

THULE

Rivista italiana di studi americanistici

n. 26/27 aprile/ottobre 2009

n. 28/29 aprile/ottobre 2010

Centro Studi Americanistici
"Circolo Amerindiano" onlus

La protezione dell'identità culturale dei popoli indigeni oggetto di una norma di diritto internazionale generale?

Lauso Zagato
Università di Venezia

1. L'ultimo decennio è stato caratterizzato dalla crescita dell'attenzione per i diritti dei popoli indigeni; tale fenomeno ha investito il diritto internazionale pattizio, universale e regionale, il *soft law*, così come la giurisprudenza di Corti e la prassi di organi di controllo internazionali⁽¹⁾. Molti Stati hanno provveduto a significative modifiche del proprio ordinamento interno, talora a livello costituzionale, nella direzione di garantire l'esercizio di tali diritti.

Diviene così legittimo il chiedersi se da tali convergenti sviluppi sia lecito inferire la nascita di una norma consuetudinaria a tutela dell'identità culturale delle popolazioni indigene e, in caso di risposta affermativa, quale ne sia l'eventuale contenuto. Quest'ultimo profilo risulta, a sua volta, arduo da affrontare: invero, in un'esperienza integrata⁽²⁾ quale quella richiamata dalla locuzione "popoli indigeni"⁽³⁾, ciò cui si fa riferimento con la più nota espressione *traditional knowledge*, e cioè utilizzo delle terre e delle risorse, beni culturali mobili e immobili, patrimonio intangibile, ogni sorta di creazione e attività artistica, conoscenze scientifiche, tecniche, ambientali, mediche e agricole, tende a formare un tutt'uno⁽⁴⁾.

Poiché è soprattutto l'ambiente giuridico delle Americhe ad aver conosciuto il più profondo ripensamento circa la condizione delle popolazioni indigene, sarà su tale ambiente che si concentrerà l'attenzione; si delinea dapprima, in ogni caso, un quadro generale di una situazione in evoluzione.

2. Tra gli strumenti universali, rilevano intanto ai nostri fini la *Convenzione ONU n. 169* del 1989, l'art. 1 comune ai due Patti, gli artt. 27 del *Patto sui Diritti Civili e Politici* e 15 del *Patto sui Diritti Economici, Sociali e Culturali*, l'art. 8 lett. j) della *Convenzione sulla Biodiversità*.

Il primo di tali strumenti si occupa prevalentemente del divieto di discriminazione in materia – soprattutto, ma non solo – di lavoro, accompagnato dall'in-

dividuaione in capo agli Stati parte di una serie di obblighi positivi, relativi in particolare alle condizioni di impiego e allo svolgimento delle attività economiche tradizionali. Il richiamo ai profili identitari è prevalentemente indiretto, e si concretizza nel diritto all'educazione dei figli nella propria lingua; per il resto, è fatto generico divieto per gli Stati di prendere decisioni che modifichino la vita degli appartenenti a dette comunità senza il loro consenso⁽⁵⁾.

L'art. 1 comune ai due Patti⁽⁶⁾, dal canto suo, stabilisce solennemente al par. 1 il diritto dei popoli all'autodeterminazione⁽⁷⁾, ribadendo al successivo par. 2 che per raggiungere i loro fini i popoli dispongono liberamente delle proprie ricchezze e risorse naturali, senza pregiudizio degli obblighi derivanti dalla cooperazione internazionale. Trattasi di un diritto collettivo che, per la sua natura assoluta e la particolare collocazione nel sistema dei Patti, si colloca a monte di ogni altro diritto individuale successivamente sancito. In particolare, esso precede logicamente il diritto riconosciuto agli individui facenti parte di minoranze o gruppi, dall'art. 27 del *Patto sui Diritti Civili e Politici*⁽⁸⁾, così come quello di cui all'art. 15 dell'altro Patto⁽⁹⁾. Il diritto all'autodeterminazione presenta una puntuale dimensione interna; sottovalutata a suo tempo a causa del prevalere, nel tramonto del colonialismo, del diritto dei popoli coloniali all'autodeterminazione esterna, intesa come indipendenza e liberazione, tale dimensione è divenuta con il tempo predominante. L'art. 1 comune pone insomma in capo agli Stati uno specifico obbligo di protezione dell'identità dei popoli che ne fanno parte, si tratti di "normali" minoranze ovvero di popoli indigeni⁽¹⁰⁾.

Secondo l'art. 8 par. f) della *Convenzione di Rio*⁽¹¹⁾, per finire, le conoscenze e le tecniche dei popoli indigeni giocano un ruolo essenziale per la salvaguardia delle diversità biologiche e l'utilizzo sostenibile delle risorse.

3. Il decennio che si sta concludendo è stato segnato dal varo e dall'entrata in vigore delle *Convenzioni UNESCO sulla Salvaguardia del Patrimonio Intangibile* (2003)⁽¹²⁾ e sulla *Protezione della Diversità Culturale* (2005)⁽¹³⁾.

La prima di esse, all'art. 2 par. 2, individua tra le espressioni del patrimonio culturale intangibile «knowledge and practices concerning nature and the Universe»: trattasi di un evidente riferimento indiretto ai popoli indigeni. L'accorgimento è peraltro spia della difficoltà di strappare concessioni a favore dei popoli indigeni a Stati tendenti piuttosto a limitare quanto più possibile l'utilizzo stesso dell'espressione popolo indigeno⁽¹⁴⁾. Resta che il ruolo attribuito dalla Convenzione alle comunità nell'individuare le espressioni culturali da salvaguardare, nonché nell'attività concreta di gestione e valorizzazione di dette espressioni costituisce momento di importanza assoluta, anche alla luce delle *Guidelines*

elaborate nel frattempo dal Comitato Intergovernativo per la Protezione del Patrimonio Intangibile⁽¹⁵⁾.

La Convenzione del 2005, dal canto suo, non pone agli Stati un obbligo di coinvolgimento attivo delle popolazioni indigene, ma solo di adoperarsi per creare un ambiente che incoraggi individui e gruppi sociali a «diffondere e distribuire le proprie espressioni culturali e ad accedere alle stesse», alla luce delle esigenze, *inter alia*, «delle persone appartenenti a minoranze e gruppi autoctoni» (art. 7)⁽¹⁶⁾. L'ottavo Considerando sottolinea ad ogni modo l'importanza del *traditional knowledge* come fonte di ricchezza, valorizzandone il contributo allo sviluppo sostenibile.

Per quanto poi riguarda l'attività di monitoraggio del rispetto dei diritti umani condotta direttamente dalle Nazioni Unite (ONU), il nuovo Consiglio dei Diritti Umani⁽¹⁷⁾ ha deciso non solo di rinnovare il mandato del Relatore Speciale sulla Situazione dei Diritti Umani e delle Libertà Fondamentali dei Popoli Indigeni, ma anche di fornirsi di un "expert mechanism" che prosegua l'attività del gruppo di lavoro sui popoli indigeni⁽¹⁸⁾.

4. Le disposizioni indicate risultano poi integrate dalla prassi di meccanismi internazionali di controllo. Ci si riferisce in primo luogo alle constatazioni del Comitato dei Diritti Umani; questo, in relazione a Comunicazioni introdotte da tribù ("bands") canadesi⁽¹⁹⁾, come pure in sede di Commento ai rapporti presentati da alcuni Stati nel 1995 e nel 1999⁽²⁰⁾, ha stabilito che il Patto difende il diritto dei popoli indigeni a sopravvivere come cultura distinta, intendendo il termine cultura come comprendente anche le pratiche religiose, la lingua, fino all'utilizzo della terra e all'organizzazione istituzionale.

Viene peraltro in rilievo anche l'operato del Comitato sull'Eliminazione della Discriminazione Razziale (CERD), cui spetta controllare l'applicazione della Convenzione per l'Eliminazione di ogni Forma di Discriminazione Razziale⁽²¹⁾. Questo – oltre ad avere emanato una Raccomandazione *ad hoc*⁽²²⁾, colmando così il silenzio della Convenzione stessa sui popoli indigeni – stabilì che gli emendamenti alla legge australiana che regola i diritti alla terra degli indigeni di quel Paese contenevano gravi elementi discriminatori, e chiese a quel governo di porre fine a detta prassi e di avviare consultazioni con i rappresentanti delle popolazioni indigene australiane per giungere ad un accomodamento⁽²³⁾. Successivamente il CERD, esaminando il primo rapporto inviato dagli Stati Uniti, esaminò la situazione degli Shoshoni occidentali (e di altre tribù) ricadenti sotto la giurisdizione di quello Stato, giungendo alla conclusione che la normativa interna, alla stregua della quale le tribù costituiscono *domestic dependent*

nations, soggette al pieno controllo delle autorità governative, risulta incompatibile con gli obblighi incombenti sugli Stati Uniti alla stregua della Convenzione⁽²⁴⁾.

5. Si devono ancora considerare vari strumenti di *soft law*. Oltre alla citata Raccomandazione del CERD⁽²⁵⁾, vanno ricordati il Principio 22 della *Dichiarazione sull'Ambiente e lo Sviluppo* e il capitolo 26 dell'*Agenda 21* adottati in occasione della *Convenzione di Rio*⁽²⁶⁾, la *Dichiarazione di Vienna* del 1993 che conclude la Conferenza sui Diritti Umani⁽²⁷⁾, la *Dichiarazione dell'Assemblea Generale 50/157* che lancia il Decennio dei Popoli Indigeni nel Mondo⁽²⁸⁾. Ancora vanno riportati i risultati della Conferenza di Durban⁽²⁹⁾; con la Dichiarazione finale essa riconosce che per secoli i popoli indigeni sono stati vittime di discriminazioni, ed hanno quindi diritto di vedersi riconosciuta eguale dignità (par. 24)⁽³⁰⁾, auspicando l'approvazione del Progetto di *Dichiarazione sui Diritti dei Popoli Indigeni* allora in discussione⁽³¹⁾.

Soprattutto, nel corso del 2007 l'Assemblea Generale ha finalmente approvato la *Dichiarazione sui Diritti dei Popoli Indigeni*⁽³²⁾, il cui Progetto era stato presentato nell'estate 1994 dal Gruppo di Lavoro sui Popoli Indigeni (GLPI) alla Sottocommissione sulla Protezione delle Minoranze della Commissione sui Diritti Umani delle Nazioni Unite⁽³³⁾. La Dichiarazione⁽³⁴⁾, approvata con i voti contrari di Australia, Canada, Nuova Zelanda e Stati Uniti⁽³⁵⁾, ribadisce solennemente all'art. 15 par. 1 quanto già previsto nella corrispondente disposizione del progetto, e cioè che «i popoli indigeni hanno il diritto alla dignità e diversità delle loro culture, tradizioni, storia e aspirazioni che dovranno trovare adeguata eco nell'istruzione e nella pubblica informazione». La Dichiarazione non si discosta troppo dal Progetto; quando lo fa, ciò è a vantaggio di una più chiara formulazione⁽³⁶⁾, o di un arricchimento e approfondimento del contenuto⁽³⁷⁾, in qualche caso addirittura dell'inserimento di diritti nuovi⁽³⁸⁾. In particolare, l'art. 31 par. 1, dopo aver sancito il diritto dei popoli indigeni a «mantenere, controllare, proteggere e sviluppare il proprio patrimonio culturale, la propria conoscenza tradizionale, espressioni culturali tradizionali, così come le manifestazioni delle loro scienze, tecnologie e culture»⁽³⁹⁾, prosegue stabilendo che «they also have the right to maintain, control, protect and develop their intellectual property over such cultural heritage, traditional knowledge, and traditional cultural expressions»⁽⁴⁰⁾. In questa fondamentale disposizione l'identità culturale dei popoli indigeni compare, per così dire, due volte; la prima in quanto espressione di patrimonio culturale intangibile da salvaguardare, la seconda come presupposto dell'esercizio di diritti proprietari sul *traditional knowledge*⁽⁴¹⁾.

Di contro, va lamentato il venir meno del divieto di etnocidio e genocidio culturale presente invece all'art. 7 del Progetto⁽⁴²⁾.

Nel suo insieme la Dichiarazione afferma con forza il diritto all'autodeterminazione e all'utilizzo della terra e delle risorse (o ad equa compensazione in caso di perdita) nonché il diritto al controllo sul proprio patrimonio culturale e sul *traditional knowledge* da parte dei popoli indigeni: entrambi tali momenti costituiscono articolazioni del diritto alla distinta identità culturale. Soprattutto, la Dichiarazione ribadisce il carattere collettivo dei diritti in discorso, anche facendo ricorso all'accorgimento di utilizzare la formula "indigenous individuals" tutte le volte che intenda invece fare riferimento a diritti dei singoli individui.

6. Venendo all'ambiente regionale che più interessa, spicca l'applicazione della *Convenzione Americana dei Diritti dell'Uomo*⁽⁴³⁾ ad opera degli organismi di controllo previsti da tale strumento. Per un verso la Commissione Interamericana dei Diritti Umani ha interpretato l'art. 4 sul diritto alla vita in modo tale da richiedere che gli Stati (nel caso esaminato, l'Ecuador) assicurino la continuità del godimento da parte delle popolazioni indigene del loro ambiente naturale, con attenzione alla dimensione culturale oltre che materiale di detto rapporto⁽⁴⁴⁾. Per l'altro verso una serie di sentenze emanate nell'ultimo decennio dalla Corte Interamericana dei Diritti dell'Uomo costituisce senza discussione il livello più avanzato cui si collochi oggi la tutela delle identità culturali delle popolazioni indigene. Già nel caso *Awas Tigni*⁽⁴⁵⁾ la Corte aveva giudicato contrari agli obblighi assunti dal Nicaragua alla stregua dell'art. 21 della Convenzione (diritto di proprietà) la concessione a una compagnia straniera del diritto di utilizzo del legname (in pratica disboscamento) su terre che costituivano proprietà comune tradizionale dei popoli indigeni della costa atlantica dello Stato, anche se privi di titoli di proprietà riconosciuta. Per la Corte, la mancanza di un riconoscimento ufficiale da parte governativa dei diritti indigeni sulle terre, trattate come terre appartenenti allo Stato, comportava – alla luce degli obblighi imposti agli Stati dagli articoli 1 e 2 della Convenzione di prendere le misure necessarie per dare efficacia nell'ordinamento interno agli obblighi convenzionali – una violazione dell'art. 21. Secondo quei giudici, per proprietà non si intende solo il diritto di una persona su determinati beni, ma anche «any right which may be part of a person's patrimony; that concept includes all movable and immovable, corporeal and incorporeal elements and any other intangible object capable of having value»⁽⁴⁶⁾. Il diritto di proprietà come risulta dagli strumenti internazionali di tutela dei diritti umani comprende dunque anche il regime comune

tradizionale di sfruttamento delle terre da parte degli indigeni, come definito dai loro usi e tradizioni⁽⁴⁷⁾.

Il pensiero della Corte conosce una ulteriore evoluzione nel caso *Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay*⁽⁴⁸⁾. Trattasi del mancato reintegro di quella comunità nel possesso di terre ancestrali, in spregio *inter alia* di quanto affermato dalla Costituzione dello Stato. Anche in questo caso la Corte giudica esservi stata violazione dell'art. 21 della Convenzione, ma nel suo ragionamento attribuisce importanza decisiva a considerazioni fondate sulla dimensione culturale della privazione subita dalla comunità indigena. Proprio per lo speciale carattere che assume il rapporto con la terra in quelle culture lo Stato, in caso di conflitto tra diritti delle comunità indigene ed altri diritti di natura privata, deve considerare realmente in gioco, sul primo versante, la salvezza dell'identità di tali popolazioni. Nel caso di specie, i diritti collettivi della comunità Yakye Axa prevalevano sui diritti (individuali) dei successivi proprietari⁽⁴⁹⁾.

Nella pronuncia resa nel caso *Masacre de Plan de Sánchez c. Guatemala* la Corte si spinge oltre. Il caso riguardava i massacri di popolazioni maya – identificate come nemico interno – compiuti dall'esercito guatemalteco durante la ultra trentennale guerra civile (1962-1996). In particolare quasi 300 persone (etnia achì) erano state sterminate il 18 luglio 1982 sul Plan de Sanchez; i superstiti avevano abbandonato quel territorio. Le lesioni dei diritti umani maya erano gravi e numerose, riguardando anche – per quanto qui soprattutto interessa – profili culturali quali il diritto alla libertà di religione (le vittime non avevano potuto essere sepolte secondo i rituali tradizionali) e di espressione. La Corte si era interessata particolarmente delle violazioni dei diritti all'identità culturale del gruppo etnico collettivamente inteso; donde, in aggiunta ad altre forme di riparazione, l'obbligo imposto al Guatemala di prendere misure volte specificamente al ristabilimento della cultura maya achì. Con una interpretazione coraggiosa del proprio ruolo, la Corte giunge dunque a porre con chiarezza la questione del genocidio culturale, pur se il diritto internazionale pattizio non fa a tutt'oggi spazio a tale nozione⁽⁵⁰⁾.

7. Meritano ancora di essere richiamate, in ambito regionale, alcune decisioni della Comunità Andina volte alla tutela delle risorse naturali e soprattutto del patrimonio genetico regionale e quindi, *inter alia*, alla protezione delle conoscenze tradizionali indigene. In particolare le Decisioni della Commissione 344/1993, 391/1996 e 486/2000 stabiliscono che le campagne di bioprospettiva condotte da enti stranieri debbano venire autorizzate dalle apposite autorità nazionali competenti di ciascuno Stato parte della Comunità⁽⁵¹⁾. In tale logica

apposite disposizioni delle *Decisioni 344/1993 e 391/1996* vincolano gli Stati a riconoscere i diritti delle comunità indigene (come pure afroamericane e, in genere, "locali") sui prodotti, le innovazioni e le pratiche tradizionali legate alle risorse genetiche ed ai loro derivati (in particolare Dec. 391/96, art. 7). L'ultima Decisione, la 486/2000, obbliga i richiedenti un brevetto fondato su invenzioni ottenute tramite sfruttamento di risorse genetiche e/o prodotti derivati in uno Stato andino, a presentare copia del contratto di accesso (con le autorità statali) e del contratto con le comunità detentrici delle conoscenze tradizionali associate (art. 26 lett. i). Il carattere innovativo della prassi messa in atto dalla Comunità Andina ha portato la dottrina a parlarne, con enfasi, come di un autentico "laboratorio normativo"⁽⁵²⁾; va da sé, peraltro, che la debolezza politica dell'esperimento, alla luce dei rischi di decomposizione che attraversano quella Comunità, riduce la valenza generale di tali profili innovativi⁽⁵³⁾.

Ancora, rilevano gli accordi bilaterali posti in opera dagli Stati Uniti sulla base dell'*Implementing Act* del 1983⁽⁵⁴⁾ della *Convenzione UNESCO di Parigi* del 1970; tali accordi, chiamati *Memorandum of Understanding* (MOU) sono stati conclusi, per quanto in particolare qui interessa, con Bolivia, Canada, El Salvador, Guatemala, Honduras, Messico, Perù, ed hanno ad oggetto la restituzione di beni culturali – da reperti precolombiani a manufatti tribali – sottratti a tali Paesi: in almeno uno di tali casi, quello della Bolivia, la restituzione interstatuale avviene con un attivo coinvolgimento delle popolazioni indigene. Il MOU concluso tra Stati Uniti e Canada differisce peraltro alquanto dagli altri, avendo ad oggetto piuttosto la restituzione reciproca tra i due Paesi di beni culturali e resti umani trasportati da uno Stato all'altro⁽⁵⁵⁾.

8. A livello nazionale, leggi sulla protezione dell'identità delle popolazioni indigene sono state emanate nella quasi totalità degli Stati del continente americano. In vari di questi, anzi, la protezione di tali popolazioni ha rango costituzionale. È quanto è avvenuto in Brasile, con l'art. 231 della Costituzione approvata il 5 ottobre 1988, in base al quale «social organization, customs, languages, creeds and traditions of Indians are recognized, as well as their original rights to the lands they traditionally occupy»⁽⁵⁶⁾; analogamente in Argentina⁽⁵⁷⁾ e in Paraguay⁽⁵⁸⁾. In Messico, a seguito della riforma del 2001, l'art. 2 della Costituzione stabilisce che la nazione messicana è singola, indivisibile, multiculturale e originariamente fondata sui suoi popoli indigeni⁽⁵⁹⁾. Ancora più significativa è la recente Costituzione dell'Ecuador che, nel rispetto dell'ordine pubblico e dei diritti umani (individuali), all'art. 84 par. 4 fa salva una serie di diritti collettivi dei popoli indigeni, in particolare il diritto di «mantener, desarrollar y fortalecer su identidad y tradiciones en lo espiritual, cultural, lingüístico, social, político y

económico», nonché il diritto a venire consultati nei progetti, in particolare di bioprospezione, che li coinvolgono⁽⁶⁰⁾. L'art. 124 della Costituzione venezuelana del 1999 garantisce e protegge, sia pure con formula alquanto vaga, «le proprietà intellettuali collettive» delle popolazioni indigene⁽⁶¹⁾. Anche in Colombia la Costituzione del 1991 fornisce, agli artt. 171 e 176, uno speciale *status* costituzionale alle comunità indigene (anche a fini di partecipazione al meccanismo politico-elettorale)⁽⁶²⁾.

Quanto al Canada, con la *Carta dei Diritti e delle Libertà* e con il *Constitution Act*, entrambi del 1982⁽⁶³⁾, questo Stato ha definitivamente riconosciuto il carattere multi-etnico e multiculturale della propria popolazione⁽⁶⁴⁾. A tal fine l'art. 35 par. 2 del *Constitution Act* usa l'espressione «aboriginal peoples», distinguendo al loro interno tra Indiani, Inuit e Meticci. Di più, l'art. 35 par. 1 del *Constitution Act* attribuisce copertura costituzionale ai Trattati a suo tempo conclusi dal governo centrale con le tribù⁽⁶⁵⁾.

Nella gran parte degli altri Stati del continente, anche in assenza di specifiche disposizioni costituzionali, esistono comunque normative nazionali a protezione dell'identità culturale indigena⁽⁶⁶⁾. Gli stessi Stati Uniti presentano, con la *Federal Indian Law*, un corpus creato da «treaties, statutes, executive orders, court decisions and administrative action» di grande spessore⁽⁶⁷⁾. Fanno eccezione l'Uruguay, in cui non esisterebbero minoranze indigene, e il Cile, che persegue tuttora una politica di rigida assimilazione: le speranze di maggior attenzione ai profili identitari delle popolazioni indigene del Cile, speranze che avevano a suo tempo accompagnato l'avvento della presidente Bachelet, sono andate deluse⁽⁶⁸⁾.

9. I diversi ordinamenti presi in considerazione – quello internazionale, nella dimensione universale come in quella regionale⁽⁶⁹⁾, e quello interno degli Stati (fino a questo punto dell'analisi, americani) – presentano una linea di tendenza univoca: è quanto sembrerebbe suffragare il formarsi di una norma di diritto internazionale generale in relazione alla protezione dell'identità culturale dei popoli indigeni. È il momento allora di fare chiarezza.

Non vi è dubbio che, ove si consideri la campagna di periferizzazione delle loro esigenze, di disprezzo e di assimilazione forzata, quando non di sterminio, di cui i popoli indigeni sono stati oggetto nel tempo e nei diversi continenti, oggi si è sicuramente imposta la necessità del riconoscimento dei diritti degli individui appartenenti a tali comunità, così come la consapevolezza del fatto che si tratta di gruppi, di norma, particolarmente svantaggiati, necessitanti dunque di una tutela rinforzata rispetto a quella di cui godono genericamente le mino-

ranze. Si può quindi convenire circa il formarsi di una norma che impone il riconoscimento per i popoli indigeni di diritti umani individuali, per così dire, rinforzati, nonché di quei diritti umani che, pur rimanendo strutturalmente individuali, presentano inevitabilmente una valenza anche collettiva, primo fra tutti quel diritto di non discriminazione fondato sull'art. 27 del *Patto sui Diritti Umani*, nel quale la dottrina fa già rientrare da tempo il principio di non assimilazione (divieto di discriminazione negativa). Fino a questo punto, non vi sono problemi.

Peraltro i gruppi e le comunità indigene sono riuscite, nell'ultimo periodo, a raggiungere sulla scena internazionale due risultati politici di ben maggiore portata: a sganciarsi, per così dire, dall'opprimente commistione con le minoranze nazionali, facendo nel contempo valere la dimensione senz'altro collettiva del diritto all'identità culturale⁽⁷⁰⁾. È questo il livello su cui si colloca la Dichiarazione del 2007, rinfrancata dal convergere nel 2009 non solo di Samoa e Colombia (che si erano allora astenute) ma soprattutto dell'Australia⁽⁷¹⁾; è questo in particolare il livello su cui si attesta la prassi degli organi di controllo interamericani. Proprio la Commissione Interamericana, portando alle più rigorose conseguenze la giurisprudenza della Corte, ha affermato l'avvenuta formazione negli ultimi anni di una norma di diritto internazionale generale che prevede l'esistenza di determinati diritti collettivi in capo ai popoli indigeni: tali, tra gli altri, il diritto al riconoscimento delle diverse e specifiche forme di proprietà, uso e controllo della terra e delle risorse e, nel caso tali diritti precedessero la formazione dello Stato, il diritto a che lo Stato riconosca l'esistenza di tali diritti, e che questi possano essere persi solo per reciproco consenso tra Stato e popolazioni indigene, comprensivo anche del diritto ad una «fair compensation» della perdita dei diritti di proprietà e utilizzo⁽⁷²⁾. Orbene, proprio la dimensione del recente successo politico complica il quadro.

L'affermazione dall'esistenza di una norma consuetudinaria dalla portata tanto ampia desta invero perplessità⁽⁷³⁾. Anche accettando la velocizzazione del formarsi di regole consuetudinarie nell'attuale contesto internazionale⁽⁷⁴⁾, una presa di posizione da parte di un organo regionale non può essere considerata, da sola, sufficiente ad accertare l'avvenuto formarsi di una consuetudine; a tal fine è richiesto un puntuale riscontro nella prassi degli Stati. Nel caso che qui interessa, tale controllo comporta la preliminare soluzione di una difficoltà relativa alla nozione di popoli (o comunità, gruppi) indigeni; ciò per l'evidente motivo che una regola consuetudinaria può dirsi «universalmente riconosciuta soltanto se essa risulti seguita non soltanto da un adeguato numero di Stati, ma anche dai principali gruppi di Stati interessati alla regola stessa»⁽⁷⁵⁾.

Orbene, solo pochi anni fa il Relatore Speciale (cubano) del GLPI Alfonso Martínez poteva sostenere, nel suo rapporto sugli accordi tra Stati e popoli indigeni, autorevolmente spalleggiato da Cina e India⁽⁷⁶⁾, che la nozione di popolo indigeno si applicherebbe ai soli popoli sopravvissuti alla conquista europea, con la conseguenza che in Africa e in Asia non vi sarebbero popoli indigeni ma solo 'normali' minoranze etniche⁽⁷⁷⁾. In tal modo egli prendeva le distanze non solo dal rapporto Daes⁽⁷⁸⁾, ma anche dallo studio del primo Relatore Speciale del GLPI, lo spagnolo Martínez Cobo⁽⁷⁹⁾, così come dalla nozione fornita dalla Convenzione OIL⁽⁸⁰⁾ e dalla Banca Mondiale⁽⁸¹⁾.

Certo, in pochi anni il cambiamento di atteggiamento a livello internazionale è stato apprezzabile, ma non completo. Di conseguenza, la *Dichiarazione sui Diritti dei Popoli Indigeni* del 2007 può, in ipotesi, fornire indicazioni circa il formarsi di una o più norme generali a tutela dell'identità culturale di tali comunità solo con riferimento alla prassi di quelli, tra gli Stati sottoscrittori, che convengono sull'esistenza al proprio interno di tali popoli e si regolano di conseguenza, non certo in relazione al comportamento di quegli Stati che ritengono, a torto o ragione, di non avere simili problemi. Di converso, esistono Stati che riconoscono e di conseguenza affrontano il problema della presenza di comunità indigene al proprio interno, ma contestano la logica che sottende la Dichiarazione Universale. È questo il caso degli Stati Uniti: la costante opposizione di quel governo al Progetto prima, e poi al testo definitivo, della Dichiarazione, sembra spesso non tenere conto della legislazione interna statunitense; quasi, per quello Stato, i principi pur riconosciuti a livello di ordinamento interno a favore delle comunità indigene non abbiano valenza internazionale⁽⁸²⁾.

Ancora, la Dichiarazione esprime *inter alia* la volontà degli Stati di impegnarsi a proteggere il patrimonio culturale indigeno; tale protezione assume oggi una dimensione internazionalmente vincolante per gli Stati che si sono impegnati con le *Convenzioni UNESCO* del 2003 e del 2005, anche alla luce delle procedure che tali strumenti comportano⁽⁸³⁾. E quindi, concludendo: va preso in esame il comportamento di quegli Stati che sul piano interno prevedano a livello legislativo (meglio se con disposizioni di carattere costituzionale) la protezione dei popoli indigeni dimoranti nei propri confini, ed a livello internazionale abbiano accompagnato la firma della Dichiarazione con la ratifica delle *Convenzioni UNESCO* (soprattutto quella del 2003), con conseguente assunzione di obblighi a livello internazionale.

Tra gli Stati che, al di fuori delle Americhe, si sono dati normative a tutela dell'identità dei loro popoli indigeni, spiccano, per l'Europa, i Paesi nordici⁽⁸⁴⁾ e la Federazione russa⁽⁸⁵⁾. I primi hanno votato a favore della Dichiarazione, mentre

la Federazione russa si è astenuta, dopo aver addirittura votato contro in sede di Consiglio dei Diritti Umani⁽⁸⁶⁾. Quanto all'Africa, molti Paesi sub-sahariani si sono dati nell'ultimo quindicennio normative a favore dei popoli indigeni⁽⁸⁷⁾. Si tratta di Stati che hanno votato a favore della Dichiarazione 2007 o si sono astenuti (Nigeria, Burundi, Kenya), motivando in tal caso la loro posizione con le preoccupazioni indotte dal diritto all'autodeterminazione. La quasi totalità di tali Stati (comprendendo in tal caso anche gli Stati dell'Africa settentrionale islamica) ha ratificato le due Convenzioni UNESCO, o si accinge ad avviare le relative procedure. Più contraddittorio è il quadro asiatico: anche se vari Stati vanno riconoscendo la presenza di popoli indigeni al proprio interno e si sono dati normative *ad hoc*⁽⁸⁸⁾, pesa l'atteggiamento quanto meno ambiguo dei maggiori fra essi.

Si può allora anche convenire, a grandi linee, circa la tendenza sul piano internazionale a un riconoscimento dell'esistenza di un diritto (collettivo) all'identità culturale da parte dei popoli indigeni, fermo restando che tale diritto non solo non comprende un diritto all'autodeterminazione esterna, ma che lo stesso spazio concesso all'autodeterminazione interna risulta nel complesso blando; in particolare il diritto all'utilizzazione delle terre e delle risorse, o al risarcimento per quelle di cui tali popoli sono stati privati, non presenta manifestazioni di rilievo al di fuori del continente americano. Soprattutto, la *querelle* relativa alla nozione di popoli indigeni, la cui esistenza è tuttora negata, anche se in termini più sfumati rispetto ad un recente passato, in una parte rilevante del continente asiatico, limita ulteriormente l'ambito effettivo di tale riconoscimento.

10. Resta l'ipotesi di una consuetudine locale, o regionale; si è peraltro visto che alcuni Stati tra i più importanti del continente americano non sono assolutamente disposti a riconoscerne l'esistenza⁽⁸⁹⁾. La conferma, se mai ve ne fosse bisogno, viene dalle difficoltà incontrate dalla *Dichiarazione Americana sui Diritti dei Popoli Indigeni*, non ancora adottata malgrado il progetto risalga al 1989⁽⁹⁰⁾. Ma vi è di più: anche tra gli Stati parte alla *Convenzione Americana dei Diritti Umani*, sui quali incombe dunque in ogni caso l'obbligo di natura pattizia di uniformarsi alla giurisprudenza evolutiva della Corte Interamericana, tale procedimento è lungi dal potersi definire concluso. Non solo infatti continuano a verificarsi gravi episodi di violazione dei diritti dei popoli indigeni⁽⁹¹⁾ ma – tra gli Stati firmatari della Dichiarazione, e per giunta ratificanti delle *Convenzioni UNESCO 2003 e 2005* – ve ne è uno, il Cile⁽⁹²⁾, che non riconosce specifici diritti identitari alla propria popolazione indigena (pur di dimensioni non trascurabili: quasi il 5% del totale), e sta portando avanti un

progetto di riforma costituzionale accolto con furibonde critiche dai rappresentanti del popolo Mapuche⁽⁹³⁾.

11. Si è visto come l'art. 31 par. 2 della Dichiarazione chieda agli Stati di «adottare misure efficaci per riconoscere e salvaguardare l'esercizio» dei diritti proprietari sul *traditional knowledge* da parte dei popoli indigeni. Allo stato non si sono formate certe norme consuetudinarie in materia: si tratta, anzi, di un terreno, quello dei diritti di proprietà intellettuale *sui generis* applicabili ai popoli indigeni, su cui tuttora ferve il dibattito⁽⁹⁴⁾, e che non presenta allo stato soluzioni coerenti a livello internazionale. Gli esempi più interessanti vanno tuttora ricercati, oltre che in alcune Decisioni della Comunità Andina e di altri Stati dell'America meridionale⁽⁹⁵⁾, nella evoluzione legislativa della Nuova Zelanda⁽⁹⁶⁾ e dell'Australia⁽⁹⁷⁾. Soluzioni normative condivise a livello internazionale sono ancora allo studio⁽⁹⁸⁾.

Trattasi peraltro di una impasse su cui la *Convenzione UNESCO* del 2003 entra, per usare una metafora sportiva, a piedi uniti, provocando una dislocazione del problema. La Convenzione invero, seguendo le linee tracciate dal *Rapporto Blake*⁽⁹⁹⁾, opera una distinzione netta tra la salvaguardia/valorizzazione del patrimonio culturale intangibile (comprensivo anche delle attività culturali) a monte, di sua competenza, e la questione degli eventuali diritti proprietari, a valle. La scelta in questione non aveva convinto del tutto la dottrina, stante anche la difficoltà di distinguere rigidamente le due fasi. Già nel momento dell'individuazione delle espressioni culturali intangibili degne di apparire nella *Lista del Patrimonio Culturale Mondiale* (e prima negli elenchi nazionali) si pongono infatti questioni proprietarie di rilievo: quelle relative ai diritti sul materiale fotografico e audiovisivo (ma anche mappe, libri, ecc.) che vengono presentati ai fini del riconoscimento. Va da sé che, trattandosi di patrimonio culturale intangibile, la questione dei diritti sul materiale documentario ha importanza ben maggiore di quella che riveste in altre ipotesi. Orbene, il fatto che il sistema convenzionale sia intanto comunque decollato, con le sue soluzioni, modifica il quadro, ed influisce, con la forza dei fatti compiuti, sul tema dei diritti di proprietà intellettuale. E ciò sotto vari profili.

Il primo riguarda la base filosofica, per così dire, della Convenzione: questa, sulla scia del programma *Living Human Treasures*⁽¹⁰⁰⁾, privilegia la tutela dei portatori di conoscenze e di abilità sulla tutela della loro opera (prodotto); si tratta di una costruzione giuridica di derivazione orientale, certo interessante, ma aliena alla tradizione dei diritti di proprietà intellettuale maturati in occidente, e la cui incidenza su tale tradizione è ancora da decifrare.

Il secondo profilo che viene in rilievo riguarda la soluzione data ai profili proprietari sul materiale presentato: si tratta di una cessione irrevocabile (sia pure su base non esclusiva) all'UNESCO, senza limiti territoriali, di tutti i diritti sulla documentazione che, nel caso della *Lista sul Patrimonio in Pericolo*, fa spazio anche alle licenze *Creative Commons*⁽¹⁰¹⁾. Gli effetti di tale soluzione sono tutti da valutare.

Il terzo profilo è una conseguenza di quanto appena osservato. Tra le manifestazioni che caratterizzano, in maniera indifferenziata, l'identità culturale indigena, quelle su cui incidono i due profili su esposti sono soprattutto le manifestazioni legate alla salvaguardia del patrimonio e alle attività artistico-rituali intangibili (il cosiddetto *folklore*), mentre altri aspetti di tale identità vengono solo sfiorati: *genetic resources*, piante e procedimenti, conoscenze mediche e scientifiche⁽¹⁰²⁾. Tale biforcazione potrebbe, ad esempio, portare ad una moltiplicazione degli sforzi tesi ad individuare soluzioni proprietarie accettabili a livello internazionale in direzione del secondo aspetto⁽¹⁰³⁾.

L'ultimo profilo su cui si vuole attirare l'attenzione chiama invece pesantemente in causa il punto di maggior debolezza della Convenzione del 2003. Questa tenta di garantire ad un tempo l'accesso alle conoscenze dei popoli indigeni e il diritto di questi alla riservatezza⁽¹⁰⁴⁾. In realtà sembra dare per scontato che ciò che i popoli indigeni vogliono sia il controllo sullo (o la partecipazione allo) sfruttamento economico delle loro conoscenze tradizionali; molto spesso però ciò che i portatori di tali conoscenze vogliono è il mantenimento puro e semplice della dimensione del segreto. Da questo punto di vista non solo la Convenzione è di scarsa utilità, ma la soluzione data ai profili proprietari potrebbe forse contribuire a innescare un processo di sgretolamento dell'aura sacrale e riposta che accompagna determinate manifestazioni dell'identità culturale indigena, e che è addirittura essenziale per la loro sopravvivenza⁽¹⁰⁵⁾.

Note

- (1) Per prime informazioni: ANAYA J., 2004, *Indigenous Peoples in International Law*, II. Ed., Oxford University Press, Oxford; ANAYA J., 2006, *The Human Rights and Indigenous Peoples*, pp. 593-617, in Felipe GÓMEZ ISA - Koen de FEYTER (eds.), *International Protection of Human Rights. Achievements and Challenges*, HumanitarianNet, Denver e Bilbao; BARSH R.L., 1986, *Indigenous Peoples: An Emerging Object of International Law*, "American Journal of International Law", 80, 1986, pp. 369-385; BROWNIE I., 1992, *Treaties and Indigenous Peoples*, Clarendon Press Oxford, Oxford; DETTER I., 1966, *The Problem of Unequal Treaties*, "International and Comparative Law Quarterly", 15, pp. 1069-1089;

- HANNUM H., 1988, *New Developments in Indigenous Rights*, "Virginia Journal of International Law", 28 (1), 1988, pp. 649-678; PISILLO MAZZESCHI R., 2008, *La normativa internazionale a protezione dei popoli indigeni*, pp. 19-31, in A.L. PALMISANO - P. PUSTORINO (a cura di), *Identità dei popoli indigeni: aspetti giuridici, antropologici e linguistici*, Quaderni IILA, Serie economica n. 35, Roma; PUSTORINO P., *Cenni introduttivi alla protezione internazionale e interna dei popoli indigeni*, in A.L. PALMISANO - P. PUSTORINO (a cura di), *Identità dei popoli indigeni: aspetti giuridici, antropologici e linguistici*, Quaderni IILA, Serie economica n. 35, Roma, pp. 15-16; WOLFRUM R., 1999, *The Protection of Indigenous Peoples in International Law*, "Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht", 59, 1999, pp. 369-382.
- (2) Si parla non a caso di "culture olistiche". Esiste quindi un problema di paradigma culturale di cui lo studioso occidentale deve sempre avere contezza. Si veda *Human Rights of Indigenous Peoples. Report on the seminar on the Draft principles and Guidelines for the protection of the Heritage of the Indigenous Peoples, Annex 1. Principles and Guidelines* (Ginevra, 28 febbraio-marzo 2000). Rapporto del Relatore Speciale E.-I. DAES (E/CN.4/Sub.2/2000/26 del 19 giugno 2000).
- (3) La stessa meditata rinuncia a misurarsi, inizialmente, con la nozione di "popoli indigeni", costituisce una spia del permanere di gravi problemi, di origine risalente, che a tutt'oggi non hanno trovato adeguata soluzione. Per un primo quadro introduttivo al problema v. comunque SANDERS D., 1999, *Indigenous Peoples: Issues of Definition*, "International Journal of Cultural Property", 8, 1999, pp. 4-13. Si veda oltre, par. 9.
- (4) Momento decisivo nella crescita di tale movimento è il rapporto presentato a nome del Gruppo di Lavoro sui Popoli Indigeni (v. oltre, par. 9) dalla relatrice Daes. Si veda DAES E.-I., 1997, *Protection of the Heritage of Indigenous Peoples*, Study Series n. 10, UN, New York and Geneva. Sull'argomento si veda ZAGATO L., 2006a, *Tutela dell'identità e del patrimonio culturale dei popoli indigeni. Sviluppi recenti nel diritto internazionale*, pp. 35-65, in M.L. CIMINELLI (a cura di), *La negoziazione delle appartenenze: Arte, identità e proprietà culturale nel terzo e quarto mondo*, F. Angeli, Milano, e ZAGATO L., 2006b, *Appunti su traditional knowledge dei popoli indigeni e diritti di proprietà intellettuale*, pp. 75-96, in M.L. CIMINELLI (a cura di) *La negoziazione delle appartenenze: Arte, identità e proprietà culturale nel terzo e quarto mondo*, FrancoAngeli, Milano.
- (5) *Convention n. 169 Concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries*, del 27 giugno 1989, www.ilo.org/ilolex/english/convdisp2.htm. L'unico richiamo diretto all'identità culturale si trova all'art. 5, che fa riferimento alla protezione di «customs, traditions and values» di tali popoli. La Convenzione in esame sostituisce la *Convention n. 107 Concerning the Protection and Integration of Indigenous and Other Tribal and Semi-Tribal Populations in Independent Countries*, del 26 giugno 1957, ispirata ad una logica di mera assimilazione. www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm.
- (6) *Patto Internazionale relativo ai Diritti Civili e Politici* adottato a New York il 16 dicembre 1966, entrato in vigore sul piano internazionale il 23 marzo 1976, www.unhcr.ch/html/menu3/b/a_ccpr.htm, e *Patto Internazionale relativo ai Diritti Economici, Sociali e Culturali*, adottato a New York il 16 dicembre 1966, entrato in vigore sul piano internazionale il 3 gennaio 1976. Di entrambi sono parte 193 Stati. Per prime informazioni: PINESCHI L., 2006, *Il Patto delle Nazioni Unite sui Diritti Civili e Politici*, e *Il Patto delle Nazioni Unite sui Diritti Economici, Sociali e Culturali*, pp. 129-147, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani: norme, garanzie, prassi*, Giuffrè, Milano.
- (7) Definita come il diritto in base al quale i popoli «decidono liberamente del loro statuto politico e perseguono liberamente il loro sviluppo economico, sociale e culturale». Sulla nozione di autodeterminazione in diritto internazionale: ARANGIO-RUIZ G., 1988a, *Autodeterminazione (diritto dei popoli alla)*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. IV, Istituto

- della Enciclopedia Italiana, Roma; CASSESE A., 1994, *Self-Determination Revisited*, pp. 229-240, in Manuel RAMA-MONTALDO (dir.) *El derecho internacional en un mundo en transformación - Le droit international dans un monde en transformation - International Law in an evolving world, Liber amicorum, en homenaje al profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Fundación de Cultura Universitaria, España; PALMISANO G., 1996, *L'autodeterminazione interna nel sistema dei patti sui diritti dell'uomo*, "Rivista di Diritto internazionale", vol. LXXIX, fasc. 2, pp. 365-413; PALMISANO G., 1997, *Nazioni Unite e autodeterminazione interna - Il principio alla luce degli strumenti rilevanti dell'ONU*, Giuffrè, Milano; SALERNO F., 2008, *Diritto internazionale. Principi e norme*, CEDAM, Padova, pp. 55-70.
- (8) In base a tale disposizione, gli individui appartenenti a minoranze etniche, religiose o linguistiche «non possono essere privati del diritto ad avere una vita culturale propria, di professare e praticare la propria religione o di usare la propria lingua» in comune con gli altri membri del gruppo.
- (9) Quest'ultimo stabilisce l'obbligo per gli Stati di riconoscere ad ogni individuo, *inter alia*, il diritto a partecipare alla vita culturale e a godere dei benefici «del progresso scientifico e della sua applicazione».
- (10) Sul buon diritto dei popoli indigeni all'autodeterminazione (interna) si sofferma la Relatrice Speciale Daes, osservando come questi non siano mai stati presi in considerazione nei processi di *State-building*. A tale diritto si affianca un dovere degli Stati «to accommodate the aspirations of indigenous peoples through constitutional formulas designed to share power democratically». DAES E.-I., 1993, *Some Considerations on the Rights of Indigenous Peoples to Self-Determination*, "Transnational Law and Contemporary Problems", 3 (1), pp. 8-9.
- (11) *Convention on Biological Diversity*, adottata a Rio il 5 giugno 1992 nel corso della Conferenza delle Nazioni Unite sull'Ambiente e lo Sviluppo, ed entrata in vigore sul piano internazionale il 29 dicembre 1993. Lo strumento è stato integrato dal *Cartagena (Biosafety) Protocol* del 29 gennaio 2000.
- (12) *Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage*, Parigi, 17 ottobre 2003, entrata in vigore sul piano internazionale il 20 aprile 2006, www.portal.unesco.org. Si veda ZAGATO L., 2008a, *La Convenzione sulla Protezione del Patrimonio Culturale Intangibile*, pp. 27-70, in L. ZAGATO (a cura di), *Le identità culturali nei recenti strumenti UNESCO. Un approccio nuovo alla costruzione della pace*, CEDAM, Padova. Si veda anche CIMINELLI M. L., 2008, *Salvaguardia del patrimonio immateriale e possibili effetti collaterali: etnogenesi ed etnomimesi*, pp. 99-122, in ZAGATO L. (a cura di), *Le identità culturali nei recenti strumenti UNESCO. Un approccio nuovo alla costruzione della pace*, CEDAM, Padova; e GOLDONI D., 2008, *Gli indigeni, noi, la pace. Una critica dei concetti di cultura nelle Convenzioni UNESCO*, pp. 71-98, in ZAGATO L. (a cura di), *Le identità culturali nei recenti strumenti UNESCO. Un approccio nuovo alla costruzione della pace*, CEDAM, Padova.
- (13) *Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*, entrata in vigore sul piano internazionale il 18 marzo 2007, www.porta.unesco.org. Si veda GATTINI A., 2008, *La Convenzione UNESCO sulla Protezione e Promozione della Diversità Culturale e regole WTO*, pp. 159-190, in ZAGATO L. (a cura di), *Le identità culturali nei recenti strumenti UNESCO. Un approccio nuovo alla costruzione della pace*, CEDAM, Padova; e PINESCHI L., 2008, *Convenzione sulla Diversità Culturale e diritto internazionale dei diritti umani*, pp. 191-208, in ZAGATO L. (a cura di), *Le identità culturali nei recenti strumenti UNESCO. Un approccio nuovo alla costruzione della pace*, CEDAM, Padova.
- (14) Si veda oltre, par. 9. In ogni caso, l'espressione "popoli indigeni" compare nel Preambolo della Convenzione, al sesto Considerando, che riconosce l'importanza delle comunità

- indigene per «la promozione, salvaguardia, mantenimento e rielaborazione» del patrimonio culturale intangibile, contribuendo in tal modo ad arricchire la diversità culturale e la creatività umana. Lo fa peraltro cautamente, nominando «comunità, in particolare comunità indigene, gruppi e individui». E solo di «comunità, gruppi e individui» si parla nel successivo testo dello strumento.
- (15) Si veda oltre, par. 11.
- (16) Merita ancora di essere citata la *Convenzione UNDRIP* del 1995; questa, all'art. 3 par. 8, pone «a sacred or communally important cultural object belonging to and used by a tribal or indigenous community in a Contracting State as part of that community's traditional or ritual use» sullo stesso piano, ai fini della restituzione, dei beni culturali appartenenti a collezioni pubbliche. In entrambi i casi (come pure ove si tratti di reperti appartenenti a siti archeologici), l'azione di restituzione può essere avviata anche dopo superato il limite, altrimenti tassativo, dei tre anni da quando lo Stato richiedente abbia avuto notizia dell'attuale ubicazione del bene.
- (17) Istituito dall'Assemblea Generale delle NU con risoluzione 60/251 del 3 aprile 2006, UN Doc. A/Res/60/251.
- (18) Si veda il Rapporto inviato, in risposta ad una raccomandazione del *Permanent Forum on Indigenous Issues* delle Nazioni Unite, dall'Ufficio dell'Alto Commissario per i Diritti Umani delle Nazioni Unite, E/C.19/2008/4/Add.14 del 18 febbraio 2008. Si veda anche oltre, par. 9.
- (19) Si veda in particolare le Comunicazioni 167/1984, *Omiryak, Chief of the Lubikon Lake Band of Cree v. Canada* (Rts. Comm. A/45/40, Vol. II, Annex IV A, par. 37.2) e n. 205/1986, *Grand Chief Donald Marshall v. Canada*.
- (20) *Concluding Observations of the Human Rights Committee. Canada*, 07/04/99, CCPR/C/79/Add. 105, par. 8; *United States of America*, 03/10/95, CCPR/C/79/Add. 50.
- (21) *International Convention on the Elimination of All Forms of racial Discrimination*, adottata a New York il 21 dicembre 1965 ed entrata in vigore sul piano internazionale il 4 dicembre 1969.
- (22) CERD, *General Recommendation XXIII(51) Concerning Indigenous Peoples*, adottata il 18 agosto 1997, al XVIII Meeting del Comitato. Il Comitato prende atto della situazione speciale in cui si trovano i popoli indigeni, più suscettibili di altre minoranze a prassi discriminatorie, richiedendo agli Stati parte di prendere misure speciali per proteggere i diritti tradizionali sulla terra e i «cultural patterns» di tali popolazioni.
- (23) CERD, *Decision 2(54) on Australia*, 18/03/99, A/54/18.
- (24) CERD, *Concluding Observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination: United States of America*, 14/08/2001. CERD/C/59/Misc. 17/Rev. 3, par. 21.
- (25) *Supra*, par. 4.
- (26) CADIN R., 2007, *L'evoluzione storico-giuridica del concetto di sviluppo nel diritto internazionale*, in Raffaele CADIN - Cristiana CARLETTI - Ersilia Grazia SPATFORA, *Sviluppo e diritti umani nella cooperazione internazionale. Lezioni sulla cooperazione internazionale per lo sviluppo umano*, G. Giappichelli Editore, Seconda edizione, Torino.
- (27) *Vienna Declaration and Programme of Action*, UN GAOR, World Conference on Human Rights, 48, «International Legal Materials», 1993, pp. 1661-1667. Sulla base dell'art. 20, gli Stati membri devono garantire piena partecipazione ad ogni aspetto della vita sociale alle comunità indigene, con particolare riguardo ai profili che più interessano dette comunità.

- (28) *Programme of the Activities for the International Decade of the World's Indigenous Peoples (1994-2004)*, allegato alla CA Resolution n. 50/157 del 21 dicembre 1994, GAOR, 50 Sessione, Suppl. N. 49 (Doc A/50/49).
- (29) *World Conference against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance*, Durban (Sudafrica), 31 agosto - 8 settembre 2001.
- (30) Ma si veda comunque, per i limiti intrinseci a tale Dichiarazione, specie al par. 43 (questo si limita a suggerire agli Stati il rispetto dei diritti dei popoli indigeni sulla terra «wherever possibile»), le critiche di STAVENHAGEN R., *Indigenous Issues. Human Rights and Indigenous Issues*, Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights and Fundamental Freedoms of the Indigenous Peoples, Doc. E/CN.4/2002/97.
- (31) Ancora, va ricordato come la Banca Mondiale abbia avviato un proprio programma a favore dei popoli indigeni, emanando al riguardo una Direttiva operativa, che tra l'altro individua una propria nozione di popolo indigeno (v. oltre). THE WORLD BANK, *Operational Directive (Op) 4.20 of September 1991*, The World Bank Operation Manual, vol. II. <http://hei.unige.ch/~clapham/hrdoc/docs/WBOD4.20.htm>. Tale Direttiva prevede anche la creazione di Panel d'ispezione incaricati di controllare l'eventuale violazione dei diritti di comunità indigene nel corso di Progetti finanziati dalla Banca stessa; il Panel presenta rapporti annuali e, pur privo di poteri vincolanti, può indicare le misure necessarie perché la Banca ponga fine a lesioni di diritti delle popolazioni indigene. È quanto avvenuto con il Rapporto relativo al periodo 1 luglio 2007-30 giugno 2008, che prendeva in esame alcune concessioni forestali nella Repubblica Democratica del Congo, e l'amministrazione di terre in Honduras; ciò, in entrambi i casi, in seguito a domande presentate da ONG in rappresentanza di popolazioni indigene - rispettivamente Pignei e Garifuna - coinvolte dalle conseguenze di tali progetti. V. sull'argomento: SARFATY G., 2005, *The World Bank and the Internationalization of Indigenous Rights Norms*, «Yale Law Journal», Vol. 114, May 2005, pp. 1791-1818 e TRAMONTANA E., 2009, *Diritti delle popolazioni indigene e controllo delle operazioni della Banca Mondiale in alcune recenti decisioni del Panel d'ispezione*, «Diritti umani e diritto internazionale», vol. 3, n. 2, 2009, pp. 456-461.
- (32) *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, approvata dall'Assemblea Generale delle NU il 27 settembre 2007 (A/61/L.67). Per primi commenti ERRICO S., 2007, *La Dichiarazione delle Nazioni Unite sui Diritti dei Popoli Indigeni*, «Diritti umani e diritto internazionale», Fascicolo 1, p. 167 ss. e ZAMBRANO V., 2009, *La Dichiarazione delle Nazioni Unite sui Diritti dei Popoli Indigeni*, «La Comunità internazionale», Vol. LXIV, 2009, pp. 55-80.
- (33) *Draft United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Report of the Working Group on Indigenous Peoples, adopted by the Commission on Human Rights, Sub-commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, 45 Session, il 26 agosto 1994, in *International Legal Materials*, 1995, p. 5451 ss.
- (34) Il Progetto era stato approvato il 29 giugno 2006, nella prima sessione del nuovo organo istituito il 3 aprile dello stesso anno (Ris. 60/251, UN. Doc. A/Res/60/251).
- (35) Per una ricognizione d'insieme sul trattamento delle comunità indigene in tali paesi, MAZZA M., 2004, *La protezione dei popoli indigeni nei Paesi di common law*, CEDAM, Padova.
- (36) L'art. 12 par. 2, in particolare, chiede agli Stati di adoperarsi per «rendere possibile l'accesso e/o il rimpatrio degli oggetti cerimoniali e delle salme in proprio possesso attraverso meccanismi equi, trasparenti ed efficaci, sviluppati di concerto con i popoli indigeni interessati». Proprio l'insistenza sulla necessità di consultazione e cooperazione in buona fede tra governi e popolazioni indigene costituisce d'altra parte un profilo espresso con molta maggior chiarezza nel testo finale della Dichiarazione rispetto al Progetto. Anche l'art. 13 pone più chiaramente dell'art. 12 del progetto il diritto delle Comunità indigene a «rivi-

talizzare, utilizzare, sviluppare e trasmettere alle generazioni future la loro storia, lingue, tradizioni orali, filosofia" etc. Sul nesso tra lingua e tutela del patrimonio intangibile si veda ZAGATO L., 2009, *Il ruolo della lingua nella costruzione (mantenimento e sviluppo) delle identità culturali. Riflessione alla luce dei nuovi strumenti UNESCO*, pp. 229-254, in M. CERMEL (a cura di), *Le minoranze etnico-linguistiche in Europa tra Stato nazionale e cittadinanza democratica*, CEDAM, Padova.

- (37) Soprattutto per quanto riguarda il diritto all'autodeterminazione, di cui l'autonomia e l'autogoverno costituiscono tratti caratterizzanti. Ciò è espresso agli artt. 3 e 4 della Dichiarazione in termini ben più netti che all'art. 31 del Progetto. Lo stesso va detto per gli artt. 26 (possesso, uso e controllo di terre e risorse), 27 e, soprattutto, 28. Alla stregua di quest'ultimo, i popoli indigeni hanno diritto a «una forma di risarcimento, sotto forma di restituzione o, quando questo non sia possibile, di una giusta, congrua ed equa compensazione per le terre, territori e risorse che hanno tradizionalmente posseduto».
- (38) Si veda art. 24 par. 1, in base al quale i popoli indigeni hanno diritto «alle proprie medicine tradizionali ed a mantenere le proprie pratiche sanitarie, compresa la conservazione di piante, animali e minerali medicinali di importanza vitale». Del pari nuovo è l'obbligo da parte degli Stati di conformare l'esercizio dei diritti garantiti dalla Dichiarazione agli obblighi scaturiti dal diritto internazionale dei diritti umani.
- (39) Ivi comprese «le risorse umane e genetiche, le sementi, le medicine, la conoscenza delle proprietà della fauna e della flora, le tradizioni orali, la letteratura, gli stili».
- (40) La parte finale del par 1 ha dovuto essere riportata in inglese perché omessa (*sic!*) dalla versione italiana. Il successivo par. 2 prevede che «di concerto con i popoli indigeni, gli Stati adotteranno» misure efficaci per riconoscere e salvaguardare l'esercizio dei suddetti diritti.
- (41) Si veda oltre, par. 11.
- (42) Questo faceva riferimento al «collective and individual right not to be subject to ethnocide and cultural genocide», con riferimento, oltre ai trasferimenti forzati di popolazione e allo spossamento di terre e risorse, alle azioni volte a privare i popoli indigeni della loro riconoscibilità come popoli «distinti», e ad ogni forma di assimilazione o integrazione in altre culture, imposte in via legislativa o amministrativa.
- (43) *American Convention on Human Rights*, 22 Novembre 1969, OAS Treaty Series N. 36, entrata in vigore a livello internazionale il 18 luglio 1978.
- (44) All'esame erano gli effetti delle concessioni petrolifere nell'area amazzonica di quel Paese. Si veda Inter-American Commission on Human Rights, *Report on the Situation of Human Rights in Ecuador*, OAS Doc. OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10, del 24 aprile 1997.
- (45) Corte Inter-americana dei Diritti dell'Uomo, 31 agosto 2001, *Case of the Magagna (Sumo) Community of Ayas Tingi v. Nicaragua*, (Ser. C) N. 79 (2001).
- (46) Corte Inter-americana dei Diritti dell'Uomo, 31 agosto 2001, *Case of the Magagna (Sumo) Community of Ayas Tingi v. Nicaragua*, (Ser. C) N. 79 (2001), parr. 143-144.
- (47) Corte Inter-americana dei Diritti dell'Uomo, 31 agosto 2001, *Case of the Magagna (Sumo) Community of Ayas Tingi v. Nicaragua*, (Ser. C) N. 79 (2001), par. 151. Da notare che la Corte fa esplicito riferimento alla *Convenzione ILO n. 169* e alla stessa *Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali: Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali* (CEDU), adottata a Roma il 4 novembre 1950, entrata in vigore a livello internazionale il 3 settembre 1953, www.coe.int. Nel caso *Mary and Carrie Dann v. United States*, la Commissione Interamericana, dal canto suo, si rifarà alla giurisprudenza della Corte sul caso *Ayas Tingi* al momento di interpretare l'art. XXII della *Dichiarazione Americana dei Diritti e*

Doveri dell'Uomo; American Declaration on the Rights and Duties of Men, adottata alla nona Conferenza Internazionale degli Stati Americani (30 marzo-2 maggio 1948), OAS Res. 30, OAS Doc. OEA/Ser.L/V/1.4, rev.: in un caso, cioè, riguardante i diritti alle loro terre degli Shoshoni occidentali (v. anche *supra*, par. 4). Case 11.140, *Report n. 113/01*, Inter-Am. CHR, OEA/Ser./V/II.114 Doc. 5 rev., 2001. Per un approfondimento, anche in relazione alla lunga "saga" degli Shoshoni occidentali, si veda ANWA J., 2006, *The Human Rights and Indigenous Peoples*, pp. 607-610, in Felipe GÓMEZ ISA - Koen de FEYTER (eds.), *International Protection of Human Rights. Achievements and Challenges*, HumanitarianNet, Denver e Bilbao.

- (48) Corte Interamericana dei Diritti dell'Uomo, 17 giugno 2005, *Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*, (Ser. C), n. 142 (2005).
- (49) In termini analoghi la Corte si pronuncia nel caso *Comunidad Moiwana v. Suriname* - pronuncia del 15 giugno 2005, Serie C n. 124. Anche in questo caso si trattava del massacro di una comunità appartenente a tale etnia compiuto dalle forze armate del Suriname; oltre a quella di altre disposizioni della Convenzione, la Corte riconosce una violazione dell'art. 21.
- (50) Per considerazioni sulla sentenza *Masacre de Plan de Sánchez*, accompagnate da riflessioni (giuridiche e storiche) sulla nozione di genocidio culturale, si veda SCOVAZZI T., 2008, *Bilan de recherches de la section de langue française du centre d'étude et de recherche de l'Académie*, pp. 162-169, in J. NAFZIGER - T. SCOVAZZI (eds.), *The Cultural Heritage of Mankind/Le patrimoine culturel de l'Humanité*, Hague Academy of International Law, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden.
- (51) Rispettivamente: Decisione 344/93, *Regime comune della proprietà industriale*. Decisione 391/1996, *Regime comune sull'accesso alle risorse genetiche* e Decisione 486/2000, *Regime comune della proprietà industriale*. www.comunidadandina.org/index.htm.
- (52) V. VEZZANI S., 2008, *Bioprospecting nelle Ande; considerazioni in merito alle decisioni 391/96 e 486/2000 della Comunità Andina*, p. 73, in PALMISANO A.L. - PUSTORINO P. (a cura di), *Identità dei popoli indigeni: aspetti giuridici, antropologici e linguistici*, Quaderni IILA, Serie economica n. 35, Roma. Si veda anche DA COSTA e SILVA E., 1995, *The Protection of Intellectual Property for Local and Indigenous Communities*, "European Intellectual Property Review", 17 (11), 1995, pp. 546-549.
- (53) La Comunità Andina comprendeva al suo sorgere Bolivia, Colombia, Ecuador, Perù e Venezuela. Quest'ultimo Stato è receduto dal 2006, mentre anche il Perù ha allentato i vincoli con gli altri Stati parte, nella prospettiva di un eventuale abbandono della Comunità.
- (54) *United States Convention on Cultural Property Implementing Act* (CPA), approvato dal Senato degli Stati Uniti il 12 gennaio 1983 - Public Law 97-446 (H.R. 4566), 96 Stat. 2329 - e successivamente emendato il 22 dicembre 1987 - Public Law 100-204 (H.R. 1777), 101 Stat. 1331. L'Act dà applicazione nell'ordinamento interno degli Stati Uniti alla Convenzione di Parigi del 1970. *Convention on the Means of Prohibiting and Preserving the Illicit Import, Export and Transit of Ownership of Cultural Property*, Parigi, 14 novembre 1970, in UNTS, vol. 823, p. 234 ss. Sui furibondi contrasti che accompagnarono e seguirono l'Act, v. l'attacco di MERRIMAN J., 1986, *Two Ways of Thinking of Cultural Property*, "American Journal of International Law", Vol. 80, No. 4. (Oct. 1986), pp. 831-855, ribadito dallo stesso autore (che prende di mira anche la Convenzione sulla Tutela del Patrimonio Intangibile e quella sul Patrimonio Subacqueo) in MERRIMAN J., 2005, *Cultural Property Internationalism*, "International Journal of Cultural Property", 12, 2005, pp. 11-39 e la ferma replica di PROTT L., 2005, *The International Movement of Cultural Objects*, "International Journal of Cultural Property", 12, 2005, pp. 225-248. Si veda anche oltre, nota successiva.

- (55) Sui MOU conclusi dagli Stati Uniti: COGGINS C., 1998, *United States Cultural Property Legislation: Observations of a Combatant*, "International Journal of Cultural Property", 7, 1998, pp. 52-687; COULEE F., 2000, *Quelques remarques sur la restitution interétatique des biens culturels sous l'angle du droit international public*, "Revue générale de droit international public", 2, 2000, p. 395; ZAGATO L., 2007, *La protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato all'alba del secondo Protocollo 1999*, Giappichelli, vol. 1, Torino, pp. 27-28 e 65-66; ZAGATO L., 2006, *Tutela dell'identità e del patrimonio culturale dei popoli indigeni. Sviluppi recenti nel diritto internazionale*, pp. 63-66, in M.L. CIMINELLI (a cura di), *La negoziazione delle appartenenze: Arte, identità e proprietà culturale nel terzo e quarto mondo*, F. Angeli, Milano. In generale, con il Memorandum gli SU si impegnano a restituire all'altra Parte i beni culturali presenti in una Lista allegata al Memorandum stesso, nel caso di importazione illecita negli SU: ciò a partire dalla pubblicazione della Lista nell'*Us Federal Register*. L'altra Parte si impegna a dotarsi, da quel momento, di una legislazione interna più incisiva a protezione del proprio patrimonio culturale.
- (56) <http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/const>.
- (57) L'art. 75 par. 17 della Costituzione argentina, introdotto nel 1994, dà ampio riconoscimento ai diritti collettivi (identitari) delle popolazioni indigene, riconoscimento che costituisce "il punto d'arrivo di un percorso di rivendicazione e di riconoscimento dei diritti indigeni", avviato dopo la fine della dittatura militare. Si veda ROSTI M., 2008, *L'esperienza normativa dei Paesi del Mercosur*, pag. 195, in PALMISANO A.L. - PUSTORINO P. (a cura di), *Identità dei popoli indigeni: aspetti giuridici, antropologici e linguistici*, Quaderni IILA, Serie economica n. 35, Roma. <http://www.senado.gov.ar/web/interconstruccion/cuerpo1.php>.
- (58) La Costituzione del 1989, introdotta dopo la fine della dittatura di Stroessner, dà ampio spazio ai diritti dei popoli indigeni, in particolare l'art. 140, che definisce lo Stato come multiculturale e bilingue (Castigliano e Guarani), e al Titolo V riconosce un'ampia gamma di diritti, individuali e collettivi, a questi popoli. Purtroppo la svolta politica è giunta dopo decenni di una politica di annientamento che ha messo a grave repentaglio il futuro delle popolazioni indigene. <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Paraguay/para1992.htm>.
- (59) A seguito di tale riforma, nel 2003 l'*Instituto Nacional Indigenista* si è trasformato nella *Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas*; lo stesso anno il Congresso ha emanato la *Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas*, con nascita dell'*Instituto Nacional de Lenguas Indígenas*. Malgrado ciò, la situazione dei popoli indigeni nel Messico è stata criticata dal Relatore Speciale Rodolfo Stavenhagen, cittadino messicano, nell'Addendum alla Relazione del 2004 (E/CN.4/2004/89/Add.2, del 23 dicembre 2003), che contiene anche critiche alla riforma costituzionale, non approfondibili in questa sede.
- (60) www.federalismi.it, n. 10 del 2009.
- (61) Costituzione Bolivariana del Venezuela, www.federalismi.it, n. 4 del 2010.
- (62) www.federalismi.it, n. 21 del 2009.
- (63) <http://laws.justice.gc.ca/en/charter/1.html#anchorbo-ga:1> e <http://laws.justice.gc.ca/eng/Const/9.html#anchors:7>.
- (64) La necessità di porre fine alla disastrosa politica di assimilazione forzata - «to kill the Indian in the child» era stato a lungo il progetto educativo (*sic!*) perseguito a livello governativo - è stata indicata a chiare lettere nel rapporto conclusivo (1996) della *Royal Commission on Aboriginal Peoples*, al termine dell'inchiesta iniziata nel 1991, riconoscon-

- do la specificità delle popolazioni cosiddette aborigene: «they are political and cultural groups with values and lifeways distinct from those of other Canadians»: Royal Commission on Aboriginal Peoples, *People to People, Nation to Nation*, Ottawa, 1996, X.
- (65) Sull'argomento: BENEDICT C.G., 1999, *The Status and Rights of Indigenous Peoples in Canada*, "Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht", Vol. 59, 4, 1999, pp. 405-442; BIRD J. - LAND L. - MACADAM M. (eds.), 2002, *Nation to Nation. Aboriginal Sovereignty and the Future of Canada*, Irwin Publishing, Toronto; CHECCHERINI E., 2008, *Il riconoscimento della Indigenous Difference nell'ordinamento costituzionale canadese*, pp. 79-116, in PALMISANO A.L. - PUSTORINO P. (a cura di), *Identità dei popoli indigeni: aspetti giuridici, antropologici e linguistici*, Quaderni IILA, Serie economica n. 35, Roma; ELLIOTT D., 1997, *Law and Aboriginal Peoples in Canada*, Captus Pr, 3th ed., New York; MASON A., 1997, *The Rights of Indigenous Peoples in Lands once Part of the Old Dominions of the Crown*, "The International and Comparative Law Quarterly", Vol. 46, No. 4 (Oct. 1997), pp. 812-830; MAZZA M. 2004, *La protezione dei popoli indigeni nei Paesi di common law*, CEDAM, Padova, pp. 63-121.
- (66) V. BUCHER S., 2008, *The Protection of Genetic Resources and Indigenous Knowledge - Disclosure of Origin of the International and Latin American Agenda*, "IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law", 39 (1), 2008, pp. 35-50. Si vedano anche i saggi di ROSTI M. 2008, *L'esperienza normativa dei Paesi del Mercosur*, p. 195, in PALMISANO A.L. - PUSTORINO P. (a cura di), *Identità dei popoli indigeni: aspetti giuridici, antropologici e linguistici*, Quaderni IILA, Serie economica n. 35, Roma; e di VEZZANI S. 2008, *Bioprospecting nelle Ande: considerazioni in merito alle decisioni 391/96 e 486/2000 della Comunità Andina*, p. 73, in PALMISANO A.L. - PUSTORINO P. (a cura di), *Identità dei popoli indigeni: aspetti giuridici, antropologici e linguistici*, Quaderni IILA, Serie economica n. 35, Roma. Oltre ai Paesi del Patto Andino che hanno dato applicazione alle due Decisioni della Commissione (*supra*, par. 8) - tra questi lo stesso Perù, con una legge del 2002 - va segnalata la *Biodiversity Law* della Costarica del 30 aprile 1998. www.conarefi.ucrac.cr/LeyBiodiversidad.htm. Anche Panama e Guatemala hanno leggi che, in modo diverso, tutelano l'identità culturale dei popoli indigeni: in una prospettiva più coerente con l'esempio andino il primo, più orientato alla tutela del patrimonio il secondo.
- (67) Sull'argomento: CLINTON Robert - NEWTON Nell Jessup - MONROE Price, 1991, *American Indian Law: Cases and Materials*, Michie, Charlottesville, VA, 3th ed.; FRICKEY P., 1999, *The Status and Rights of Indigenous Peoples in United States*, "Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht", numero V 59, pp. 384-404; GETCHES David H. - ROSENFELT Daniel M. - WILKINSON Charles F., 1998 [1979], *Cases and materials on Federal Indian Law*, West Publishing Co., 4th edition, U.S.; KRAKOFF S., 2008, *A Brief Introduction to Federal American Indian Law and Its Effects on American Indian Tribal Law*, pp. 169-185, in PALMISANO A.L. - PUSTORINO P., *Identità dei popoli indigeni: aspetti giuridici, antropologici e linguistici*, Quaderni IILA, Serie economica n. 35, Roma; MAZZA M. 2004, *La protezione dei popoli indigeni nei Paesi di common law*, CEDAM, Padova, pp. 133-214; SUGEE D., 1999, *Human rights and the cultural heritage of Indian tribes in the United States*, "International Journal of Cultural Property", 8:1, Cambridge University Press, pp. 48-76.
- (68) Più esattamente, nel 1993 il Congresso cileno ha approvato la *Ley 19.253 sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas (Ley Indígena)*, www.uta.cl/rmasma/patri_edu/PDF/LeyIndigena.PDF. Tale legge riconosce alle "etnie" (non popoli quindi) indigene solo limitati diritti. In seguito il Congresso ha autorizzato la ratifica della *Convenzione Oit. n. 169*. Si veda anche oltre, par. 10.
- (69) Anche gli organi dell'Unione Europea hanno agito al riguardo: tralasciando il primo e

generico intervento del Parlamento Europeo avvenuto con la *Resolution on the position of the World's Indians* del 1989, lo stesso organo è tornato più approfonditamente sul tema cinque anni dopo con la *Resolution on Action Required Internationally to Provide Effective Protection for Indigenous Peoples*, del 9 febbraio 1994 (Eur.Parl.Doc. P.V. 58(II) 1994. In seguito i diritti dei popoli indigeni sono stati inseriti da Consiglio e Commissione nella *European Initiative for Democracy and Human Rights*: il rispetto di tali diritti da parte degli Stati terzi costituisce un parametro ai fini della Politica di Cooperazione allo Sviluppo della UE.

- (70) Si veda il *Rapporto Daes* del 1996; si veda anche *Working Paper on the Relationship and Distinction between the Rights of the Persons Belonging to Minorities and Those of Indigenous Peoples*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2000/10. I due profili indicati si sovrappongono: è in quanto diritti individuali alla non discriminazione e all'inserimento all'interno di una società pluralistica che i diritti delle minoranze si distinguono dal diritto collettivo alla separazione, e quindi all'autodeterminazione, dei popoli indigeni. Si veda ZAMBRANO V., 2009, *La Dichiarazione delle Nazioni Unite sui Diritti dei Popoli Indigeni*, "La Comunità internazionale", Vol. LXIV, 2009, pp. 66 e ss.
- (71) Avvenuta il 3 aprile 2009, e accompagnata da una Comunicazione del ministro per gli Affari indigeni, Jenny Macklin, che esalta il significato storico della scelta di campo del nuovo governo laburista australiano, ma si preoccupa nel contempo di depotenziarne i possibili effetti deflagranti, echeggiando la Dichiarazione finale di Durban (*supra*, par. 5). Così, l'art. 1 sull'autodeterminazione rappresenterebbe solo «the entitlement of indigenous people to have control over their destiny and to be treated respectfully», e quindi a partecipare su una base di parità allo sviluppo della democrazia australiana. Nell'immediato gli unici effetti previsti sono, sul piano politico, la costituzione di un organo rappresentativo a livello nazionale dei popoli indigeni, con funzioni consultive, e l'impegno del governo federale a togliere di mezzo il *Racial Discrimination Act* ancora in vigore nel territorio del Nord. Resta peraltro il valore simbolico del gesto del 3 aprile 2009, accompagnato dal solenne riconoscimento del privilegio, per tutti gli australiani di oggi, di vivere «alongside the custodians of the oldest continuing cultures in the human history». V. Jenny Macklin, Minister for Families, Housing, Community Services and Indigenous Affairs, *Statement on the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Parliament House, Canberra, 3 April 2009.
- (72) Caso *Dann*, *supra*, nota 47, part. 129-130. È quanto porta la Commissione a dichiarare contrari ai diritti umani vari profili della prassi seguita dagli Stati Uniti in relazione ai popoli indigeni, in particolare l'estinzione dei diritti indigeni sulla terra senza necessità di adeguato indennizzo. A tale indirizzo si è ispirata la Corte Suprema del Belize nelle sentenze 18 aprile 2007 sui ricorsi n. 171/2007, *Maya Village of Santa Cruz* e n. 172/2007, *Maya Village of Conejo*. www.law.arizona.edu/depts/iplp/advocacy/maya_belize/documents/ClaimsNos171and172of2007.pdf. Si veda ERRICO S., 2008a, *L'ordinamento internazionale e il diritto dei popoli indigeni alle terre tradizionali: la decisione della Corte Suprema del Belize nei casi Maya Village of Santa Cruz e Maya Village of Conejo*, "Diritti umani e diritto internazionale", Vol. 2, N. 2, 2008, pp. 433-438.
- (73) Si veda ARANCIO-RUIZ G., 1988b, *Consuetudine internazionale*, in *Enciclopedia Giuridica*, VIII, Treccani, Roma, pp. 1-11; BAXTER R., 1970-I, *Treaties and Customs*, "Recueil des Cours", vol. 129; BROWNIE I., 2003, *Principles of Public International Law*, VI ed., Oxford University Press, Oxford, pp. 6-12; CONDORELLI L., 1989, *Consuetudine internazionale*, "Digesto delle discipline pubblicistiche", III, Torino, 1989, pp. 490-512; CONFORTI B., 2002, *Diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, VI ed., Napoli, pp. 35-43; GAJA G., 1986, *Principi generali di diritto (Diritto internazionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXV, Giuffrè, Milano, pp. 533 e ss.; PISILLO MAZZESCHI R., 1994, *Trattati e consuetudine nella codificazione del diritto internazionale*, "La Comunità internazionale", Vol. 49, pp. 196-

222; RONZITTI N., 2007, *Introduzione al diritto internazionale*, II ed., Giappichelli, Torino, pp. 154-160; SALERNO F., 1996, *Principi generali di diritto (Diritto internazionale)*, "Digesto delle discipline pubblicistiche", XI, p. 524 e ss.; SHELTON Dinah L., 2006, *Normative Hierarchy in International Law*, "American Journal of International Law", 100, p. 291 ss. Sul problema dell'esistenza di norme consuetudinarie di diritto umanitario in materia di protezione dei beni culturali, v. ZAGATO L., 2008b, *La protezione dei beni culturali nei conflitti armati: il rapporto tra diritto generale e accordo nel solco del secondo Protocollo 1999*, pp. 341-376, in Alberico GENTILI, *La salvaguardia dei beni culturali nel diritto internazionale* (Atti del Convegno Dodicesima giornata gentiliana, S. Cinesio, 22-23 settembre 2006), Milano.

- (74) Si veda CONDORELLI L., 1999, *Le azioni dell'ONU e l'applicazione del diritto internazionale umanitario: il Bollettino del Segretario Generale del 6 agosto 1999*, "Rivista di Diritto Internazionale", Vol. LXXXII, pp. 1051-1052. Cfr. anche SALERNO F. 2008, *Diritto internazionale. Principi e norme*, CEDAM, Padova, p. 133. In termini puntuali, ANAYA J. 2006, *The Human Rights and Indigenous Peoples*, p. 613, in Felipe GÓMEZ ISA - Koen de FEYTER (eds.), *International Protection of Human Rights. Achievements and Challenges*, HumanitarianNet, Denver e Bilbao, argomenta che, con l'avvento delle moderne istituzioni internazionali e lo sviluppo dei mezzi di comunicazione, «States and other relevant actors increasingly engage in prescriptive dialogue. Especially in multilateral settings, explicit communication may itself bring about a convergence of understanding and expectations about rules, establishing in those rules a pull toward compliance, even in advance of a widespread corresponding pattern of physical conduct». Al ragionamento va riconosciuta l'intuizione della centralità che, approfittando delle tecnologie della rete, le associazioni esponenziali dei popoli indigeni hanno saputo conquistare. Ma siamo ancora in una fase di difficoltosa costruzione di un quadro politico favorevole o dimentichiamo che la più importante Convenzione internazionale di questi primi anni del nuovo millennio (*supra*, par. 3) ha dovuto usare una locuzione per inserire nel patrimonio intangibile protetto quello dei popoli indigeni?
- (75) TREVES T., 2005, *Diritto internazionale: problemi fondamentali*, Giuffrè, Milano, p. 229; si veda anche PETROBON A., 2004, *Dalla Comity all'Opinio Juris: note sull'elemento psicologico nella formazione della consuetudine*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arancio-Ruiz*, vol. I, Editoriale Scientifica, Collana Le grandi Opere, Napoli, pp. 355-374. Per valutazioni critiche sulla tendenza di giudici, giuristi, ONG, ad affermare la presenza di norme di diritto internazionale generale prive di adeguato riscontro nella prassi degli Stati, MERON T., 2000, *The Humanization of Humanitarian Law*, "American Journal of International Law", Vol. 94, No. 2 (Apr. 2000), pp. 239-278 e PELLET A., 2000, *Human Rightism and International Law*, "Italian Yearbook of International Law", X, 2000, pp. 3-16.
- (76) Spalleggiato da India e Cina. Durissima era stata in particolare la risposta cinese alla prima bozza di *Risoluzione sui Diritti dei Popoli Indigeni* fatta circolare dal Segretariato delle NU nel 1994-5. La bozza, a giudizio della Repubblica Popolare Cinese «presumptuously categorized ordinary minorities nationalities in many Asian countries as 'indigenous peoples', and refused, despite collective and individual clarification from the Asian countries, to rectify its mistake». V. *PRC Consideration on a Draft UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, UN Doc. E/CN.4/WG. 15/2 (1995). Il punto è approfondito in KINGSBURY B., 1998, "Indigenous Peoples" in *International Law: A Constructivist Approach to the Asian Controversy*, "American Journal of International Law", Vol. 92, No. 3 (Jul. 1998), pp. 414-457.
- (77) MARTÍNEZ A., *Study on Treaties, Agreements and Other Constructive Arrangements between States and Indigenous Populations*, E/CN.4/Sub.2/1999/20.

- (78) Si veda *supra*, nota 4.
- (79) MARTÍNEZ COBO J., *Study of the Problem of Discrimination against Indigenous Populations*. Secondo tale rapporto, con l'espressione "popolo indigeno" ci si riferisce a segmenti della società che presentano continuità con le società precedenti le invasioni e colonizzazioni, che si considerano come distinte dalle altre ora viventi negli stessi territori, e che intendono salvaguardare e trasmettere alle generazioni future la propria distinta identità culturale. UN Doc./E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4.
- (80) Per l'art. 1 lett. a) della *Convenzione OIL* sono indigeni anche i gruppi stanziati in «Paesi indipendenti, le cui condizioni sociali, culturali ed economiche li distinguono dalle rimanenti sezioni della Comunità nazionale, ed il cui status è regolato del tutto o in parte dalle loro consuetudini e tradizioni», o da leggi e regolamentazioni speciali.
- (81) Secondo la Direttiva operativa del 1991, oltre alla distinzione culturale e sociale dal (o dai) gruppo maggioritario, i popoli indigeni sono caratterizzati da «self-identification and identification by others as a distinct cultural group».
- (82) Clamoroso è il caso della libertà di religione. L'*Indian Freedom of Religion Act* del 1978 (*Public Law 95-341*) stabilisce nel preambolo che le pratiche religiose dei popoli indigeni costituiscono parte integrante delle loro culture, tradizioni e patrimonio; tali pratiche formano «the basis of Indian identity and value systems». Orbene, nel corso del dibattito degli anni '90 sul progetto di Dichiarazione, il Dipartimento di Stato degli Stati Uniti sostenne la necessità di modificare l'art. 13 del Progetto – il cui contenuto pure era in sintonia con il contenuto dell'*Indian Freedom of Religion Act* – per sostituirlo con un richiamo al diritto individuale di coscienza, pensiero e religione che parafrasava (nel caso specifico, a sproposito) l'art. 18 del Patto sui Diritti Civili e Politici. Tale atteggiamento fu fortemente criticato da esperti e antropologi: Si veda per tutti SUGEE D. 1999, *Human rights and the cultural heritage of Indian tribes in the United States*, "International Journal of Cultural Property", 8:1 Cambridge University Press, pp. 63-66. Sulla libertà di religione dei popoli indigeni, intesa anche come diritto di non essere oggetto di campagne di forzata evangelizzazione, v. ZAGATO L., 2010, *Libertà di religione e identità culturali nel diritto internazionale*, pp. 259-296, in V. POSSENTI (a cura di), *Diritti umani e libertà religiose*, vol. 1, Rubbettino, Soveria Mannelli (Cz), *passim*.
- (83) Oltre, par. 11.
- (84) Non si può in questa sede approfondire la questione del riconoscimento dei diritti del popolo Sámi da parte degli Stati scandinavi. Solo la Norvegia peraltro, con un emendamento del 21 aprile 1988, ha modificato la propria Costituzione, riconoscendo formalmente l'esistenza di un distinto diritto all'identità culturale Sámi. Lo stesso Stato l'anno precedente aveva emanato il *Norwegian Sámi Act* (10 giugno 1987) in cui riconosceva formalmente che "The Royal Kingdom of Norway is established on the territory of two peoples". Al confronto sono meno chiaramente statuiti i diritti di cui i Sámi godono in Svezia e Finlandia; quanto alla Danimarca, il diritto di autogoverno amministrativo concesso agli Inuit della Groenlandia ancora con legge n. 56 del 21 febbraio 1979 è stato giudicato dal Relatore Speciale Stavenhagen nel rapporto del 2002 (*supra*, nota 30) un esempio di relazione costruttiva tra un popolo indigeno ed il precedente potere coloniale. Per informazioni: ALFREDSSON G., 1999, *The Rights of Indigenous Peoples with a Focus on the National Performance and Foreign Policies of the Nordic Countries*, "Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)", vol. 59, no. 2, 1999, pp. 529-542, e ERRICO S., 2008b, *L'esperienza dei Paesi scandinavi: il caso del popolo Sami*, pp. 151-168, in PALMISANO A. L. - PUSTORINO P., (a cura di), *Identità dei popoli indigeni: aspetti giuridici, antropologici e linguistici*, Quaderni IILA, Serie economica n. 35, Roma.
- (85) *Federal Law on Guarantees of the Rights of the Small Indigenous Peoples of the North*.
- (86) Forse non è privo di significato che la più importante modifica intervenuta tra le due

- votazioni sia stata l'espunzione dal preambolo del Considerando che attribuiva ai popoli indigeni il diritto di determinare liberamente il loro rapporto con gli Stati, in uno spirito di coesistenza, mutuo interesse e pieno rispetto. Sul punto si vedano le osservazioni di ZAMBRANO V. 2009, *La Dichiarazione delle Nazioni Unite sui Diritti dei Popoli Indigeni*, "La Comunità internazionale", Vol. LXIV, 2009, pp. 68-70.
- (87) Senza velleità di approfondimento: in Burundi (art. 164), Camerun (Preambolo), Etiopia (art. 39 par. 1), Namibia (art. 102), Repubblica del Congo (art. 103), Uganda, oltre naturalmente al Sud Africa (Sez. 35), tale riconoscimento ha assunto carattere costituzionale; l'eguale si dà per un Paese della riva sud del Mediterraneo, e cioè l'Algeria. Dall'ottobre 2000, la Commissione Africana per i Diritti Umani e dei Popoli ha creato un gruppo di lavoro sul tema (*Fifteenth Annual Report of the African Commission*, Banjul, Gambia, ottobre 2001). Si veda in materia, anche per interessanti sviluppi a livello regionale e delle giurisprudenze interne degli Stati africani, Di Lieto A., 2008, *La tutela dei popoli indigeni in Africa*, pp. 117-150, in PALMISANO A. L. - PUSTORINO P., 2008 (a cura di), *Identità dei popoli indigeni: aspetti giuridici, antropologici e linguistici*, Quaderni IILA, Serie economica n. 35, Roma.
- (88) In particolare Cambogia, Filippine, Malesia, lo stesso Giappone e il Vietnam. Peraltro proprio Cambogia e Malesia sono sotto osservazione da parte delle principali ONG per il loro comportamento recente.
- (89) Certo, alla rigida posizione assunta dagli Stati Uniti corrisponde una posizione più sfumata e in certa misura possibilista da parte del Canada. Tale Stato ha dichiarato di condividere lo spirito della Dichiarazione, ma di avere dovuto esprimere un voto contrario a causa delle previsioni degli artt. 26 e 28 (diritto alla terra e al risarcimento) e 19 (obbligo di collaborazione con i popoli indigeni per averne un consenso libero e informato nel caso di "adozione e attuazione di misure legislative o amministrative" che interessano i popoli indigeni). Si veda Dichiarazione del Ministro degli Affari Indiani e Sviluppo del Nord, Straw: *Native Rights Declaration Inconsistent with Legal Tradition*, National Post, 13 settembre 2007.
- (90) In proposito vi è stato nel mese di aprile 2009 un incontro dei rappresentanti delle popolazioni indigene del Nord, Centro e Sud-America con funzionari dell'OAS e rappresentanti della nuova amministrazione SU: incontro che non ha dato al momento i frutti sperati. http://lawlib.iclark.edu/blog/native_america/?p=2438.
- (91) Si veda il preoccupato comunicato stampa del 3 giugno 2009 della Presidente del Forum NU, Victoria Tauli-Corpuz, in relazione allo stato d'assedio proclamato dal governo peruviano nella regione amazzonica a seguito delle proteste di massa indigene in relazione alle concessioni estrattive fatte a compagnie straniere.
- (92) Il Cile è uno degli Stati che hanno accettato la competenza contenziosa della Corte; peraltro, in assenza di un meccanismo coercitivo convenzionale che assicuri l'esecuzione delle sentenze, qualora lo Stato si sottragga all'obbligo corrispondente, l'unica risposta – dimostratasi comunque non priva di valore deterrente – è l'espressa menzione nella relazione annuale all'Organizzazione degli Stati americani (art. 65). Per prime informazioni: CITRONI G., 2006, *Dalla Dichiarazione di Bogotà al sistema della Convenzione Americana dei Diritti Umani*, in PINESCHI L. (a cura di) 2006: 607-615 e CANCADO TRENADE A., 2007, *The Right of Access to Justice in the Inter-American System of Human Rights Protection*, "Italian Yearbook of International Law", 17, pp. 7-24.
- (93) Questi parlano, in proposito, di "lucchetto costituzionale" (si intende, nei confronti dei diritti dei popoli indigeni del Cile).
- (94) Per prime informazioni sull'argomento: DI BLASE A., 2007, *I diritti di proprietà intellettuale applicabili alla cultura indigena e tradizionale*, "Comunicazioni e Studi", vol. XXIII,

Milano, 2007, pp. 511-562; LU Y., 2007, *Justification of Subject Matter for Legal Protection of Traditional Knowledge*, "European Intellectual Property Review", 29 (11), 2007, pp. 456-460; MANSANI L., 2005, *La tutela delle espressioni del folklore*, "Annali Italiani del Diritto d'Autore della Cultura e dello Spettacolo", Vol. 14, 2005, pp. 335-350; ROY A., 2009, *Recent Developments in Law Reform and Indigenous Cultural and Intellectual Property in Australia*, "European Journal of Intellectual Law", 31 (1), 2009, pp. 1-5; VON LEWINSKI S., 2003, *Traditional Knowledge and Folklore – A New Topic in the International Arena*, pp. 45-62, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *TV, Internet e new trends di diritti d'autore e connessi*, Atti del convegno (Bologna, 18 settembre 2001), Giuffrè, Milano; ZAGATO L., 2000, *Sul trattamento dei PVS in materia di diritto d'autore*, in L. FORLATI - L. ZAGATO (a cura di), *Cultura e innovazione nel rapporto tra ordinamenti*, Giuffrè, Milano, pp. 29-100; ZAGATO L. 2006b. Al problema della idoneità o meno del sistema di proprietà intellettuale a proteggere il *traditional knowledge* è poi dedicata una sezione – *Protecting Traditional Knowledge* – di MASKUS K. - REICHMANN J. (eds.), 2005, *International Public Goods and Transfer of Technology Under a Globalized Intellectual Property Regime*, Cambridge University Press, New York.

(95) Si veda *supra*, par. 7.

(96) Per uno sguardo d'insieme si veda ZOCRAFOS D., 2005, *New Perspectives for the Protection of Traditional Cultural Expressions in New Zealand*, "International Review of Intellectual Property and Competition Law", Volume 36, No. 8, 2005, pp. 928-952.

(97) Si vedano ANDERSON J., 2005, *The Making of Indigenous Knowledge in Intellectual Property in Australia*, "International Journal of Cultural Property", 12 (3), 2005, pp. 347-373; BLAKENEY M., 1995, *Protecting expressions of Australian aboriginal folklore under copyright law*, "European Intellectual Property Review", Vol. 17, September 1995, pp. 442-445; COLVAN C., 1999, *Aboriginal Art and Copyright: An Overview and Commentary Concerning Recent Developments*, "European Intellectual Property Review", 21 (11), November 1999, pp. 599-603. V. anche, per i pericoli che una protezione troppo rigida del *traditional knowledge* può costituire per i nuovi artisti (e artigiani) indigeni, TAMISARI F., 2006, *La forza della performance. L'arte della contro-rappresentazione degli indigeni australiani*, in CIMINELLI M.L. (a cura di) 2006: 115-132 e TAMISARI F. - DI BLASIO F., 2007, *La sfida dell'arte indigena australiana*, Jaca Book, Milano.

(98) La stessa Organizzazione Mondiale della Proprietà Intellettuale (OMPI) ha creato nel settembre 2000 l'*Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*. Si veda AREZZO E., 2006-2007, *Struggling around the Natural Divide: The Protection of Tangible and Intangible Indigenous Property*, "Cardozo AEL", Volume 25, Issue 1, 2006-2007, pp. 367-414; MANSANI L. 2005, *tutela delle espressioni del folklore*, "Annali Italiani del Diritto d'Autore della Cultura e dello Spettacolo", Vol. 14, 2005, pp. 343-344; VON LEWINSKI S. 2003, *Traditional Knowledge and Folklore – A New Topic in the International Arena*, pp. 48 e ss., in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *TV, Internet e new trends di diritti d'autore e connessi*, Atti del convegno (Bologna, 18 settembre 2001), Giuffrè, Milano; WENDLAND W., 2002, *Intellectual Property and the Protection of Cultural Expressions: The Work of the World Intellectual Property Organization*, pp. 102-138, in F.W. CROSHEIDE, - Jan J. BRINKHOF (eds.), *Intellectual Property Law. Articles on Cultural Expressions and Indigenous Knowledge*, Intersentia, Antwerp; ZAGATO L. 2006b: 90-93. L'Intergovernmental Committee ha prodotto nella sua sesta sessione un Draft, poi rivisto all'ottava sessione svoltasi a Ginevra dal 6 al 19 giugno 2006, Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore, *The Protection of Traditional Knowledge: Revised objectives and Principles*, WIPO/CRIK/IC/8/5.

(99) Nell'ottobre 1999 la XXX Conferenza generale UNESCO approvava una *Risoluzione – C/25*

B.2(a)(iii) – con cui l'Organizzazione si impegnava a svolgere uno studio sulla praticabilità di un nuovo strumento a tutela del patrimonio culturale intangibile. Lo studio era pubblicato nel 2001, ad opera di Janet Blake. La studiosa non si limitava a stabilire l'opportunità di una Convenzione *ad hoc*, ma individuava nella commissione tra aspetti di salvaguardia del patrimonio e delle attività intangibili e profili di proprietà intellettuale il cancro che aveva impedito, fin dagli anni '70, qualsiasi passo avanti in questo campo. Proponeva quindi – influenzando decisamente, per il bene e per il male, la XXXII Conferenza generale del 2003 – che il nuovo strumento UNESCO si occupasse solo di proteggere, a monte, l'integrità del patrimonio intangibile e i diritti morali dei suoi possessori. Spettava piuttosto all'Organizzazione Mondiale per la Proprietà Intellettuale (OMPI), sviluppare, a valle, meccanismi di tutela *sui generis* dei diritti economici dei detentori del *traditional knowledge*. Ciò perché, a giudizio della Blake, tali diritti hanno diverso oggetto e finalità rispetto allo strumento UNESCO, non proponendosi di tutelare il contesto socio-culturale in cui il patrimonio intangibile è sorto e si è mantenuto. V. BLAKE J., 2001, *Developing as New Standard-Setting Instrument for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage. Elements for Consideration*, UNESCO, pp. 1-93 (in part. pp. 83-86). Sul punto si veda ZAGATO L. 2008a, *La Convenzione sulla Protezione del Patrimonio Culturale Intangibile*, in particolare p. 56 e ss, in L. ZAGATO (a cura di), *Le identità culturali nei recenti strumenti UNESCO. Un approccio nuovo alla costruzione della pace*, CEDAM, Padova. Sulla fase che ha preceduto il varo della Convenzione si veda LANKARANI L., 2002, *L'avant-projet de Convention de l'UNESCO pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel. Evolution et interrogations*, "Annuaire Français de Droit International", Núm. 48, 2002, pp. 624-656.

(100) La relativa proposta era presentata dalla Corea al Comitato esecutivo UNESCO il 30 giugno 1993; il Comitato – 142ª sessione – esortava gli Stati membri a stabilire nei rispettivi paesi un sistema di *living human treasures* al segretario UNESCO: *Establishing a Living Cultural Property (Living Human Treasures)*, UNESCO (142 EX/18, § 12(5)). Le prime legislazioni nazionali sono del Giappone (1954), Corea (1964), Filippine (1972). V. anche *Guidelines for Establishing of National "Living Human Treasures" System*, Korean National Commission for UNESCO, 2002. In dottrina: GARCÉS CANG V., 2007, *Cultural Heritage and Its Stakeholders: The Case of Japan*, "International Journal of Cultural Property", 2, 2007, pp. 45-55 e JONGSUNG J., 2004, *Korean Cultural Property Protection Law with Regard to Korean Intangible Heritage*, "Museum International", Volume 56, Issue 1-2, May 2004, pp. 180-188.

(101) Si veda rispettivamente: *Urgent Safeguard List. Form ICI-01* and Explanatory Notes; *Representative List of the Intangible Cultural Heritage. Form ICH -02 for Inscription in 2010; Cession of Rights and Register Documentation Submitted as part of a Nomination File for the Urgent Safeguarding List or Representative List. Form ICH -07 and Explanatory Notes*. www.unesco.org/culture/ich/en/forms. Il punto 7.b del FORM-01 prevede appunto l'alternativa tra cessione dei diritti sulla base del FORM-07 e presentazione di licenze *creative commons* (per gli Stati dove questa è possibile). Per prime informazioni su queste ultime v. SANSEVERINO G., 2007, *Le licenze free e open source*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, *passim*, in particolare pp. 28 ss.

(102) Per prime informazioni sugli sviluppi specifici in questo settore del *traditional knowledge*: BLAKENEY M., 1997, *Bioprospecting and the Protection of Traditional Medical Knowledge of Indigenous Peoples: An Australian Perspective*, "European Intellectual Property Review", 29 (6), 1997, pp. 298-303; BUCHER S. 2008; KONCOLO T., 2001, *Towards a More Balanced Coexistence of Traditional Knowledge and Pharmaceuticals Protection in Africa*, "Journal of World Trade", Volume 35, Issue 2, 2001, pp. 349-361; ROBERTSON J. - CALHOUN D., 1995, *Treaty on Biological Diversity: Ownership Issues and Access to genetic Materials in New Zealand*, "European Intellectual Property Review", 17 (5), 1995, pp. 219-224;

- SHERMAN B., 2003, *Regulating Access and Use of Genetic Resources: Intellectual Property Law and Biodiscovery*, in "European Intellectual Property Review", Vol. 25 (7), 2003, pp. 301-308.
- (103) Un dibattito assai interessante su questo tema di frontiera è stato ospitato sul numero 2 del 2009 della rivista *International Journal of Cultural Property*: v. in particolare il saggio introduttivo di ELLIOTT L., 2009, *Property Rights of Ancient DNA: The Impact of Cultural Importance on the Ownership of Genetic Information*, "International Journal of Cultural Property", Volume 16, Number 2, 2009, pp. 103-130, e la tavola rotonda: HOLLOWELL J. - NICHOLAS C. (eds.), 2009, *Decoding Implications of the Genographic Project for Archaeology and Cultural Heritage*, Special section of the "International Journal of Cultural Property", 16 (2), 2009, pp. 141 ss.
- (104) V. art. 13 lett. d) sub ii), secondo cui gli Stati si impegnano a mettere in atto le misure legali, tecniche, amministrative e finanziarie atte, *inter alia*, «to ensuring access to intangible cultural heritage while respecting customary practices governing access to specific aspects of such heritage».
- (105) Si veda ZAGATO L., 2008a, *La Convenzione sulla Protezione del Patrimonio Culturale Intangibile*, in particolare pp. 61-62, in L. ZAGATO (a cura di), *Le identità culturali nei recenti strumenti UNESCO. Un approccio nuovo alla costruzione della pace*, CEDAM, Padova. Si veda anche, in risposta a COTTIER T. - PANIZZON M., 2004, *Legal Perspectives on Traditional Knowledge. The Case for Intellectual Property Protection*, "Journal of International Economic Law", 7 (2), 2004, pp. 371-399, l'intervento di LANGE D., 2005, *Traditional Knowledge, Folklore and the Case for Benign Neglect*, in MASKUS K. - REICHMAN J. 2005, *International Public Goods and Transfer of Technology Under a Globalized Intellectual Property Regime*, Cambridge University Press, New York, pp. 565-594 e, rispettivamente, 593-598. Si veda ancora il *Rapporto Daes* del 1997 – *supra*, nota 4 – che non a caso giudicava il segreto essere la tutela più adatta al *traditional knowledge*. *Contra*, esprimono la convinzione che proprio l'approccio *creative commons* possa contribuire a superare le difficoltà, KANSA E. - SCHULTZ J. - BISSELL A., 2005, *Protecting Traditional Knowledge and Expanding Access to Scientific Data: Juxtaposing Intellectual Property Agendas via a "Some Rights Reserved" Model*, "International Journal of Cultural Property", 12, 2005, pp. 285-314. Si veda però CIMINELLI M.L. 2008, *Salvaguardia del patrimonio immateriale e possibili effetti collaterali: etnogenesi ed etnomimesi*, in ZAGATO L. (a cura di), *Le identità culturali nei recenti strumenti UNESCO. Un approccio nuovo alla costruzione della pace*, CEDAM, Padova, *passim*, per gli effetti di *etnomimesi* (autorappresentazione della propria cultura, anche in un quadro di folklorizzazione e turisticizzazione) o/e *etnogenesi* (produzione *ex novo* di identità attorno a simboli culturali identificanti) che la Convenzione del 2003 e il suo apparato applicativo – il procedimento di formazione delle liste, soprattutto – finiscono per produrre.