

IUS DICERE IN A GLOBALIZED WORLD

VOLUME ONE



Edited by
Chiara Antonia d'Alessandro
Claudia Marchese

Studies in Law
and Social Sciences **3**

Studies in Law & Social Sciences

3

**IUS DICERE
IN A GLOBALIZED
WORLD**

A COMPARATIVE OVERVIEW

VOLUME ONE

Edited by

CHIARA ANTONIA D'ALESSANDRO

CLAUDIA MARCHESE



Roma TrE-Press

2018

Questo volume è stato realizzato con il contributo finanziario del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi Roma Tre e della Associazione Italiana di Diritto Comparato

Coordinamento editoriale:
Gruppo di Lavoro *Roma TrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: Mosquito mosquitoroma.it

Impaginazione: Colitti-Roma colitti.it

Edizioni: *Roma TrE-Press* ©

Roma, marzo 2018

ISBN: 978-88-94885-96-5

<http://romatrepress.uniroma3.it>

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



Università degli Studi Roma Tre – Dipartimento di Giurisprudenza

Studies in Law & Social Sciences

La collana è diretta da

GUIDO ALPA • CARLO ANGELICI • ADOLFO DI MAJO • NICOLÒ LIPARI
SALVATORE MAZZAMUTO • PIETRO RESCIGNO

Coordinatore

ANDREA ZOPPINI

Comitato Scientifico

Mads Andenas; William Burke-White; Emanuele Conte; Luca Enriques; Jorg Fedtke; Giuseppe Grisi; Andrea Guaccero; Martijn Hesselink; Francesco Macario; Giulio Napolitano; Antonio Nicita; Giorgio Resta; Giacomo Rojas Elgueta; Pietro Sirena; David A. Skeel; Noah Vardi; Anna Veneziano; Vincenzo Zeno-Zencovich.

La collana *Studies in Law and Social Sciences* intercetta nuove frontiere nello studio del diritto italiano, del diritto di matrice europea e poi del diritto comparato e transnazionale. In questa prospettiva, ospita lavori che propongono una nuova lettura delle fonti del diritto, dei fenomeni giuridici, dei rapporti fra diritto e società, osservati sia con i tradizionali strumenti ermeneutici e sistematici del giurista, sia attraverso il prisma conoscitivo delle scienze sociali. La collana, aperta a lavori redatti anche in lingue straniere, è pubblicata su una piattaforma editoriale digitale *open access*.

The Roma TrE-Press Studies in Law and Social Sciences Series sets itself at the crossroads of research in Italian and European law, and of comparative and transnational legal studies. It publishes groundbreaking work on legal issues, on sources of law and on the interactions between law and society. This perspective is pursued not only by using traditional tools of legal scholarship, but also through the application of the “Law and...” methodology. The series publishes studies in Italian and foreign languages and is hosted on an open access digital platform.

Indice

VOLUME I

INTRODUZIONE	
TOMMASO EDOARDO FROSINI	1
VINCENZO ZENO-ZENCOVICH	7

PARTE I *IUS DICERE*

GIUDICI E GIURISDIZIONE

GIORGIA PAVANI, <i>Il potere giudiziario. Un capitolo latente nella manualistica contemporanea</i>	15
ANDREA PIN, <i>Stare decisis e argomentazione giuridica. La logica del common law e il diritto sovranazionale europeo</i>	41

DIRITTI FONDAMENTALI, VALORI COSTITUZIONALI E LEGGE

FRANCESCO CLEMENTI, <i>Non tutto lo jus dicere passa dalle sentenze: la tutela dei diritti fondamentali e la rete europea dei Consigli di Giustizia</i>	55
ANDREA FUSARO, <i>Il notaio esercita attività giurisdizionale?</i>	69
FERRUCCIO AULETTA, <i>L'introduzione del principio costituzionale di equilibrio nel bilancio dello Stato: per un ripensamento dei valori nell'ordinamento della giustizia pubblica</i>	91
GUSTAVO TEPEDINO, <i>Teoria dell'interpretazione e rapporti privati: la ragionevolezza e il ruolo del giudice nella promozione dei valori costituzionali</i>	97
FRANCESCO DURANTI, <i>Corti e Parlamenti. Dialoghi, confronti, comparazioni</i>	115
FRANCESCA BENATTI, <i>La legittimità delle Corti Supreme nell'età della globalizzazione</i>	143

GIURISDIZIONE E SOCIETÀ

GIUSEPPE ROSSI, <i>The Search for the "Workable Legal Precept" In a Context of Incoherence and Uncertainty: Reflections on Roscoe Pound's Theory of Judicial Empiricism from a European Perspective.</i>	157
PAOLO PASSAGLIA, <i>La comunicazione istituzionale degli organi di giustizia costituzionale, tra ricerca di legittimazione e rivisitazione della tradizione. Appunti per una ricerca</i>	183

MICHELE SAPIGNOLI, <i>Corti di giustizia e opinione pubblica: la fiducia nei sistemi giudiziari europei</i>	205
MIA CAIELLI, <i>The Role of Civil Society in Human Rights and Constitutional Adjudication. Some concerns about “Judicial lobbying”</i>	235
HAGEN HENRÿ, <i>Who makes the law? Parliaments, Governments, Courts or Others? Social Justice through Cooperatives at Stake</i>	251
CHIARA GALLESE – DANIELA BESOZZI, <i>Le sentenze antiscientifiche: un mito creato dai media</i>	261
MAURO GRONDONA, <i>Fiducia nel diritto, fiducia nel giudice, teoria democratica (con uno sguardo su Hayek: ‘The Political Order of a Free People’)</i>	295

GIURISDIZIONE E SOCIETÀ: LA PROSPETTIVA LATINO-AMERICANA

RAFFAELE VOLANTE, <i>La proprietà collettiva indigena e la sua dimensione di ius dicere</i>	321
SERENA BALDIN, <i>Giustizia indigena e giustizia costituzionale interculturale nell’ordinamento boliviano</i>	359
PABLO MORENO CRUZ, <i>Plurisoggettività delle violazioni dei diritti fondamentali e l’azione di tutela: il caso colombiano</i>	393
ALBERTO VESPAZIANI, <i>Jus dicere in Terrae Brasilis: Politica, Ermeneutica, Letteratura</i>	415

VOLUME II

PARTE II

...IN A GLOBALIZED WORLD

GIUDICI E GLOBALIZZAZIONE

GARY LAWSON – GUY SEIDMAN, <i>Deference and National Courts in the Age of Globalization: Learning, Applying and Deferring to Foreign Law</i>	431
ANNA MASTROMARINO, <i>Separazione linguistica o comunitarismo giurisdizionale? Ragionando di Reflective judiciary in Belgio</i>	459
LUIGI FUMAGALLI, <i>La funzione giurisdizionale nell’ordinamento sportivo internazionale tra strumenti privati e funzioni pubbliche</i>	485
FRANCESCO CONTINI, ALINA ONTANU, MARCO VELICOGNA, <i>How many cases? Assessing the comparability of EU Judicial datasets</i>	497

PROCESSO CIVILE, CLASS ACTION, ADR

FABIO SANTANGELI, <i>Norme processuali nelle giurisdizioni statali tra prassi, regole e principi nel mondo occidentale</i>	539
PIERVINCENZO PACILEO, <i>Online dispute resolution: la “piattaforma UE” come nuovo modello di internet jurisdiction</i>	599
ALESSANDRO PALMIERI, <i>Consumatori, tutela collettiva, arbitrato: di miti (americani) infranti e timidi risvegli (europei)</i>	637
GIACOMO PAILLI – CRISTINA PONCIBÒ, <i>The transformation of Consumer Law Enforcement: an Italian perspective</i>	653
SALVATORE CASABONA, <i>Intermediazione digitale e composizione delle controversie: dall’Alternative Dispute Resolution all’Alien Dispute Resolution</i>	691
KOESRIANTI KOESRIANTI, <i>Legalization and Adjudicative Legitimacy of the ASEAN Trade Dispute Settlement Mechanism</i>	725
CESARE GALLI, <i>The Unified Patent Court and its Rules of Procedure, between EU and National Laws and Jurisdictions</i>	753
ERGUN ÖZSUNAY, <i>Involvement of the laypersons in the Turkish adjudication system</i>	763

NOVA REMEDIA DEL POTERE GIURISDIZIONALE

LUCIA SCAFFARDI, <i>Iudex peritus peritorum? L'utilizzo del DNA nel processo penale e il ruolo del giudice</i>	779
NICOLA BRUTTI, <i>Funzione “espressiva” del rimedio: un dialogo tra giudice e comunità</i>	801
ENRICO MAESTRI, <i>Giurisdizione e rete: effettività versus legalità?</i>	819
Indice degli Autori	851

La proprietà collettiva indigena e la sua dimensione di ius dicere

SOMMARIO: 1. La questione della proprietà indigena nel quadro dell'ordinamento internazionale. La Convenzione ILO n. 107 del 1957. - 2. La Convenzione ILO n. 169 del 1989. Una visione assolutistica della proprietà collettiva. - 3. La Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti delle popolazioni indigene del 2007. Un approccio pluralista basato sulla giurisdizione. - 4. La proprietà collettiva come problema di ius dicere. - 5. Situazioni proprietarie e ius dicere. - 6. La sovranità come funzione della proprietà nella costruzione storica del regime giuridico delle terre. - 7. La concezione di proprietà collettiva di ILO 169. I casi di Perù e Colombia. - 8. La proprietà collettiva di ILO 169 nella giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti umani. - 9. La proprietà collettiva indigena come diritto di matrice giurisdizionale. Il caso del Canada. - 10. Conclusioni.

1. *La questione della proprietà indigena nel quadro dell'ordinamento internazionale. La Convenzione ILO n. 107 del 1957*

Il tema dei diritti aborigeni sulla terra è presente ormai da sessant'anni nel diritto internazionale e nel diritto interno di molti paesi. Per tracciare un quadro di riferimento normativo e, allo stesso tempo, l'evoluzione dei termini di rappresentazione del problema, occorre necessariamente partire dalla *Convention concerning the Protection and Integration of Indigenous and Other Tribal and Semi-Tribal Populations in Independent Countries*, adottata nel 1957 dall'*International Labour Organization*¹. La Convenzione fu ratificata da ventisette paesi. Essa prevedeva nella sua seconda parte l'obbligo per gli Stati parte di riconoscere come diritto la *ownership* dei singoli membri delle *popolazioni tribali* – questa era la definizione normativa - sulle terre che essi

* Professore Associato di Storia del diritto medievale e moderno presso l'Università di Padova, Dipartimento di Diritto Privato e Critica del Diritto

¹ *Convention concerning the Protection and Integration of Indigenous and Other Tribal and Semi-Tribal Populations in Independent Countries*, adottata a Ginevra nella quarantesima sessione ILC del 26 giugno 1957.

avevano sempre occupato per tradizione². L'obbligo di riconoscere questa proprietà era costruito dalla Convenzione come parte di un più generale dovere di rispetto delle consuetudini delle popolazioni, che a sua volta si traduceva nell'obbligo di non trasferire le popolazioni tribali, senza il loro consenso, dai territori da esse occupati.

Obbligo non assoluto: nel caso si fosse dovuto disporre tale trasferimento, lo Stato restava comunque nel dovere di mettere a disposizione delle popolazioni delle terre di qualità comparabile a quelle originarie o a pagare loro una compensazione in denaro, se questa fosse stata la soluzione preferita dalle collettività³.

In questo senso, il riconoscimento di una proprietà sui territori occupati per tradizione era uno fra molti strumenti finalizzati a tutelare le popolazioni indigene come insiemi di individui in evidente condizione di disparità sociale all'interno dello Stato di cui pure erano – almeno formalmente – cittadini. Una disparità sociale che si traduceva, nella massima parte dei casi, nella depredazione delle risorse su cui avevano sempre fondato la propria esistenza come comunità.

La Convenzione obbligava così gli Stati a rispettare le forme consuetudinarie di trasmissione della proprietà, col duplice limite della compatibilità con l'ordinamento interno e della funzionalità di tali modalità allo sviluppo economico delle popolazioni interessate⁴. Gli Stati avrebbero comunque dovuto porre in essere misure adeguate per impedire che soggetti estranei potessero avere vantaggi dalla protezione riservata alle collettività di cui venivano riconosciuti i diritti proprietari⁵. La Convenzione mostrava così il

² Convenzione ILO n. 107, art. 11: «*The right of ownership, collective or individual, of the members of the populations concerned over the lands which these populations traditionally occupy shall be recognised.*»

³ Convenzione ILO n. 107, art. 12: «*1. The populations concerned shall not be removed without their free consent from their habitual territories except in accordance with national laws and regulations for reasons relating to national security, or in the interest of national economic development or of the health of the said populations. 2. When in such cases removal of these populations is necessary as an exceptional measure, they shall be provided with lands of quality at least equal to that of the lands previously occupied by them, suitable to provide for their present needs and future development. In cases where chances of alternative employment exist and where the populations concerned prefer to have compensation in money or in kind, they shall be so compensated under appropriate guarantees. 3. Persons thus removed shall be fully compensated for any resulting loss or injury.*»

⁴ Convenzione ILO n. 107, art. 13: «*1. Procedures for the transmission of rights of ownership and use of land which are established by the customs of the populations concerned shall be respected, within the framework of national laws and regulations, in so far as they satisfy the needs of these populations and do not hinder their economic and social development.*»

⁵ Convenzione ILO n. 107, art. 13: «*2. Arrangements shall be made to prevent persons who*

principale problema di qualsiasi tutela da parte di uno Stato di una popolazione diversa per cultura residente sui suoi confini: la sua individuazione in rapporto col territorio.

Gli Stati parte restavano per il resto liberi di riconoscere la *ownership* tribale come diritto individuale dei singoli membri o come diritto collettivo della comunità. La Convenzione fu spesso criticata per questa perfetta alternativa, atteso che la forma della proprietà individuale e parcellizzata della terra era stata spesso il preludio della spoliazione dei popoli indigeni delle proprie risorse. Non era sembrata però un'opzione perseguibile in sede di redazione della convenzione impegnare gli Stati al riconoscimento di una forma specifica di proprietà. Si evidenziava da più parti come il riconoscimento di forme collettive di proprietà presupponesse un grado di coesione della comunità titolare che non esisteva generalmente fra le popolazioni indigene. Solo in taluni casi la proprietà collettiva delle terre avrebbe potuto rappresentare una soluzione adeguata rispetto ai fini perseguiti dalla Convenzione, che erano pur sempre quelli di un'integrazione delle popolazioni tribali nella comunità statale, attraverso un'opera di promozione sociale.

Per questo la Convenzione del 1957 fu costantemente accusata di avere un approccio paternalistico al tema⁶. Le comunità tribali venivano considerate sempre come soggetti meritevoli di una tutela che doveva provenire dall'esterno; da qui la necessità di lasciare gli Stati liberi di modulare nei propri ordinamenti interni il contenuto della proprietà indigena, in modo da garantire che essa non venisse usurpata. L'idea generale della Convenzione n. 107 era quella per cui, solo ove le collettività fossero state ritenute sufficientemente "mature" per una gestione comune del territorio, si sarebbe potuta riconoscere loro una proprietà piena delle terre, come tale alienabile. In difetto di tale "maturità" si riteneva che la proprietà collettiva avrebbe potuto essere il preludio per una sostanziale liquidazione dei diritti aborigeni. Dinanzi a questo rischio, si diceva fosse opzione preferibile riconoscere una proprietà individuale, ma sottoposta a un rigido vincolo di inalienabilità, ai singoli membri della comunità.

Il tutto si traduceva nell'ambivalenza nella definizione di proprietà indigena data dall'art. 11 della Convenzione ILO n. 107. Da una parte, la formula letterale della norma faceva pendere per una concezione della

are not members of the populations concerned from taking advantage of these customs or of lack of understanding of the laws on the part of the members of these populations to secure the ownership or use of the lands belonging to such members.».

⁶ C. TENNANT, *Indigenous Peoples, International Institutions, and the International Legal Literature from 1945-1993* in *Human Rights Quarterly* 16 (1994) 1, 57, p. 13.

proprietà indigena come diritto originario delle popolazioni, che lo Stato avrebbe dovuto appunto solo “riconoscere” nella forma data dagli ordinamenti propri delle singole comunità. Dall’altra, gli Stati avrebbero avuto piena libertà nel costruire tale proprietà a partire da proprio ordinamento, dettando norme specifiche quanto al contenuto dei poteri, e sarebbero stati ulteriormente liberi nell’individuare il soggetto cui assegnarla, l’individuo o la collettività.

2. *La Convenzione ILO n. 169 del 1989. Una visione assolutistica della proprietà collettiva*

I limiti della Convenzione ILO 107 e del suo approccio complessivo apparvero sempre più evidenti, con il crescere dell’organizzazione politica delle minoranze etniche⁷. Il principio del riconoscimento dei diritti ancestrali di proprietà – pur un indubbio progresso introdotto dalla Convenzione – veniva letto come parte di un disegno di assimilazione delle popolazioni indigene, che la Convenzione del 1957 vedeva come il loro unico futuro possibile.

L’ILO iniziò così a metà degli anni Ottanta un percorso per la revisione della Convenzione n.107⁸, che condusse alla Convenzione n. 169 del 1989⁹, attualmente in vigore, ispirata a principi diametralmente opposti. ILO n. 169 rinuncia espressamente a ogni obiettivo di integrazione delle popolazioni indigene nella comunità statale, sancendo invece il diritto delle popolazioni a sviluppare in autonomia le proprie società¹⁰. Il multiculturalismo della Convenzione n. 169 si esprime innanzitutto nell’uso del termine “*people*” - al posto del termine “*population*” - per evidenziare il diritto di autodeterminazione delle comunità indigene rispetto alla sovranità sul territorio espressa dallo Stato¹¹.

⁷ A. UCHIDA, *Searching for Indigenous Alliances: International NGOs of the United States and Canada in the 1970s*, in *The Japanese Journal of American Studies*, 23 (2012) pp. 209 ss.

⁸ E. HOGETVEIT, *Revision of ILO Convention No. 107 on Indigenous and Tribal Populations (1957)* in *Menneskerog Rettigheter*, 5, 3, (1987), pp. 39-41.

⁹ *Convention concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries*, adottata nella settantaseiesima sessione dell’ILC a Ginevra, 27 giugno 1989.

¹⁰ A. YUPSANIS, *ILO Convention No. 169 Concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries 1989-2009: An Overview*, in *Nordic Journal of International Law* 79 (2010) p. 436.

¹¹ L. SWEPSTON, *A New Step in the International Law on Indigenous and Tribal Peoples:*

L'aspetto in cui l'approccio multiculturale si dimostra maggiormente è però la definizione della proprietà indigena. La Convenzione ILO n. 169 obbliga gli Stati a riconoscere ai popoli indigeni solo una proprietà collettiva, riferita nella sua titolarità alla comunità nel suo complesso, come diritto funzionalmente orientato al rispetto della sua specificità culturale. L'obbligo per gli Stati di riconoscere la proprietà dei popoli indigeni è sancito dalla Convenzione in funzione dei valori "spirituali e culturali" che connettono quei popoli alle loro terre ancestrali. Da qui la forma collettiva come unica proprietà indigena possibile, conseguenza naturale di questa relazione culturale tra uomini e terra¹².

L'estensione della proprietà indigena sul territorio deve infatti comprendere non solo le terre continuamente occupate da una popolazione, ma anche l'ambiente totale di cui questa usa¹³. Da qui l'obbligo per gli Stati di riconoscere non solo la proprietà collettiva delle terre occupate da popolazioni stanziali, ma anche i diritti che un popolo può avere su terre promiscuamente utilizzate con altri popoli per la propria sussistenza e per le altre esigenze dettate dalla loro cultura. Una definizione che la Convenzione estende esplicitamente ai popoli nomadi e alle attività di coltivazione tur-naria¹⁴.

In questa architettura trovano nuovo significato le norme riprese senza modifiche dalla Convenzione n. 107, come l'obbligo di rispettare le modalità tradizionali di trasmissione dei diritti di proprietà, o l'obbligo di impedire agli estranei l'esercizio di diritti spettanti unicamente al popolo indigeno. Trovano soprattutto spazio norme nuove, come l'art. 15, che impone l'obbligo di salvaguardare il diritto dei popoli indigeni alle risorse naturali presenti sui propri territori e di partecipare al loro uso e sfruttamento. Un

ILO Convention No. 169 of 1989 in Oklahoma City University Law Review, 15, 3 (1990), p. 692 ss.

¹² Convenzione ILO n. 169, art. 13: «1. *In applying the provisions of this Part of the Convention governments shall respect the special importance for the cultures and spiritual values of the peoples concerned of their relationship with the lands or territories, or both as applicable, which they occupy or otherwise use, and in particular the collective aspects of this relationship.*»

¹³ Convenzione ILO n. 169, art. 13: «2. *The use of the term lands in Articles 15 and 16 shall include the concept of territories, which covers the total environment of the areas which the peoples concerned occupy or otherwise use.*»

¹⁴ Convenzione ILO n. 169, art. 14: «1. *The rights of ownership and possession of the peoples concerned over the lands which they traditionally occupy shall be recognised. In addition, measures shall be taken in appropriate cases to safeguard the right of the peoples concerned to use lands not exclusively occupied by them, but to which they have traditionally had access for their subsistence and traditional activities. Particular attention shall be paid to the situation of nomadic peoples and shifting cultivators in this respect.*»

diritto che si arresta alla superficie, ove lo Stato abbia la proprietà del sottosuolo o comunque delle risorse naturali. Per questo – comunissimo- caso, la Convenzione prescrive l'obbligo per le parti contraenti di consultare i popoli indigeni coinvolti, per verificare quanto lo sfruttamento delle risorse naturali possa recare nocimento all'esercizio dei loro diritti originari, e individuare concordemente adeguate forme di compensazione.

Il dovere di consultazione è in realtà il principale strumento di tutela previsto dalla Convenzione n. 169 per qualsiasi dimensione della cultura indigena, quindi anche per il diritto di proprietà collettiva. L'art. 6 della Convenzione dispone in via generale che gli Stati contraenti debbano applicarne le varie previsioni, quindi anche quelle in materia di diritti sulla terra, attraverso tre misure specifiche: consultare le popolazioni attraverso i loro rappresentanti tutte le volte in cui un provvedimento amministrativo o legislativo potrebbe influire direttamente sui loro interessi; stabilire delle procedure mediante le quali consentire alle popolazioni indigene un grado di compartecipazione alle decisioni su politiche e programmi di governo che possano riguardarli almeno pari a quello riservato a altri settori della popolazione complessiva dello Stato; favorire, anche attraverso risorse materiali e finanziarie, lo sviluppo delle istituzioni proprie delle popolazioni indigene, in modo da assicurare la loro rappresentanza nelle sedi decisionali¹⁵. Il dovere di consultazione dovrebbe condurre al raggiungimento di accordi con le popolazioni interessate, ma la Convenzione non prevede strumenti di tutela per il caso in cui un consenso non si raggiunga¹⁶.

La Convenzione n. 169 conta a oggi ventidue ratifiche, la massima parte delle quali da paesi del Sudamerica. Solo quattro ratifiche da paesi europei – Spagna, Norvegia, Danimarca e Paesi Bassi – e solo una dall'Asia, il Nepal. Mancano all'appello, per quanto qui interessa, Stati come il Canada o l'Australia, che pure hanno nei propri ordinamenti interni discipline di effettivo riconoscimento dei diritti aborigeni sulle terre e, in generale, poli-

¹⁵ Convenzione ILO n. 169, art. 6: «1. *In applying the provisions of this Convention, governments shall: (a) consult the peoples concerned, through appropriate procedures and in particular through their representative institutions, whenever consideration is being given to legislative or administrative measures which may affect them directly; (b) establish means by which these peoples can freely participate, to at least the same extent as other sectors of the population, at all levels of decision-making in elective institutions and administrative and other bodies responsible for policies and programmes which concern them; (c) establish means for the full development of these peoples' own institutions and initiatives, and in appropriate cases provide the resources necessary for this purpose.*»

¹⁶ Convenzione ILO n. 169, art. 6: «2. *The consultations carried out in application of this Convention shall be undertaken, in good faith and in a form appropriate to the circumstances, with the objective of achieving agreement or consent to the proposed measures.*»

tiche consolidate di rispetto dei loro diritti originari.

3. *La Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti delle popolazioni indigene del 2007. Un approccio pluralista basato sulla giurisdizione*

Il terzo strumento internazionale che deve essere citato è ovviamente la *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* del 2007. A differenza dei primi due, esso è uno strumento non vincolante, e non a caso vi ha aderito un numero maggiore di Stati. L'art. 25 della Dichiarazione attribuisce ai popoli indigeni il diritto di mantenere e fortificare la loro "relazione spirituale particolare" con le terre da loro tradizionalmente "possedute, occupate o comunque usate" e a trasmettere questa relazione alle future generazioni. L'art. 26 parla invece di un diritto di "possedere, usare, sviluppare e controllare" le terre tradizionalmente occupate o comunque acquistate. La dichiarazione impegna gli Stati a dare riconoscimento legale e protezione ai territori posseduti dalle popolazioni indigene e specifica che tale riconoscimento deve essere operato con il dovuto rispetto per le loro consuetudini e per il loro specifico sistema di *land tenure*.

La vera differenza con la Convenzione ILO n. 169 è nella norma dell'articolo 27, la quale impone agli Stati di istituire un sistema equo e imparziale per il riconoscimento e l'aggiudicazione dei diritti sulle terre ancestrali. Tali sistemi dovrebbero essere individuati di concerto con le stesse popolazioni e rispettare, ancora una volta, i loro ordinamenti consuetudinari. Soprattutto, la dichiarazione attribuisce alle popolazioni indigene il diritto di rivendicare le terre su cui vantano diritti originari da chiunque le abbia occupate, confiscate, usurpate o altrimenti danneggiate. Ove la restituzione delle terre non dovesse essere possibile, alla popolazione deve essere riconosciuta una giusta compensazione, innanzitutto attraverso l'attribuzione di terre di eguale qualità.

Al di là dei principi profusi nei due strumenti, che si basano egualmente sul dovere di rispettare la relazione con la terra come parte del patrimonio culturale delle popolazioni indigene, l'impostazione della tutela della relazione proprietaria è radicalmente diversa tra la DRIP del 2007 e la Convenzione ILO n. 169.

Entrambi gli strumenti vedono nella permanenza su un dato territorio di una popolazione dotata di una specificità culturale il titolo di un diritto su quelle terre, ma mentre la ILO n. 169 lo costruisce nella sostanza come

diritto politico di una comunità, la DRIP lo costruisce come diritto reale, il cui contenuto deve essere determinato a partire dall'ordinamento giuridico della singola popolazione indigena. In altri termini, mentre nella ILO 169 esiste una sola possibile forma di proprietà collettiva, identificata come il diritto assoluto di una comunità che preesiste all'instaurazione della sovranità dello Stato su un territorio, la DRIP presuppone l'esistenza di una pluralità di forme di appartenenza collettiva, che lo Stato deve riconoscere per come sono state strutturate da un ordinamento che è presente sul suo territorio, ma che non è riconducibile alle sue norme, prodotte secondo la sua Costituzione.

4. *La proprietà collettiva come problema di ius dicere*

Perché il problema della proprietà indigena è un problema di *ius dicere*? Nella mia tesi, perché la proprietà collettiva non è configurabile fuori da un contesto giurisdizionale, e ciò si dimostra considerando come, muovendosi da un approccio antagonista della giurisdizionalità – come quello seguito dalla ILO 169- si riesca a costruire non una proprietà collettiva, ma una cosa diversa – una forma antagonista di sovranità – che non riesce a tutelare né la specificità culturale delle singole popolazioni indigene, né garantire effettivamente il loro rapporto con il proprio territorio ancestrale.

Ius dicere è espressione usata in più di un significato, nel dibattito giuridico attuale. In un'accezione minimale, largamente derivata dalla realtà degli Stati moderni, essa indica l'attività di risolvere una controversia mediante l'applicazione di una norma giuridica da parte di un soggetto che, terzo rispetto alle parti, lo è anche rispetto alla creazione della norma. Una *iurisdiction*, in termini moderni, si riconosce ovunque si possa trovare un giudice che abbia la competenza a risolvere un conflitto secondo una norma che egli non ha prodotto e dare tutela effettiva alla situazione giuridica vantata.

Questa concezione presuppone una serie di caratteri fondanti dello Stato che si definisce usualmente *amministrativo*: la subordinazione del giudice alla norma e la selezione da parte dell'ordinamento delle fattispecie assoggettabili alla risoluzione in via giurisdizionale, restando le altre a un diverso modo di risoluzione dei conflitti, quello attribuito alla diretta gestione di interessi sociali da parte del potere pubblico. *Amministrazione* è, in questa rappresentazione minima, la funzione complementare della *giurisdizione*: amministrare significa comporre interessi rilevanti di individui o di gruppi

sociali mediante un comando, laddove giudicare implica la composizione di eguali interessi mediante una sentenza.

Certamente appartiene all'immagine moderna l'idea di una qualità diversa degli interessi passibili di una soluzione amministrativa da quelli assoggettabili alla tutela giurisdizionale, in funzione di una rilevanza "pubblica" o "privata" degli stessi. Questa differenziazione è però l'effetto, non la causa, della nascita dello Stato amministrativo, in cui è un unico soggetto – il legislatore – a decidere cosa debba essere tutelato per comando e cosa per sentenza. A questa rappresentazione è indifferente l'esistenza di un vincolo di legalità dell'amministrazione, come la presenza di istanze giurisdizionali cui chiedere tutela contro gli atti di amministrazione. Parafrasando Napoleone Bonaparte, "giudicare dell'amministrazione è ancora amministrare": sottoporre a giudizio l'operato del pubblico potere non significa trasformare la modalità di composizione degli interessi coinvolti, portandola nell'area della giurisdizionalità, ma solo verificare il rispetto delle procedure e dei presupposti per l'esercizio di quel potere.

Non è un caso, ovviamente, che occorra rifarsi al creatore del primo Codice civile per illustrare le caratteristiche minime dello Stato amministrativo. Esso è il prodotto più autentico della Rivoluzione, l'alternativa perfetta al mondo che questa intese distruggere, e il suo risultato più duraturo, accolto, per come fu, in tutti gli Stati dopo la Restaurazione.

Il mondo cui la Rivoluzione si contrappose è appunto quello dello Stato giurisdizionale.

Questo è la forma di Stato in cui ogni possibile conflitto, tra individui come tra gruppi, è risolto in un procedimento, attraverso l'applicazione di una norma che, comunque prodotta, è intesa preesistere al giudizio. *Iusdicere*, in questi sistemi che rappresentano tutti l'evoluzione di un modello medievale, significa enunciare ("dicere", appunto) una norma che il giudice deve trovare nei fatti. In questi sistemi il giudice è individuato, in linea di principio, in funzione della materia del contendere, come quel soggetto che più e meglio di altri è in grado di enunciare la norma idonea alla risoluzione della controversia.

Nella società feudale, ad esempio, il giudice di una controversia tra feudatari per il possesso di un dato titolo nobiliare – da cui dipendono, in quell'ordinamento, rilevanti poteri su un determinato territorio – è un feudatario egli stesso, poiché è l'unico in grado di conoscere le norme, invariabilmente consuetudinarie, su cui risolvere la controversia. A parti invertite, il giudice di una controversia tra contadini per il possesso di un diritto sul fondo – di coltivare, portare al pascolo, prendere legna e simili – trova il

proprio giudice in un qualsiasi personaggio che possa individuare la norma da applicare al caso concreto, sia esso il prete o il vescovo, il feudatario del luogo o l'abate del monastero più vicino o, ancora, un membro della stessa comunità la cui anzianità lo metta in grado di conoscere meglio la consuetudine del luogo. Non si tratta – si badi - di giudizi arbitrari: chiunque ha il diritto di rivolgersi al giudice così individuato e questi ha il potere di citare dinanzi a sé la controparte.

Questa dinamica evolve nel tempo, ma non è mai superata fino alla piena costruzione dello Stato amministrativo. Nella maggiore complessità del medioevo cittadino e mercantile, essa porta all'individuazione di una pluralità di ordinamenti, che isolano altrettanti corpi sociali, i quali non competono tra loro per la creazione di un consenso politico, ma per l'opponibilità delle loro norme giuridiche agli appartenenti degli altri gruppi. Appena per fare l'esempio più semplice: se il mercante che non paga un debito garantito da pegno è esposto all'espropriazione e alla vendita della garanzia senza che il creditore debba ricorrere al giudice, questa norma può valere anche nel caso il pegno sia stato dato al mercante da un nobile, quindi a un soggetto che risponde a un altro ordinamento? Anche in questo caso, come in qualsiasi altro, la controversia tra nobile e mercante dovrà trovare il suo giudice, che possa reperire una terza norma tra quelle in conflitto.

L'accentramento di poteri nelle mani di un sovrano, carattere indefettibile dello Stato moderno, avviene prima della Rivoluzione, per via giurisdizionale. Il sovrano accentra su di sé la *iurisdictio* verso un numero sempre maggiore di conflitti, e assume – in continuità con la tradizione giuridica medievale – sempre più la legittimazione a introdurre d'ufficio il giudizio innanzi a sé. Ogni manifestazione del potere regale si restituisce infatti nella capacità di giudicare secondo diritto un conflitto, anche quelli generati tra i corpi sociali dallo stesso Sovrano e da lui introdotto dinanzi a sé come controversia giuridica. Ancora una volta, gli esempi sono quelli usuali alla storia giuridica: se vi è necessità di costruire una strada o un ponte tra due villaggi, il Sovrano promuove d'ufficio il conflitto tra questi due soggetti per decidere chi debba provvedervi; se una città deve pagare un tributo, e questo deve essere diviso in funzione della proprietà immobiliare o dei proventi di un'arte o del commercio, il conflitto tra gli interessati potrà diventare controversia giuridica a istanza di uno tra essi come a istanza del Sovrano, che in questo modo – ma solo in questo modo – potrà spostare il prelievo fiscale sui settori per lui più vantaggiosi, e così via.

La compressione dell'autonomia dei corpi – che sin qui abbiamo chiamato *sociali*, ma sono più correttamente definibili come corpi *intermedi*

– è un fenomeno inarrestabile nell'evoluzione della forma-Stato, ma essa fu sempre condotta nelle forme della giurisdizione, costruendo cioè qualsiasi conflitto di interessi tra soggetti sottoposti alla stessa sovranità come una controversia da decidere secondo una norma preesistente, di cui il Sovrano sarebbe stato sempre più spesso il giudice. Lo Stato amministrativo è il superamento di questo modo di concepire il potere come relazione giuridica, sostituendo alla funzione di risoluzione di controversie tra corpi, come tra individui e corpi intermedi, un governo per via di comandi, che si dirigono direttamente ai singoli individui. Una cesura epocale, che ha avuto bisogno appunto di una Rivoluzione.

5. *Situazioni proprietarie e ius dicere*

L'aspetto che occorre qui mettere in luce è che le relazioni giuridiche che possono configurarsi in uno Stato giurisdizionale non sono eguali a quelle che possono esistere in uno Stato amministrativo. L'esempio principe è proprio la proprietà fondiaria. Una proprietà individuale e assoluta *usque ad sidera et ad infera* come quella dei Codici moderni presuppone lo Stato amministrativo, perché necessita, da un lato, che taluni possibili conflitti attinenti alla terra siano avvocati alla risoluzione diretta da parte dello Stato per via di comando e, dall'altro, che esista un unico insieme di norme finalizzato a dare la struttura della relazione giuridica tra soggetto e cosa.

Nello Stato giurisdizionale, qualsiasi conflitto che abbia ad oggetto la terra si risolve in una controversia sul suo uso. Poiché il giudice deve trovare la norma dai fatti, e tra questi fatti vi è ovviamente la permanenza per un lungo periodo di un soggetto su di una terra, non può esistere una norma valida a escludere uno tra i più soggetti che usano della stessa terra se non vi è una situazione di conflitto tra utilizzi concorrenti. Se, nell'esempio più semplice, un soggetto ha diritto a coltivare una terra e, seguendo il ciclo naturale delle colture, usa della stessa per un certo periodo dell'anno, non vi è conflitto se un altro soggetto usa di quella stessa terra per un altro periodo dell'anno per pascolarvi il proprio bestiame. In questo esempio – uno dei più comuni nel mondo giuridico medievale – sta la radice della proprietà plurale o, se si preferisce adoperare la terminologia del diritto comune, del *dominio diviso*, la contemporanea presenza di più proprietà sulla stessa terra.

Nel lungo medioevo dello Stato giurisdizionale, ogni singolo pezzo di terra è sede sempre di più diritti di proprietà, appartenenti a due specie:

il dominio diretto, situazione vuota dell'esercizio di poteri sulla cosa, e il dominio utile, il diritto che su quella stessa cosa ha colui che la usa. Nella più gran parte dei casi, esiste su una medesima terra una pluralità di domini diretti e di domini utili. Il caso che ho fatto prima come esempio è l'ipotesi più semplice di una pluralità di proprietà utili: sia chi ha il diritto di coltivare, che chi ha il diritto di pascolo, sono proprietari utili del bene, e possono trasmettere liberamente questo diritto senza la collaborazione dell'altro, come senza la partecipazione del proprietario diretto.

In questo contesto, la proprietà collettiva è una forma naturale di appartenenza. I terreni marginali di bosco e pascolo, che producono risorse senza la coltivazione, sono intesi di proprietà collettiva fra i membri della comunità che vi insiste. Una proprietà che, ancora una volta, è il frutto della risoluzione giurisdizionale di una serie di conflitti. Il conflitto tra più comunità per l'uso di un bosco si definisce in giudizio con l'attribuzione dello stesso a una di esse, o per la sua divisione. Il conflitto tra due membri della stessa comunità sul modo di usarne si definisce attraverso la posizione di una o più norme che stabiliscono la quantità di risorse che ciascuno ha diritto di percepire. Ancora, il conflitto tra i membri di una comunità e colui che vanta un diritto concorrente sul bene (si pensi al diritto del Re o di un nobile di cacciare in un bosco dal quale gli abitanti di un villaggio traggono legna) si risolve nella posizione di norme che delimitano le modalità di esercizio degli stessi.

Nel lessico giuridico della proprietà pura, la proprietà collettiva è il dominio utile che spetta a un soggetto per il fatto di appartenere a una data comunità. Inutile chiedersi se il proprietario del bosco o del pascolo sia l'individuo o la comunità nel suo insieme. Entrambe le affermazioni potrebbero essere vere: talune ipotesi di conflitto descriverebbero come proprietario il singolo, poiché egli è l'unico legittimato a portarle in giudizio; quanto ad altre ipotesi, la pretesa dovrebbe essere fatta valere in giudizio dalla comunità.

Questa, in ogni caso, non agisce come organo politico. La comunità non può prendere decisioni che portino alla perdita del diritto ai singoli membri. La comunità non può alienare il diritto collettivo, né attraverso un atto traslativo come la vendita o la donazione, né attraverso un comportamento remissivo, che porti all'usucapione da parte di un terzo: nella prima ipotesi, l'atto traslativo non sarebbe opponibile ai singoli membri, che potrebbero continuare l'esercizio del loro diritto individuale; nella seconda, la decisione della comunità resterebbe priva di effetti dinanzi alla continuità dell'uso da parte dei singoli.

L'estinzione dei diritti collettivi, come delle altre forme della proprietà plurale, è potuta avvenire in Europa solo con la ridefinizione legale dei diritti di proprietà avvenuta con la Rivoluzione e i Codici civili, che si è risolta nel riservare la tutela in giudizio solo a uno tra i tanti diritti esistenti sulla terra, individuando nel suo titolare il proprietario pieno e assoluto del bene. Un processo governato secondo il disegno politico contenuto nelle singole Costituzioni: se per il Terzo Stato nella Francia della Rivoluzione era il titolare del dominio utile a meritare la piena proprietà del bene, contro gli interessi della proprietà diretta, invariabilmente intestata alla nobiltà o alla Chiesa, nel Regno delle Due Sicilie l'abolizione della feudalità andò a vantaggio di questi ceti, trasformando il dominio diretto, non più l'utile, nella piena proprietà moderna. Politiche opposte, che si fondarono tuttavia sullo stesso momento tecnico: la costruzione di un'unica legittimazione proprietaria che si ponesse come diritto concorrente verso tutti gli altri diritti esistenti sulla cosa, i quali vennero estinti attraverso varie leggi di affrancazione, e divenisse per questo l'unica tutelabile in giudizio. Il principio di tipicità dei diritti reali, pilastro del sistema dei Codici civili, pur se mai da questi espressamente enunciato, è il segno di questo mutamento epocale nelle relazioni proprietarie, che esclude per definizione la proprietà collettiva.

6. La sovranità come funzione della proprietà nella costruzione storica del regime giuridico delle terre

La pluralità delle relazioni proprietarie costituì anche la base tecnica per la costruzione della sovranità sul territorio. È su questo punto che si registra la differenza incolmabile tra due storie, quella degli stati europei e quella dei territori già sottoposti al loro dominio coloniale, che ha una indubbia influenza sul nostro tema.

In un ordinamento giurisdizionale, la costruzione della sovranità avviene, come abbiamo detto, in funzione dell'accentramento al Sovrano di funzioni giurisdizionali prima detenute da altri soggetti. Nel caso del territorio, questo fenomeno si sviluppa in Europa nello schema della proprietà plurale. Posto che ogni concessione di terra crea nel concessionario un proprietario utile, e nel concedente un proprietario diretto, il modello fondamentale di accentramento dei poteri di un Re sul proprio territorio avviene attraverso il riconoscimento di un suo dominio diretto anteriore nel titolo, e posteriore nell'esercizio, rispetto a qualsiasi altro diritto consimile. L'esempio più noto,

e assai rilevante ai nostri fini, è la *tenure* anglosassone.

Prima della conquista normanna, le terre erano tenute in Inghilterra seguendo tre morfologie proprietarie diverse (*folkland*, *bookland*, *laenland*), in una densa rete di rapporti feudali, in cui il Re doveva continuamente rinegoziare per via giurisdizionale un proprio potere sulla terra¹⁷. La prima forma di proprietà, il *folkland*, era un tipo di proprietà collettiva chiusa, limitata cioè ai membri di una famiglia o di un gruppo di famiglie¹⁸. Il secondo tipo di proprietà, il *bookland*, era il dominio utile che derivava da una qualsiasi concessione fatta non solo dal Re, ma da qualsiasi altro proprietario diretto, come i nobili o la Chiesa. L'iscrizione nel *book* rendeva questo tipo di dominio utile pienamente alienabile, senza la cooperazione del proprietario diretto¹⁹. La terza forma, il *laenland*, era invece una concessione di terra a lungo termine, a fronte o meno del pagamento di un canone in denaro o in natura, fatta di norma per la durata della vita del concessionario, e talvolta fino alla terza generazione²⁰. La sua alienazione implicava, almeno in linea di principio, la cooperazione del direttario concedente, che

¹⁷ E' interessante leggere oggi gli argomenti di Maitland: nella notte altomedievale i confini reciproci tra concetti come proprietà, usufrutto, dono e prestito sono destinati naturalmente a confondersi. Si può così dire che per il diritto inglese, soprattutto quello anteriore alla conquista normanna, l'usufrutto sia un dominio temporaneo e il dominio sia un usufrutto che può essere perpetuo. Questa confusione è per Maitland una tra le cause principali per il successivo invalersi della regola che vede il Re come proprietario ultimo della terra, che tale resterà per quante concessioni egli possa fare a soggetti privati. F.W. MAITLAND, *Domesday Book and Beyond – Three Essays in the Early History of England*, Cambridge, CUP, 1897, pp. 299-230 (ristampa 1907).

¹⁸ J. ALLEN, *Inquiry into the Rise and Growth of the Royal Prerogative in England*, London 1830, p. 143 parlava del *folkland* come di una proprietà della comunità che poteva essere goduta collettivamente o per porzioni attribuite ai singoli membri. In questo caso, il titolo di attribuzione sarebbe stato garantito dagli uomini liberi presenti. In quanto proprietà collettiva, il *folkland* non poteva essere alienato o diviso e pertanto, allo spirare del termine, la quota attribuita al singolo sarebbe tornata alla comunità, per essere nuovamente distribuita. Cfr. anche P. VINOGRADOFF, *Folkland*, in H.A.L. FISHER (ed.) *Collected Papers by Paul Vinogradoff with a Memoir* vol. I, Oxford 1928.

¹⁹ F. POLLOCK, F.W. MAITLAND, *The History of English Law before the Time of Edward I* vol. I, 1895, p. 37: “*Alodium* (of which we have no English form) is a regular Latin translation of book-land. There is great reason to believe that a grant of book-land usually made no difference at all to the actual occupation of the soil. It was a grant of lordship and revenues, and perhaps of jurisdiction and its profits. The inhabitants rendered their services and dues to new lords, possibly enough to the same bailiff on behalf of the new lord, and things went on otherwise as before. The right of alienating book-land depended on the terms of the original grant.”

²⁰ W.S. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, III ed., 1923, vol. 2, p. 70 parla di questa forma di proprietà come di un *loanland*, quindi di un prestito di terra, segnalando tuttavia che di simili prestiti non si ha documentazione scritta, altro che per grandi concessioni fatte dalla Chiesa a personaggi di lignaggio superiore.

avrebbe dovuto rinnovare la concessione in favore dell'acquirente. Ipotesi proprietarie le cui caratteristiche derivavano dalla risoluzione giurisdizionale di controversie.

Con la conquista normanna, i nuovi Re, come giudici delle controversie tra feudatari, costruirono una presunzione di dominio diretto in capo a loro di ogni terra non occupata, la *tenure*, avocando a sé quelle terre che si trovasse prive di altri legittimati. Ove il feudatario non avesse lasciato eredi del suo dominio diretto, il servizio dovuto dal proprietario utile sarebbe spettato al Re, come titolare della *tenure*²¹. Una vicenda che illustra bene un aspetto fondamentale dello Stato giurisdizionale: la costruzione di un nuovo diritto sulla terra, sia pure appartenente al Re, non può comportare la soppressione dei diritti proprietari esistenti, ma solo il riconoscimento di un'ulteriore forma di dominio, che in talune situazioni potrà porsi come concorrente rispetto ad altri titoli di legittimazione sul bene, in altri vi convivrà. In particolare, il regime della *tenure* non era in sé confliggente con l'ipotesi di una proprietà collettiva: dopo la conquista normanna si parlerà di una *tenure in ancient demesne*, termine nel quale non si fa fatica a riconoscere un'altra versione del termine *demanium*, per indicare il diritto di una pluralità di persone a trarre risorse da un territorio su cui vivevano, con l'onere di un servizio – anche minimo o simbolico – da rendere al titolare della *tenure* su quello stesso bene, in una relazione che nessuna delle due parti aveva titolo per cambiare unilateralmente, e che si sarebbe per questo perpetuata in eterno²².

Allorché l'Inghilterra iniziò la propria espansione coloniale, la dottrina della *tenure* aveva ormai perso nella madrepatria la sua centralità. Una costituzione del 1290 – ancora una volta, un atto giurisdizionale - aveva deciso per la libera alienabilità dei diritti sulla terra da parte di ogni persona libera, senza l'autorizzazione del concedente²³. La costituzione impediva così ai proprietari diretti, intermedi tra la *tenure* del Re e il proprietario utile (in pratica, i nobili feudatari), di chiedere la prestazione di oneri ai nuovi acquirenti di quest'ultimo diritto. La proprietà fondiaria sarebbe così divenuta una relazione diretta tra il potere reale, detentore della *tenure*, e l'acquirente della proprietà utile.

La costituzione *Quia emptores terrarum* ebbe successivamente grande

²¹ K.E. DIGBY, *An Introduction to the History of the Law of Real Property*, Oxford 1884, pp. 29-34.

²² F. POLLOCK, F.W. MAITLAND, *The History of English Law*, cit. pp. 266 ss. ritengono che l'*ancient demesne* consistesse nella particolare tutela dell'inalienabilità e non usucapibilità dei beni direttamente titolati dal Re.

²³ *Statute of Westminster* III, 18 Edward I, c. 1.

rilievo formale nella rappresentazione della proprietà fondiaria sulle terre coloniali: poiché la sovranità del Re d'Inghilterra si estese su di esse direttamente con la scoperta da parte di sudditi inglesi, senza la presenza di feudatari intermedi, ne conseguiva che queste erano giunte direttamente alla sua *tenure*²⁴. La Corona poteva quindi concedere direttamente ai propri sudditi un diritto su quelle terre che era pieno - perché non potevano esistere su di esse diritti concorrenti, che nella madrepatria provenivano da una tradizione che non poteva essere esistita nel Nuovo Mondo- e assoluto, perché liberamente trasferibile senza l'assenso del titolare della *tenure*. Questa diventava così una dimensione della sovranità che il Re aveva esteso sui suoi nuovi territori, e si risolveva nel potere di garantire la legittimità delle proprietà private, a fronte di un *quit rent*, l'onere reale dovuto al proprietario diretto, che poteva essere affrancato col pagamento di una capitalizzazione²⁵.

In questi termini la dottrina della *tenure* si fonde con quella, ampiamente riconosciuta nel diritto dell'epoca, della *terra nullius*: l'occupazione della terra appena scoperta da parte di una potenza europea vi instaurava una sovranità, che si estendeva al potere di garantire diritti di proprietà privata su quel territorio secondo il proprio ordinamento fondiario. Per l'ordinamento di *common law*, l'identificazione tra sovranità e regime di proprietà fondiaria fu sancita dal Privy Council nel 1722: ove un territorio fosse stato scoperto da naturali inglesi, e questo non fosse stato nella sovranità di alcuno, la legge inglese, comprensiva tanto di consuetudini quanto di statuti scritti, vi si sarebbe trasferita con loro, e quindi anche il suo sistema proprietario; ove, al contrario, il territorio fosse stato acquistato alla sovranità della Corona inglese dopo essere stato comunque soggetto ad altra sovranità europea, i diritti di proprietà riconosciuti da quella sovranità sarebbero stati mantenuti, salva la possibilità della Corona di concederne altri, su terre mai passate in proprietà di privati²⁶.

Su questa dottrina, i diritti delle popolazioni indigene sui propri territori ancestrali vennero derubricati a meri diritti di uso su terre che, passate con la conquista alla *tenure* della Corona, potevano da questa essere concesse a terzi in proprietà privata. In *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. R.* del 1888,

²⁴ W. VANCE, *The Quest for Tenure in the United States*, 33 Yale Law Journal (1924) p. 254.

²⁵ Il raddoppio del canone di affrancamento, disposto dal Re d'Inghilterra nel 1774, è portato tra le sue colpe nella Dichiarazione d'Indipendenza. B. EDGEWORTH, *Tenure, Allodialism and Indigenous Rights at Common Law: English, United States And Australian Land Law Compared After Mabo V. Queensland*, *Anglo-American Law Review* 23 (1994) p. 402 e W. Vance, op. cit., p. 260.

²⁶ Case 15-Anonymous, 2 P Wms 75, 75.

il *Privy Council* stabilì che la *tenure* degli *Indians* sul territorio era solo un diritto personale, totalmente dipendente dalla buona volontà del sovrano, non un diritto reale assimilabile alla proprietà²⁷.

La controversia concerneva alcune terre cedute nel 1873 da una tribù degli *Ojibbeway* al governo del *Dominion of Canada*, in rappresentanza della Corona, con un formale trattato. Il trattato prevedeva che gli indiani avrebbero mantenuto il diritto a cacciare e pescare su tutto il territorio ceduto, con l'eccezione "di quelle porzioni che potessero essere di volta in volta richieste o appropriate per la colonizzazione, l'apertura di miniere, il taglio del legname, o altri scopi". Il governo del *Dominion* ebbe poi a concedere alla *St. Catherine's Milling and Lumber Co.* il permesso di prelevare un milione di piedi cubi di legname da costruzione da una specifica porzione di questo vasto territorio. La società fu convenuta in giudizio dal Procuratore generale della Provincia dell'Ontario, la quale si affermava proprietaria del territorio e del legname e contestava la validità della concessione. Il *Chancellor of Ontario* accolse il ricorso, e la sentenza fu confermata all'unanimità dalla Corte d'appello dell'Ontario e poi, sia pure a maggioranza, dalla Corte suprema del Canada. Una questione che arrivò all'attenzione del *Privy Council*, richiesto dal governo del *Dominion*, che non era tra le parti del giudizio di merito, di stabilire quali conseguenze legali avesse avuto il trattato con le tribù indiane del 1873 nei rapporti fra sé stesso e la provincia dell'Ontario.

Scrivendo il giudizio del Council, Lord Watson negò che gli indigeni avessero mai avuto una proprietà di cui disporre per trattato. Ad essi poteva essere riconosciuto solo un insieme di diritti di uso, che insistevano sul dominio eminente della Corona, formatosi successivamente con la conquista²⁸. Con il Trattato del 1873, gli indiani *Ojibbeway* avevano pertanto estinto i loro diritti di uso, il che aveva reso solo più pieno il dominio eminente del Sovrano, che era stato sempre libero di concedere a terzi la proprietà privata di quelle terre come di qualsiasi altra.

Era una radicale rilettura della dottrina della *tenure*: l'occupazione e il godimento da tempo immemore, che avevano garantito per secoli alle

²⁷ *St. Catherine's Milling and Lumber Company v. The Queen (Ontario)* [1888] UKPC 70 (12 December 1888).14 App. Cas. 46, [1888].

²⁸ «*It was suggested, in the course of the argument for the Dominion, that in as much as the proclamation recites that the territories there by reserved for Indians had never been "ceded to or purchased by" the Crown, the entire property of the land remained with them. That inference is, however, at variance with the terms of the instrument, which show that the tenure of the Indians was a personal and usufructuary right, dependent upon the good will of the sovereign*» (p. 5).

comunità della madrepatria un dominio utile sulle terre comuni, *l'ancient demesne*, destinato a opporsi in perpetuo al dominio eminente del Sovrano, venivano intesi, se applicati alle popolazioni aborigene, come un onere su questo dominio, un diritto affievolito, esposto a ogni sorta di caducazione.

Alla base di questa rilettura era l'incomunicabilità tra la consuetudine indigena e la sovranità. Per come enunciato in una fondamentale sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti del 1823, *Johnson v. McIntosh*, gli acquisti di terre dalle tribù indiane erano regolati dalla loro consuetudine: se questi avessero revocato unilateralmente tali vendite, non si sarebbe potuta individuare un'istanza giurisdizionale cui fare ricorso, a differenza di quanto sarebbe accaduto per il titolo di proprietà garantito dalla Corona, che trovava tale istanza nel giudice ordinariamente competente per le questioni relative alla proprietà²⁹. Dagli *Indians* si poteva così acquistare al più un diritto personale e non trasmissibile, che si sarebbe estinto con la morte del titolare, non un diritto di proprietà, che non avrebbe mai trovato la propria *iurisdictio*. In questo, l'evoluzione del common law era stata solo tecnicamente più fine nell'esplicitare l'argomento di fondo con cui le altre potenze coloniali avevano escluso nelle popolazioni indigene quei diritti collettivi di cui, al tempo della conquista del Nuovo Mondo, ogni loro suddito poteva pacificamente godere: l'appartenenza a una diversa antropologia. Il colonialismo iberico identificò le popolazioni aborigene come *homunculi*, incapaci di essere titolari di situazioni giuridiche attive³⁰. Il colonialismo francese elaborò, con gli strumenti del giusnaturalismo, la categoria degli abitanti *perpetui* distinta da quella dei cittadini: questi erano parte del corpo politico e partecipavano dei diritti che traevano causa da esso, come il riconoscimento delle proprietà private; quelli erano semplici occupanti del territorio che, per non far parte del corpo politico, non potevano godere altro che di taluni

²⁹ "The person who purchases lands from the Indians, within their territory, -incorporates himself - with them, so far as respects the property purchased holds their title under their protection, and subject- to their laws. If they annul the grant, we know of no tribunal which can revise and set aside the proceeding. We know of no principle which can distinguish this case from a grant, made to a native Indian, authorizing him to hold a particular tract of land in severalty." *Johnson v. McIntosh*, 593.

³⁰ L. BACCELLI, *Guerra e diritti. Vitoria, Las Casas e la conquista dell'America*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 37 (2008) p. 72. A. CASSI, *Ius Commune tra vecchio e nuovo mondo. Mari, terre, oro nel diritto della conquista (1492-1680)*, Milano, Giuffrè 2004. L. NUZZO, *Il linguaggio giuridico della conquista. Strategie di controllo nelle Indie spagnole*, Napoli, Jovene, 2004, p.115. T. DUVE, *La condición jurídica del Indio y su consideración como persona miserabilis en el Derecho indiano*, in M.G. LOSANO (a cura di), *Un giudice e due leggi. Pluralismo normativo e conflitti agrari in sud America*, Milano, Giuffrè 2004.

di quei diritti, e solo per concessione³¹.

7. La concezione di proprietà collettiva di ILO 169. I casi di Perù e Colombia

Il riconoscimento della proprietà collettiva indigena dovrebbe essere, nel disegno di ILO n. 169, fra i principali strumenti per superare questa storia. Il limite di questo strumento è nel non imporre l'istituzione di una specifica istanza giurisdizionale per l'accertamento in concreto di tali diritti. Ciò ha condotto ad una prassi generalizzata di riconoscimento per via amministrativa dei diritti indigeni sul territorio, che ha avuto come conseguenza la costruzione di un modello impossibile di proprietà collettiva.

Nell'impossibilità di analizzare puntualmente una legislazione vastissima, basterà qui esaminare i casi del Perù e della Colombia. Il Perù, con la *Ley General de Comunidades Campesinas* del 1987, ha istituito le famiglie che "abitano e controllano determinati territori" in "organizzazioni di interesse pubblico" dotate di personalità giuridica³². La legge detta capillarmente il regime di amministrazione delle comunità, disponendo che ciascuna di esse sia retta da un'assemblea generale³³, dotata di proprie competenze, la quale elegge periodicamente un Direttivo, di minimo sei membri, tra cui un Presidente e un Vicepresidente, chiamati a eseguire il deliberato dell'Assemblea. Le comunità sono chiamate a gestire il "territorio comunale", che viene individuato da una legge specifica, e che per questo diventa impignorabile e imprescrittibile³⁴. Esso costituisce un "dominio" della comunità, che può

³¹ VATTEL, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle*, libro I, c. 19, § 213: "Les habitants perpétuels sont ceux qui ont reçu le droit d'habitation perpétuelle. C'est une espèce de Citoyens d'un ordre inférieur: ils sont liés et soumis à la Société, sans participer à tous ces avantages". Ed. Leide 1758, p. 84.

³² Art. 2. l. n. 24656 del 14 aprile 1987: «Las Comunidades Campesinas son organizaciones de interés público, con existencia legal y personería jurídica, integrados por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, la ayuda mutua, el gobierno democrático y el desarrollo de actividades multisectoriales, cuyos fines se orientan a la realización plena de sus miembros y del país».

³³ Art. 17 l. n. 24656: «La Asamblea General es el órgano supremo de la Comunidad. Sus directivos y representantes comunales son elegidos periódicamente mediante voto personal, igual, libre, secreto y obligatorio, de acuerdo a los procedimientos, requisitos y condiciones que establece el Estatuto de cada Comunidad».

³⁴ Art. 7 l. n. 24656: «Las tierras de las Comunidades Campesinas son las que señala la Ley de Deslinde y Titulación y son inembargables e imprescritibles. También son inalienables. Por excepción podrán ser enajenadas, previo acuerdo de por lo menos dos tercios de los miembros

estendersi per acquisti successivi³⁵; la legge conferisce difatti alle comunità un diritto di prelazione sulle vendite di terreni confinanti, come sull'assegnazione di terre pervenute allo Stato per abbandono dei proprietari³⁶.

La gestione economica del *territorio comunal* può avvenire solo all'interno della comunità stessa, attraverso l'assegnazione in uso ai soli membri della comunità³⁷ o a imprese costituite al suo interno³⁸. Le risorse minerarie, come quelle naturali, possono essere sfruttate dalle Comunità dietro concessione dello Stato, che deve privilegiarle rispetto a altre richieste. Per questo solo caso, le comunità possono entrare in società con terzi esterni³⁹. La legge dispone un dettagliato (e lodevole) programma di aiuti economici per le comunità così costituite.

La legge che individua il territorio ancestrale istituisce una procedura totalmente amministrativa per l'identificazione delle terre in proprietà collettiva. In sintesi, il *territorio comunal* si compone delle terre originarie della comunità, oltre a quelle acquisite nel tempo attraverso titoli di diritto privato, oltre a quelle assegnate all'esito di procedimenti di riforma agraria⁴⁰. Quando la comunità non può dimostrare titoli iscritti nei pubblici registri, o questi differiscono da quelli vantati, la comunità deve chiedere ad un organo di pubblica amministrazione – la Direzione regionale agraria competente per territorio – la predisposizione del piano definitivo del *territorio comunal*, offrendo qualsiasi mezzo di prova del suo possesso⁴¹. Il piano, così predisposto, viene pubblicato. A questo punto, qualsiasi proprietario privato confinante potrà chiedere alla pubblica amministrazione la correzione della linea di confine esibendo titoli debitamente iscritti nei pubblici registri, restando esclusa ogni richiesta che si fondi su titoli non iscritti. Se vi è contrapposizione tra il titolo debitamente iscritto e quanto preteso dalla comunità, la

calificados de la Comunidad, reunidos en Asamblea General convocada expresa y únicamente con tal finalidad. Dicho acuerdo deberá ser aprobado por ley fundada en el interés de la Comunidad, y deberá pagarse el precio en dinero por adelantado».

³⁵ Art. 23 l. n. 24656: «Son bienes de las Comunidades Campesinas: a) El territorio comunal cuyo dominio ejercen así como las tierras rústicas y urbanas que les adjudiquen o adquieran por cualquier título».

³⁶ Artt. 9 e 10 l. n. 24656.

³⁷ Art. 11 l. n. 24656.

³⁸ Art. 8 l. n. 24656.

³⁹ Art. 15 l. n. 24656.

⁴⁰ Art. 2 l. n. 24657 del 14 aprile 1987: «El territorio comunal está integrado por: las tierras originarias de la Comunidad, las tierras adquiridas de acuerdo al derecho común y agrario, y las adjudicadas con fines de Reforma Agraria. Las tierras originarias comprenden las que la Comunidad viene poseyendo, incluyendo las eriazas, y las que indican sus títulos. En caso de controversia sobre esos títulos, el Juez competente calificará dichos instrumentos.»

⁴¹ Art. 3 l. n. 24657.

pubblica amministrazione invita le parti a una conciliazione, che avrà valore solo se approvata da almeno due terzi dell'assemblea generale della comunità stessa, espressamente convocata per questa finalità⁴².

In assenza di conciliazione, la pubblica amministrazione è tenuta a determinare il confine del territorio comunale secondo le risultanze dei pubblici registri di proprietà, delimitando l'area in controversia⁴³. Una norma fondamentale della legge esclude dalle aree in controversia le terre che, alla data di pubblicazione della legge, risultino comunque nel possesso della comunità, che quindi le vengono definitivamente assegnate, sempre con atto amministrativo⁴⁴. La Direzione regionale agraria deve inviare d'ufficio al tribunale civile competente il piano così predisposto perché questi si pronunci, con termini particolarmente ridotti, sulla questione, con una sentenza che accerterà definitivamente la proprietà della comunità in confronto con quella del privato, o viceversa⁴⁵. Se la controversia interviene fra due comunità, si segue lo stesso procedimento, ma nelle forme sommarie disposte dalla legge di riforma agraria⁴⁶. In tutti i casi, la qualificazione dell'area come "contesa" da parte dell'autorità amministrativa è condizione di procedibilità per rivolgersi al giudice ordinario.

La legislazione colombiana prevede anch'essa una procedura totalmente amministrativa di individuazione delle proprietà collettive, all'interno di un disegno di Riforma agraria che vede il generale potere di avocazione allo stato delle terre e la pianificazione della produzione agricola. La legge n. 160 del 1994, poi riformata nel 2003, attribuisce anche qui a un organo di pubblica amministrazione, l'Istituto Colombiano di Riforma agraria, il compito di studiare le necessità delle comunità indigene e di dotarle delle superfici indispensabili per il loro sostentamento e sviluppo⁴⁷. Spetterà poi all'autorità

⁴² La procedura descritta nel testo è quella degli artt. da 5 a 8 della l. n. 24657.

⁴³ Art. 10 l. n. 24657.

⁴⁴ Art. 8 3° comma l. n. 24657: «*Sólo se puede aceptar las controversias sobre las áreas que no estén en posesión de la Comunidad Campesina, a la fecha de la publicación de la presente ley*».

⁴⁵ Artt. 11 e 12 l. n. 24657.

⁴⁶ Art. 13 l. n. 24657.

⁴⁷ Art. 85 l. n. 160 del 3 agosto 1994, come modificata da ultimo per Decreto Legge n. 902 del 2017: «*El Instituto estudiará las necesidades de tierras, de las comunidades indígenas, para el efecto de dotarlas de las superficies indispensables que faciliten su adecuado asentamiento y desarrollo, y además llevará a cabo el estudio de los títulos que aquellas presenten con el fin de establecer la existencia legal de los resguardos. Con tal objeto constituirá o ampliará resguardos de tierras y procederá al saneamiento de aquellos que estuvieren ocupados por personas que no pertenezcan a la respectiva parcialidad. Así mismo, reestructurará y ampliará los resguardos de origen colonial previa clarificación sobre la vigencia legal de los respectivos títulos, con las tierras poseídas por los miembros de la parcialidad a título individual o colectivo, y los predios adquiridos o donados en favor de la comunidad por el INCOR au otras entidades*».

tradizionale della comunità di elaborare un quadro di assegnazioni di singoli appezzamenti alle famiglie, che sarà oggetto di verifica e di regolamentazione da parte dello stesso Istituto⁴⁸. A questo organo spetta comunque di verificare il “compimento della funzione sociale della proprietà” nelle comunità indigene, secondo quanto disposto dall’articolo 58 della Costituzione⁴⁹.

Un procedimento affine è quello previsto dal decreto n. 1745 del 1995 sulle “*comunidades negras*”. Anche qui, l’individuazione del territorio da assegnare in proprietà collettiva a queste comunità è il frutto di un’azione amministrativa dell’Istituto per la riforma agraria, il quale dovrà dettare le condizioni di uso delle terre. Allo stesso organo di pubblica amministrazione compete il potere di dirimere le controversie tra comunità limitrofe, come quello di delimitarne il territorio nei confronti dei “*resguardos indigenas*” previsti dalla legge precedente⁵⁰. Sia nel caso delle proprietà indigene, che in quello delle “*comunidades negras*”, non è previsto un ricorso in sede giurisdizionale contro le decisioni della pubblica amministrazione.

Pur nella loro diversa ispirazione, le legislazioni di Peru e Colombia hanno prodotto gli stessi esiti nell’applicazione fattane dalle Corti interne.

In Peru, la proprietà collettiva è stata al centro di talune pronunce del *Tribunal Constitucional*. La più importante ai nostri fini è la n. 1126/2011, con cui è stata dichiarata costituzionalmente legittima la chiusura del territorio della comunità al passaggio, su una viabilità pubblica, di automezzi appartenenti a soggetti non graditi dalla stessa. Un passo che si era reso necessario, così sosteneva la comunità, per evitare i numerosi furti di legname di cui da tempo soffrivano le foreste che costituivano la massima parte del suo territorio. La Corte Costituzionale, giudicando in *amparo*, costruisce un sillogismo assai semplice. La premessa maggiore è nell’affermazione, operata a partire dalla ILO 169, di una sovranità indigena sul territorio, in tempi precedenti alle moderne istituzioni politiche che implicava l’autonomia delle comunità nel prendere decisioni politiche rilevanti, incluso l’applicazione delle proprie norme consuetudinarie per la risoluzione dei conflitti interni⁵¹. La premessa minore è nei quattro tradizionali attributi della proprietà privata come diritto reale, assoluto, esclusivo e perpetuo⁵², caratteri-

⁴⁸ Art. 85 l. n. 160, par. 2.

⁴⁹ Art. 85 l. n. 160, par. 3.

⁵⁰ Art. 17 Decreto n. 1745 del 1995: «*Competencia. De conformidad con lo establecido en la Ley 70 de 1993, la Ley 160 de 1994 en sus disposiciones concordantes y el artículo 1º, inciso tercero, del Decreto 2664 de 1994, corresponde al INCORA titular colectivamente tierras baldías a Comunidades Negras, en calidad de “Tierras de las Comunidades Negras”.*».

⁵¹ *Tribunal Constitucional* del Peru, exp. n. 01126-2011-HC/TC, par. 19.

⁵² TCP exp. m. 00126-2011 HC/TC par. 20.

stiche che devono però essere interpretate alla luce del multiculturalismo proprio della ILO 169, come interpretata anche dalla Corte Interamericana dei diritti umani, in alcuni casi che saranno esaminati oltre. La soluzione è nel ricostruire la comunità indigena non come l'insieme dei proprietari collettivi, ma come un soggetto politico, che esercita poteri proprietari sul territorio nella sua totalità di gruppo. La proprietà collettiva viene intesa dalla corte costituzionale del Perù come un corollario del diritto di autodeterminazione dei popoli, e come tale deve essere posta in un bilanciamento con il diritto alla libera circolazione di persone e merci sul territorio dello Stato, dal quale esce vittoriosa⁵³

Non dissimile la situazione della Colombia, ove la convenzione ILO n. 169 è norma di rango costituzionale⁵⁴. Va qui citata la sentenza n. 39 del 1997 della Corte Costituzionale, adita per la dichiarazione di nullità di un'autorizzazione alla ricerca di idrocarburi con metodi sismici in un'area che vedeva la presenza di una comunità indigena, gli U'wa⁵⁵. Tra i punti in questione, era il diritto alla previa consulta della comunità al progetto, ovviamente invasivo dell'equilibrio naturale.

La società che richiese l'autorizzazione sostenne di aver proceduto alla consultazione, convocando una riunione con i membri della comunità cui parteciparono sessantotto persone, su oltre cinquemila componenti dell'etnia interessata. Alla riunione partecipò, oltre ai tecnici della società, una funzionaria del Ministero dell'Interno, responsabile della Direzione per gli affari delle popolazioni indigene, la quale ebbe a precisare che la comunità non era chiamata a dare il suo permesso all'esplorazione, ma la legge richiedeva che fosse debitamente informata. Nella riunione, per come la Corte accertò, i rappresentanti della comunità U'wa contestarono espressamente che almeno sei linee di esplorazione – la quale richiedeva l'uso di esplosivi – passassero attraverso le aree (“*resguardos*”) dichiarate di proprietà indigena. Un rappresentante della comunità lesse poi un documento preparato in un Congresso di tutte le comunità di etnia U'wa, in cui si riaffermava la totale contrarietà al progetto di esplorazione, poiché, nella cosmologia U'wa, i beni del mondo fisico non appartengono agli uomini, che non ne possono pertanto disporre, ma alla divinità, che chiama gli uomini a esserne custodi e a goderne secondo le leggi della natura. La comunità esigeva pertanto il

⁵³ TCP exp. m. 00126-2011 HC/TC par. 36.

⁵⁴ C. COURTIS, *Notes on the Implementation by Latin American Courts of the ILO Convention 169 on Indigenous People in International Journal on Minority & Group Rights* 18 (2011) p. 435.

⁵⁵ *Corte Constitucional de Colombia* SU-039/97.

rispetto di queste convinzioni religiose, e l'abbandono del progetto⁵⁶.

La Corte non invoca direttamente i principi della ILO 169 in materia di proprietà, semplicemente perché li vede assorbiti nel più generale obbligo di rispettare la diversità culturale dei popoli indigeni. Facendo seguito a un suo precedente – sempre riguardante la comunità U'wa–la Corte afferma che la comunità indigena, in generale, non deve essere più considerata come l'insieme dei propri membri, ma come un unico soggetto giuridico dotato di una propria individualità. Se così è, conclude la Corte, l'obbligo di previa consultazione con la comunità deve essere adempiuto in modo effettivo, non meramente formale. La Corte tuttavia non enuncia dei minimi elementi che debbono essere integrati per poter dire effettiva la consultazione, tranne uno: essa deve essere organizzata da autorità dello Stato e non lasciata all'iniziativa dei soggetti privati che richiedono le concessioni minerarie⁵⁷.

In questi termini, la proprietà collettiva indigena viene riconosciuta come una sovranità concorrente rispetto a quella dello Stato, che origina dalla diversità culturale della popolazione, e si traduce in un controllo del territorio intestato alla comunità come soggetto politico. Una legittimazione sul territorio, come nel caso della sentenza peruviana, che può porsi come limite per i cittadini dello Stato dal godere di diritti costituzionalmente garantiti, come quello alla libera circolazione, e che può portare, come nel caso trattato dalla sentenza colombiana, a conflitti con lo Stato che devono essere risolti non in una relazione di subordinazione dell'ordinamento comunitario a quello statale, ma attraverso l'individuazione di norme di conflitto tra ordinamenti paritetici.

8. *La proprietà collettiva di ILO 169 nella giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti umani*

A questo risultato si arriva per la tendenza delle Corti a ricostruire la proprietà collettiva come una variante della proprietà privata, individuale e assoluta, propria delle codificazioni civili e della concezione amministrativa dello Stato. Poste di fronte al dato normativo del riconoscimento della proprietà indigena, le Corti non fanno altro che assumere la proprietà privata come unico possibile modello giuridico dell'appartenenza e titolarne la comunità come soggetto giuridico. Un'operazione semplificatrice che è

⁵⁶ SU-039/97 par. 5.3.

⁵⁷ SU-039/97 par. 5.6.

stata inaugurata dalla Corte interamericana dei diritti umani, la cui giurisprudenza ha operato come paradigma per tutti gli ordinamenti giuridici dell'America latina.

La prima pronuncia da considerare è *Mayagna (Sumo) AwasTingni Community v. Nicaragua*⁵⁸. La comunità AwasTingni, composta da circa seicento individui, aveva stipulato nel 1992 con una società per la lavorazione del legname un contratto per la gestione delle sue risorse forestali. Successivamente, nel 1994, fu stipulato un accordo tra questi due soggetti e il Ministero dell'Ambiente e le Risorse naturali, con cui quest'ultimo si impegnavano a facilitare le procedure di delimitazione dell'area su cui riconoscere la proprietà collettiva degli AwasTingni in confronto con quella di altre comunità, che vantavano diritti sullo stesso vasto territorio. Nel 1995, tuttavia, il Servizio nazionale delle Foreste, organo dello stesso Ministero dell'Ambiente, dette una concessione per il taglio di legname a un'altra società su un'area molto vasta, che comprendeva anche terre vantate dagli AwasTingni. Questa concessione fu dichiarata nulla in sede giurisdizionale, ma successivamente ratificata dal Ministero. La Commissione interamericana dei diritti umani promosse così il giudizio dinanzi alla Corte, lamentando tra l'altro la violazione dell'art. 21 della Convenzione americana sui diritti umani, che tutela il diritto di proprietà privata, perché il Nicaragua non aveva delimitato le terre degli AwasTingni e non aveva assicurato adeguata tutela ai loro diritti.

La Corte dichiarò che il Nicaragua era in violazione della Convenzione, su un'interpretazione dell'art. 21 che porta la proprietà collettiva come declinazione della proprietà privata, pur con un percorso argomentativo che sembra andare in direzione diversa. La Corte prende infatti in considerazione i lavori preparatori della Convenzione, e evidenzia come la prima formulazione dell'articolo, che tutelava espressamente la "*private property*", sia stata cambiata nella versione definitiva con la più ampia formula per cui ciascun individuo deve essere tutelato nell'uso e nel godimento della *sua* proprietà ("*his property*")⁵⁹. Sul principio interpretativo per cui i termini adoperati da un trattato internazionale assumono un significato proprio e specifico, in ipotesi lontano dal significato che lo stesso termine assume nel diritto interno, la Corte interamericana dei diritti umani comprende nella garanzia dell'art. 21 anche "i diritti dei membri delle comunità indigene nel quadro della proprietà comune (*communal property*)". Di questa proprietà comune la Corte enuncia solo due caratteristiche: essa è titolata alla comu-

⁵⁸ IACHR Case of the *Nayagma (Sumo) AwasTingni Community v. Nicaragua*, decisione sul merito del 31 agosto 2001.

⁵⁹ IACHR *Mayagma /Sumo) v. Nicaragua* par. 145 e 146.

nità, non ai singoli individui, ed è la veste formale di un rapporto culturale tra popolazioni indigene e terre ancestrali che trascende la mera dimensione patrimoniale⁶⁰. La proprietà comune indigena deve pertanto essere tutelata come mezzo per rendere effettivo il rispetto che si deve all'identità culturale di queste popolazioni.

La decisione della Corte poteva essere diversamente argomentata rispetto alla tutela richiesta. In causa era l'omissione dello Stato nell'applicare la sua stessa legislazione, che imponeva di delimitare le aree fra le diverse comunità indigene. La legge in vigore all'epoca dei fatti e della pronuncia della Corte riconosceva tuttavia come contenuto della proprietà indigena solo il diritto per i membri della Comunità di coltivare lotti di un territorio comunale di cui la stessa legge proclamava l'inalienabilità e l'imprescrittibilità, non il diritto di proprietà su tutte le risorse che il territorio può produrre, molte delle quali avocate dalla Costituzione alla proprietà pubblica dello Stato. Interpretando la norma dell'art. 21 della Convenzione nel modo descritto, la Corte fa della proprietà indigena una proprietà assoluta della comunità, che attende solo di essere spazialmente delimitata per poi opporsi, nella pienezza di questo diritto, alla sovranità dello Stato.

Agli stessi esiti la Corte interamericana dei Diritti umani è arrivata nel 2005 nell'affare *YakyeAxa v. Paraguay*⁶¹. La Costituzione del Paraguay prevedeva, all'art. 64, il diritto delle popolazioni indigene ad avere un proprio territorio comune, dall'estensione adeguata a conservare il proprio modo di vita, e faceva obbligo allo Stato di dotarne le popolazioni gratuitamente. La terra così assegnata sarebbe stata libera da imposte, inalienabile, imprescrittibile e impignorabile. La comunità YakyeAxa, appartenente a una cultura dedita principalmente alla caccia e alla pesca⁶², aveva da tempo un contenzioso per la delimitazione delle proprie terre collettive, in un comprensorio caratterizzato dalla presenza di grandi proprietà private, la cui presenza aveva portato, anche di recente, la comunità a trasferirsi. La comunità avviò così il procedimento amministrativo per l'assegnazione del proprio territorio ancestrale. L'autorità amministrativa, attraverso una complessa serie di atti, individuò un'estensione di circa diciottomila ettari, che chiese di acquistare dai proprietari privati e di cui poi, stante il loro rifiuto, propose l'espropriazione con assegnazione alla comunità. Questa rifiutò, e anzi chiese il ritiro del provvedimento di esproprio, affermando di non essere stata adeguatamente consultata, e di aver diritto a terre diverse. Queste erano state escluse

⁶⁰ IACHR *Mayagma /Sumo) v. Nicaragua* par. 149.

⁶¹ IACHR *Case of the YakyeAxa Indigenous Community v. Paraguay*, decisione sul merito del 17 giugno 2005.

⁶² IACHR *YakyeAxa v. Paraguay* par. 50.3.

dall'amministrazione del Paraguay perché, in conformità con la propria legislazione agraria, erano sottoposte dai proprietari a una razionale produzione agricola.

Il caso giunse alla Corte interamericana dei diritti umani per la violazione di numerosi articoli della Convenzione, tra cui l'art. 21. I rappresentanti della Comunità sostennero, tra le altre argomentazioni, l'obbligo del Paraguay, come parte, oltre che della Convenzione sui diritti umani, anche di ILO 169, di restituire alle popolazioni indigene i loro autentici territori ancestrali, senza la possibilità di sostituirli con altri, pena la violazione delle loro consuetudini⁶³. Questo diritto prevale rispetto al diritto di proprietà privata, perché dalla sua titolarità dipende il diritto alla vita e alla continuità come cultura specifica del gruppo indigeno. L'argomento della razionale coltura agricola, usato dallo Stato per negare le terre richieste era errato, soprattutto alla luce della Convenzione ILO n. 169⁶⁴.

Il Paraguay si difese ricordando che nel proprio ordinamento non era possibile acquistare la proprietà della terra solo con la testimonianza di una passata occupazione, e che il diritto di proprietà indigena sui territori ancestrali poteva essere riconosciuto con il possesso degli stessi, che è materia di giurisdizione⁶⁵. Ove un'area sia passata in proprietà privata e non sia espropriabile dallo Stato sulla base della propria legislazione – nel caso di specie perché sottoposto a razionale coltura agraria, come accertato dal giudice – l'unica soluzione possibile rimane l'assegnazione di un territorio diverso.

La Corte ha riproposto la propria lettura dell'art. 21 della Convenzione americana sui diritti umani, affermando che la tutela del diritto di proprietà deve, una volta applicata alla proprietà collettiva indigena, vedere in questa “la base fondamentale per la loro cultura, vita spirituale, integrità, sopravvivenza economica” nonché per la trasmissione di questo patrimonio culturale alle generazioni future⁶⁶. Sulle testimonianze dei rappresentanti della comunità, che hanno più volte ribadito l'infungibilità ai loro bisogni culturali e religiosi delle terre richieste, la Corte utilizza qui la Convenzione ILO 169 per esplicitare l'obbligo per gli Stati parte di rispettare la speciale importanza che talune terre possono avere per le popolazioni indigene⁶⁷. La Corte afferma quindi che il diritto degli YakyeAxa al riconoscimento della loro proprietà indigena non è stato effettivamente attuato dal Paraguay, il quale avrebbe dovuto attribuire alla comunità le terre vantate, subordinando

⁶³ IACHR YakyeAxa v. Paraguay par. 121 lettera d).

⁶⁴ IACHR YakyeAxa v. Paraguay par. 121 lettera j).

⁶⁵ IACHR YakyeAxa v. Paraguay par. 122 lettere e) e f).

⁶⁶ IACHR YakyeAxa v. Paraguay par. 131.

⁶⁷ IACHR YakyeAxa v. Paraguay par. 136.

a questa pretesa i diritti di proprietà privata esistenti. Entrambi sono tutelati dall'art. 21 della Convenzione sui diritti umani, prosegue la Corte, ma è la stessa convenzione a dire che gli Stati possono subordinare l'uso e il godimento della proprietà privata all'interesse sociale⁶⁸. Applicando questo principio alla proprietà indigena, consegue che lo Stato parte della Convenzione deve restringere, ove e come necessario, la proprietà privata, tenendo conto che la proprietà indigena è compresa in un concetto "più ampio e differente" di proprietà, che assicura il diritto alla sopravvivenza del gruppo. La conclusione è che solo la piena proprietà della terra è in grado di assicurare la continuità culturale dell'etnia indigena⁶⁹.

9. *La proprietà collettiva indigena come diritto di matrice giurisdizionale. Il caso del Canada*

In conclusione, per la giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti umani, la semplice affermazione della centralità di un dato territorio per la cultura specifica di un gruppo indigeno è sufficiente per assicurare ad esso una proprietà piena e assoluta, che estingue per ciò stesso ogni diritto concorrente. Questa situazione giuridica, che la Convenzione ILO 169 ha individuato come situazione patrimoniale della comunità si trasforma, nella giurisprudenza delle Corti, in una sovranità sul territorio, grazie a un'interpretazione estensiva dell'obbligo di previa consultazione. A ciò si arriva perché si rinuncia a descrivere le caratteristiche della proprietà collettiva nel suo contesto naturale di giurisdizionalità.

In un ordinamento giurisdizionale, la proprietà collettiva esiste perché sono intrinsecamente separati i due momenti della titolarità e dell'esercizio del diritto sul bene. La collettività è l'insieme dei legittimati al godimento individuale della terra, ma tale legittimazione deriva loro appunto dall'appartenenza al gruppo che ancestralmente vi insiste. Da qui una serie di caratteristiche intrinseche alla proprietà collettiva come situazione storicamente accertata, come l'inalienabilità e l'indivisibilità del diritto. In un contesto giurisdizionale, come abbiamo visto, la proprietà collettiva è inalienabile perché i singoli legittimati all'uso del bene non possono espropriare gli altri legittimati dall'esercizio del loro diritto, così come non possono espropriarne le future generazioni. La vendita della proprietà si tradurrebbe nell'e-

⁶⁸ IACHR *YakyeAxa v. Paraguay* par. 143.

⁶⁹ IACHR *YakyeAxa v. Paraguay* par. 146.

stinzione della collettività come soggetto giuridico: da qui l'indisponibilità del diritto, che non è un limite imposto da un comando esterno, ma un carattere proprio e originario degli assetti collettivi.

Non appartiene così al modello di proprietà collettiva l'esclusione di diritti concorrenti sul territorio. Se in un contesto giurisdizionale i diritti di proprietà vengono modulati dalla risoluzione di altrettante controversie, è perfettamente ammissibile – e storicamente accertato – che sulla stessa terra possano esistere diritti di titolarità collettiva e diritti di titolarità individuale, ciascuno aventi ad oggetto utilità diverse tra quelle che la cosa può produrre.

L'assolutismo proprietario della ILO 169 è alla base del suo rifiuto da parte degli Stati che, anche prima della sua adozione, hanno elaborato a partire dai propri ordinamenti un alto grado di riconoscimento e tutela delle proprietà indigene, ma su un approccio totalmente diverso. L'esempio principale è quello del Canada.

Nel 1973 la Corte Suprema decise un primo caso, *Calder v. Attorney – General of British Columbia* con cui, pur respingendo le pretese della tribù Nishqa sulle terre vantate come ancestrali, iniziò a costruire il principio dell'*aboriginal title*: un titolo di proprietà collettiva spettante alle etnie indigene in quanto precedente al titolo di dominio eminente della Corona inglese⁷⁰. La Corte si divise in due, e il giudizio fu poi deciso contro gli appellanti solo sull'opinione del settimo giudice, fondata esclusivamente su motivi di procedura. Entrambe le opinioni partivano dall'esistenza di una proprietà aborigena acquistata per l'occupazione *ab immemorabili* da parte delle popolazioni indigene sulla base delle loro consuetudini. Esse si differenziavano sul ruolo da dare alla cd. *Royal Proclamation* del 1763, un atto della Corona britannica con cui veniva concessa protezione agli indiani che abitavano oltre la linea di colonizzazione e si vietava, in particolare, che gli stessi fossero molestati nel possesso di quelle parti del territorio che, pur sottoposte alla sovranità (e quindi al dominio eminente) del Re d'Inghilterra, non erano state cedute in concessione o vendute dalla Corona, e dovevano intendersi fino a quel momento loro riservate come "territori di caccia".

I tre giudici contrari alla domanda degli appellanti sostenevano che un "titolo aborigeno" di proprietà esistesse solo nei limiti della *Proclamation*, che non poteva applicarsi nel caso di specie, poiché i *Nishqa* non erano sottoposti nel 1763 alla Corona britannica e non potevano pertanto essere stati destinatari delle sue norme, visto che il *British Columbia* era arrivato alla sovranità britannica solo con il Trattato di Oregon del 1846. Sottratti alla *Proclamation*, i *Nishqa* avevano visto estinguere i propri diritti aborigeni

⁷⁰ SCC 1973 SCR 313.

sul territorio per effetto di una serie di concessioni di proprietà private fatte tra il 1858 e il 1863 dal Governatore dell'epoca, le quali avevano di fatto cessato l'uso del territorio da parte degli indigeni.

I tre giudici favorevoli alla domanda sostenevano al contrario che l'*aboriginal title* fosse autonomo dalla *Royal Proclamation* del 1763, che si era limitata a riconoscerlo, non a costituirlo. Per questa opinione, il titolo aborigeno di proprietà esisteva ove fossero esistite delle popolazioni indigene che avessero occupato un dato territorio, e si sarebbe estinto solo con la sua cessione alla Corona o attraverso specifici atti di legislazione, puntualmente indirizzati a questo fine. Ne conseguiva che le concessioni emanate all'epoca dai primi governatori del *British Columbia* non potevano ritenersi valide a estinguere questo diritto, da una parte perché non specificamente orientate a questo scopo, dall'altra perché questi soggetti non avrebbero comunque avuto la potestà di incidere questo titolo di proprietà⁷¹.

Questi principi furono poi applicati per il riconoscimento di una proprietà collettiva indigena nel 1980, con *Baker Lake v. Minister of Indian Affairs and Northern Development*⁷². Il caso riguardava un certo numero di gruppi Inuit che rivendicava la proprietà dei territori in cui avevano sempre esercitato la caccia e la pesca. La pronuncia partiva dal fatto che nella sentenza *Calder v. B.C.* tutti i giudici fossero d'accordo sulla configurabilità in astratto di un diritto aborigeno di proprietà come preesistente alla sovranità britannica. Questo diritto poteva essere accertato per gli Inuit, che avevano provato la ricorrenza di tre requisiti: l'esistenza di una società organizzata su base consuetudinaria, l'occupazione dei territori rivendicati in modo esclusivo, la perfezione del titolo nel momento in cui si era instaurata la sovranità britannica.

Il titolo aborigeno poteva coesistere, secondo la Corte, con il *radical title* della Corona britannica e anche con la concessione di proprietà private. Esso si sarebbe estinto solo attraverso chiari e specifici atti di legislazione diretta di in tal senso, non attraverso la sola occupazione fatta da soggetti che ricevevano titolo formale dalla Corona britannica. Nella specie, tali atti non erano mai esistiti: le terre in questione erano state concesse nel 1670 alla *Hudson's Bay Company*, ma questa non aveva potuto costituirvi un vero diritto di proprietà privata, limitandosi a tenere dei piccoli avamposti per il commercio

⁷¹ W. H. McCONNELL, *The Calder Case in Historical Perspective*, in *Saskatchewan Law Review* 38 1 (1974), pp. 88-122.

⁷² FC 1980, 1 518. D. W. ELLIOTT, *Baker Lake and the Concept of Aboriginal Title*, in *Osgoode Hall Law Journal*, 18, 4 (1980), pp. 653-663. J. E. BICKENBACH, *The Baker Lake Case: A Partial Recognition of Inuit Aboriginal Title* in *University of Toronto Faculty of Law Review* 38, 2 (1980), pp. 232-249.

delle pelli, circondati dalle immense estensioni di terra ancora nel controllo delle popolazioni indigene. La *Hudson's Bay Company* restò quindi, per *Baker Lake*, sempre intestataria di un titolo prossimo a quello della Corona, e, al pari di questo, puramente formale. Esso non era quindi in grado di scalfire l'originario titolo di proprietà indigena, che era stato invece sempre provvisto di poteri concreti sul territorio. La sentenza rappresentava così un'importante cambio di prospettiva, perché riconosceva la persistenza di un titolo aborigeno di proprietà anche in un territorio che era sempre stato ritenuto colonizzato, e quindi non *nullius* nel senso tradizionale del termine.

In *Guerin v. The Queen*, del 1984, la Corte Suprema fissò un ulteriore principio⁷³. Il caso riguardava taluni terreni ceduti da una popolazione indigena alla Corona, perché questa li cedesse a sua volta in proprietà a privati per la realizzazione di un campo da golf. Effettuata la cessione del titolo aborigeno, la Corona realizzò con l'acquirente privato una cifra inferiore a quanto prospettato e cedette il terreno senza interpellare nuovamente le popolazioni interessate.

La Corte, sul principio ormai acquisito per cui il titolo aborigeno è un diritto preesistente alla *Royal Proclamation* del 1763 e non creato da questa, stabilì che se la Corona riceve questo titolo, precedente ai suoi diritti, per contrattarne con terzi, ciò deve fare in funzione dell'interesse degli *Indians*, cui è legata da una *equitable obligation*. Il titolo aborigeno fa dunque nascere un *fiduciary duty sui generis* nella Corona, che è l'unica possibile cessionaria del titolo aborigeno, secondo l'*Indian Act*, proprio per impedire che gli *Indians* vengano fraudolentemente spogliati dei propri territori.

La Corte portò però ancora più avanti la linea della tutela nel 1997 con *Delgamuukw v. British Columbia*, in cui definì positivamente le caratteristiche del titolo aborigeno, che deve essere tutelato come tale perché derivante da un possesso che nasce prima della sovranità britannica, e si distingue così da qualsiasi altro titolo nato dopo e in conseguenza di essa⁷⁴. L'anteriorità rispetto alla sovranità porta a un generale *fiduciary duty* della Corona, imposto dal generale riconoscimento dei diritti aborigeni fatto con il *Constitution Act* del 1982.

⁷³ SCC 1984 2 SCR 335. J. HURLEY, *The Crown's Fiduciary Duty and Indian Title: Guerin v. the Queen*, in *McGill Law Journal* 30, 3 (1985), pp. 559-602; R.H. BARTLETT, *You Can't Trust the Crown: The Fiduciary Obligation of the Crown to the Indians: Guerin v. The Queen*, *Saskatchewan Law Review* 49, 2 (1984-1985), pp. 367-374.

⁷⁴ SCC 1997 3 SCR 1010. *Delgamuukw* è una delle pietre miliari della giurisprudenza di common law, oggetto di vasta bibliografia. Tra i tanti contributi si può qui segnalare J. BORROWS, *Sovereignty's Alchemy: An Analysis of Delgamuukw v. British Columbia* in *Osgoode Hall Law Journal*, 37 3 (1999), pp. 537-596.

Con questa importante pronuncia la Corte affermò che il contenuto dell'*aboriginal title* si estende all'uso generale e esclusivo delle terre, per una varietà di fini che non si esauriscono negli usi tradizionali che pure lo hanno generato. La proprietà aborigena di oggi non può dunque restringersi nei limiti della caccia e della pesca, quindi dei fatti in cui si sostanzia la proprietà aborigena di ieri. Non per questo, tuttavia, il titolo aborigeno può condurre a un qualsiasi atto di godimento o di disposizione del territorio: la natura collettiva di questa proprietà comporta la sua inalienabilità, non potendo una generazione escludere le altre dal pari rapporto col bene.

Con *Delgamuukw* si concludeva così un percorso che ha portato l'*aboriginal title* dall'essere solo un onere che limita, finché non viene estinto, l'esercizio di un dominio formale della Corona, a diritto autonomo di proprietà collettiva inalienabile, il quale non solo non può essere limitato da un potere sovrano, ma deve trasmettersi intatto nel tempo, indisponibile anche dai suoi stessi titolari. L'indisponibilità non apparteneva al dibattito anteriore sul titolo aborigeno che, anzi, era fatto di pronunce che si occupavano innanzitutto di stabilire chi fosse legittimato a disporre privatisticamente del territorio, se il detentore della sovranità politica come titolare per questo di un dominio, o la comunità che occupava da tempo immemore la terra.

L'ultima pronuncia della Corte in materia è *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, del 2014⁷⁵.

La *Tsilhqot'in Nation* è l'insieme di sei tribù seminomadi viventi da secoli in un ampio territorio di valli, fiumi e montagne nel British Columbia. Il governo del British Columbia aveva concesso a una ditta privata un prelievo di legname da boschi di cui la nazione Tsilhqot'in si serviva come parte del proprio territorio ancestrale. La concessione si basava sul *Forest Act*, e presupponeva la proprietà della Corona su terre su cui non si era mai costituita, attraverso il *grant*, una proprietà privata. La tribù Xení Gwet'in, una delle sei tribù riunite nella *Tsilhqot'in Nation*, chiese al governo locale una dichiarazione che proibisse anche per il futuro uno sfruttamento commerciale della terra, che fu negata. Gli Xení Gwet'in, anche a nome di tutta la *Nation*, si rivolsero pertanto al giudice, per avere riconosciuta la proprietà aborigena sul territorio, contro il volere del governo federale e di quello provinciale.

Il giudice di primo grado stabilì che la *Tsilhqot'in Nation* aveva, da

⁷⁵ 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. J. BORROWS, *The Durability of Terra Nullius: Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, in *U.B.C. Law Review* 48 3 (2015), p. 705. Ruju J. *Lenses of Comparison across Continents: Understanding Modern Aboriginal Title in Tsilhqot'in Nation and Ngati Apa in U.B.C. Law Review* 48, 3 (2015), pp. 903-942. Hamilton R., *After Tsilhqot'in Nation: The Aboriginal Title Question in Canada's Maritime Provinces in University of New Brunswick Law Journal*, 67 (2016), pp. 58-108

prima dell'instaurazione della sovranità britannica, un'occupazione valida ad acquistare l'*aboriginal title*, secondo i parametri fissati dalla Corte Suprema nella sua giurisprudenza, il quale non poteva essere dichiarato in concreto solo per difetti di procedura. La Corte d'Appello del British Columbia accolse il ricorso della Provincia contro questa sentenza, applicando un criterio molto più specifico di occupazione, rispetto al quale non poteva dirsi provato il titolo aborigeno sull'intero territorio reclamato, ma solo su territori molto più piccoli e circoscritti, quelli ove le tribù risiedevano più o meno stabilmente. Questo titolo più ristretto, da chiedersi in ogni caso in un separato giudizio, non avrebbe comunque potuto comprendere la più parte del territorio che le *First Nations* occupavano solo per brevi periodi durante il loro nomadismo, secondo le stagioni. Su questi territori si sarebbero potuti riconoscere loro solo dei diritti di caccia o di pesca, ma non il pieno titolo aborigeno di proprietà.

La Corte Suprema del Canada decide nel giugno 2014 in favore dei ricorrenti, stabilendo che l'*aboriginal title* si estende a tutti i territori occupati da una data *Nation* secondo la propria cultura, quindi secondo le proprie consuetudini. La pronuncia sovverte i termini ordinari di prova del titolo aborigeno, richiedendo non più la dimostrazione della persistenza di un'occupazione in senso materiale, ma la prova di un fatto diverso: l'uso esclusivo del territorio sulla base del proprio ordinamento consuetudinario. Una conclusione che è richiesta, secondo la Corte, da quel "progetto di riconciliazione" con le *Nations* aborigene che esclude di poter trattare la materia nella rigidità di un approccio puramente tecnico agli ordinari principi in tema di domanda e di prova, il quale rischierebbe di dimenticare il profilo sostanziale della questione.

Su questa base la Corte arriva argomentando dai tre caratteri dell'*occupancy* per come formulati in *Delgamuukw v. British Columbia*: sufficienza, continuità e esclusività. Nessuno di questi può essere valutato separatamente dagli altri, e mai nella prospettiva esclusiva del *common law*, ma deve tenere conto anche quella della consuetudine indigena. Nel valutarla, sosteneva già la Corte in *Delgamuukw*, occorre tener conto della grandezza del gruppo che reclama il titolo aborigeno, nonché del suo modo di vivere, oltre alle peculiarità del territorio considerato. Anche considerando che il possesso per *common law* prescinde a volte da una fisica occupazione del bene, se ne inferisce che un uso regolare del territorio, anche ove si manifesti in atti di materiale occupazione distanti tra loro nel tempo, è da considerare "occupazione sufficiente" ad acquistare il titolo aborigeno.

La prova della *sufficiency* coincide con la dimostrazione che il gruppo

aborigeno ha sempre agito nei riguardi del territorio in modo da comunicare ai terzi che intendeva tenerlo come proprio. Una volta accertata la sufficienza, il giudizio circa la continuità dell'occupazione è implicitamente risolto: essa non si manifesta in un'ininterrotta catena di atti di possesso sul territorio, ma coincide con la prova della preesistenza dell'occupazione all'instaurazione della sovranità britannica. Ne consegue che, una volta provata l'esistenza attuale della tribù che reclama il titolo su quel territorio, si può presumere che la stessa vi insistesse nel periodo antecedente la sovranità britannica, salva una difficile prova in contrario.

Il cardine di tutta la costruzione di *Tsilhqo'in Nation v. British Columbia* è però l'esclusività. La Corte la definisce come "intenzione e capacità" di controllare quel determinato territorio al tempo di instaurazione della sovranità. Un giudizio di fatto, che procede tanto dalle caratteristiche del gruppo, quanto da quelle del territorio. L'esclusività può dirsi provata tutte le volte che si dimostri che il gruppo indigeno riuscisse ad impedire l'accesso di terzi o ingenerasse comunque in questi la convinzione di dover chiedere un permesso. La stipula di trattati può esserne l'indice.

Su questi presupposti la Corte accerta il titolo aborigeno nei ricorrenti, superando i rilievi della Province del *British Columbia* e del governo federale, centrati sul fatto che una popolazione di non più di quattrocento persone non avrebbe potuto occupare un territorio tanto vasto. Per la Corte Suprema, che aderisce alle conclusioni del giudice di primo grado, la *Tsilhqo'in Nation* ha occupato in concreto territori molto vasti pur frequentandoli per ridotti periodi annuali, poiché è provato, anche da testimonianze archeologiche e antropologiche, che li ha considerati propri e ha indotto le altre popolazioni con cui veniva in contatto a ritenerli tali. La situazione giuridica che ne deriva è, per come già stabilito dalla Corte Suprema in *Delgamuukw*, indivisibile e inalienabile, comprimibile da parte dello Stato solo a precise condizioni.

10. Conclusioni

L'ordinamento canadese presenta le stesse situazioni di tutela dei diritti indigeni di proprietà presente negli Stati latinoamericani che hanno massicciamente ratificato la ILO 169, ma in una forma radicalmente diversa. Il titolo aborigeno conferisce una proprietà estesa a tutte le utilità che il bene può produrre, non solo alla continuità di esercizio delle attività tradizionali

della comunità. Esso è inalienabile e indivisibile, al pari di ogni altra situazione collettiva.

La differenza tra l'*aboriginal title* e la proprietà indigena creata a partire da ILO 169 è nel fatto che il primo è creato come situazione giurisdizionale, la seconda no. L'*aboriginal title* viene individuato dalla Corte Suprema del Canada in oltre quarant'anni risolvendo specifici conflitti, che si sono tradotti in altrettante domande giudiziali, talune accolte, altre no. Attraverso la decisione di queste controversie, la Corte Suprema ha determinato i limiti e l'oggetto dell'onere probatorio di chi afferma l'esistenza di un titolo aborigeno, specificando che la sua estinzione non può derivare dalla concessione di proprietà private fatta dalla Corona, che pure non possono per questo essere revocate, perché provengono anch'esse da un titolo valido. Il riconoscimento di un *fiduciary duty* della Corona, se obbliga questa a non effettuare concessioni lesive della popolazione indigena, una volta che sia provato e accertato il suo titolo sulle terre, non impedisce a terzi l'acquisto di diritti concorrenti sul territorio, né rende nulle le concessioni una volta fatte.

La proprietà collettiva indigena canadese è pertanto una situazione il cui contenuto deve essere accertato in concreto, caso per caso, in confronto con diritti derivati dal dominio eminente della Corona, che ha potuto esercitarsi entro dati limiti prima del *Constitutional Act* del 1982, e in limiti più stretti dopo il riconoscimento costituzionale dei diritti indigeni. Considerata come diritto, essa non è una situazione assoluta, né esclude diritti concorrenti.

La proprietà collettiva dei sistemi latinoamericani è invece una situazione di dominio pieno e assoluto, istituita per legge, che non può concorrere con altri diritti i quali, anche se sorti precedentemente, restano esclusi. In quanto situazione assoluta, essa è del tutto indeterminata quanto al contenuto delle facoltà di cui la comunità titolare è investita.

La differenza è nel ruolo da assegnare alla consuetudine: norma da accertare in concreto nel modello giurisdizionale canadese, presupposto di fatto per l'applicazione di una disciplina autonoma nel modello latinoamericano.

Abstract

This paper deals with aboriginal peoples' collective ownership on ancestral lands.

An obligation to recognize such a right was set forth by two ILO Conventions, with the most recent one being Convention No. 169/1989 (hereinafter, ILO 169). The legal rationale behind ILO 169 provisions is that indigenous peoples

have retained rights on land even after the instauration of State sovereignty, because the State is entitled to neither eradicate cultures nor alter the relationship between indigenous people and land.

South America is definitely ILO 169's success story: fourteen countries have ratified it up to now, and in many of these Convention has a constitutional status. However, both National courts and the Inter American Court for Human Rights used the Convention to recognize aboriginal ownership as an absolute right on land entitled to a community as a whole. In that way, they built up a close replica of State sovereignty, which results in a lack of effective protection of indigenous rights. Once assessed in this form, aboriginal ownership is usually seen as antagonist by public administration.

*This happens because collective ownership cannot be moulded in a general concept. Collective ownership encompasses different situations, each one resulting from a custom. In this sense, collective ownership is a matter of *ius dicere*, because each of those customs emerges from the resolution of a conflict, as historical evidence shows. In countries that never ratified ILO 169, such as Canada, aboriginal ownership is construed in a very different way. The Supreme Court of Canada, in a series of decision dating back from 1973, has developed some standard to assess the existence of aboriginal ownership on the basis of specific customs.*

By comparing both IACHR case law and National legislation from Peru and Colombia on one side, Canadian case law on the other, the paper will show that collective ownership could be an effective tool to protect indigenous heritage when it is moulded on indigenous customs, in a pluralistic approach.