennizzo per i danni che potrebbero subire a causa di tali attività. Il successivo art. 16 pone il divieto, incombente in capo agli Stati Parte, di allontanare i popoli indigeni dalle loro terre ancestrali, a meno che tale trasferimento sia considerato necessario come misura eccezionale e purché sia preceduto da consenso libero e informato dei popoli indigeni interessati. Il rigore di questa norma è attenuato dalla possibilità, sempre prevista dall'art. 16, che, qualora non sia possibile ottenere il consenso, la ricollocazione avverrà solo a seguito di procedure appropriate stabilite dalle leggi e dai regolamenti nazionali, comprese, se del caso, indagini pubbliche che diano la possibilità di rappresentare efficacemente i popoli interessati. È comunque stabilito che ogniquale volta sia possibile, queste popolazioni avranno il diritto di ritornare nelle loro terre tradizionali, non appena cessino di esistere i motivi del trasferimento e che, laddove tale ritorno non sia possibile, in virtù di un accordo o, in assenza di tale accordo, attraverso procedure appropriate, a queste popolazioni saranno fornite, terre di qualità e *status* giuridico almeno pari a quello delle terre da loro precedentemente occupate, adatte a soddisfare i loro bisogni attuali e il loro sviluppo futuro, fatta salva l'ipotesi che, qualora le popolazioni interessate esprimano una preferenza per un indennizzo in denaro o in natura, esse saranno indennizzate con adeguate garanzie, sicché le persone così trasferite saranno pienamente compensate per qualsiasi perdita o danno risultante. Ancora, ex art. 17, nella chiave intergenerazionale, si dispone che siano rispettate le procedure stabilite dai popoli interessati per la trasmissione dei diritti fondiari tra i membri di tali popoli, popoli che devono essere consultati ogniquale volta si prenda in considerazione la loro capacità di alienare le loro terre o di trasmettere in altro modo i loro diritti al di fuori della loro comunità, inibendo le persone che non appartengono a questi popoli di approfittare delle loro usanze o della mancanza di comprensione delle leggi da parte dei loro membri per assicurarsi la proprietà, il possesso o l'uso di terre che appartengono loro. Dopo aver previsto, all'art. 18 che devono essere stabilite per legge pene adeguate per l'intrusione o l'uso non autorizzato delle terre dei popoli interessati e che i governi prenderanno misure per prevenire tali reati, l'art. 19 statuisce che siano adottati programmi agrari nazionali volti ad assicurare ai popoli indigeni interessati un trattamento equivalente a quello accordato agli altri settori della popolazione per quanto riguarda sia la messa a disposizione di più terre per questi popoli quando non abbiano la superficie necessaria per fornire gli elementi essenziali per una sussistenza dignitosa, sia la fornitura dei mezzi necessari per promuovere lo sviluppo delle terre che questi popoli già possiedono.

Da questa rapida panoramica della sezione della Convenzione ILO 169 relativa alla gestione delle terre indigene emerge che gli impegni ivi sanciti gravanti sugli Stati Parte non si limitino a una declinazione in chiave di pura *due diligence* ma, viceversa, in molteplici aspetti, consistono in veri e propri obblighi di *facere*, traducendosi in vincoli

dalla gravidanza ben più stringente...il che chiarisce, laddove ve ne fosse bisogno, il perché la Convenzione registri un tale esiguo numero di adesioni!

Spostandosi sul piano del *soft law*, colpisce come ci sia una sorta di ‘passaggio del testimone’ in quanto i due principali strumenti, l’uno, di respiro universale, ossia la già menzionata Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni (UNDRIP) del 2007⁴⁹, l’altro, di portata regionale, cioè la *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, adottata nel 2016 sotto gli auspici dell’Organizzazione degli Stati Americani (OSA)⁵⁰, prendano l’abbrivio dalle pregresse fonti di *hard law*, in specie la Convenzione ILO n. 169, irrobustendone alcuni aspetti e prendendo in considerazione nuovi profili⁵¹. Ciò sembra frutto della maturata consapevolezza, da un lato, che l’approccio ‘micro’, focalizzato su aspetti specifici, non è sufficiente a dar conto della complessità delle questioni indigene, ma, a un tempo, dall’altro, che un criterio ‘macro’, alla luce del principio di realtà, non avrebbe ricevuto l’avallo di un congruo numero di Paesi, disposti ad assumersi responsabilità, con risvolti giuridicamente obbligatori, nei confronti di popoli indigeni sottoposti alla propria giurisdizione, posto che i pregressi plurisecolari rapporti siano stati spesso permeati da sopraffazione e violenza⁵².

A ogni buon conto, nel quadro dell’UNDRIP rilevano le norme relative all’obbligo per gli Stati di adottare tutte le misure necessarie per garantire il possesso delle terre ancestrali (art. 3), così come il diritto della comunità di preservarne il possesso (art. 26), nonché l’obbligo per gli Stati di assicurare la restituzione pacifica delle terre reclamate e il libero utilizzo delle risorse naturali in esse presenti (artt. 27-28).

Del pari, la *Declaración* dell’OSA, non si limita a ribadire principi già acclarati precedentemente (come, ad esempio, il diritto fondamentale dei popoli indigeni all’autodeterminazione - art. III; il diritto sui loro territori ancestrali - art. XXV; il diritto alla consultazione preventiva funzionale all’ottenimento di un consenso libero e informato su misure amministrative o legislative che li riguardino - art. XXIII.2 e XXIX.4), ma enfatizza nuovi aspetti. In quest’ottica, sono indice di uno sviluppo progressivo volto ad abjurare *in toto* il precedente approccio assimilazionista/integrazionalista, gli articoli che sanciscono il diritto dei popoli e delle comunità indigene in isolamento volontario o in contatto iniziale (come, ad esempio, alcuni popoli amazzonici o del territorio del Gran

⁴⁹ United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (UNDRIP), General Assembly Res. 61/295, 13 September 2007 (Doc A/RES/61/295) *cit. supra* nota 9.

⁵⁰ AG/RES. 2888 (XLVI-O/16), Aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 14 de junio de 2016. Il testo si legge alla pagina web: <https://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>. In dottrina si vedano i contributi di S. ERRICO, *The American Declaration on The Rights of Indigenous Peoples*, in *ASIL Insights*, 21, del 22 giugno 2017; N. POSENATO, *La giurisprudenza della Corte interamericana in materia di diritti alla vita e alla proprietà dei popoli indigeni e tribali*, in *DPCE online*, 1/2018, pp. 139-162.

⁵¹ Per un confronto fra le due Dichiarazioni cfr. B. CLAVERO, *La Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas: El reto de la interpretación de una norma contradictoria*, in *Revista Pensamiento Constitucional*, 21, 2016, p. 11 ss.

⁵² Cfr. nota 9 *supra*, per l’iniziale mancato sostegno alla Risoluzione UNDRIP da parte di Australia, Canada, Nuova Zelanda e Stati Uniti.

Chaco)⁵³ di rimanere in tale condizione e di vivere liberamente, secondo la loro cultura e visione del mondo (art. XXVI), il riconoscimento della personalità giuridica dei popoli indigeni (art. IX), la protezione speciale in caso di conflitti armati (art. XXX, 3-5), il diritto a mantenere e promuovere i propri sistemi tradizionali di famiglia, anche estesa (art. XVII).

Questo sviluppo diacronico delle fonti, in un *degree*, che registra il loro divenire nel tempo, secondo una prospettiva dinamica ed evolutiva, costituisce, a mio avviso, una peculiarità della questione indigena, in generale, e del rapporto con le terre ancestrali, in particolare. In effetti, nella più gran parte dei casi, l'andamento regolatorio del diritto internazionale contempla dapprima l'adozione di strumenti di *soft law*, volti a raccomandare, suggerire, indirizzare l'azione degli Stati, gelosi delle proprie prerogative sovrane e dunque riluttanti a cederne, e, solamente in un secondo tempo, quando cioè si sia coagulato un consenso di base, alquanto diffuso, che eroda l'arroccamento dell'esclusivo potere normativo di ciascun Paese, i principi precedentemente rimessi a un'adesione volontaria assurgono, quale base negoziale, per esser trasposti in strumenti di *hard law*, a esecuzione vincolante per gli Stati che siffatti strumenti abbiano ratificato.

6. Dato questo scenario, l'impalcatura del *framework* fin qui ricostruita, si completa con il peculiare elemento, quale *output*, dell'*Effect* specifico, rappresentato dal consenso che va chiesto ai popoli indigeni in merito a qualsiasi progetto relativo alle terre indigene e alle risorse naturali esistenti in esse⁵⁴. In effetti, posto che i popoli indigeni abbiano il

⁵³ Allo stato dell'arte si stima che circa 200 popoli indigeni vivano in isolamento: cfr. lo studio della Commissione interamericana *Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas*, Doc OEA 47713 del 30 dicembre 2013 (www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/Informe-Pueblos-Indigenas-Aislamiento-Voluntario.pdf). In particolare, il Chaco è un'ecoregione transfrontaliera caratterizzata dalla foresta secca, la seconda più grande area di foresta pluviale in America Latina, dopo la foresta amazzonica, ricca di biodiversità, abitata da numerosi popoli indigeni. A esempio, il popolo Manjui si trova nel Chaco secco, all'interno del territorio paraguaiano, colonizzato da ultimo durante il XX secolo. Oggi, i gruppi privati dominanti che distruggono gli spazi di vita indigeni, stanno deforestando massicciamente il Chaco paraguaiano, sicché il popolo Manjui, che annovera circa 900 persone, rischia di scomparire come gruppo etnico, come cultura e come lingua, in quanto la situazione di abbandono e negligenza delle istituzioni statali nei confronti di questa popolazione indigena è totale: basti pensare che fino al 2018 non era riconosciuto loro nessun titolo fondiario sul loro territorio ancestrale. La negligenza dello Stato è stata continua dall'epoca della guerra del Chaco (1932 - 1935 tra Paraguay e Bolivia) a oggi. Questo contesto storico, sofferto dal popolo Manjui, ha portato le comunità alla situazione estrema in cui si trovano negli ultimi decenni: pressione demografica dovuta alla situazione territoriale, povertà estrema, sofferenza per l'alta mortalità infantile a cui vanno aggiunte le aggressive politiche di 'pianificazione familiare' da parte dello stesso Ministero della Salute, volte al controllo delle nascite, che, in questo contesto etnico, secondo l'ONG Tierra Libre, ha una chiara connotazione genocida.: cfr. *Vita e territorio per il popolo indigeno Manjui in Paraguay*, <https://www.salviamolaforesta.org/petizione/1251/vita-e-territorio-per-il-popolo-indigeno-manjui-in-paraguay#letter>

⁵⁴ *Ex plurimis* cfr. T. WARD, *The Right to Free, Prior and Informed Consent: Indigenous Peoples' Participation Rights within International Law*, in *Northwestern Journal of International Human Rights*, Vol. 10/2, 2011, pp. 54-84; M. MAZZA, *La consultazione dei popoli indigeni nell'ordinamento canadese. Il ruolo fondamentale del formante giurisprudenziale*, in *Filodiritto online*, 20 maggio 2020; D. NEWMAN, *Norms of Consultation with*

diritto all'autodeterminazione, nonché il diritto di sviluppare priorità e strategie per esercitare il loro diritto allo sviluppo – in altre parole, il diritto di partecipare pienamente ed efficacemente ai processi decisionali che li riguardano – la triade di aggettivi del consenso, ossia il suo dover essere libero, preventivo e informato, nel rispetto delle tradizioni e consuetudini indigene, si declina nella triplice traiettoria del non dover usare, al fine di ottenerlo, coercizioni, intimidazioni o manipolazioni, nel suo essere richiesto con un congruo anticipo, al fine di prevedere un tempo sufficiente e congruente rispetto alle procedure a ciò finalizzate di ogni singolo popolo indigeno, e nel fornire i dati che riguardino (almeno) la natura, le dimensioni, il ritmo, la durata, la reversibilità e la portata del progetto o delle attività proposti.

Sebbene non possa dirsi cristallizzata una norma consuetudinaria che, coagulando *opinio iuris ac sive necessitatis* e *diuturnitas*, traduca il previo consenso libero e informato, in un elemento costitutivo necessario *ad validitatem* per ogni azione (fattuale e normativa) inerente le terre ancestrali, la sua dimensione minimale del *duty to consult*, come si già avuto modo di evidenziare, è codificata tanto in strumenti a efficacia obbligatoria, come nel summenzionato art. 16 della Convenzione ILO n. 169, quanto in atti di natura esortativa, quali l'art. 10 UNDRIP (ai sensi del quale i popoli indigeni non possono essere spostati con la forza dalle loro terre o territori sicché nessuna forma di delocalizzazione potrà avere luogo senza il consenso dei popoli indigeni in questione e solo dopo un accordo su di una giusta ed equa compensazione e, laddove possibile, con l'opzione del ritorno), l'art. 19 UNDRIP (che impone agli Stati l'obbligo di consultarsi e cooperare in buona fede con i popoli indigeni interessati tramite le loro proprie istituzioni rappresentative in modo da ottenere il loro libero, previo e informato consenso prima di adottare e applicare misure legislative o amministrative che li riguardino), nonché, soprattutto, l'art. 32.2 (secondo cui gli Stati devono consultarsi e cooperare in buona fede con i popoli indigeni, tramite le loro istituzioni rappresentative, in modo tale da ottenere il loro libero e informato consenso previamente all'approvazione di qualsiasi progetto che influisca sulle loro terre o territori e sulle altre risorse, in modo particolare per quanto concerne la valorizzazione, l'uso o lo sfruttamento delle risorse minerarie, idriche o di altro tipo), ovvero, nel quadro della *Declaración* dell'OSA, l'art. XXIX.4 (in virtù del quale «los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo»). In buona sostanza, il *duty to consult* non garantisce un obbligo di risultato bensì il mero svolgimento di un procedimento, il cui esito è però lasciato alla libera determinazione delle parti della negoziazione, sicché in questa declinazione minimale non è dato riscontrare alcun potere di veto in capo ai popoli indigeni, in quanto l'ottenimento del

Indigenous Peoples: Decentralization of International Law Formation or Reinforcement of States' Role?, in A. BYRNES, M. HAYASHI, C. MICHAELSEN (eds.), *International Law in the New Age of Globalization*, Leiden: Brill, 2013, pp. 267-281.

loro consenso non deve considerarsi necessario e imprescindibile esito della procedura, essendo necessaria unicamente la loro partecipazione al tavolo delle trattative⁵⁵: parafrasando le procedure euro-unitarie, una sorta di parere obbligatorio ma non vincolante.

In effetti, l'*Inter-American Commission of Human Rights* nel caso *Mary and Carrie Dann v. United States*, ha affermato che «[g]eneral international legal principles applicable in the context of indigenous human rights include [...] where property and user rights of indigenous peoples arise from rights existing prior to the creation of a State, recognition by that State of the permanent and inalienable title of indigenous peoples relative thereto and to have such title changed only by mutual consent between the state and respective indigenous peoples when they have full knowledge and appreciation of the nature or attributes of such property»⁵⁶. Del pari, sempre l'*Inter-American Commission of Human*

⁵⁵ L. PELUCCHINI, "This is a Disturbing Case": la Corte suprema canadese tra libertà di religione, multiculturalismo e interesse pubblico secolare, in *Nomos*, 1/2018, pp. 1-16. Contra N. POSENATO, *La giurisprudenza della Corte interamericana...* cit., p. 161.

⁵⁶ *Inter-American Commission of Human Rights, Mary and Carrie Dann v. United States*, Case No. 11.140, Report No. 75/02 (27 December 2002), § 130, il cui testo è reperibile alla pagina web: <https://cidh.org/annualrep/2002eng/USA.11140.htm>. Il caso di Mary e Carrie Dann coinvolgeva membri delle popolazioni indigene Western Shoshone in possesso ed effettivo utilizzo del territorio ancestrale della loro tribù. I firmatari sostenevano che gli Stati Uniti avevano interferito con la loro occupazione del territorio espropriando sezioni di terra come proprietà federale, minacciando di rimuovere e, di fatto, rimuovendo fisicamente il bestiame dei Dann dalle terre, e permettendo o acconsentendo alle attività di prospezione dell'oro all'interno del territorio tradizionale dei Western Shoshone. I firmatari hanno cercato di ottenere un risarcimento attraverso l'applicazione del diritto all'uguaglianza di fronte alla legge (art. II), del diritto alla protezione giudiziaria (art. XVIII) e del diritto alla proprietà (art. XXIII) della Dichiarazione americana dei diritti e dei doveri dell'uomo. I firmatari hanno inoltre denunciato la violazione del diritto all'identità culturale, implicitamente tutelato dal diritto all'uguaglianza di fronte alla legge (art. II), del diritto di professare e praticare liberamente la religione (art. III), del diritto alla protezione della famiglia (art. VI) e del diritto alla proprietà (art. XXIII), nonché la violazione del diritto all'autodeterminazione riconosciuto dal diritto internazionale. Le questioni giuridiche si sono concentrate sul peso da dare alle norme emergenti del diritto internazionale, in particolare alla (allora bozza di) *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, nell'interpretazione dei diritti della Dichiarazione americana dei diritti e dei doveri dell'uomo. In particolare, sono state affrontate le questioni relative al contenuto delle norme associate in parte all'identità culturale e all'autodeterminazione. La Commissione interamericana ha concentrato il suo esame sulle summenzionate norme Dichiarazione americana, basandosi sulle norme emergenti del diritto internazionale relative ai diritti dei popoli indigeni, e in particolare sulla (allora bozza di) Dichiarazione americana sui diritti dei popoli indigeni, come strumenti esegetici per interpretare la Dichiarazione americana sui diritti e i doveri dell'uomo. Di tal guisa, la Commissione ha riscontrato che i firmatari non hanno ricevuto un procedimento giudiziario equo, necessario per garantire i loro diritti collettivi indigeni, sulla terra di cui il governo degli Stati Uniti si era appropriato. La Commissione ha raccomandato che ai firmatari fosse concesso un rimedio efficace, che includesse l'adozione di misure legislative o di altro tipo necessarie a garantire il rispetto del diritto di proprietà dei Danns in conformità con gli artt. II, XVIII e XXIII della Dichiarazione americana, in relazione alle loro rivendicazioni di diritti di proprietà sulle terre ancestrali degli Shoshone occidentali. La Commissione ha inoltre raccomandato agli Stati Uniti d'America di rivedere le proprie leggi, procedure e pratiche per garantire che i diritti di proprietà delle persone indigene fossero determinati in conformità con i diritti stabiliti nella Dichiarazione americana.

Rights nel caso *Maya indigenous community of the Toledo District v. Belize*, «[c]oncludes that the State, by granting logging and oil concessions to third parties to utilize the property and resources that could fall within the lands which must be delimited, demarcated and titled or otherwise clarified or protected, without effective consultations with and the informed consent of the Maya people and with resulting environmental damage, further violated the right to property enshrined in Article XXIII of the American Declaration to the detriment of the Maya people»⁵⁷. Anche la Corte Suprema canadese ha affermato, nel già menzionato caso *Tsilhqot'in Nation v British Columbia* che «[t]he right to control the land conferred by Aboriginal title means that governments and others seeking to use the land must obtain the consent of the Aboriginal title holders»⁵⁸.

Va dunque garantita la partecipazione effettiva dei membri del popolo indigeno al processo decisionale, con lo svolgimento di consultazioni condotte in buona fede, nel rispetto delle procedure culturali appropriate, con l'obiettivo di raggiungere un accordo soddisfacente per le parti, sicché, nel caso di progetti di investimento o di sviluppo di grandi porzioni in grado di impattare notevolmente sul territorio, ciò si traduce, a monte, nello svolgimento di studi di natura ambientale da parte di istituzioni indipendenti e tecnicamente competenti al fine di valutare l'impatto ambientale e sociale del progetto di sfruttamento e, a valle, nella garanzia, a favore del popolo indigeno, della partecipazione al godimento dei benefici economici che derivano dallo sfruttamento di quelle risorse naturali.

Questo paradigma, apparentemente lineare, patisce di incongruità applicative di non poco momento: basti pensare alla c.d. *big conservation lie*⁵⁹: la creazione di aree protette è stata uno dei grandi fattori storici di *land grabbing* in Africa e in Asia, posto che

⁵⁷ Inter-American Commission of Human Rights, *Belize, Maya indigenous community of the Toledo District v. Belize*, Case 12.053, Report No. 40/04, (12 October 2004), § 153, il cui testo è reperibile alla pagina web: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2004eng/Belize.12053eng.htm>. Il caso riguardava l'incapacità dello Stato di riconoscere e proteggere le terre dei popoli Maya Mopan e Ke'kchi del distretto di Toledo, nel Belize meridionale, nonché il rilascio da parte dello Stato di concessioni per il disboscamento e l'esplorazione petrolifera, senza un'adeguata consultazione, a società private con conseguenti attività che danneggiavano la terra e le fonti di cibo. Le questioni giuridiche vertevano sull'interpretazione della Dichiarazione americana sui diritti e i doveri dell'uomo nel contesto dei diritti fondiari degli indigeni, con particolare attenzione alla portata dell'obbligo di proteggere il diritto alla proprietà. La Commissione, all'esito di un esame sullo stato attuale del diritto in materia di diritti fondiari delle popolazioni indigene, compresa la giurisprudenza della Commissione africana per i diritti dell'uomo e dei popoli e dell'Organizzazione internazionale del lavoro, per interpretare, tra l'altro, il diritto alla proprietà nella Dichiarazione americana nel particolare contesto delle popolazioni indigene, ha affermato che lo Stato ha violato il diritto di proprietà «non avendo adottato misure efficaci per riconoscere il loro diritto di proprietà comune alle terre che hanno tradizionalmente occupato e utilizzato, senza danneggiare le altre comunità indigene, e per delimitare, delimitare, demarcare e intitolare o altrimenti stabilire i meccanismi legali necessari per chiarire e proteggere il territorio su cui esiste il loro diritto» e «concedendo concessioni di estrazione del petrolio a terzi per utilizzare la proprietà e le risorse che potrebbero rientrare nelle terre che devono essere delimitate, demarcate e intitolate o altrimenti chiarite e protette, in assenza di consultazioni effettive con il popolo Maya e del suo consenso informato» (trad. nostra).

⁵⁸ Supreme Court of Canada, *Tsilhqot'in Nation v British Columbia*, [2014], cit., § 76.

⁵⁹ J. M. BARIA AND M. OGADA, *The Big Conservation Lie*, Auburn, 2016.

la narrazione convenzionale ha generalmente suggerito che, da un lato, solo le competenze occidentali *tout court*, o, quantomeno, pratiche a esse ispirate, possano tutelare l'ambiente, e dunque, le terre ancestrali e, dall'altro, che esclusivamente un'agenda definita dall'esterno, eterodeterminata, sia efficace per lo sviluppo sociale dei popoli indigeni, secondo un'ottica più o meno dichiaratamente paternalistica. A mo' d'esempio emblematico basti pensare al fatto che, sull'onda di procedure iniziate a metà del XIX secolo, quando sono stati creati i grandi parchi americani di Yosemite e di Yellowstone, basati sull'espulsione dei nativi che li abitavano, le grandi aree naturali protette dell'Africa e dell'Asia sono state progettate nel pressoché totale disinteresse dei bisogni dei popoli indigeni che in quelle terre abitavano da tempo immemore. Detto in altri termini, queste 'fortezze verdi' sono state modellate sull'assunto che, al netto del turismo, nessuna ulteriore attività economica debba essere consentita, in virtù di una sorta di idea feticcio di 'incontaminato': dove c'è natura 'autentica' non ci sono persone umane e viceversa⁶⁰. Basti pensare al fatto che in Kenya esiste un unico ministero che

⁶⁰ In quest'ottica, è particolarmente rilevante il c.d. caso Ogiek: Judgement of 26 May African Court on Human and Peoples' Rights, *African Commission on Human and Peoples' Rights v. Republic of Kenya* 2017, App. No. 006/2012 (il cui testo, con gli sviluppi successive, è reperibile alla pagina web: <https://www.african-court.org/cpmt/details-case/0062012>). In questa sentenza la Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli si è espressa sull'espulsione del popolo Ogiek, una comunità di cacciatori-raccoglitori keniani, dalle loro terre ancestrali nella foresta di Mau. Poiché la Commissione africana per i diritti umani e dei popoli non era riuscita a risolvere il conflitto, nel 2012 la questione era stata rimessa alla Corte africana, posto che, da un lato, il rapporto tra la Corte africana e la Commissione africana è complementare e che, dall'altro, il Protocollo della Corte Africana non consente automaticamente ricorsi individuali (in effetti, non solo gli Stati che hanno sottoscritto la Dichiarazione aggiuntiva ai sensi degli art. 5.3 e 34.6 del Protocollo alla Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli sull'istituzione di una Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, in virtù della quale la Corte è competente a conoscere dei casi presentati dalla Commissione, dallo stesso Stato membro, da altri Stati membri, dalle organizzazioni intergovernative africane e, soprattutto, direttamente da individui e ONG, sono un numero esiguo, ma, inoltre, alcuni di questi Paesi hanno a stretto giro "denunciato" la Dichiarazione, ritirando il loro consenso iniziale). La sentenza rappresenta il primo caso sui diritti degli indigeni davanti alla Corte Africana, Corte che ha ampiamente seguito la richiesta della Commissione africana e ha ritenuto che lo sgombero degli Ogiek senza consultazione costituisca una violazione di diversi diritti: il diritto alla non discriminazione (art. 2), alla tutela cultura (art. 17, parr. 2 e 3), alla libertà di religione (art. 8), alla proprietà (art. 14), alla protezione delle risorse naturali (art. 21) e allo sviluppo (art. 22). L'argomento dello Stato convenuto secondo cui lo sfollamento forzato del popolo indigeno era giustificato dalla necessità di proteggere la foresta di Mau è stato respinto dalla Corte che, tuttavia, non ha riscontrato alcuna violazione del diritto alla vita, poiché i ricorrenti non hanno dimostrato che l'esistenza fisica della comunità fosse minacciata dallo sgombero. Successivamente, nel giugno 2022, la Corte ha emesso una sentenza che ordina al Governo di concedere agli Ogiek il titolo collettivo delle loro terre attraverso un processo di delimitazione e demarcazione. Nel frattempo, gli Ogiek hanno istituito degli esploratori forestali comunitari nell'East Mau per ripiantare gli alberi autoctoni e proteggere la foresta dal disboscamento illegale e hanno sviluppato un protocollo bio-culturale comunitario. Sul caso si vedano i commenti in dottrina di C. FOCARELLI, *Indigenous Peoples' Rights in International Law: The Ogiek Decision by the African Court of Human and Peoples' Rights*, in A. DI BLASE, V. VADI (eds.), *The Inherent Rights of Indigenous Peoples in International Law*, Roma, 2020, pp. 175-200; R. ROESCH, *The Ogiek Case of the African Court on Human and Peoples' Rights: Not So Much News After All?*, in *EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law*, June 16, 2017; L. CLARIDGE, D. KOBEL, *Protected*

coniuga 'Turismo, Fauna e Patrimonio': *ictu oculi* si tratta di un approccio definibile, senza tema di smentita, neocolonialista, in quanto, attraverso la rimozione delle comunità locali, la crisi delle loro attività rurali e pastorali, la militarizzazione dei confini dei parchi e i relativi abusi dei diritti umani, rigetta la visione indigena della conservazione della natura delle terre ancestrali⁶¹.

In buona sostanza, il complesso *framework* fin qui tratteggiato mira a far sì che si acquisisca la piena consapevolezza, da tradursi in appropriate norme giuridiche, che nel caso della tutela dei diritti dei popoli indigeni sulle terre ancestrali se non ci si siede al tavolo con chi decide...allora si è sul menu!

Roma, agosto 2024

ABSTRACT

L'Assemblea generale delle Nazioni Unite, sul finire del 1994, ha statuito che il 9 agosto di ogni anno si celebri la Giornata internazionale dei popoli indigeni, solennizzando la data in cui si riunì per la prima volta, nel 1982, il Gruppo di lavoro costituitosi *ad hoc* nel quadro della Sottocommissione per la promozione e la tutela dei diritti umani. Allo scadere del secondo Decennio internazionale dei popoli indigeni nel mondo consecutivo (1995-2004 / 2005-2024) decisi dall'Assemblea generale, al fine di porre in essere un'attenta opera di monitoraggio e valutazione dello *status* giuridico dei popoli indigeni, questione fino ad allora del tutto marginalizzata nelle priorità dell'agenda della comunità internazionale, 'fotografando' luci e ombre del riconoscimento dei diritti di tali popoli, nel presente contributo si analizza il legame ancestrale dei popoli indigeni alla madre terra alla luce della sua codificazione negli strumenti internazionali nonché della prassi giurisprudenziale, sulla base di un *framework* ABCDE, ossia *Actors* (popoli indigeni), *Behavior* (rapporto antropologico con le terre ancestrali), *Content* (*pre-existing rights* dei popoli indigeni sulle terre ancestrali), *Degree* (panoplia di fonti normative, tanto di *hard* quanto di *soft law*), *Effect* (obbligo di procedure consultive volte all'acquisizione del previo consenso libero e informato dei popoli indigeni per qualsiasi decisione concernente le terre ancestrali).

At the end of 1994, the United Nations General Assembly decided that the International Day of the World's Indigenous People would be celebrated every year on 9 August, thus commemorating the date on which the *ad hoc* working group of the Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights had first met in 1982.

areas, Indigenous rights and land restitution: the Ogiek judgment of the African Court of Human and Peoples' Rights and community land protection in Kenya, in Oryx, Cambridge University Press, Vol. 57, iss. 3, 2023, pp. 313-324.

⁶¹ Si veda il rapporto di A. MITTAL, Z. MOLOO, F. MOUSSEAU, *Stealth Game. "Community" Conservancies Devastate Land & Lives in Northern Kenya*, Oakland, 2021 (reperibile all'indirizzo web: <https://www.oaklandinstitute.org/sites/oaklandinstitute.org/files/kenya-stealth-game-community-conservancies.pdf>).

At the end of the second consecutive International Decade of the World's Indigenous Peoples (1995-2004 / 2005-2024), decided by the General Assembly, in order to undertake a careful monitoring and evaluation of the legal status of indigenous peoples, an issue that had until then been completely marginalised in the priorities of the international community's agenda, the present contribution analyses the ancestral bond of indigenous peoples with Mother Earth in the light of its codification in international instruments as well as jurisprudential practice, based on an ABCDE framework, *i.e.* *Actors* (indigenous peoples), *Behaviour* (anthropological relationship to ancestral lands), *Content* (pre-existing rights of indigenous peoples over ancestral lands), *Degree* (panoply of normative sources, both hard and soft law), *Effect* (obligation of consultation procedures aimed at obtaining the prior free and informed consent of indigenous peoples for any decision affecting ancestral lands).

KEYWORDS

Popoli indigeni - terre ancestrali - diritti fondiari - obbligo di consultazione e consenso previo libero e informato.

Indigenous peoples - ancestral lands - land rights - duty to consult and free, prior, and informed consent.