

**Le corti e il diritto degli indigeni alla terra
ancestrale: un'analisi comparata della giurisprudenza
tra dialogo, mimesi e specialità***

Paola Pannia

SOMMARIO: 1. Premessa: il *Southern turn* del diritto costituzionale comparato – 2. Il dialogo giudiziale e le altre metafore del diritto comparato: la cornice teorica dello studio – 3. Come le corti rispondono alle istanze delle popolazioni indigene sul diritto alla terra ancestrale: una comparazione tra linee argomentative – 4. Una conversazione feconda, tra armonizzazione e diversità: l'ipotesi di un *African way* – 4.1. La giurisprudenza australiana e canadese: un approccio formalistico e stato-centrico – 4.2. Le Corti africane, lo status del diritto tradizionale e la questione indigena come questione strutturale – 5. Conclusioni.

1. Premessa: il *Southern turn* del diritto costituzionale comparato

Questo contributo mira ad analizzare le decisioni sul diritto alla terra ancestrale delle popolazioni indigene recentemente rese da alcune corti africane (nello specifico, dalle Corti Costituzionali dell'Uganda e del Sudafrica e dalla High Court del Botswana), mettendole a confronto con le sentenze emesse sullo stesso tema dalla Supreme Court canadese e dalla High Court australiana. Investite dei casi aventi ad oggetto i diritti delle popolazioni indigene, le corti africane, infatti, hanno richiamato le precedenti decisioni dei colleghi australiani e canadesi, e, in certa misura, preso in prestito il ragionamento da questi condotto su *claim* del medesimo tenore. Queste influenze, i tempi e le modalità in cui si sono realizzate costituiscono un primo oggetto dello studio. Occorre, tuttavia, chiedersi al contempo se esistano delle differenze, una specificità degli argomenti utilizzati dalle corti africane, se esista in altre parole, un

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al Regolamento della Rivista, a *double blind peer review*.

Paola Pannia

*Le corti e il diritto degli indigeni alla terra ancestrale:
un'analisi comparata della giurisprudenza tra dialogo, mimesi e specialità*

*African way*¹ di dirimere questo tipo di controversie e, se sì, quali siano i fattori sottostanti a questo approccio.

Uno studio di questo tipo si colloca nel solco del movimento noto come «*Southern turn in comparative constitutional law*» che raccoglie sempre maggiori adesioni nel recente dibattito comparatistico². Il risultato promesso non coincide tanto con la necessità che il comparatista espanda i suoi orizzonti verso regioni ed esperienze costituzionali finora poco esplorate. Il beneficio più importante che ne deriva è dato, piuttosto, da una svolta – invocata invero già da molti e già da tempo³ – di tipo metodologico. Da questo punto di vista, infatti, convogliare gli sforzi analitici degli studiosi verso i territori concepiti come «*global South*» consente non solo di osservare «*a distinct constitutional experience, but also an epistemic, methodological and*

¹ L'espressione non intende ignorare le profonde differenze che, a vari livelli, attraversano il continente. Resta ferma la lezione di Woodman, che evidenzia la necessità di parlare di «Afriche»: G. R. Woodman, *A survey of customary laws in Africa in search of lessons for the future*, in J. Fenrich et al. (eds.), *The future of African customary law*, Cambridge, 2010, p. 10.

² Come evidenziato da D. Amirante, *Oltre la tradizione giuridica occidentale: questioni e problemi dei sistemi normativi in "Eur-Asia" e Africa*, in DPCE Online, Vol. 50 N. Sp., 2022. Merita richiamare anche le monografie citate in questo articolo, a testimoniare lo sviluppo conosciuto in tal senso dalla dottrina italiana di diritto pubblico comparato: P. Viola, *Costituzionalismo autoctono. Pluralismo culturale e trapianti giuridici nel subcontinente indiano*, Bologna, 2020; S. Baldin, *Il buen vivir nel costituzionalismo andino. Profili comparativi*, Torino, 2019; M.C. Locchi, *La disciplina giuridica dei partiti a orientamento religioso*, Torino, 2018; M. Nicolini, *L'altra law of the land. La famiglia giuridica "mista" dell'Africa australe*, Bologna, 2016; S. Bagni, *Dallo Stato del bienestar allo Stato del buen vivir. Innovazione e tradizione nel costituzionalismo latino-americano*, Bologna, 2013.

³ Tra gli autori che sollecitano l'estensione geografica del campo di osservazione, necessariamente combinata ad una consapevolezza metodologica, informata al pluralismo e alla flessibilità, si veda, tra gli altri, G. F. Ferrari (cur.), *Atlante di diritto pubblico comparato*, Torino, 2010; D. Amirante, *Lo Stato multiculturale. Contributo alla teoria dello Stato dalla prospettiva dell'Unione Indiana*, Bononia, 2015, che invoca un approccio «innovativo» (p. 15); T. Amico di Meane, *Metodologia e diritto comparato alla ricerca della "creatività". Verso un approccio flessibile*, in *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, v.10, 2019, p. 165. Con riferimento alle innumerevoli connessioni tra diritto e confini geografici, si veda M. Nicolini, *Borders: A Cross-Disciplinary Journey Through Non-Legal Lexicon*, in *Stals Research Paper 1/2021*.

Paola Pannia

*Le corti e il diritto degli indigeni alla terra ancestrale:
un'analisi comparata della giurisprudenza tra dialogo, mimesi e specialità*

institutional approach to doing comparative law»⁴. Seguendo questi spunti, dunque, è possibile guardare alle nazioni tradizionalmente considerate sud del mondo come fucina creativa, da cui apprendere un modo diverso di rispondere alle richieste di giustizia di volta in volta presentate, ma anche come «*alternative lens to understand the world*»⁵, dunque come un utile espediente riflessivo e autoriflessivo. Il contatto con nuove categorie epistemiche e giuridiche e la loro analisi è funzionale a ragionare sulle esperienze (giuridiche e non solo) sia del sud che del nord del mondo e a mettere in discussione le ipotesi concettuali (come l'ermeneutica formale, la concezione individualistica del soggetto giuridico o la centralità del paradigma territoriale) che gravano sul discorso, le idee e la riflessione dominante nel diritto occidentale⁶.

L'approccio metodologico appena prospettato sarà testato sul caso specifico del diritto alla terra ancestrale, un'istanza che le popolazioni indigene hanno rivendicato dinanzi a numerose corti del mondo. A dispetto dell'immaginario tradizionale, il c.d. sud del mondo non rappresenta l'unica terra d'elezione per lo studio del colonialismo, delle popolazioni indigene e delle loro rivendicazioni. Alcuni *leading cases* in materia di diritto alla terra ancestrale delle popolazioni indigene, infatti, sono il frutto del lavoro delle corti di altre aree del pianeta, tradizionalmente etichettate come *global North*.

La questione del diritto alla terra ancestrale delle popolazioni indigene rappresenta un terreno particolarmente fecondo per lo studio della circolazione dei precedenti giurisprudenziali tra le corti

⁴ P. Dann - M. Riegner, - M. Bönnemann, *The Southern Turn in Comparative Constitutional Law. An Introduction*, in P. Dann - M. Riegner, - M. Bönnemann (eds.) *The Global South and Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2020, p. 28.

⁵ Ivi, p. 13, ma si veda anche M. Nicolini, *Disengaging Africa from the Colonial Syndrome: per una sistemologia oltre Finisterrae*, in *DPCE*, 2018, p. 489 ss., che esplora il mutamento di prospettiva che spetta al comparatista «nella lettura dei fenomeni giuridici collocati *oltre Finisterrae*» (p. 491).

⁶ Sul punto, diffusamente, D. Amirante, *Al di là dell'Occidente. Sfide epistemologiche e spunti euristici nella comparazione "verso Oriente"*, in *DPCE*, 1, 2015, p. 1 ss. L'autore richiama Menski per evidenziare come «per ragioni storiche i sistemi giuridici dell'Asia e dell'Africa, assieme ad altri sistemi non-occidentali, appaiono intrinsecamente più adatti dei sistemi giuridici e dei giuristi occidentali ad affrontare le sfide intellettuali e pratiche del diritto comparato e del pluralismo giuridico» (W. Menski, *Beyond Europe*, in E. Özücü - D. Nelken (eds.), *Comparative Law. A Handbook*, Oxford, 1997, p. 189).

Paola Pannia

*Le corti e il diritto degli indigeni alla terra ancestrale:
un'analisi comparata della giurisprudenza tra dialogo, mimesi e specialità*

nazionali. A giustificare questa scelta interviene il carattere trasversale del diritto di cui si discute, stante l'interconnessione che esso presenta con un'ampia gamma di diritti. Qualificare l'istanza rivendicata dalle popolazioni indigene come diritto proprietario, infatti, è riduttivo, dato il collegamento che il diritto alla terra ancestrale presenta con il diritto di non discriminazione, il diritto alla tutela e promozione della propria cultura e della propria identità culturale, ma anche con una fitta rete di diritti sociali ed economici⁷. Anche alla luce di queste interconnessioni, il diritto alla terra ancestrale può essere pacificamente annoverato tra i diritti fondamentali, ponendosi, così, quale viatico per eccellenza della circolazione di precedenti. La tutela apprestata a livello internazionale e regionale a questi diritti, infatti, permette e facilita la mutuazione di ragionamenti e decisioni già elaborati e resi altrove⁸. Nello stesso senso gioca la costituzionalizzazione dei diritti in questione. La circolazione dei precedenti, però, non avviene in un «vuoto» giuridico e culturale. Sebbene sia generata e promossa dalla consapevolezza di un *milieu* comune di valori e principi costituzionali, essa risente fortemente delle specificità dei contesti, non solo giuridici, che ospitano il riferimento giurisprudenziale straniero. È a questi episodi di ibridazione, a queste contaminazioni, e ai fattori che le innescano che questo studio intende rivolgere l'attenzione⁹.

Sempre sul piano metodologico, la scelta di concentrare l'analisi sulla giurisprudenza delle corti africane da un lato, e canadese e australiana dall'altro, risponde alla logica dei «*most similar cases*» che ha

⁷ La multidimensionalità del tema è ben evidenziata da numerose fonti, dottrinarie e non solo. Con riferimento al primo punto si veda ad esempio L. Wiersma, *Indigenous Lands as Cultural Property: A New Approach to Indigenous Land Claims*, in *Duke Law Journal*, 2005, p. 1061 ss., che collega direttamente il diritto alla terra delle popolazioni indigene alla loro sopravvivenza culturale, concettualizzando il *land claim* come *cultural propriety*. Rispetto al secondo punto, si veda tra gli altri, ad esempio l'African Commission on Human and Peoples' Rights (ACHPR), [Indigenous peoples in Africa: the forgotten peoples? The African Commission's work on indigenous peoples in Africa](#), 2006, reperibile all'indirizzo web achpr.org. Di questo profilo da atto anche la giurisprudenza qui analizzata.

⁸ Per i riferimenti all'internazionalizzazione delle istanze indigene si veda J. Gilbert, *Historical indigenous peoples' land claims: a comparative and international approach to the common law doctrine on indigenous title*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2007, p. 583 ss.

⁹ A questo vasto tema è dedicato il paragrafo 2 di questo contributo.

Paola Pannia

*Le corti e il diritto degli indigeni alla terra ancestrale:
un'analisi comparata della giurisprudenza tra dialogo, mimesi e specialità*

guidato la costruzione di questo studio comparato e l'analisi condotta¹⁰. Il primo denominatore comune che lega la storia di questi stati è rappresentato dalla presenza storica del colonizzatore inglese (sia pure con variabili differenti rispetto al periodo di riferimento, alle modalità, alla durata). Il secondo importante elemento comune è dato dall'impatto e dall'eredità della common law, che tutt'ora rappresenta in tutti gli stati coinvolti nella ricerca (sia pure con diverse sfumature e gradazioni) un importante fonte di produzione del diritto. Come è già stato ampiamente osservato, inoltre, questo fattore ha contribuito sensibilmente ad incoraggiare la citazione dei precedenti giudiziari stranieri, molto diffusa all'interno dell'area anglosassone¹¹. Oltre ad appartenere all'anglosfera, infine, gli stati selezionati conoscono tutti una percentuale omogenea della presenza di popolazioni indigene sul proprio territorio che si assesta attorno ad un *range* compreso tra l'1 e il 4.9%¹². Tuttavia, a dispetto di questi elementi affini, una sostanziale differenza caratterizza la cornice concettuale con cui giudici africani da un lato, e australiani e canadesi dall'altro, si dispongono di fronte alle istanze delle popolazioni indigene. Seguendo le sollecitazioni di Hirschl, questa ricerca si propone di superare l'esercizio descrittivo e tassonomico, per spingersi a spiegare le dinamiche che stanno alla base di questa differenza, avanzando delle ipotesi circa i rapporti

¹⁰ R. Hirschl, *The question of case selection in comparative constitutional Law*, in *American Journal of Comparative Law*, 2005, p. 125 ss.

¹¹ A. Lollini, *La circolazione degli argomenti: metodo comparato e parametri interpretativi extrasistemici nella giurisprudenza costituzionale sudafricana*, in *DPCE*, 2007, p. 453 ss. Tra i vari fattori che promuovono questa prassi è possibile richiamare la lingua comune, il *Privy Council*, ma anche la presenza di norme costituzionali che esplicitamente fanno riferimento al diritto straniero quale criterio interpretativo facoltativo del Bill of Rights, come la *section 39* della Costituzione sudafricana del 1996. Su questo e gli ulteriori fattori che contribuiscono a rendere le corti africane importanti attori del *judicial dialogue*, si veda M. Nicolini, *"When Southern African Courts Join Judicial Conversation": considerazioni introduttive ad una ricerca sugli attori del dialogo costituzionale*, in E. Cukani et al., *Rischi e potenzialità del dialogo costituzionale globale. Per la costruzione di un 'itinerario' geo-giuridico mediante la comparazione nel diritto pubblico*, Napoli, 2015, p. 81 ss.

¹² Si veda in proposito IWGIA (The International Work Group for Indigenous Affairs), *The Indigenous World 2022*, 2022. In particolare, le percentuali di indigeni, suddivisi in gruppi diversi, che vivono nei paesi selezionati per questo studio sono le seguenti: in Australia il 3.3%, in Botswana il 3.14%, Canada il 4.9%, Sudafrica circa l'1%, Uganda circa il 2.5 %.

Paola Pannia

*Le corti e il diritto degli indigeni alla terra ancestrale:
un'analisi comparata della giurisprudenza tra dialogo, mimesi e specialità*

causa-effetto ad essa sottostanti¹³. A questo proposito, specifica attenzione sarà dedicata ad un'altra variabile, suscettibile di spiegare la differenza di approccio: lo *status* giuridico, concettuale e culturale riservato all'identità indigena e al diritto tradizionale all'interno dei diversi contesti qui analizzati. Infine, la ricerca si propone di arricchire la riflessione dottrina sui diritti delle popolazioni indigene ampliandone i confini geografici e l'apparato metodologico. Se finora gli studiosi si sono concentrati principalmente sull'America Latina (sul suo diritto costituzionale e sui modi in cui si sviluppa il ragionamento delle sue corti)¹⁴, l'indagine qui si concentra invece sulla giurisprudenza delle corti africane analizzate attraverso la lente comparativa.

Il lavoro si articola in quattro parti. Il fenomeno del dialogo tra corti, che ben emerge nel caso studio individuato, sarà utilizzato nella prima parte quale cornice analitica privilegiata all'interno della quale iscriverle le dinamiche mimetiche che hanno coinvolto le corti africane alla prova dei diritti rivendicati dalle popolazioni indigene sulla terra ancestrale. La seconda parte si propone di analizzare come gli argomenti che hanno forgiato il discorso dei giudici canadesi e australiani siano poi migrati per essere utilizzati da corti geograficamente lontane alle prese con identiche domande. La convergenza degli orientamenti viene successivamente approfondita alla luce dello studio del *reasoning* adottato da ciascuna di queste corti. L'obiettivo è quello di catturare somiglianze e differenze di approccio tra le decisioni delle corti africane da un lato e delle corti canadese e australiana dall'altro, cogliendo la sollecitazione di chi invita ad esaminare i diversi contesti «tenendo conto delle loro peculiarità [...]

¹³ R. Hirschl, *The question of cases selection in comparative constitutional law*, cit., che aggiunge «[...] *the study of comparative constitutional law [...] has, for the most part, fallen short of advancing knowledge through inference-oriented, controlled comparison*» (p. 126).

¹⁴ Si vedano i lavori di S. Bagni, tra cui S. Bagni, *The indigenous concept of land in Andean constitutionalism*, in E. Flocchi Malaspina, S. Tarozzi (eds.), *Historical Perspectives on Property and Land Law. An Interdisciplinary Dialogue on Methods and Research Approaches*, Madrid, 2019, p. 111 ss.; S. Baldin, S. De Vido, *Strumenti di gestione della diversità culturale dei popoli indigeni in America Latina: note sull'interculturalità*, in DPCE Online, 2019, p. 1305 ss. L. Lixinski, *Constitutionalism and the other: multiculturalism and indigeneity in selected Latin American countries*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2010, 235 ss.

Paola Pannia

*Le corti e il diritto degli indigeni alla terra ancestrale:
un'analisi comparata della giurisprudenza tra dialogo, mimesi e specialità*

ognuno influenzato da precise storie costituzionali». ¹⁵ Nell'analisi comparata emerge il ruolo chiave della costellazione di fonti che caratterizza il contesto africano e il rilievo che ivi i giudici attribuiscono al diritto consuetudinario. Le riflessioni conclusive sono volte ad osservare come il tema del diritto alla terra ancestrale delle popolazioni indigene consenta anche di sviluppare una riflessione sul ruolo delle Corti, nonché di sollecitare la trasposizione di quegli argomenti, di quelle categorie anche in altri contesti, e nella soluzione di altre questioni ¹⁶. Per questa via, si arricchisce lo strumentario metodologico e si offrono spunti originali e inediti angoli prospettici attraverso cui risolvere nuovi e vecchi casi.

2. Il dialogo giudiziale e le altre metafore del diritto comparato: la cornice teorica dello studio

I fenomeni che vanno sotto la metafora del dialogo sono ben noti ai vari campi della dottrina giuridica ¹⁷. Ben note sono pure le

¹⁵ G. de Vergottini, *Il dialogo fra corti alle soglie del XXI secolo*, in *Lo stato*, 10, 2018, p. 367 ss.

¹⁶ Per questo approccio, si veda già S. Bagni, *Back to the future: building harmony with nature in the European Union by learning from our ancestors*, in S. Baldin - S. De Vido (eds.), *Environmental Sustainability in the European Union: Socio-Legal Perspectives*, Trieste, 2020, pp. 77 ss. Si veda inoltre G. Poggeschi, *La proprietà come diritto dell'individuo e/o collettivo delle minoranze indigene nell'ottica del dialogo tra le corti*, in E. Cukani et al., *Rischi e potenzialità del dialogo costituzionale globale. Per la costruzione di un 'itinerario' geo-giuridico mediante la comparazione nel diritto pubblico*, cit., p. 135 per un'analisi dell'impulso che potrebbe venire dalla Commissione interamericana dei diritti umani per lo sviluppo della giurisprudenza della Corte EDU nella protezione del diritto di proprietà delle popolazioni indigene.

¹⁷ La letteratura sul punto, sia nazionale che internazionale, è sterminata. Si vedano, tra gli altri, i seguenti lavori: G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010; F. Fontanelli - G. Martinico - P. Carrozza (eds.), *Shaping Rule of Law through Dialogue. International and Supranational Experiences*, Groningen, 2010; A.M. Slaughter, *A New World Order*, Princeton, 2004; A. Tzanakopoulos, *Judicial Dialogue as a Means of Interpretation*, in *Oxford Legal Studies Research Paper* No. 71/2014; T. Groppi, *Il ruolo delle corti nel controllo delle misure contro il terrorismo interazionale: verso un dialogo giurisprudenziale?*, in *Politica del diritto*, n. 1, 2010, p. 1 ss.; L. Pegoraro, *La Corte costituzionale italiana e il diritto comparato: un'analisi comparatistica*, Bologna, 2007; G. F. Ferrari - A. Gambaro (curr.), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Napoli, 2006 M.C. Ponthoreau, *Le recours à l'argument de droit*

Paola Pannia

*Le corti e il diritto degli indigeni alla terra ancestrale:
un'analisi comparata della giurisprudenza tra dialogo, mimesi e specialità*

ambiguità e la natura polisemica della nozione, evidenziate da numerosi autori che su queste basi hanno contestato l'utilità (euristica e non solo) del concetto. Il dialogo tra corti si presenta, infatti, come un ombrello concettuale estremamente ampio, che ingloba al suo interno una molteplicità di dinamiche, configurazioni, obiettivi e implicazioni. Peraltro, spesso gli studiosi mancano di prestare la dovuta attenzione al profilo definitorio. Il concetto di dialogo, così, entra nel linguaggio giuridico nella sua accezione a-tecnica, di senso comune, presentando tutte le criticità dell'utilizzo del linguaggio figurato da parte dei giuristi: sebbene garantisca sicuro e immediato effetto, esso porta con sé l'inevitabile rischio della genericità, della fimosità e, dunque, del fraintendimento¹⁸.

La difficoltà di attribuire al termine un significato univoco e certo, combinata all'incuria definitoria, ha complicato l'esercizio tassonomico, utile ad individuare linee comuni e differenze sia con riferimento all'accezione del termine di volta in volta adottata che alle funzioni ad esso variamente attribuite. Invero, proprio la dimensione funzionale è quella più spesso utilizzata a fini classificatori. Vi è, così, ad esempio, chi distingue tra dialogo come conversazione – che si realizza al netto da uno scopo preciso – e il dialogo come deliberazione, che invece si svolge al fine di ottenere un particolare risultato, di raggiungere un approdo comune¹⁹. Gli studiosi si dividono poi, rispetto al potenziale strategico del dialogo. Alcuni ne

comparé par le juge constitutionnel. Quelques problèmes théorique et techniques, in F. Melin-Soucramanien (a cura di), *L'interprétation constitutionnelle*, Paris, 2005, p. 168 s.

¹⁸ G. de Vergottini, *Il dialogo fra corti alle soglie del XXI secolo*, cit., F. Biondi, *Quale dialogo tra le Corti?*, in *Federalismi.it*, 18, 2019, p. 1 ss. A. Ruggeri, *Il "dialogo" tra le Corti: una precisazione di metodo per una nozione apparentemente bonne à tout faire*, in *Consulta online*, 2021, p. 666 ss. Si vedano pure le acute osservazioni di E. Özücü, *Law as Transposition*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 2002, p. 205 ss. L'autrice fa riferimento ad un'ampia gamma di termini immaginifici usati nel diritto comparato, quali «*grafting, implantation, re-potting and cross-fertilisation*» e ancora evidenzia «*New notions and bases for analysis are being developed such as collective colonisation, contaminants, legal irritants, layered-law, hyphenated-law and competition of legal systems. Images such as 'contamination', 'inoculation', 'irritation', and 'infiltration' are all appropriate in describing present day encounters, and the terms 'reception', 'imposed reception' and 'concerted parallel development', activities*» (p. 207).

¹⁹ L. B. Tremblay, *The Legitimacy of Judicial Review: The Limits of Dialogue between Courts and Legislatures*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2005, p. 617 ss.; M. Claes – M. de Visser, *Are You Networked Yet? On Dialogues in European Judicial Network*, in *Utrecht Law Review*, 2012, p. 100 ss.

Paola Pannia

*Le corti e il diritto degli indigeni alla terra ancestrale:
un'analisi comparata della giurisprudenza tra dialogo, mimesi e specialità*

esaltano la capacità armonizzatrice rispetto alla costruzione di standard comuni per i diritti umani, o, più in generale, lo vedono come un espediente di successo dinanzi al problema della frammentazione del diritto o come uno strumento di *empowerment* dei sistemi democratici a fronte della minaccia proveniente dai movimenti di globalizzazione; c'è chi, invece, solleva più di una perplessità in proposito²⁰.

Vi è poi chi traccia una linea di demarcazione tra i casi di dialogo diretto e i casi di dialogo indiretto e tra i casi di interazione necessitata e facoltativa. Muovendo da queste considerazioni, afferenti allo specifico atteggiarsi del dialogo, ricondotto alternativamente a fattori culturali o istituzionali, è stata fatta derivare una precisazione terminologica dirimente. Occorrerebbe, in particolare, tenere separate le ipotesi di interazione tra giudici appartenenti a diversi ordinamenti (nello specifico, corti sovranazionali e corti nazionali), funzionale a favorire l'armonizzazione interpretativa e a costruire uno spazio giuridico e culturale comune, dalle ipotesi di mero richiamo a precedenti stranieri, che assolvono ad altri obiettivi, quali il rafforzamento della forza persuasiva del *reasoning* espresso o la valorizzazione delle peculiarità del diritto interno. Solo nel primo caso sarebbe corretto parlare di dialogo. Nelle altre ipotesi, sarebbe opportuno usare, piuttosto, la differente dizione di «influenza culturale», anche perchè mancherebbe il carattere distintivo della nozione di dialogo, ovvero la bidirezionalità²¹.

²⁰ È possibile annoverare nel primo gruppo, autori come A.M. Slaughter, *A New World Order*, cit.; E. Benvenisti, *Reclaiming Democracy: The Strategic Use of Foreign and International Law by National Courts*, in *The American Journal of International Law*, 2008, p. 241; M. Papaioannou, *Harmonization of international human rights law through judicial dialogue: the indigenous rights' paradigm*, in *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2014, p. 1037. Tra le voci critiche, si veda invece D. S. Law – W. Chen Chang, *The Limits of Global Judicial Dialogue*, in *Washington Law Review*, 2011, p. 523 ss. e, rispetto al “dialogo” tra corti afferenti ad ordinamenti differenti si vedano, tra gli altri, J.de Poorter – R. van Gestel, *In the Court We Trust: Cooperation, Coordination and Collaboration between the ECJ and Supreme Administrative Courts*, Cambridge, 2019.

²¹ G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, cit., p. 18 ss.

Paola Pannia

*Le corti e il diritto degli indigeni alla terra ancestrale:
un'analisi comparata della giurisprudenza tra dialogo, mimesi e specialità*

Come è stato altresì osservato, tuttavia, in un mondo di pervasiva, incessante e stratificata contaminazione,²² distinguere in modo così netto tra fattori istituzionali e fattori culturali rischia di trascurare l'interconnessione e la molteplicità delle dinamiche che informano l'esercizio comparativo e l'attitudine dialogica delle corti. Così, ad esempio, è possibile osservare come anche la mera citazione di precedenti stranieri può essere percepita dai giudici costituzionali nazionali come un «obbligo naturale», necessario ad offrire il proprio contributo al dibattito giudiziale europeo e internazionale sui diritti²³. Sebbene il richiamo a precedenti stranieri non avvenga in questi casi per rispondere a vincoli ordinamentali, tuttavia, sarebbe riduttivo ricondurre questo fenomeno a circostanze di natura meramente culturale. Intervengono, infatti, anche profili di natura istituzionale, dove il dialogo tra corti diventa strumento di «governo» e di auto-legittimazione da parte di specifiche *law-making elite*²⁴. Nello specifico, e con particolare riferimento ai giudici, l'interesse e la partecipazione crescente da parte delle corti ad un dibattito collettivo serve ad enfatizzare l'appartenenza ad una «*global community of courts*»²⁵, che attinge ad un patrimonio comune di principi e valori costituzionali. Contestualmente, per questa strada, l'interazione reciproca tra corti serve ai giudici a capeggiare, all'interno del proprio sistema istituzionale, il movimento di adesione al gruppo degli ordinamenti democratici e la contestuale emancipazione dal vecchio sistema

²² Sul punto, tra gli altri, P.G. Monateri, *The 'Weak Law': Contaminations and Legal Cultures (Borrowing of Legal and Political Forms)*, in *Transnational Law and Contemporary Problems*, 2003, p. 575 ss., che afferma: «the history of law is characterized by a prodigious amount of borrowings» e ancora «the history of a legal system is largely a history of legal material borrowed from other legal systems. I think that this is a perfect statement of a critical view of the law and of legal tradition». Nello stesso senso pure Sacco, che fa riferimento al fatto che nelle riforme legislative le operazioni cruciali sono l'imitazione e la presa in prestito, mentre l'innovazione è un atto raro. Così in R. Sacco, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, *American Journal of Comparative Law*, 1991, p. 395, pure p. 397 ss. Si veda pure E. Özücü, *Law as Transposition*, cit., che afferma «all is a process of transposition, tuning and fitting. The movement of legal institutions and ideas is trans-border and such transmigration is a natural legal development. This is both a historical and present fact and the future will see more of it», p. 205.

²³ La citazione si rinviene in A.M. Slaughter, *A Global Community of Courts*, in *Harvard International Law Journal*, 2003, p. 195.

²⁴ P.G. Monateri, *The 'Weak Law': Contaminations and Legal Cultures*, cit., parla di «legal elites» e «law-making elites».

²⁵ A.M. Slaughter, *A Global Community of Courts*, cit.

Paola Pannia

*Le corti e il diritto degli indigeni alla terra ancestrale:
un'analisi comparata della giurisprudenza tra dialogo, mimesi e specialità*

politico e giuridico. Questi due aspetti, peraltro, sono interconnessi e si nutrono l'uno l'altro, contribuendo a disegnare un nuovo ruolo dei giudici nelle dinamiche istituzionali a livello nazionale e globale²⁶.

Parimenti, nei dialoghi tra le corti nazionali e le corti sovranazionali, l'elemento istituzionale non è l'unico presente, dal momento che intervengono altre considerazioni, afferenti, ad esempio, all'evoluzione che ha subito l'attività interpretativa e la (auto)rappresentazione del potere giudiziario, soprattutto al cospetto dell'azione legislativa.

Alla luce di queste considerazioni, prima di entrare nel vivo dell'analisi, alcune precisazioni preliminari sono necessarie. Innanzitutto, per ciò che concerne il profilo definitorio, si sceglie qui di adottare una nozione di dialogo in senso lato, che coincide con le operazioni di interazione (anche unidirezionali, e dunque non necessariamente reciproche) poste in essere dalle Corti. Ciò che più interessa, infatti, ai fini dello studio – in equilibrio tra le opposte tensioni alla valorizzazione dello *ius commune* da un lato e alla diversità dall'altro – è analizzare come i giudici partecipino al dibattito collettivo sui diritti e come, in che misura, e con quali conseguenze, il riferimento ai precedenti stranieri risenta dello specifico contesto in cui la corte si trovi ad operare. In questa analisi, dunque, non mancheranno i riferimenti al sistema giuridico e al testo costituzionale, nonché al contesto storico e culturale che caratterizza il «dire il diritto» delle corti analizzate. Saranno inoltre esplorate l'influenza esercitata dalla letteratura scientifica e dal diritto internazionale. Infine, si evidenzieranno le dinamiche istituzionali che, nel rapporto con altri poteri, possono influenzare le decisioni selezionate.

Lo studio consentirà, così, di sondare il rapporto che viene ad intrecciarsi tra il concetto di dialogo e quello di utilizzo del diritto comparato, e nello specifico, di citazione dei precedenti

²⁶ A. Sperti, *Il dialogo tra le corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nella esperienza più recente*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2006, p. 153. Sul tema, riferimento immancabile, è R. Hirschl, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge (MA), 2004. Con impostazioni differenti, si veda S. Cassese, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009; T. Nagel, *E' possibile una giustizia globale?*, Roma-Bari, 2009; J. Allard – A. Garapon, *La mondializzazione dei giudici. Nuova rivoluzione del diritto*, Macerata, 2006.

Paola Pannia

*Le corti e il diritto degli indigeni alla terra ancestrale:
un'analisi comparata della giurisprudenza tra dialogo, mimesi e specialità*

giurisprudenziali stranieri da parte delle corti nazionali, nelle decisioni e nel *reasoning* delle corti di diverse regioni del mondo. In questo contesto, l'approccio comparato risulta cruciale perché permette di osservare e comprendere come queste interazioni si sono realizzate, come la trasmissione di istituti e di discorsi giuridici è stata messa in atto, come la mutuazione di argomenti e decisioni già confezionate da giudici stranieri è avvenuta, da quali ragioni è stata supportata, quali sono stati i criteri che ne hanno dettato la selezione, e ne hanno decretato, successivamente, il successo o il fallimento all'interno del sistema giuridico «di accoglienza». La prospettiva comparata ha la missione di mettere a fuoco questi meccanismi, di decostruirli per cogliere le strategie di *meaning-production* ad essi sottostanti²⁷.

Muovendo da queste premesse, ci si appresta dunque ad analizzare il *reasoning* e ad osservare la circolazione dei precedenti giurisprudenziali tra le corti analizzate, in materia di diritto delle popolazioni indigene alla terra ancestrale.

3. Come le corti rispondono alle istanze delle popolazioni indigene sul diritto alla terra ancestrale: una comparazione tra linee argomentative

L'analisi dei casi non può che partire dalla sentenza più risalente in materia, citata da tutte le altre corti analizzate ai fini di questo studio. Si tratta del c.d. *Mabo case*²⁸, in cui la *High Court* australiana ha riconosciuto il c.d. *native title* (o *aboriginal title*), e rigettato la dottrina della *terra nullius*, che aveva consentito alla Corona britannica di far derivare dalla sua sovranità sull'Australia il possesso su terre considerate «di nessuno»²⁹. La *High Court*, richiamando una sua

²⁷ P.G. Monateri, *The 'Weak Law': Contaminations and Legal Cultures*, cit., che scrive «what a comparative lawyer can do, as a comparativist, is to reveal the unofficial and to critique those processes of meaning-production as social and political realities, particularly in a world of contaminations», p. 590.

²⁸ *Mabo and Others v State of Queensland* (No 2) (1992) 108-109 ALR 1. [*Mabo(2)*].

²⁹ Sulla base del diritto costituzionale coloniale, nel momento in cui la Corona acquisisce sovranità su un nuovo territorio a seguito di occupazione (e non di conquista), su quel territorio «all the English laws which are applicable to the colony are

Paola Pannia

*Le corti e il diritto degli indigeni alla terra ancestrale:
un'analisi comparata della giurisprudenza tra dialogo, mimesi e specialità*

precedente decisione, osserva che la dottrina della *terra nullius*, che nega la sussistenza di un interesse proprietario in capo alle popolazioni indigene, si fonda su un assunto discriminante nei confronti di questi ultimi, della loro organizzazione sociale e dei loro costumi³⁰. Nelle parole dei giudici «*the term "native title" conveniently describes the interests and rights of indigenous inhabitants in land, whether communal, group or individual, possessed under the traditional laws acknowledged by and the traditional customs observed by the indigenous inhabitants*»³¹. I giudici riconoscono, dunque, e danno rilievo, sotto l'egida della *common law*, all'occupazione e all'uso di un certo territorio da parte della popolazione indigena (in questo caso si tratta delle Murray Islands in Torres Strait, abitata dai Meriam) avvenuto prima che la Corona britannica potesse vantare su di essa qualche diritto. A tal proposito, però, occorre che la popolazione indigena che rivendichi i propri diritti sulla terra ancestrale dimostri l'esistenza di una connessione fisica e spirituale con la terra rivendicata che sia ininterrotta e anteriore alla colonizzazione³². Si chiarisce, inoltre, che la Corona può legittimamente estinguere i diritti indigeni, ma ciò può verificarsi solo attraverso un atto normativo che così si esprima in termini «*clear and unambiguous*»³³.

immediately in force there upon its foundation». Così, in *Milirrpum* (1971) 17 FLR 141, 201 in cui il giudice Blackburn richiama il precedente del *Calvin's Case* (1608, 7 Co Rep 1 at 17; 77 ER 377) menzionato da W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Chicago, 1979, 1765, pp. 104 s. Da questa dottrina, che si fonda sul *birthright* di ogni individuo inglese, deriva che, a seguito dell'occupazione, qualsiasi diritto sulla terra vantato dalla comunità indigena cessa di avere rilievo per la *common law*.

³⁰ *Mabo v. Queensland (No. 1)* (1988) 166 CLR 186 F.C. 88/062 [*Mabo(1)*].

³¹ *Mabo(2)*, par. 61.

³² Il riferimento alla continuità è uno degli elementi più importanti – nonché uno dei più controversi – nelle decisioni relative al *native title*. In tal senso merita citare il caso della comunità Yorta Yorta (*Yorta Yorta Aboriginal Community v Victoria* [1998] FCA 1606) le cui istanze vengono rigettate dalla *High Court* australiana perché mancano prove sufficienti a dimostrare la continua osservanza e rispetto delle leggi della tradizione dal momento dell'affermazione della sovranità della Corona britannica nel 1788. Affermano i giudici: «*The tide of history has indeed washed away any real acknowledgment of their traditional laws and any real observance of their traditional customs*» (par. 129). Il passo è richiamato da J. Gilbert, *Historical indigenous peoples' land claims*, cit., che osserva come la dottrina del *native title*, così declinata, finisca per «congelare le tradizioni» delle comunità indigene, e dunque, fondarsi su un'un'idea storica e fuori contesto dei sistemi tradizionali indigeni (pp. 600-602).

³³ *Mabo(2)*, par. 61.

Paola Pannia

*Le corti e il diritto degli indigeni alla terra ancestrale:
un'analisi comparata della giurisprudenza tra dialogo, mimesi e specialità*

Sebbene l'importanza di questa sentenza sia indubitabile – è una citazione obbligata per ogni corte che si occupi del diritto alla terra delle popolazioni indigene, che finalmente ottengono un riconoscimento giuridico per le ingiustizie subite – sono numerosi i rilievi critici che le sono stati mossi. Il *native title*, infatti, così come costruito dalla High Court, risulta un diritto debole, spuntato. Esso, in evidente violazione dei principi di eguaglianza e non discriminazione, può essere estinto e gode di una efficacia limitata quando in competizione con altri diritti³⁴. Inoltre, l'onere della prova che ricade sulle popolazioni indigene circa la dimostrazione di un corpo di tradizioni anteriore alla colonizzazione, ininterrotto e tutt'ora presente, è estremamente difficile, se non talvolta impossibile, da assolvere (e tradisce una visione storica, museale e culturalmente viziata del diritto tradizionale e dell'identità indigena)³⁵. Infine, in questi casi, il diritto tradizionale non trova rilievo autonomamente, ma in modo riflesso, attraverso la common law: «*traditional title has a common law existence because the common law recognises the survival of traditional interests and operates to protect them*»³⁶.

L'affermazione della dottrina del *native title*, come elaborata dalla High Court australiana, trova espresso riconoscimento anche in altre corti³⁷. Ai fini di questo studio, sarà analizzata, nello specifico, la sentenza *Delgamuukw* decisa dalla Corte Suprema canadese nel 1997, che sintetizza i principali risultati raggiunti fino a quel momento dalla giurisprudenza canadese emessa sul punto. In questa pronuncia, la Corte, per la prima volta, si esprime in modo definitivo circa il

³⁴ Per una diffusa analisi di questi profili si veda J. Gilbert, *Historical indigenous peoples' land claims*, cit., p. 603 ss., che evidenzia come, da questo punto di vista, la dottrina di *common law* dell' *indigenous title* stabilisca una vera e propria "gerarchia" nell'ambito del diritto alla terra, ai danni delle popolazioni indigene, in evidente subalternità, dal momento che non solo l'estinzione non è prevista per nessun altro titolo proprietario, ma così si subordina l'*indigenous title* ai diritti di terzi parti (p. 606).

³⁵ Sul punto J. Gilbert, *Historical indigenous peoples' land claims*, cit., che afferma come le decisioni giudiziali finiscono col fondarsi su riferimenti storici (spesso solo quelli resi in forma scritta) ritenuti idonei a dar conto in modo esaustivo e completo di come si atteggiasse il sistema tradizionale indigeno nel passato (p. 602).

³⁶ *Mabo(2)*, par. 36.

³⁷ Con riferimento all'area di common law, la sentenza *Mabo(2)* ha esercitato influenza, ad esempio, sulla giurisprudenza malesiana. Si veda ad esempio il *landmark case Adong bin Kuwan & Ors v. Kerajaan Negeri Johor and Anor* decisa dalla High Court malesiana nel 1997.

Paola Pannia

*Le corti e il diritto degli indigeni alla terra ancestrale:
un'analisi comparata della giurisprudenza tra dialogo, mimesi e specialità*

contenuto dell'*aboriginal title* in Canada,³⁸ partendo dalla lettera dell'articolo che offre la base costituzionale alla tutela del diritto alla terra delle popolazioni indigene: la *section 35* del Constitution Act del 1982³⁹. Si chiariscono i caratteri generali di quello che viene definito un «interesse *sui generis*», ovvero la sua natura personale, la sua inalienabilità (non può essere trasferito o venduto, se non alla Corona), la fonte da cui promana, ovvero l'occupazione precedente alla sovranità britannica (per la *common law* l'occupazione equivale al possesso), e la sua natura di diritto collettivo⁴⁰. Il c.d. *aboriginal title*, dunque, viene così definito «*first, that aboriginal title encompasses the right to exclusive use and occupation of the land held pursuant to that title for a variety of exclusive purposes, which need not be aspects of those aboriginal practices, customs and traditions which are integral to distinctive aboriginal cultures; and second, that those protected uses must not be irreconcilable with the nature of the group's attachment to that lands*»⁴¹.

Vengono successivamente individuati i requisiti necessari a dimostrare la sussistenza del titolo. Nello specifico, occorrerà produrre delle prove circa la sussistenza di un possesso sulla terra rivendicata che, in linea con quanto prescrive la *common law*, sia antecedente al momento in cui la Corona ha affermato la sua sovranità su quella terra, sia esclusivo e continuo. Inoltre, si richiede

³⁸ Invero la sentenza *Delgamuukw v. British Columbia* [*Delgamuukw*] [1997] 3 S.C.R. 1010 non è la prima né l'ultima sentenza che, in terra canadese, è intervenuta sulla questione del diritto alla terra delle popolazioni indigene. In proposito merita segnalare almeno la sentenza *Calder* [*Calder et al v Attorney-General of British Columbia*] [1973] SCR 313 at 328, 34 DLR (3d) 145] che per prima introduce il c.d. "*aboriginal title*" nella giurisprudenza della Corte Suprema canadese in cui si afferma a p. 328 «*the fact is that when the settlers came, the Indians were there, organized in societies and occupying the land as their forefathers had done for centuries. This is what Indian title means*». Si segnala, inoltre, *R v Van der Peet* [*Van der Peet*] (1996) 137 DLR (4th) 289 (SCC) – che è la sentenza richiamata dalla Corte ugandese nella sentenza qui in commento – nonché *Tsilhqot'in Nation v British Columbia* [*Tsilhqot'in*], 2014 SCC 44, [2014] 2 SCR 257, che è una delle pronunce più recenti emesse dalla corte sul tema.

³⁹ L'art. 35 del *Constitution Act* recita: «*1. The existing Aboriginal and treaty rights of the Aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed; 2. In this Act, "Aboriginal peoples of Canada" includes the Indian, Inuit, and Metis peoples of Canada; 3. For greater certainty, in subsection (1) "treaty rights" includes rights that now exist by way of land claims agreements or may be so acquired*».

⁴⁰ *Delgamuukw*, par. 112 – 115.

⁴¹ *Delgamuukw*, par. 117. I successivi paragrafi fino al 132 intervengono a meglio specificare quest'affermazione.

Paola Pannia

*Le corti e il diritto degli indigeni alla terra ancestrale:
un'analisi comparata della giurisprudenza tra dialogo, mimesi e specialità*

che il possesso sia «sufficiente» a fondare il titolo, dove quest'ultimo requisito deve essere valutato in termini necessariamente contestuali, tenendo conto, ad esempio, delle dimensioni del gruppo, del suo stile di vita, delle risorse che la terra in questione offre. In ogni caso occorre dimostrare che il legame che la popolazione indigena intrattiene con la terra ancestrale sia «*of central significance to their distinctive cultures*»⁴². La pronuncia interviene, inoltre, a chiarire e specificare i termini del c.d. *justification test*. Il diritto indigeno alla terra ancestrale, infatti, non è concepito come un diritto assoluto, ma può essere legittimamente limitato dallo stato, purchè si dimostri che: a) vi sia un obiettivo legislativo «*compelling and substantiab*», b) che la limitazione avvenga nel rispetto del dovere fiduciario che sussiste tra la Corona e le popolazioni indigene, e che richiede, ad esempio, che gli indigeni vengano consultati nelle decisioni governative che riguardano le loro terre o che siano adeguatamente compensati per le loro perdite⁴³. In ogni caso, si richiede l'accomodamento degli interessi indigeni eventualmente sacrificati in favore di altri interessi.

Se dal Canada ci si sposta in terra africana, la prima sentenza qui in commento in materia di diritto alla terra delle popolazioni indigene è quella resa dalla Corte Costituzionale sudafricana⁴⁴. Il caso, che successivamente diventerà un riferimento centrale per tutte le sentenze africane emesse su questi temi, riguarda i membri della Richtersveld Community, storicamente insediati in una terra posta nella provincia del Northern Cape, successivamente acquisita dalla Alexkor Limited Mining Corporation (d'ora in poi solo Alexkor), una società mineraria di proprietà statale. La popolazione indigena fonda le sue istanze sul Restitution of Land Rights Act del 1994, una legge volta a mettere in atto il programma di riforma agraria e restituzione

⁴² Si vedano in proposito i paragrafi 149 e 150.

⁴³ *Delgamuukw*, par. 160 – 169.

⁴⁴ Questo studio si concentra sulle corti nazionali. Rimane fuori dall'analisi, pertanto, la giurisprudenza dell'African Commission on Human and Peoples' Rights (si pensi ad esempio al landmark case: *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya*, 4 febbraio 2010, n. 276/2003) e dell'African Court on Human and Peoples' Rights (con riferimento a quest'ultima, si veda, ad esempio, *African Commission on Human and Peoples' Right v. Republic of Kenya*, 26 maggio 2017, n. 6/2012). È rimasta fuori dall'analisi anche la recente sentenza emessa dalla Supreme Court of Namibia, stante il *focus* specifico sul c.d. *locus standi* che ha caratterizzato quella pronuncia.

Paola Pannia

*Le corti e il diritto degli indigeni alla terra ancestrale:
un'analisi comparata della giurisprudenza tra dialogo, mimesi e specialità*

delle terre promesso dalla costituzione. Il governo oppone a questa richiesta l'assenza di qualsiasi diritto indigeno su quella terra, venuto meno al momento in cui il Sudafrica è diventato proprietà dei britannici⁴⁵. Da questo momento, infatti, sarebbe cessato qualsiasi diritto consuetudinario vantato dalla Richtersveld Community. La corte di prima istanza, la Land Court⁴⁶, dà ragione al governo, negando che lo spossessamento sia avvenuto a seguito di prassi e norme discriminatorie, e affermando che dunque sia impossibile invocare la Restitution of Land Rights: l'obiettivo dell'occupazione sarebbe stato unicamente quello di procedere all'estrazione di diamanti né il diritto indigeno alla terra poteva dirsi sopravvissuto all'annessione britannica⁴⁷.

Ben diversi sono invece l'approccio e la decisione adottati dalla Supreme Court of Appeal sudafricana e, successivamente, anche dalla Corte Costituzionale. Entrambe, infatti, si preoccupano di affermare il ruolo del diritto consuetudinario che non può essere posto nel nulla dalle norme coloniali. Nello specifico, la Supreme Court of Appeal

⁴⁵ Il riferimento contenuto nella sentenza è la c.d. *Annexation Proclamation* intervenuta ad opera della corona britannica nel 1847. Invero, la Provincia del Capo passa sotto il dominio britannico ben prima, nel 1806: a seguito dell'occupazione dell'Olanda da parte di Napoleone, l'Inghilterra vuole impedire che siano i francesi a conquistare questo avamposto commerciale strategico. Nel 1847 i confini della colonia britannica del Capo vengono estesi, fino ad includere la zona del Richtersveld. Per ulteriori dettagli si veda V. Federico, *Sudafrica*, Bologna, 2009, in particolare, p. 25 ss.

⁴⁶ La Land Court o Land claims Court è stata istituita nel 1996 dal Restitution of Land Rights Act. Sono competenti a decidere sui casi che hanno ad oggetto la restituzione della terra o la rivendicazione sui diritti alla terra. [Per ulteriori dettagli si consulti la seguente pagina web: justice.gov.za](http://justice.gov.za).

⁴⁷ [La pronuncia della Land Claims Court of South Africa, case number: LCC 151/98, è disponibile online in saflii.com](http://www.saflii.com). In particolare, secondo la Corte, non si sono perfezionati nel caso di specie tutti i requisiti richiesti dal *Restitution Act*, ovvero: a) il ricorrente non deve essere una persona fisica, ma deve rappresentare la comunità sulla base di regole condivise sull'uso della terra; b) il ricorrente deve avere avuto un "right in land" prima dell'annessione britannica (in base alla *section 1* del *Restitution Act* «any right in land whether registered or unregistered, and may include the interest of a labour tenant and sharecropper, a customary law interest, the interest of a beneficiary under a trust arrangement and beneficial occupation for a continuous period of not less than 10 years prior to the dispossession in question»), c) lo spossessamento deve essere accaduto dopo il 19 giugno 1913; d) lo spossessamento della comunità deve essere avvenuto sulla base di norme o pratiche fondate sulla discriminazione razziale. Secondo la Land Claims Court non sussistono i requisiti sub b), c) e sub d).

Paola Pannia

*Le corti e il diritto degli indigeni alla terra ancestrale:
un'analisi comparata della giurisprudenza tra dialogo, mimesi e specialità*

sostanzia la decisione con una prova storica che dimostra la permanenza del titolo proprietario indigeno: si tratta del *Capitulation* del 1806, dal quale emerge che al momento dell'occupazione, la corona britannica si impegnò a riconoscere e rispettare i diritti proprietari di coloro che già abitavano quelle terre⁴⁸. È possibile osservare come, anche in questo caso, le corti facciano riferimento alla dottrina di *common law* dell'*aboriginal title*, che deriva dall'occupazione ed uso della terra da parte delle popolazioni indigene, come mutuato dalla giurisprudenza australiana e canadese. Tuttavia, nel ragionamento della Corte Costituzionale sudafricana, il richiamo al *right of ownership* conosce una trasposizione dalla *common law* all'*indigenous law*. Quest'ultima viene riconosciuta quale vera e propria fonte del diritto sudafricano, suggellando, così, la legittimazione costituzionale del pluralismo giuridico⁴⁹. Afferma la Corte: «*While in the past indigenous law was seen through the common law lens, it must now be seen as an integral part of our law. Like all law it depends for its ultimate force and validity on the Constitution. Its validity must now be determined by reference not to common law, but to the Constitution*»⁵⁰. In tal senso, richiamando l'art. 211(3) della Costituzione, la Corte Costituzionale si spinge a riconoscere pieno valore giuridico al diritto alla terra delle popolazioni indigene di fonte consuetudinaria, proclamando come «*indigenous law feeds into, nourishes, fuses with and becomes part of the amalgam of South African law*»⁵¹. La corte conclude riconoscendo il diritto di proprietà, all'occupazione e all'uso esclusivo delle terre in questione (nonché dei minerali e delle terre preziose che essa custodisce) in capo

⁴⁸ *Richtersveld Community and Others v Alexkor Ltd and Another* 2003 (6) SA 104 (SCA), parr. 48 e 49.

⁴⁹ *Alexkor Ltd and Another v Richtersveld Community and Others [Richtersveld]* 2003 (12) BCLR 1301 (CC) in cui si afferma: «*[t]he Constitution acknowledges the originality and distinctiveness of indigenous law as an independent source of norms within the legal system*» (parr. 50 – 51).

⁵⁰ *Richtersveld*, par. 51.

⁵¹ *Ibidem*. In conclusione afferma la corte: «*in the light of the evidence and of the findings by the SCA and the LCC, we are of the view that the real character of the title that the Richtersveld Community possessed in the subject land was a right of communal ownership under indigenous law. The content of that right included the right to exclusive occupation and use of the subject land by members of the Community. The Community had the right to use its water, to use its land for grazing and hunting and to exploit its natural resources, above and beneath the surface. It follows therefore that prior to annexation the Richtersveld Community had a right of ownership in the subject land under indigenous law*».

Paola Pannia

*Le corti e il diritto degli indigeni alla terra ancestrale:
un'analisi comparata della giurisprudenza tra dialogo, mimesi e specialità*

alla Richtersveld Community, sulla base della *section 2(1)* del Restitution of Land Rights Act 22 of 1994.

Il rilievo attribuito al diritto consuetudinario di matrice indigena come fondamento dei diritti di proprietà sulla terra ancestrale delle popolazioni indigene è centrale anche nella sentenza resa dalla High Court del Botswana nel 2006⁵². Al centro del caso vi è la battaglia legale condotta da alcuni membri della popolazione indigena San⁵³, che rivendicano i propri diritti sul Deserto Kalahari. Questo territorio, diventato una riserva di caccia sotto il regime coloniale britannico nel 1961, aveva continuato ad ospitare la popolazione San fino al 1997, quando il governo del Botswana aveva costretto la popolazione a spostarsi in altri insediamenti. Forti della tutela allora apprestata a livello costituzionale⁵⁴, tuttavia, alcuni individui San avevano continuato ad occupare i territori del Deserto Kalahari fino a che, nel 2002, il governo aveva smesso di assicurare alcuni servizi essenziali, come la distribuzione di acqua potabile.

Nella lunga sentenza – circa 400 pagine – i tre giudici del collegio esprimono opinioni dissenzienti rispetto ai diversi *claim* sollevati dai ricorrenti, ma riconoscono all'unanimità il diritto dei San di vivere e risiedere all'interno della riserva, in ragione del titolo loro

⁵² *Sesana and Others v. The Attorney General [Sesana]* (52/2002) [2006] BWHC 1 (13 December 2006).

⁵³ I San (noti nel mondo occidentale come “boscimani”) costituiscono, insieme ai Khoi (noti anche con il nome di “ottentotti”), una delle popolazioni più antiche dell’Africa e genuinamente autoctone. Si tratta di una popolazione di nomadi cacciatori-raccoglitori, che occupavano il territorio corrispondente all’attuale Botswana e Sudafrica. Essi hanno subito un processo di spossamento, di sterminio e riduzione in schiavitù, da parte delle successive ondate di colonizzatori, incluse le popolazioni Bantu e poi gli europei. Per ulteriori dettagli si veda M. Sapignoli, *Dispossession in the Age of Humanity: Human Rights, Citizenship, and Indigeneity in the Central Kalahari*, in *Anthropological Forum*, 2015, p. 285 e la bibliografia ivi citata.

⁵⁴ Sulla base della *section 14(3)c* della Costituzione del 1966 potevano essere imposte restrizioni «*on the entry into or residence within defined areas of Botswana of persons who are not Bushmen to the extent that such restrictions are reasonably required for the protection or well-being of Bushmen*». Tuttavia, questa previsione è stata successivamente modificata dalla riforma intervenuta nel 2005 – il Constitutional (Amendment) Act of 2005 – e, in particolare la *section 14*), volta a rendere la Costituzione “*tribally neutral*”. Su questo si veda A. K. Barume, *Land rights of indigenous peoples in Africa. With Special Focus on Central, Eastern and Southern Africa*, in *IWGLA Document 115*, Copenhagen 2010, p. 164.

Paola Pannia

*Le corti e il diritto degli indigeni alla terra ancestrale:
un'analisi comparata della giurisprudenza tra dialogo, mimesi e specialità*

attribuito dal diritto consuetudinario, che non può considerarsi estinto né dalla normativa coloniale né da quella successiva all'indipendenza. Afferma in proposito il giudice Pumphahi «*The rights of the Bushmen in the CKGR were not affected by the proclamation of the land they occupied to be Crown land, as they continued to live on it, and exploit it without interference from the British Government*»⁵⁵. È interessante osservare, inoltre, come numerosi ed estesi siano i riferimenti alla sentenza *Mabo*⁵⁶, quale precedente autorevole che permette di affermare come il diritto alla terra ancestrale dei San preesistesse all'occupazione da parte della Corona britannica che, di conseguenza, non può averlo estinto. Al tempo stesso, a questo *reasoning*, si aggiungono le considerazioni del giudice Dow che afferiscono, invece, ad un piano differente, che si nutre di principi antidiscriminatori e degli obblighi dello stato di riequilibrare una condizione di strutturale subordinazione. Infatti, la giudice valorizza il contesto e le relazioni sociali e familiari che legano i componenti della popolazione San (ragion per cui il ricollocamento di alcuni ha avuto un impatto su tutti). Dow mostra, inoltre, la relazione di asimmetria esistente tra i funzionari governativi e la popolazione indigena, descritta come «*illiterate, dependant upon Government services, without political representation at the high political levels*». Pertanto, «*[I]t was the Respondent's obligation to put in place mechanisms that promoted and facilitated true and genuine consent by individuals, families and communities*»⁵⁷.

Adotta il medesimo approccio anche la sentenza più recente tra quelle analizzate, resa dalla Corte Costituzionale dell'Uganda nell'agosto del 2021⁵⁸. La sentenza risponde ad un ricorso (*petition*) presentato nel 2013 da alcuni membri della comunità indigena Batwa⁵⁹. L'istanza ha ad oggetto il riconoscimento dello *status* di

⁵⁵ *Sesana*, par. 81.

⁵⁶ *Sesana*, in particolare i paragrafi da 69 a 82.

⁵⁷ *Sesana*, par. H.9.

⁵⁸ *United organization for Batwa Development in Uganda (UOBDU) and others vs. Attorney General and others*, [UOBDU] Constitutional Petition No. 03 of 2013 [2021] UGCC (19 August 2021).

⁵⁹ Con il termine Batwa, “Pygmies”, si sta a designare una popolazione di cacciatori-raccoglitori (o ex cacciatori-raccoglitori) di “bassa statura”, insediatesi originariamente nella foresta equatoriale dell’Africa centrale, nella regione dei Grandi Laghi, e tutt’ora presenti in Burundi, nella Repubblica Democratica del

Paola Pannia

*Le corti e il diritto degli indigeni alla terra ancestrale:
un'analisi comparata della giurisprudenza tra dialogo, mimesi e specialità*

popolo indigeno, nonché una compensazione per le violazioni che i Batwa hanno subito quando, a partire dal 1930, sotto il dominio coloniale, sono stati costretti a lasciare la propria terra ancestrale, che nel 1990 è stata definitivamente chiamata ad ospitare una riserva naturale. Oltre a ciò, il ricorso si sostanzia in una richiesta ulteriore: l'adozione di azioni positive che possano far fronte alla condizione di strutturale discriminazione e marginalizzazione cui i Batwa sono stati costretti a seguito dello spossamento dalle loro terre ancestrali. Invero, tra le violazioni costituzionali e di diritto internazionale contestate dai ricorrenti, il diritto di proprietà non è l'unico a comparire: il rapporto che lega gli indigeni alla loro terra ancestrale ricomprende una molteplicità di dimensioni, che vanno dal diritto alla vita, al cibo, alla salute, all'istruzione, allo sviluppo economico ad aspetti più spirituali come il diritto alla preservazione della propria cultura (intesa in senso lato come «stile di vita»), al mantenimento delle relazioni sociali e all'esercizio della propria religione, in considerazione dei riti religiosi e delle sepolture che avevano luogo all'interno della Mgahinga Forest. A questo proposito, viene toccata anche la dimensione identitaria del rapporto con la terra, laddove nel report dell'esperta allegato dalla difesa si evidenzia come nonostante la stragrande maggioranza dei Batwa vivano come *squatters* fuori dal territorio del parco e della riserva, tuttavia, essi abbiano scelto di vivere ai margini o comunque in prossimità a questi stessi territori, in ragione del «*sense of ownership*» dello «*specific nexus*» da essi percepito rispetto alla loro foresta ancestrale⁶⁰.

Questi profili, peraltro – ed è questa la differenza più eclatante rispetto ai precedenti australiano e canadese, pure richiamati – emergono sotto il prisma del principio di eguaglianza sostanziale, quale condizione idonea a giustificare le azioni affermative in favore dei gruppi marginalizzati, previste dall'art. 32(1) della Costituzione

Congo, in Ruanda e Uganda. Essi costituiscono una delle popolazioni indigene africane. Come i San, anche per i Batwa la colonizzazione è iniziata ancora prima dell'arrivo degli europei, con le economie agricole e pastorali dei regni pre-coloniali. Per un'analisi storica e socio-antropologica, che dia conto anche della marginalizzazione e delle molteplici forme di discriminazione e violazioni di diritti subite dai Batwa, si veda J. Lewis, *The Batwa Pygmies of the Great Lakes Region*, in *Minorities' Rights Group*, 2000.

⁶⁰ UOBDU, p. 31.

Paola Pannia

*Le corti e il diritto degli indigeni alla terra ancestrale:
un'analisi comparata della giurisprudenza tra dialogo, mimesi e specialità*

ugandese⁶¹. I giudici della Corte costituzionale, infatti, considerano irrilevante verificare se vi siano o no gli estremi perché il c.d. *native title* possa dirsi perfezionato e scelgono piuttosto di concentrare i loro sforzi argomentativi unicamente sulla sussistenza o meno dei requisiti necessari per l'adozione di azioni positive. A questo proposito, sulla base delle testimonianze rese dai ricorrenti, ma anche dei report degli esperti di storia e antropologia prodotti nel giudizio, la Corte afferma come l'essere stati privati del possesso delle proprie terre ancestrali, senza adeguata compensazione, abbia reso i Batwa «*landless, and has severely affected not only their livelihoods, but has destroyed their identity, dignity and self-worth as a people and as equal citizens with other Ugandas*»⁶² and «*left them a disadvantaged and marginalized people, needing affirmative actions*»⁶³. In ragione di ciò, la Corte trasmette gli atti alla High Court perché assuma il materiale probatorio necessario a determinare le misure necessarie per migliorare la condizione in cui versano i Batwa.

4. Una conversazione feconda, tra armonizzazione e diversità: l'ipotesi di un *African way*

All'esito di questa rapida ricognizione delle linee argomentative sviluppate dalle varie corti, si volge ora l'attenzione alla domanda al centro di questo lavoro: è possibile individuare un approccio africano alle istanze indigene? Se sì, quali sono le radici, le ragioni sottostanti ad esso e le implicazioni che ne derivano?

Per rispondere a questa domanda, si metterà in rilievo la conversazione che è stata condotta tra le varie corti sul diritto alla terra delle popolazioni indigene, i punti di contatto, le armonizzazioni che attraverso queste interazioni si sono realizzate e le peculiarità che contraddistinguono le sentenze qui analizzate. In un secondo momento, si cercherà di spiegare queste differenze, attraverso opportuni riferimenti alla storia, al sostrato sociale e alla cultura giuridica propria delle varie esperienze.

⁶¹ Così recita l'art. 32(1) della costituzione ugandese: «*Notwithstanding anything in this Constitution, the State shall take affirmative action in favour of groups marginalised on the basis of gender, age, disability or any other reason created by history, tradition or custom, for the purpose of redressing imbalances which exist against them*».

⁶² UOBDU, p. 43.

⁶³ UOBDU, p. 46.

Paola Pannia

*Le corti e il diritto degli indigeni alla terra ancestrale:
un'analisi comparata della giurisprudenza tra dialogo, mimesi e specialità*

Come evidenziato, nelle sentenze africane si assiste ad un frequente rimando ai precedenti australiano e canadese. In questa pratica emerge uno degli aspetti più rilevanti della comparazione, quale operazione funzionale «to define identities and to cope with the others»⁶⁴. Il confronto, lo sforzo teso ad evidenziare o minimizzare le differenze, è cruciale per la costruzione delle identità. Questo è quanto accade nella risposta africana alle istanze indigene, dove la dottrina dell'*indigenous title* viene utilizzata dalle corti per aumentare la forza argomentativa e l'autorità delle proprie decisioni (la *common law*, dopotutto, è stata per l'intero periodo della colonizzazione la fonte principale nel sistema giuridico di numerosi paesi africani). Al tempo stesso, per i giudici africani, il richiamo alle autorevoli sentenze emesse dalla High Court australiana e dalla Supreme Court canadese costituiscono un utile aggancio per (ri)affermare i tratti costitutivi dell'identità giuridica e culturale africana e, per questa via, costruire e rafforzare il proprio ruolo nel rispettivo contesto istituzionale e sociale e per trincerarlo attraverso il collegamento ad una comunità internazionale di giudici.

Attraverso questa operazione, la giurisprudenza citata viene sottoposta ad un'incisiva azione di «creolizzazione»,⁶⁵ che serve a piegarla alle peculiarità (ed esigenze) del contesto africano e della sua *law-making élite*. In proposito, come si approfondirà a breve, all'approccio formalistico adottato nei casi *Mabo* e *Delgamuukw*, si interfaccia un discorso delle sentenze africane qui analizzate che è piuttosto di tipo sostanzialistico. In questo approccio, è difficile non intravedere l'afflato trasformativo che, all'indomani dell'indipendenza dalla colonizzazione, e dalla fine dell'apartheid in Sudafrica, pervade la società e il mondo giuridico africano. Di questo spirito le corti si fanno tra le principali portatrici. Così, in *Richtersveld*, e nella decisione della Corte Costituzionale ugandese, il richiamo alla dottrina del *native title* è accompagnato dal riferimento ad un'eguaglianza che non è più meramente formale, che non si limita ad una proclamazione del diritto di proprietà quale ambito che deve essere lasciato libero dal potere statale. Uscendo fuori dall'alveo della teoria liberale, il diritto alla terra delle popolazioni indigene sancito dalle corti africane si appoggia ad

⁶⁴ P.G. Monateri, *The 'Weak Law': Contaminations and Legal Cultures*, cit., p. 4.

⁶⁵ J. Gilbert, *Litigating indigenous peoples' rights in Africa*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2017, p. 657 ss. in particolare p. 671.

Paola Pannia

*Le corti e il diritto degli indigeni alla terra ancestrale:
un'analisi comparata della giurisprudenza tra dialogo, mimesi e specialità*

una concezione sostanziale di eguaglianza che impone al governo di intraprendere tutte le misure necessarie ad eliminare gli ostacoli che si frappongono al pieno raggiungimento dell'eguaglianza (così, nel caso ugandese, il giudice decide per l'attivazione di vere e proprie azioni positive a favore dei Batwa)⁶⁶.

4.1. La giurisprudenza australiana e canadese: un approccio formalistico e stato-centrico

Come anticipato, la giurisprudenza australiana e canadese si connota in senso formalistico, come emerge dalla scelta di rispondere alle istanze delle popolazioni indigene ancorandosi saldamente al formante di *common law* e negando, di contro, riconoscimento al diritto consuetudinario. È possibile rinvenire all'interno della giurisprudenza della Corte Suprema canadese chiare tracce di questa tendenza. Nello specifico, si può notare come l'*aboriginal title* venga descritto come «*pre-existent*» e «*un-extinguished*», talvolta declassato a «*sui generis interest*», mentre in altri passaggi, la difficoltà di concettualizzazione dogmatica sperimentata dai giudici emerge in modo ancora più esplicito: «*its characteristics cannot be completely explained by reference either to the common law rules of real property or to the rules of property found in aboriginal legal systems. As with other aboriginal rights, it must be understood by reference to both common law and aboriginal perspective*»⁶⁷. Il costrutto euristico privilegiato, dunque, è quello di «*aboriginal perspective*»⁶⁸ mentre manca qualsiasi riferimento al «*customary law*» o a termini affini, idonei ad attribuire al diritto tradizionale indigeno lo *status* di fonte del diritto. Costrutti simili si trovano anche nella giurisprudenza australiana. Anche qui emergono dubbi circa la natura da attribuirsi a questo diritto: «*in truth*

⁶⁶ A. Kwokwo Barume, *Land rights of Indigenous peoples in Africa. With Special Focus on Central, Eastern and Southern Africa*, cit., p. 288.

⁶⁷ *Delgamuukw*, par. 112, dove si afferma ancora: «*The idea that aboriginal title is sui generis is the unifying principle underlying the various dimensions of that title*» (par. 113).

⁶⁸ Si veda ad esempio *R v Sparrow* [1990] 1 SCR 1075 at 1112, 70 DLR (4th) 385, dove i giudici, nella difficoltà di definire chiaramente i «*fishing rights*» in capo alle popolazioni indigene, rimandano alla necessità di prestare attenzione alla «*aboriginal perspective*» per comprendere il contenuto del diritto in questione. Il riferimento compare anche in *R v Van der Peet* [1996] 2 SCR 507, 137 DLR (4th) 289 [*Van der Peet*], al paragrafo 50, in *Delgamuukw* (ad esempio nei paragrafi 112, 149 e 156) e in *Tsilhqot'in*, par. 32, dove si trova accostato alla «*common law perspective*».

Paola Pannia

*Le corti e il diritto degli indigeni alla terra ancestrale:
un'analisi comparata della giurisprudenza tra dialogo, mimesi e specialità*

*aboriginal title is neither a personal nor a proprietary right but is sui generis*⁶⁹. E, circa i rapporti tra *common law* e diritto tradizionale, i giudici confessano: «*I do not disparage the importance to the Aboriginal people of their native title rights, including those that have symbolical significance. I fear, however, that in many cases because of the chasm between the common law and native title rights, the latter, when recognised, will amount to little more than symbols*»⁷⁰.

Come spiegare la mancanza di riconoscimento del diritto consuetudinario come fonte da parte delle corti canadesi e australiane? Quali sono le ragioni alla base di questo approccio?

La risposta offerta dai giudici australiani e canadesi alle istanze indigene in senso formalistico e stato-centrico risulta in qualche modo connessa e promossa anche dalla lettera della costituzione. È quanto si registra nel caso canadese, dove si può osservare come l'articolo 35(1) non crei nuovi diritti. Esso piuttosto attribuisce *status* costituzionale ai diritti indigeni, il cui contenuto, tuttavia, è quello definito *dalla common law*. Dunque, più che attribuire riconoscimento e tutela alle popolazioni indigene, questa previsione tenta esplicitamente di agire da ponte e di realizzare una riconciliazione tra la «nuova» comunità canadese e le popolazioni indigene. Tuttavia, poiché l'orizzonte in cui questo compromesso viene disegnato coincide con i confini della legge canadese e con l'affermazione della sovranità della Corona, la superiorità delle norme statali sulla cultura indigena risulta una conclusione pressoché necessitata⁷¹.

In altre parole, il diritto alla terra delle popolazioni indigene può ricevere rilievo giuridico solo nella misura in cui presenti i caratteri del diritto statale, della *common law* (che ricomprende, come si è visto, possesso esclusivo, preesistente alla Corona e ininterrotto), solo se esso risulti «*cognizable to the Canadian legal and constitutional structures*»⁷². Come è stato osservato: «*the Court is asking for the Aboriginal claimant to*

⁶⁹ *Mabo*, par. 22 e 25.

⁷⁰ *Western Australia v Ward [Ward]* (2002) HCA 28, 970.

⁷¹ Si veda *Delgamuukw* par. 141, ma anche i par 134 e 148.

⁷² È quanto la Corte afferma in *Van der Peet*: «*It must also be recognized, however, that that perspective must be framed in terms cognizable to the Canadian legal and constitutional structure. As has already been noted, one of the fundamental purposes of s. 35(1) is the reconciliation of the pre-existence of distinctive aboriginal societies with the assertion of Crown sovereignty. Courts adjudicating aboriginal rights claims must, therefore, be sensitive to the aboriginal perspective, but they must also be aware that aboriginal rights exist within the general legal system of Canada*» (par. 49).

Paola Pannia

*Le corti e il diritto degli indigeni alla terra ancestrale:
un'analisi comparata della giurisprudenza tra dialogo, mimesi e specialità*

*give a perspective on the law rather than on the right. If a perspective on the right was sought then the burden of framing that perspective “in terms cognizable to the Canadian legal and constitutional structure” would not be placed on the Aboriginal claimants*⁷³. Allo stesso modo, in Australia, il giudice Callinan nel caso *Ward* ha osservato «*it might have been better to redress the wrongs of dispossession by a true and unqualified settlement of lands or money than by an ultimately futile or unsatisfactory, in my respectful opinion, attempt to fold native title rights into the common law*»⁷⁴. In proposito, si pensi, ad esempio, al fatto che, in Australia, il *native title*, per essere riconosciuto, richiede di provare un collegamento fisico e spirituale continuo e ininterrotto con la terra rivendicata⁷⁵. Questo requisito probatorio non conosce eccezioni, neppure quando l'accesso alle terre era di fatto impossibile, anche in ragione delle prassi e delle politiche governative messe in atto, che non hanno solo provocato lo spossessamento delle popolazioni indigene, ma hanno anche minato la preservazione della loro cultura e del loro linguaggio.

L'imposizione di questi paletti procedurali e sostanziali finisce inevitabilmente col limitare la possibilità di azionare determinati diritti. Gli indigeni, dunque, per ottenere risposta, sono tenuti ad adeguare le proprie rappresentazioni, categorie cognitive e giuridiche al linguaggio giuridico statale, l'unico accettato dalle Corti. Si promuove una visione statica, monolitica, impermeabile del diritto, che promana unicamente dal potere statale, l'unico abilitato a decidere

⁷³ D. Vermette, *Colonialism and the Suppression of Aboriginal Voice*, in *Ottawa Law Review*, 2009, p. 225 ss.; si veda in particolare p. 240.

⁷⁴ *Ward*, p. 970.

⁷⁵ In particolare, questo pesante onere probatorio è il frutto dell'interpretazione giudiziale del Native Title Act. Si veda, ad esempio, in proposito *De Rose v South Australia* (2002) FCA 1342, in cui la Corte richiede di provare l'ininterrotta connessione fisica con la terra anche se la popolazione indigena non aveva accesso ad essa per la paura di essere sottoposta a maltrattamenti. Si veda quanto riporta B. De Villiers, *Land reform: Issues and Challenges. A comparative overview of experiences in Zimbabwe, Namibia, South Africa and Australia*, Johannesburg, 2003: «*extensive anthropological, archaeological, linguistic and historic expert reports are required to prove a claim. The research is hampered in many instances by a lack of historic information and documentation—especially with regard to the precolonial phase as well as the identity of claimant groups at the time prior to and following sovereignty. In many instances the only records are limited to police records since the turn of the 20th century. The process of unravelling family history and genealogies is also proving to be destructive or at best disruptive in some Aboriginal communities*» (p. 135).

Paola Pannia

*Le corti e il diritto degli indigeni alla terra ancestrale:
un'analisi comparata della giurisprudenza tra dialogo, mimesi e specialità*

unilateralmente le «regole del gioco».⁷⁶ Ciò, come è stato rilevato, fa sì che le istanze indigene vengano rilette, e dunque trasformate, spesso ridimensionate, anche perché astratte dal proprio contesto di riferimento, o talvolta completamente silenziate⁷⁷. Al tempo stesso, il ridotto peso giuridico assegnato al diritto tradizionale indigeno – si pensi ad esempio al rilievo giuridico assegnato alla prova orale – finisce inevitabilmente col ripercuotersi sulla cultura, sulla storia e sull'identità di questi popoli, riaffermando la dinamica di dominio e subordinazione⁷⁸.

Peraltro, la politica multiculturalista del riconoscimento, di matrice tayloriana, di cui il Canada è stato-bandiera per eccellenza, non può nulla contro queste derive, anzi, finisce in qualche modo per agevolarle. È stato rilevato, in proposito, come la dinamica che lega l'identità al riconoscimento istituzionale ripropone e conferma, anziché contestare, lo *status quo* coloniale. Il riconoscimento, infatti, non può che avvenire entro il recinto (giuridico, culturale) stabilito dal contesto istituzionale dominante⁷⁹. Di conseguenza, non c'è spazio perché si possa attribuire al diritto indigeno il rango di «diritto». Esso

⁷⁶ M. V. W. Moulton, *Framing aboriginal title as the (mis)recognition of Indigenous Law*, in *University of New Brunswick Law Journal*, 2016, p. 337 ss., si veda in particolare p. 340.

⁷⁷ Si veda in tal senso, come «*The translation of First Nations jurisprudence and rights into common or civil law categories often brings with a corruption, which favours the hardened prejudices against First Nations jurisprudence. In most translation processes, courts have to violate the fundamental assumptions and premises of First Nations jurisprudence, in order to maintain fidelity to the essential characteristics and patterns of common law jurisprudence*». Così J. Youngblood Henderson, *First Nations Jurisprudence and Aboriginal Rights: Defining the Just Society*, Saskatoon, 2006, p. 120, richiamato da M. V. W. Moulton, *Framing aboriginal title as the (mis)recognition of Indigenous Law*, cit., p. 347, che fa riferimento a quanto possano essere estranee alla cultura e al diritto indigeno concetti come *property* o *ownership*. Osservazioni del medesimo tenore si trovano anche in G. Woodman, *Legal Pluralism in Africa: The Implications of State Recognition of Customary Laws Illustrated from the Field of Land Law*, in *Acta Juridica*, 2011, p. 35 ss. che afferma «*When translation is from a language which may not have words corresponding to, for example, 'own', 'ownership', 'right', 'inherit' or 'rent' there can be many opportunities for failure of accurate communication*». Il rischio di fraintendimento, in questo caso, dunque, come si dirà a breve, diventa elevato.

⁷⁸ D. Vermette, *Colonialism and the Suppression of Aboriginal Voice*, cit., p. 241 ss., 242.

⁷⁹ M. V. W. Moulton, *Framing aboriginal title as the (mis)recognition of Indigenous Law*, cit., p. 348 ss.

Paola Pannia

*Le corti e il diritto degli indigeni alla terra ancestrale:
un'analisi comparata della giurisprudenza tra dialogo, mimesi e specialità*

resta qualcosa di lontano, di difficile da conoscere e da comprendere, come emerge dalla giurisprudenza della Corte Suprema: «*the aboriginal perspective on the occupation of their lands can be gleaned, in part, but not exclusively, from their traditional laws, because those laws were elements of the practices, customs and traditions of aboriginal peoples. [...] As a result, if, at the time of sovereignty, an aboriginal society had laws in relation to land, those laws would be relevant to establishing the occupation of lands which are the subject of a claim for aboriginal title. Relevant laws might include, but are not limited to, a land tenure system or laws governing land use*»⁸⁰. Così, non solo il diritto aborigeno non assurge mai a fonte del diritto, in un contesto in cui non si assiste ad una «*plurality of law, but a plurality in law*»,⁸¹ ma neppure vi è traccia della cultura che informa quel diritto, della complessità e centralità della relazione che lega, ad esempio, gli indigeni alla propria terra.

Nel solco di quanto appena rilevato, la pretesa esclusività del diritto statale, affermata dalla corte suprema canadese, esprime un'ulteriore tara coloniale, che si manifesta in un altro aspetto: la richiesta di auto-governo, pure presente nel *claim* alla terra ancestrale delle popolazioni indigene, viene dismessa dalla corte suprema canadese, che ritiene opportuno non pronunciarsi sul punto. Sebbene esso venga considerato un diritto centrale, i giudici affermano: «*We received little in the way of submissions that would help us to grapple with these difficult and central issues. Without assistance from the parties, it would be imprudent for the Court to step into the breach*». I ricorrenti hanno presentato questo *claim* in termini troppo ampi perché esso possa essere fatto rientrare nella tutela costituzionale offerta dall'art. 35(1).⁸² Tuttavia, in un altro punto, i giudici confessano la difficoltà di definire esattamente il contenuto del diritto alla terra. Essi affermano come esso sia «*more than the right to enjoyment and occupancy although [...] it is difficult to describe what more in traditional property law terminology*»⁸³. Dunque, si tratta di un mero diritto proprietario oppure di un diritto

⁸⁰ *Delgamuukw*, par. 148.

⁸¹ J. Griffiths, *What Is Legal Pluralism?*, in *J Leg Pluralism & Unofficial Law*, 1986, p. 5 ss., richiamato da M. V. W. Moulton, *Framing aboriginal title as the (mis)recognition of Indigenous Law*, cit., p. 362.

⁸² *Delgamuukw* par. 170.

⁸³ *Delgamuukw*, par. 189

Paola Pannia

*Le corti e il diritto degli indigeni alla terra ancestrale:
un'analisi comparata della giurisprudenza tra dialogo, mimesi e specialità*

all'autonomia territoriale, che ricomprenderebbe, ad esempio, anche la giurisdizione indigena sulla terra in questione⁸⁴?

Invero, la storia e il contesto canadesi e australiani possono contribuire a comprendere questa confusione e questa reticenza. Per un verso, essa può spiegarsi alla luce del disorientamento dei giudici, che non conoscono altro modo di concepire il contenuto dei diritti se non quello offerto dalle categorie della *common law* e del diritto statale. Per altro verso, la richiesta di autogoverno avanzata dagli indigeni fa più fatica a trovare risposta e riconoscimento perché si pone in diretta competizione rispetto al diritto statale. Con riferimento a questo profilo, la dimensione della terra mostra tutta la sua potenza simbolica rispetto all'affermazione dello stato nazione, che in essa manifesta il suo potere e che con essa si identifica⁸⁵.

Questo approccio, peraltro, consente di discutere della questione indigena in termini atomistici, obliterandone i profili di discriminazione strutturale e sistemica. Frammentata in singoli, distinti casi e aspetti giuridici, come il *claim* sulla terra ancestrale o il diritto a preservare la propria cultura, la condizione giuridica e sociale delle popolazioni indigene sparisce come problema collegato ad una dinamica di dominio e subordinazione, che, dunque, coinvolge l'intera società. Tracce della difficoltà e della resistenza a fare i conti con il passato emergono sia dal contesto canadese che da quello australiano. Si pensi, ad esempio, agli orrori collegati al sistema delle scuole residenziali per bambini aborigeni in Canada, rimasti a lungo nell'ombra. Come illustra il report della Truth and Reconciliation Commission (TRC) of Canada, istituito nel 2015, queste scuole furono create «for the purpose of separating Aboriginal children from their families, in order to minimize and weaken family ties and cultural linkages, and to indoctrinate children into a new culture—the culture of the legally dominant

⁸⁴ Con riferimento alla dottrina si veda, tra gli altri, K. McNeil, *The Meaning of Aboriginal Title*, in M. Asch (ed.), *Aboriginal and Treaty Rights in Canada: Essays on Law, Equality and Respect for Difference*, Vancouver, 1997, p. 135. Il dibattito, come illustrato, non è estraneo neppure alla giurisprudenza. La frequenza con cui nella sentenza *Delgamuukw* si parli di un *claim «sui generis»* è ulteriormente esemplificativa in proposito.

⁸⁵ Il potente nesso tra sovranità, ordinamento giuridico e territorio è ben evidenziato da S. Dorsett – S. McVeigh, *Jurisdiction*, London, p. 100 ss.

Paola Pannia

*Le corti e il diritto degli indigeni alla terra ancestrale:
un'analisi comparata della giurisprudenza tra dialogo, mimesi e specialità*

Euro-Christian Canadian society».⁸⁶ Le morti infantili documentate a causa degli abusi, delle deprivazioni e delle violenze fisiche subite all'interno delle scuole residenziali, sono numerose, e ancora di più quelle non documentate, oltre al vero e proprio «genocidio culturale» che si è consumato in virtù di questo sistema⁸⁷. Sono eloquenti, in proposito, le parole della TRC, che inchioda l'intera società canadese alle proprie responsabilità: «[R]econciliation is not an Aboriginal problem; it is a Canadian one. Virtually all aspects of Canadian society may need to be reconsidered». Altrettanto importante è il fatto che nella *Call for Action* la TRC abbia stilato una lunga lista di misure ed interventi da attivare per la tutela delle popolazioni indigene, molti dei quali da realizzarsi nel campo della formazione giuridica⁸⁸. Un meccanismo nutrito dai medesimi obiettivi di assimilazione ed eliminazione delle popolazioni indigene ha segnato pure la storia australiana in cui, tra gli anni '10 e '70, i bambini aborigeni sono stati sottratti con la forza alle loro famiglie per essere educati secondo i costumi occidentali, componendo le fila di quella che è passata alla storia come la «generazione rubata»⁸⁹. Solo nel 2008 il governo federale ha

⁸⁶ The Truth and Reconciliation Commission of Canada, [Honouring the Truth. Reconciling for the Future. Summary of the Final Report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada](#), 2015, reperibile all'indirizzo [irsi.ubc.ca](#).

⁸⁷ The Truth and Reconciliation Commission of Canada, *Honouring the Truth, Reconciling for the Future*, cit., fa riferimento a 3.201 morti documentate (p. 92), ma il report chiarisce come «the register is far from complete: there are, for example, many relevant documents that have yet to be received, collected, and reviewed» (p. 258). Solo nel 2021, ad esempio, più di 1000 tombe sono state ritrovate nei pressi di alcune scuole residenziali. Si veda per ulteriori dettagli Ka'nhehsí:io Deer, [Why it's difficult to put a number on how many children died at residential schools](#), in CBC, 29 settembre 2021. Con riferimento al «genocidio culturale» realizzato dal governo canadese, la TRC così apre il suo report: «For over a century, the central goals of Canada's Aboriginal policy were to eliminate Aboriginal governments; ignore Aboriginal rights; terminate the Treaties; and, through a process of assimilation, cause Aboriginal peoples to cease to exist as distinct legal, social, cultural, religious, and racial entities in Canada. The establishment and operation of residential schools were a central element of this policy, which can best be described as "cultural genocide"» (p. 1).

⁸⁸ A. Habermacher, *Understanding the Ongoing Dialogues on Indigenous Issues in Canadian Legal Education Through the Lens of Institutional Cultures* (Case Studies at UQAM, UAlberta, and UMoncton), in *Osgoode Hall Law Journal*, 2020, p. 37 ss.

⁸⁹ National Inquiry into the Separation of Aboriginal and Torres Strait Islander Children from Their Families, *Bringing Them Home*, Commonwealth of Australia, 1997.

Paola Pannia

*Le corti e il diritto degli indigeni alla terra ancestrale:
un'analisi comparata della giurisprudenza tra dialogo, mimesi e specialità*

presentato delle scuse ufficiali agli aborigeni per le ingiustizie subite.⁹⁰ Tuttavia il riconoscimento sembra essersi fermato ad un piano per lo più simbolico: politiche concrete di riparazione e compensazione sono state implementate con ritardo, in modo disorganico e spesso inefficace⁹¹.

4.2. Le Corti africane, lo status del diritto tradizionale e la questione indigena come questione strutturale

Diversa è invece la tutela costituzionale di cui gode il diritto consuetudinario già a partire dalla forma di tutela ad esso riservata dal testo costituzionale negli stati africani. Eloquente è, in tal senso, la Costituzione del Sudafrica, che equipara il diritto consuetudinario alla common law nel sistema delle fonti. In particolare l'art. 39(2) prescrive «*When interpreting any legislation, and when developing the common law or customary law, every court, tribunal or forum must promote the spirit, purport and objects of the Bill of Rights*»⁹². La sottoposizione alla Costituzione del diritto tradizionale, così come della common law (che in questo senso sono poste sullo stesso piano) si ritrova anche nella Costituzione dell'Uganda, all'art. 2(2)⁹³. Inoltre, meritano di essere menzionati i numerosi riconoscimenti costituzionali che in Uganda sono attribuiti al diritto, anzi ai valori tradizionali, come quello contenuto nel principio XXIV, intitolato «Cultural Objectives», a mente del quale «*Cultural and customary values which are consistent with fundamental*

⁹⁰ National Apology, *Nat'l Museum Austl.*, 13 marzo 2020, <https://perma.cc/3MAC-UJYM>

⁹¹ Sul punto si veda, tra gli altri K. Mayberry, *Searching for Justice for Australia's Stolen Generations*, in *Chicago Journal of International Law*, 2021, p. 661 ss. che nota peraltro come il governo abbia anche mancato di affrontare la questione in termini di «genocidio culturale» (pp. 677 s.).

⁹² A questa previsione fa chiosa il terzo comma dell'art. 39 che statuisce: «*The Bill of Rights does not deny the existence of any other rights or freedoms that are recognised or conferred by common law, customary law or legislation, to the extent that they are consistent with the Bill*». Mentre l'art. 211 chiarisce «*The courts must apply customary law when that law is applicable, subject to the Constitution and any legislation that specifically deals with customary law*».

⁹³ Così recita il secondo comma dell'art. 2 «*If any other law or any custom is inconsistent with any of the provisions of this Constitution, the Constitution shall prevail, and that other law or custom shall, to the extent of the inconsistency, be voids*».

Paola Pannia

*Le corti e il diritto degli indigeni alla terra ancestrale:
un'analisi comparata della giurisprudenza tra dialogo, mimesi e specialità*

rights and freedoms, human dignity, democracy, and with the Constitution may be developed and incorporated in aspects of Ugandan life. The State shall- (i) promote and preserve those cultural values and practices which enhance the dignity and wellbeing of Ugandans; [...]».

La giurisprudenza delle Corti africane in materia di diritto alla terra delle popolazioni indigene si iscrive in questo approccio. Afferma, ad esempio, la Corte Costituzionale sudafricana «*While in the past indigenous law was seen through the common law lens, it must now be seen as an integral part of our law. Like all law it depends for its ultimate force and validity on the Constitution. Its validity must now be determined by reference not to common law, but to the Constitution*»⁹⁴. E ancora «*to understand them properly these rights must be considered in their own terms and not through the prism of the common law. The dangers of looking at indigenous law through a common law prism are obvious. The two systems of law developed in different situations, under different cultures and in response to different conditions*».⁹⁵ Ciò contribuisce a spiegare il fatto che la *customary law*, nel contesto africano, conosca una più accurata concettualizzazione⁹⁶, sia rispetto al suo *status* che rispetto al suo contenuto.

Inoltre, le sentenze africane mostrano una contiguità del diritto africano con la cultura e il diritto tradizionale, che non trova corrispettivo nei sistemi giuridici canadese e australiano⁹⁷.

⁹⁴ Richtersveld, par. 51.

⁹⁵ Richtersveld, par. 55-56.

⁹⁶ Si veda, tra tutti, T. W. Bennett, *A Sourcebook of African Customary Law for Southern Africa*, Cape Town, 1991, richiamato dalla Corte Costituzionale sudafricana nella sentenza Richtersvel. La Corte, dopo aver chiarito che «*indigenous law*» è un termine che va assimilato a quello di «*customary law*» (par. 8), riporta le parole dello stesso Bennett per precisare che «*Although a number of text books exist and there is a considerable body of precedent, courts today have to bear in mind the extent to which indigenous law in the pre-democratic period was influenced by the political, administrative and judicial context in which it was applied. Bennett points out that, although customary law is supposed to develop spontaneously in a given rural community, during the colonial and apartheid era it became alienated from its community origins. The result was that the term "customary law" emerged with three quite different meanings: the official body of law employed in the courts and by the administration (which, he points out, diverges most markedly from actual social practice); the law used by academics for teaching purposes; and the law actually lived by the people*» (nota 51).

⁹⁷ La stessa dottrina del *native title*, come visto, contribuisce a cristallizzare la separazione tra diritto tradizionale e *common law*, consacrando la superiorità dell'eredità coloniale rispetto alla tradizione indigena, nel tentativo di cancellare il passato attraverso alcuni «*legal tricks*». Sul punto J. Gilbert, *Historical indigenous peoples' land claims*, cit., p. 609.

Paola Pannia

*Le corti e il diritto degli indigeni alla terra ancestrale:
un'analisi comparata della giurisprudenza tra dialogo, mimesi e specialità*

L'attenzione per le peculiarità del diritto indigeno, inteso anche e soprattutto nella sua dimensione storica e culturale è presente in tutte le sentenze africane analizzate, e, talvolta, uno spazio *ad hoc* viene specificamente assegnato anche alla voce e al punto di vista dei ricorrenti indigeni. Mentre in Canada e Australia, il diritto tradizionale viene spesso ridotto ad una congerie di requisiti e prove da fornire, le sentenze africane sono ricche di riferimenti anche agli aspetti più culturali e identitari, desunti dalle testimonianze degli esperti e dei ricorrenti, che trovano nella sentenza un importante cassa di risonanza⁹⁸. In proposito, ad esempio, in Uganda, la Corte Costituzionale riprende la testimonianza di una delle ricorrenti per dare conto di quanto la foresta fosse centrale e significativa per la vita dei Batwa non solo a livello materiale (i Batwa «[...] *derived sustenance from Bwindi forest as hunter-gatherers; hunting, harvesting wild honey, and fishing from the rivers and swamps in the area*»⁹⁹) ma anche a livello spirituale («[...] *in the past, Mgabinga Forest was used as a burial ground for their ancestors. Therefore, some Batwa have a spiritual attachment to Mgabinga Forest which they believe to be the home of their gods whom the Batwa look for food availability, protection and cure of diseases*»)¹⁰⁰.

Sarebbe un'ingenuità affermare che la condizione delle popolazioni indigene in Africa sia rispettosa dei diritti fondamentali sanciti a livello costituzionale e convenzionale: sono molti i report e i documenti internazionali che dimostrano il contrario, primo fra tutti quello dell'African Commission on Human and Peoples' Rights¹⁰¹. Sarebbe altrettanto inesatto presentare l'approccio delle Corti africane nella tutela del diritto alla terra ancestrale come un modello irreprensibile, dal momento che numerosi sono i profili che richiedono ulteriori riflessioni, soprattutto in un'ottica che tenga in

⁹⁸ Si veda anche la Corte Costituzionale sudafricana che in *Richtersveld* afferma «The determination of the real character of indigenous title to land therefore *involves the study of the history of a particular community and its usages. So does the determination of its contents*» (par. 57). Si veda anche la *section* a p. 155 ss. della sentenza *Sesana*, titolata «E. 4. *The Applicants: Their Personal and Other Circumstances*».

⁹⁹ UOBDU, p. 25

¹⁰⁰ UOBDU, p. 26

¹⁰¹ African Commission on Human and Peoples' Rights (ACHPR), *Indigenous peoples in Africa: the forgotten peoples? The African Commission's work on indigenous peoples in Africa*, 2006. Si vedano anche i [report dello UN Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples](#), disponibili in [ohchr.org](#).

Paola Pannia

*Le corti e il diritto degli indigeni alla terra ancestrale:
un'analisi comparata della giurisprudenza tra dialogo, mimesi e specialità*

considerazione il diritto tradizionale, la cultura delle popolazioni indigene e il loro evolversi¹⁰². Tuttavia, è innegabile come l'Africa non incontri gli ostacoli concettuali e ideologici ad un pieno riconoscimento del diritto tradizionale che si sono visti nel contesto canadese e australiano.

In tal senso, è possibile osservare come la questione indigena venga concepita e presentata come una questione che riguarda l'intera società. Afferma in proposito la Corte Costituzionale ugandese «[...] *the Batwa [...] have been relegated to an unimportant or powerless society within our society*».¹⁰³ La Corte Costituzionale sudafricana è altrettanto netta nell'affermare che «*The laws and practices by which the Richtersveld Community was dispossessed of the subject land accordingly discriminated against the Community and its members on the ground of race*»¹⁰⁴. In tal senso, è indicativo di questa tendenza il fatto che la tutela delle istanze indigene sia inserita all'interno di una cornice concettuale che è quella dell'eguaglianza sostanziale, che, nel caso ugandese, viene addirittura declinata nei termini delle misure affermative. Occorre, peraltro, notare come la corte ugandese richiami nuovamente, a tal fine, la giurisprudenza del Canada, paese pioniere nel campo delle azioni affermative, che, tuttavia, incontra non poche resistenze ad utilizzare questo strumento per riequilibrare la condizione di marginalità e subordinazione sofferta dalle popolazioni indigene¹⁰⁵.

La geometria variabile che caratterizza la tutela e la promozione dei diritti delle popolazioni indigene nei diversi contesti (australiano, canadese e africano) trova un ulteriore sponda nelle modalità con cui

¹⁰² Emerge, ad esempio, la difficoltà di rispondere alle istanze delle popolazioni indigene con uno stile di vita nomade che reclamano una terra ancestrale dai confini "mobili" ed estremamente estesi. Sul punto si veda B. De Villiers, *Land reform: Issues and Challenges*, cit., 2003, p. 135.

¹⁰³ UOBDU, p. 39. E ancora «*In my view, Article 32(1) requires the state to take measures aimed at ensuring that the marginalized groups who are citizens like the rest, feel secure and confident in the knowledge that they are recognized in society as human beings equally deserving of concern, respect and consideration*» (par. 41).

¹⁰⁴ *Richtersveld*, par. 96, e ancora si chiarisce «*In this case, the racial discrimination lay in the failure to recognise and accord protection to indigenous law ownership while, on the other hand, according protection to registered title. The inevitable impact of this differential treatment was racial discrimination against the Richtersveld Community which caused it to be dispossessed of its land rights*».

¹⁰⁵ La sentenza, richiamata a p. 40, è la sentenza della Corte Suprema canadese *R vs. Kapp* [2008] 2 SCR 483.

Paola Pannia

*Le corti e il diritto degli indigeni alla terra ancestrale:
un'analisi comparata della giurisprudenza tra dialogo, mimesi e specialità*

vengono concepiti e approvati gli atti di restituzione della terra in seno alle rispettive riforme agrarie. Così, ad esempio, in Sudafrica, la redistribuzione della terra, avviata con il Restitution of Land Rights Act del 1994, intesa a restaurare anche i diritti vantati su di essa dalle popolazioni indigene, è stata presentata come uno dei punti più importanti nell'agenda politica ed economica del governo post-apartheid, incontrando un consenso diffuso tra le forze politiche così come nella popolazione. Ciò non vuol dire che non vi siano state fortissime resistenze, soprattutto da parte dei grandi proprietari terrieri bianchi, e neppure che la riforma della terra abbia mantenuto le originarie promesse di giustizia sociale e il forte afflato egualitario contro l'eredità coloniale¹⁰⁶. Tuttavia, senza dubbio, quanto meno ai suoi albori, la riforma agraria in Sudafrica è stata animata da uno spiccato spirito redistributivo e presentata come tassello centrale di un più ampio progetto di decolonizzazione. Molto diverso è stato invece il processo che ha accompagnato l'approvazione del Native Title Act del 1993 in Australia. Originato dalla necessità di adeguarsi alla decisione della Corte nel Mabo case, più che da una reale volontà politica, esso è stato descritto come «*inordinately expensive, extremely slow, only fortuitously related to sensible land use, stressful and divisive for Aboriginal participants, unresponsive to Aboriginal needs and wishes, and arbitrary, haphazard and minimal in its delivery of benefits to Aboriginal people*»¹⁰⁷.

Infine, lo stesso dibattito che involge i confini definitivi del termine indigeno nel contesto africano – considerato un termine ridondante, dal momento che «tutti gli Africani sono considerati

¹⁰⁶ Sui fallimenti della riforma della terra in Africa si veda, tra gli altri, T. Kepe – R. Hall, *Land Redistribution in South Africa: Towards Decolonisation or Recolonisation?*, in *Politikon*, 2018, p. 128 ss. dove si parla di «*colonial presents*» e di «*continued colonisation*» (p. 133). Gli autori evidenziano la strumentalizzazione politica cui è stata sottoposta la riforma della terra negli ultimi anni nella storia politica e civile sudafricana (testimoniata dalle tensioni tra lo storico partito dell'ANC (African National Congress) e la nuova forza politica dell'EFF (Economic Freedom Fighters). A dispetto della proclamata centralità della riforma agraria in un'ottica di giustizia sociale ed economica, al 2018 solo lo 0,4% del budget nazionale era destinato ad essa. Si veda per un'analisi approfondita T. Ngcukaitobi, *Land matters: South Africa's failed land reforms and the road ahead*, Cape Town, 2021.

¹⁰⁷ H. Wootten, *Native title in a long term perspective: a view from the eighties. Paper read at the native title conference, 'Outcomes and Possibilities'*, Geraldton, 3-5 September 2002, p. 3, richiamato da B. De Villiers, *Land reform: Issues and Challenges*, cit., p. 131.

Paola Pannia

*Le corti e il diritto degli indigeni alla terra ancestrale:
un'analisi comparata della giurisprudenza tra dialogo, mimesi e specialità*

indigeni»¹⁰⁸ – è in qualche modo indicativo della tendenza che porta a vedere le popolazioni indigene non come «estrane», come «altro da sé», ma come parte integrante – anzi un tutt'uno – con la società. Questa ambivalenza è all'origine di una curiosa convivenza: da un lato, il quadro costituzionale e legislativo dei paesi africani risulta pressoché silente sulle popolazioni indigene, prive di una tutela *ad hoc*¹⁰⁹, mentre l'Indigenous and Tribal People Convention del 1989 (No. 169) – l'unico strumento di diritto internazionale volto a tutelare i diritti delle popolazioni indigene con effetti vincolanti – è stato ratificato da un solo stato africano, la Repubblica centrafricana. Tuttavia, al tempo stesso, come visto, il contesto africano è un terreno fertile per il riconoscimento di profili centrali per le popolazioni indigene, quali la tutela dell'identità culturale o il riconoscimento del diritto tradizionale, che qui vengono fatti germogliare e sono

¹⁰⁸ D. Huizenga, *Customary Law and Indigenous Rights in South Africa: From transformative constitutionalism to living law in struggles for rural land rights*, in *York Space Institutional Repository*, 2019, p. 134, disponibile su yorkspace.library.yorku.ca. Il dibattito che ruota attorno alla definizione di popolazione indigena è particolarmente sentito in ambito dottrinario, ma anche all'interno della società. Ciò, peraltro, ha ostacolato, e continua ad ostacolare, la tutela apprestata in favore delle popolazioni indigene anche nella misura in cui i diritti ad esse riconosciute vengono considerati «diritti speciali» assegnati in favore di alcuni africani e non di altri. Si veda sul punto l'African Commission on Human and Peoples' Rights (ACHPR), *Indigenous peoples in Africa: the forgotten peoples?*, cit. che illustra tutti i fraintendimenti che si annidano attorno ai diritti delle popolazioni indigene, così definite «*Indigenous peoples' is today a term and a global movement fighting for rights and justice for those particular groups who have been left on the margins of development, who are perceived negatively by dominant mainstream development paradigms and whose cultures and lives are subject to discrimination and contempt*» (p. 11). L'ACHPR, inoltre, precisa come non sia in discussione l'identità degli africani e il fatto che essi fossero già presenti al momento della colonizzazione, e, in questo senso, debbano considerarsi indigeni. Tuttavia, si chiarisce, «*When some particular marginalized groups use the term 'indigenous' to describe their situation, they are using the modern analytical form of the concept (which does not merely focus on aboriginality) in an attempt to draw attention to and alleviate the particular form of discrimination from which they suffer*» (p. 12). Oltre a questo aspetto, poi, il termine viene tacciato di essere un concetto intriso di pregiudizi etnocentrici. Per i riferimenti dottrinari, tra gli altri, J. Ngugi, *The decolonisation-modernisation interface and the plight of indigenous peoples in postcolonial development discourse in Africa*, in *Wisconsin International Law Journal*, 2002, p. 289 ss e N. Crawhall, *Africa and the UN Declaration on the Rights of Indigenous people*, in *International Human rights*, 1, 2011.

¹⁰⁹ Si veda sul punto J. Gilbert, *Litigating indigenous peoples' rights in Africa*, cit., p. 658, che fa riferimento a qualche eccezione come la costituzione camerunense.

Paola Pannia

*Le corti e il diritto degli indigeni alla terra ancestrale:
un'analisi comparata della giurisprudenza tra dialogo, mimesi e specialità*

adeguatamente coltivati, non tanto quali diritti speciali delle popolazioni indigene bensì come patrimonio comune dell'intera società africana.

Tutto ciò, per concludere, si sposa pienamente con lo spirito trasformativo che anima la giurisprudenza delle corti africane nel periodo successivo all'indipendenza. La dottrina dell'*aboriginal title*, dunque, viene sì presa in prestito, ma per essere contaminata, e successivamente superata, riletta alla luce del vento di riforme che segna il passaggio ad una nuova era. «*The Community does not have to rely on the common law*»¹¹⁰, afferma la Corte Costituzionale sudafricana. La tutela dei diritti delle popolazioni indigene, infatti, promana direttamente dalla Costituzione e dalle leggi intervenute a porre fine all'*apartheid*¹¹¹. L'attenzione prestata al diritto tradizionale si spiega anche in ragione di ciò. Nella storia africana, durante il periodo coloniale, complice il pregiudizio nei confronti delle popolazioni locali, nonché la necessità di centralizzare il potere, il diritto consuetudinario fu relegato ad un ruolo secondario, marginale. Ad un primo periodo di assimilazione delle popolazioni indigene e di sottoposizione al regime giuridico coloniale seguì la strumentalizzazione del diritto tradizionale e la sua distorsione per piegarlo agli scopi del potere coloniale e per rafforzarne la legittimazione¹¹². Così, il diritto consuetudinario ufficiale e codificato

¹¹⁰ Richtersveld, par. 100.

¹¹¹ Il riferimento va, in particolare, all'art. 25(7) della Costituzione sudafricana che afferma «*A person or community dispossessed of property after 19 June 1913 as a result of past racially discriminatory laws or practices is entitled, to the extent provided by an Act of Parliament, either to restitution of that property or to equitable redress.*», nonché all'art. 2(1) del *Restitution of Land Rights Act n. 22 del 1994*, secondo il quale «*A person shall be entitled to restitution of a right in land if: [...] (d) it is a community or part of a community dispossessed of a right in land after 19 June 1913 as a result of past racially discriminatory laws or practices.*».

¹¹² Sul punto T. W. Bennett, *Customary Law in South Africa*, cit., p. 35 ss. Nello stesso senso G. Woodman, *Legal Pluralism in Africa: The Implications of State Recognition of Customary Laws Illustrated from the Field of Land Law*, in *Acta Juridica*, 2011, p. 35 ss. e F. Osman, *The ascertainment of living customary law: an analysis of the South African Constitutional Court's jurisprudence*, in *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 2019, p. 98 ss. Si veda in particolare p. 100 in cui l'Autrice illustra come lo stato costrinse le popolazioni indigene all'esodo, relegandole ad un'area corrispondente al 13 % del territorio sudafricano. Per far fronte alla crisi agraria che ne seguì, vietò

Paola Pannia

*Le corti e il diritto degli indigeni alla terra ancestrale:
un'analisi comparata della giurisprudenza tra dialogo, mimesi e specialità*

assunse un differente *status* e riconoscimento rispetto al c.d. *living customary law*. Questo stato di cose venne meno all'indomani della fine dell'apartheid e la conquista dell'indipendenza.

Forte della lettera della costituzione, il diritto consuetudinario viene recuperato quale marcatore identitario dell'intera popolazione africana, che i giudici si preoccupano di valorizzare, assieme alla legittimazione ufficiale di un «*deep legal pluralism*»¹¹³. Il diritto consuetudinario, infatti, viene ripristinato nel suo rilievo giuridico anche nella sua versione non codificata. Così lo qualifica la Corte Costituzionale sudafricana «[...] *unlike common law, indigenous law is not written. It is a system of law that was known to the community, practised and passed on from generation to generation. It is a system of law that has its own values and norms. Throughout its history it has evolved and developed to meet the changing needs of the community. And it will continue to evolve within the context of its values and norms consistently with the Constitution*»¹¹⁴. Il diritto tradizionale in Africa viene inteso, dunque, quale diretta emanazione della cultura africana: è il «*people's customary law*»¹¹⁵.

che le donne potessero essere titolari di diritti, sulla base di una supposta norma consuetudinaria, creando così le basi per la subordinazione dei diritti delle donne nel diritto tradizionale. Sugli interventi trasformativi, distorsivi (se non, addirittura, creativi) operati da parte dell'amministrazione coloniale europea sul diritto tradizionale si veda pure M. Nicolini, *Disengaging Africa from the colonial syndrome*, cit., p. 505 ss.

¹¹³ C. Rautenbach, *Deep legal pluralism in South Africa: Judicial accommodation of non-state law in South Africa*, in *Journal of Legal Pluralism*, 2010, p. 143. L'Autrice, a p. 144, richiama anche le seguenti sentenze come portatrici di una prospettiva affine: *Pharmaceutical Manufacturers Association of SA: In re Ex Parte President of the Republic of South Africa* 2000 (2) SA 674 (CC) para 44; *Mabuza v Mbatsha* 2003 4 SA 218 (C) para 32; *Bhe v Magistrate, Khayelitsha (Commission for Gender Equality as Amicus Curiae)*; *Sibibi v Sithole*; *South African Human Rights Commission v President of the Republic of South Africa* 2005 1 SA 580 (CC) para 43. L'espressione «*deep legal pluralism*» si deve a G. Woodman che la definisce come un sistema in cui «*the entirety of state law coexisted with non-state, but widely observed customary laws*» e ancora «*The official doctrines of state law thus accepted that there was more than one independent source of state law, although this was not always admitted by officials. There was a recognised deep legal pluralism which formed the basis of the state law pluralism*», così in *Legal Pluralism in Africa: The Implications of State Recognition of Customary Laws Illustrated from the Field of Land Law*, cit., p. 39.

¹¹⁴ Richtersveld, par. 53.

¹¹⁵ G. Woodman, *Legal Pluralism in Africa: The Implications of State Recognition of Customary Laws Illustrated from the Field of Land Law*, cit., p. 45. L'autore descrive, in

Paola Pannia

*Le corti e il diritto degli indigeni alla terra ancestrale:
un'analisi comparata della giurisprudenza tra dialogo, mimesi e specialità*

Ciò non vuol dire che la valorizzazione del diritto tradizionale operata a livello giudiziale sia esente da rischi e pericoli. In termini generali, è possibile rilevare come, per un verso, una pedissequa applicazione del diritto tradizionale possa replicare squilibri di potere esistenti all'interno dei sistemi giuridici indigeni, soprattutto ai danni delle minoranze (è la delicata questione delle «minoranze all'interno delle minoranze»¹¹⁶). Per altro verso, l'uso e la trasposizione impropria delle categorie del diritto tradizionale da parte delle corti potrebbe condurre a sentenze che proiettano stereotipi o false rappresentazioni della comunità indigena, che realizzano fraintendimenti del diritto tradizionale o, peggio, indebite strumentalizzazioni, funzionali alla surrettizia riproduzione della violenza coloniale. Pur con questi necessari *caveat*, all'esito di quanto osservato con riferimento alla giurisprudenza delle corti africane, in questa sede si vuole evidenziare come, soprattutto nella sua accezione di *living customary law*, il riconoscimento del diritto tradizionale possa dimostrarsi estremamente utile a rompere le barriere stato-centriche ed essenzializzanti che pesano sulle identità culturali delle popolazioni indigene, in costante evoluzione, nonché sulla tutela e promozione dei loro diritti¹¹⁷.

5. Conclusioni

particolare, in questi termini il *living customary law*, che viene tenuto distinto dal *Lawyer's customary law*, dove con questo termine si intende il diritto consuetudinario codificato, che trae la sua validità dall'autorità statale. L'autore nelle sue conclusioni arriva ad affermare che la fine del *living customary law* vorrebbe dire «*the destruction of valuable African cultures*» (p. 58)

¹¹⁶ L'espressione è di A. Eisenberger – J. Spinner-Halev, (eds.), *Minorities within minorities: Equality, rights and diversity*, Cambridge, 2005. Sul punto di veda F. Osman, *The ascertainment of living customary law: an analysis of the South African Constitutional Court's jurisprudence*, cit., che mette in guardia da un'ingenua mitizzazione del *living customary law* che non coincide necessariamente con i diritti umani ma che può essere espressione di relazioni di potere ai danni di gruppi più vulnerabili (ad esempio da parte degli uomini nei confronti delle donne). (p. 101).

¹¹⁷ Così afferma la Corte costituzionale sudafricana in *Richtersveld* «...*indigenous law is not a fixed body of formally classified and easily ascertainable rules. By its very nature, it evolves as the people who live by its norms change their patterns of life*» (par. 52).

Paola Pannia

*Le corti e il diritto degli indigeni alla terra ancestrale:
un'analisi comparata della giurisprudenza tra dialogo, mimesi e specialità*

Le sentenze sul diritto alla terra delle popolazioni indigene analizzate in questo articolo hanno rappresentato un utile campo di osservazione per esplorare l'interazione tra corti operanti in contesti molto diversi, nonché un chiaro esempio di «*judicial globalization*»¹¹⁸. L'indagine ha permesso di constatare come, di fronte alla richiesta di giustizia avanzata dalle popolazioni indigene, ogni corte contribuisca con la propria autonoma versione dell'*aboriginal right to land*, anche a livello terminologico. Si pensi, in proposito, al *panteon* di nozioni coniate all'uopo dalle varie corti: *native title*, *aboriginal title*, *indigenous title*, *indigenous law ownership*¹¹⁹. Ognuna di esse esprime lo sforzo di cogliere e tradurre in un vocabolario comprensibile alle tradizionali categorie giuridiche un contenuto spesso vissuto come estraneo e lontano. Parallelamente, in questo esercizio, le corti si confrontano con la sfida – invero diabolica – di individuare un raccordo tra diritto statale e diritto tradizionale, di emettere delle pronunce che siano sì rispettose dei diritti delle popolazioni indigene, ma anche capaci di rispondere alle loro istanze disinnescandone al tempo stesso ogni potenziale sovversivo, non solo sul piano territoriale, ma anche su quello simbolico-culturale.

La vernacularizzazione che il movimento internazionale per i diritti delle popolazioni indigene ha conosciuto in Africa, nella specifica declinazione del diritto alla terra, ha mostrato come sia possibile, per questa via, contestare e smontare l'eredità del dominio coloniale che ancora pesa sul diritto e sulle società che l'hanno conosciuto¹²⁰. La valorizzazione del diritto consuetudinario operata dalle corti africane e la lettura in chiave egualitaria e strutturale dell'esperienza di subordinazione delle popolazioni indigene, infatti, è

¹¹⁸ A. M. Slaughter, *Judicial globalization*, in *Virginia Journal of International Law*, 2000, p. 1103 ss. Richiama questo profilo anche J. Gilbert, *Historical indigenous peoples' land claims*, cit., p. 610.

¹¹⁹ T. M. Chan, *The Richtersveld challenge: South Africa finally adopts Aboriginal Title*, in R. K. Hitchcock – D. Vinding (eds.), *Indigenous Peoples' rights in Southern Africa*, Copenhagen, 2004, p. 114 ss., p. 128.

¹²⁰ M. Goodale – S. E. Merry, *The Practice of Human Rights: Tracking Law Between the Global and the Local*, Cambridge, 2007. Sul punto anche D. Huizenga, *Customary Law and Indigenous Rights in South Africa: From transformative constitutionalism to living law in struggles for rural land rights*, cit., «*aboriginal title and Indigenous rights represent human rights norms that develop in both political contexts and international arenas. They have been interpreted and elaborated in transnational spheres of deliberation and translated into local contexts as they are rendered in 'the vernacular'*» (p. 133).

Paola Pannia

*Le corti e il diritto degli indigeni alla terra ancestrale:
un'analisi comparata della giurisprudenza tra dialogo, mimesi e specialità*

andata nella direzione di una demistificazione di una costruzione monolitica del diritto, da concepire come una derivazione esclusivamente statale, per promuovere, invece, un *deep legal pluralism*. Per converso, l'approccio adottato dai giudici australiani e canadesi ha mostrato come la dottrina del *native title*, elaborata in termini formalistici, frammentati e fermamente ancorata agli schemi della *common law*, abbia assolto alla funzione di schermo rispetto all'attacco scatenato dalle istanze indigene alla centralità dello stato nella produzione del diritto e alle conseguenti asimmetrie (anche di senso e rappresentazioni) che esso contribuisce a creare e mantenere nella società¹²¹. Il diritto così concepito si presenta, dunque, quale strumento di colonizzazione culturale e identitaria, nel momento in cui non dà spazio al diverso modo di concepire la relazione tra uomo e terra elaborata e messa in atto dalle popolazioni indigene. Questa visione «ecocentrica», organica, di ampio respiro, è ammessa a ricevere un qualche rilievo giuridico solo nella misura in cui sia «*cognizable to the law*», ovvero rientri nelle caselle del sapere (anche giuridico) tradizionale e dominante, che, invece, si presenta come analitico e schematico.

A ciò, peraltro, deve aggiungersi un'altra osservazione che riprende alcune considerazioni proposte all'inizio di questo lavoro. Per un verso, lo studio conferma come la circolazione dei modelli non può mai ridursi a «riproduzione fedele», ma ad «adattamenti del modello alle esigenze degli organi imitanti»¹²². Per altro verso, tuttavia, questo lavoro mostra come l'azione delle corti, più che mai necessaria, non può essere sufficiente. L'avvio di un processo rappresenta per le popolazioni indigene un'impresa estremamente dispendiosa, non solo in termini di risorse economiche. Occorre sensibilizzare i membri della comunità, costruire la strategia processuale, raccogliere prove sufficienti: si tratta di azioni che, come visto, risultano spesso complicate e onerose, per non parlare del rischio di conflitti interni e del costo in termini non solo economici, ma anche psicologici che da

¹²¹ Si vedano ad esempio le conclusioni raggiunte dalla Royal Commission on Aboriginal Peoples: Canada, *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, Ottawa, 1996, richiamate anche da M.V.W. Moulton, *Framing aboriginal title as the (mis)recognition of Indigenous Law*, cit., p. 24.

¹²² G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, cit., p. 22.

Paola Pannia

*Le corti e il diritto degli indigeni alla terra ancestrale:
un'analisi comparata della giurisprudenza tra dialogo, mimesi e specialità*

ciò può derivare¹²³. A ciò deve aggiungersi un'altra circostanza: i casi relativi al diritto alla terra delle popolazioni indigene sono pochi e, molto spesso dall'esito incerto, trattandosi di «interessi sui generis», che possono conoscere anche di pericolosi *revirement* da parte delle corti¹²⁴, dopo, peraltro, lunghi tempi di attesa¹²⁵.

La tutela giurisprudenziale rischia, così, di apparire un ulteriore strumento che conferma il sistema di dominio di un governo e di una società preoccupata di limitare, piuttosto che di tutelare i diritti alla terra delle popolazioni indigene, tanto più che spesso sono forti gli interessi economici coinvolti. In questo contesto, emerge, dunque, la necessità – già da molti invocata – di un intervento legislativo per una più efficace, definitiva e strutturale riforma agraria, che passi per una reale partecipazione delle popolazioni indigene¹²⁶.

Com'è stato sottolineato, «*Shared human problems require similar responses from legal systems, hence legislatures and courts look to other jurisdictions for inspiration at least, if not for direct borrowing, in an effort to improve these responses. Global problems of our day need global solutions or interrelated local solutions.*»¹²⁷. Non resta, dunque, che auspicare che un'ulteriore fase dell'interazione abbia luogo, nel senso di una circolazione, anche nel

¹²³ Osserva sul punto B. De Villier, *Land reform: Issues and Challenges*, cit., «*The process of preparing a case for trial, giving evidence, the litigious style of cross-examination, rigid court procedures and the atmosphere associated therewith makes the giving of evidence a painful and frightening experience to many Aboriginal and even expert witnesses*» (p. 119).

¹²⁴ Si veda in proposito la sentenza *Coastal GasLink Pipeline Ltd. v Huson*, 2019 BCSC 2264 (CanLI), in cui la Supreme Court del British Columbia ha affermato «*As a general rule, Indigenous customary laws do not become an effectual part of Canadian common law or Canadian domestic law until there is some means or process by which the Indigenous customary law is recognized as being part of Canadian domestic law, either through incorporation into treaties, court declarations, such as Aboriginal title or rights jurisprudence, or statutory provisions*» (par. 127).

¹²⁵ Si pensi al caso ugandese qui analizzato. Dalla proposizione dell'istanza alla decisione della Corte Costituzionale sono trascorsi ben 8 anni (peraltro con un ulteriore rinvio alla High Court).

¹²⁶ Si veda B. De Villiers, *Land reform: Issues and Challenges*, cit., fa riferimento ad un membro del National Native Title Tribunal (tribunale creato dal Native Title Act, che assolve una serie di funzioni, quali la registrazione dei ricorsi che hanno ad oggetto *native title*, mediazione e arbitrato), Tony Lee, che afferma: «*It is time for the native title process to move away from the clutches of so-called experts, gate-keepers, bureaucrats, lawyers and the court system to where it should have been from the beginning, with Aboriginal people*» (p. 119).

¹²⁷ E. Örüçü, *Law as Transposition*, cit., p. 222.

Paola Pannia

*Le corti e il diritto degli indigeni alla terra ancestrale:
un'analisi comparata della giurisprudenza tra dialogo, mimesi e specialità*

nord del mondo, di un discorso sulla tutela dei diritti delle popolazioni indigene che dia voce al diritto tradizionale e, per questo tramite, alla dimensione culturale e identitaria delle popolazioni indigene. Pur con le dovute cautele, già illustrate, ciò permetterà anche un riconoscimento di queste istanze che sia più organico, onnicomprensivo, e improntato ai principi di eguaglianza sostanziale. Un ragionamento di questo tipo, infatti, che vede necessariamente come destinataria l'intera società, servirà altresì a veicolare un processo di generale e radicale ripensamento, più che mai urgente e necessario, che non potrà esimersi dal toccare concetti quali il diritto, i diritti, le culture, le identità. Si tratta, infatti, di concetti che, in un tempo di incessanti connessioni e contaminazioni, richiedono ancora profonde e accurate riflessioni.

ABSTRACT: The paper aims to analyse the decisions on the land rights of indigenous peoples taken by some African courts (i.e., by the Constitutional Courts of Uganda and South Africa and by the High Court of Botswana), comparing them with the judgments issued on the same subject by the Canadian Supreme Court and the Australian High Court. By analysing the lines of argumentation adopted by these courts, this paper aims to capture phenomena of dialogue, contaminations and hybridizations. Indeed, in adjudicating on indigenous peoples' land rights, the African courts referred to the decisions of their Australian and Canadian colleagues, and, to a certain extent, borrowed the reasoning developed by the latter on similar claims. However, at the same time, a relevant peculiarity marks the approach of African courts: the legal, conceptual and cultural status recognized to indigenous identities and customary laws, in a context of deep legal pluralism.

KEYWORDS: Dialogue among Courts – rights of indigenous populations – right to ancestral land – traditional law – Southern turn in comparative constitutional law

Paola Pannia

*Le corti e il diritto degli indigeni alla terra ancestrale:
un'analisi comparata della giurisprudenza tra dialogo, mimesi e specialità*

Paola Pannia – Assegnista di ricerca di Diritto costituzionale comparato, Università degli Studi di Firenze (paola.pannia@unifi.it)