

CARLOTTA LATINI*

*Per una Storia dei diritti collettivi degli indigeni. L'esempio australiano di riconoscimento di appartenenza della terra attraverso il Mabo case**.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. I *newcomers*. – 2. La Conquista dell'Australia e il problema dell'*Australian Feudal Tenure*. – 3. Il *Native Title*. – 4. Il *Mabo Case*.

1. Il diritto alla terra inteso nella sua dimensione di diritto collettivo è stato spesso oggetto di rivendicazioni, a vario titolo presentate, a partire dalla Conquista spagnola del cosiddetto Nuovo Mondo. In questo articolo si delineano le principali tappe della formazione di un diritto alla terra, sia in relazione al processo di colonizzazione sia in rapporto alle sue conseguenze nella fase di decolonizzazione in special modo in Australia, usando come chiave di interpretazione il *Mabo case*, processo fondamentale per l'emersione del *Native title*, concetto già diffuso nel *Common Law* ma non ancora accolto nel diritto australiano fino appunto al *Mabo case*.

La storia della conquista dell'Australia è ricca di aneddoti e personaggi, in particolare si possono prendere le mosse dai colonizzatori, qualificati come *newcomers*: i primi sarebbero stati gli esploratori e i commercianti olandesi che lavoravano presso la VOC *Vereenigde Oost-Indische compagnie* (Compagnia olandese delle Indie Orientali), attiva nel settore del commercio delle spezie in Asia, i quali, capeggiati da Willem Janszoon alla ricerca della *Isla de Oro*, approdarono invece proprio in Australia agli inizi del Seicento. I primi incontri furono disastrosi: gli olandesi sostenevano di avere

* Professoressa ordinaria di Storia del diritto Medievale e Moderno, Università degli Studi di Camerino.

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

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

incontrato abitanti selvaggi, cattivi, scuri di pelle¹. In realtà già in precedenza gli spagnoli erano pervenuti sulle coste della Nuova Guinea.

Come hanno scritto Shino Konishi e Maria Nugent;

«The history of Aboriginal people in Australia spans tens of thousands of years; the history of newcomers to their shores is much shorter. The first known arrivals began in the early 1600s, although were probably preceded by seafarers and fishermen, their visits unrecorded, from islands along the continent's north coast»².

I nuovi arrivati non si rendevano conto che gli aborigeni appartenevano a uno qualsiasi dei circa 250 gruppi linguistici comprendenti 500 clan che popolavano il continente. Mentre alcuni gradualmente riconobbero che gli indigeni di luoghi diversi parlassero diverse lingue, i visitatori non erano a conoscenza della lingua del continente e della ricchezza e varietà idiomatiche. Erano del tutto all'oscuro del tipo di società e della cultura e composizioni giuridiche di ciascun clan. Agli occhi europei, questi aborigeni non avevano né religione né leggi ed erano semplicemente organizzati in nuclei familiari. Tale visione contribuì all'eventuale esproprio su vasta scala degli indigeni dalle loro terre da parte dei coloni britannici. Gli europei non sapevano che ogni clan possedeva numerose storie di come la terra fu attraversata e segnata dagli esseri ancestrali che ha creato morfologie, persone, animali, piante e stelle celesti³.

I tre viaggi di tipo esplorativo e scientifico realizzati da James Cook tra il 1768 ed il 1779, videro coinvolti naturalisti, botanici, zoologi, antropologi e furono caratterizzati da rapporti complessi con le popolazioni aborigene, spesso incomprese e aggredite dai visitatori con il ricorso alle armi da fuoco che non erano conosciute ed usate. In generale gli approcci degli europei o degli occidentali nei confronti degli aborigeni furono improntati a una serie di incomprensioni, errori e aggressioni.

Prima di lasciare la costa orientale, Cook si fermò su un'isola esterna, che chiamò *Possession Island*, per rivendicare formalmente il territorio su cui si trovava e affermò i diritti di "primo scopritore", per il re Giorgio III. Questo atto era contrario alle Istruzioni

¹ G. SCHILDER, *Australia Unveiled: The Share of the Dutch Navigators in the Discovery of Australia*, Amsterdam, 1976, p. 50.

² S. KONISHI, M. NUGENT, *The History of Australia*, Cambridge, 2013, p. 43 ss. Devo qui esprimere il mio ringraziamento alla Prof.ssa Ann Genovese, grazie al cui mentoring ho avuto la possibilità di approfondire le mie ricerche sul diritto alla terra, e di accedere alla Biblioteca della School of Law di Melbourne, Australia, come Visiting professor nel 2024.

³ S. KONISHI, M. NUGENT, *The History of Australia*, cit., p. 45.

dell'Ammiragliato con cui Cook era salpato, che specificavano che avrebbe dovuto rivendicare il territorio solo con il consenso degli abitanti indigeni.

La discrepanza tra istruzione e azione ha contribuito ai dibattiti tra gli studiosi australiani, non solo riguardo al ragionamento di Cook quando ne ha assunto il possesso senza consenso, ma anche riguardo alla base giuridica delle successive affermazioni britanniche di sovranità sul territorio. La maggior parte degli storici e giuristi concordano sul fatto che le rivendicazioni britanniche nei confronti delle popolazioni indigene sul territorio dipendono meno dalla cerimonia di possesso di Cook nel 1770 e piuttosto dalla successiva e sanguinosa storia dell'occupazione, conquista e insediamento, in cui la terra fu sottratta con la forza ai suoi proprietari originari. In ogni caso, Cook occupa un posto di rilievo nella storia degli aborigeni come l'incarnazione di un avido accaparratore di terre e responsabile di avere introdotto leggi immorali.

In buona sostanza, l'Australia fu acquisita dalla corona inglese con re Giorgio III dopo queste spedizioni, ma senza formalmente l'ammissione del verificarsi di una guerra di conquista: in effetti il riconoscimento dei diritti degli indigeni sulla terra da loro abitata incontrava svariati problemi a causa del fatto che innanzi tutto non vi era stata una formale conquista, e in secondo luogo non era chiaro quale fosse lo statuto giuridico degli aborigeni. L'acquisizione delle terre australiane avvenne così di fatto, sulla base delle mancate rivendicazioni da parte degli aborigeni delle terre, considerate appunto di nessuno o *terrae nullius*⁴. Come fosse possibile utilizzare questo concetto, si vedrà in seguito: occorre pensare che accanto a questa forma di colonialismo e di conquista, paragonabile a tutti gli effetti a quanto era stato fatto dagli Spagnoli nel cosiddetto Nuovo mondo, sarà la colonizzazione di tipo demografico a produrre gli effetti più devastanti rispetto alle comunità degli aborigeni, attuata anche usando alcune zone del Paese come colonie penali, in particolare il New South Wales e il Van Diemen's Land (ora divenuto la Tasmania) tra il 1802 and 1838. Secondo Osterhammel⁵, il colonialismo fu attuato in queste terre usandole anche come luogo di espiazione delle pene.

Tuttavia, nell'ambito della storiografia, un posto di primo piano spetta senza dubbio a Reynolds, autore dell'opera *The Law of the Land*⁶, un'opera che anche gli stessi

⁴ C. LATINI, *Terra nullius. Esperienze coloniali e post-coloniali di un altro modo di possedere*, in *Ambiente e diritto, Numero speciale, Terra, emergenze e sostenibilità*, 1, 2023, p. 66 ss.

⁵ J. OSTERHAMMEL, *Colonialism: A Theoretical Overview*, Princeton, 1997.

⁶ Questo libro ha avuto tre edizioni, 1987, 1992, 2003, e ha seguito non solo le vicende processuali connesse al cosiddetto Mabo case, ma anche quelle successive. Cfr. D. RITTER, *Tilting at doctrine in a changing world: the three editions of Henry Reynolds' The Law of the Land*, in *Journal of Australian Studies*, vol. 32,

giudici del *Mabo case II* hanno tenuto presente per ben comprendere la questione dell'appartenenza della terra.

La conquista dell'Australia era dunque avvenuta senza una giustificazione di base, ma poggiando sulle teorie di ricostruzione del colonialismo, che vedremo.

L'Australia, come la Nuova Zelanda, erano infatti terre non disabitate, ma possedute dagli aborigeni in maniera molto diversa rispetto alle modalità di possesso della terra di matrice occidentale: la stessa sovranità rispetto al territorio era un concetto del tutto assente secondo il linguaggio giuridico aborigeno, e mancava un'autorità con cui relazionarsi e trattare secondo quanto si riteneva prescritto dal diritto internazionale (pubblico) in quel momento storico (sec. XVIII). Ciò non toglie, tuttavia, che una relazione tra gli aborigeni e la terra esistesse e che fosse innegabile e in un certo modo equiparabile al concetto di *tenure*.

Agli occhi dei *newcomers* il rapporto tra i singoli clan e la terra era molto diverso da quei rapporti che i cittadini o i sudditi del re d'Inghilterra avevano con le loro terre, mentre l'approccio coloniale era simile, almeno agli inizi, a quanto gli stessi britannici avevano fatto in America del Nord, almeno fino all'Indipendenza americana. Inoltre, le categorie concettuali del colonialismo britannico furono mutate e modellate sull'esperienza coloniale spagnola cui spesso si faceva riferimento per fondare un nuovo e moderno concetto di *terra nullius*.

Naturalmente la conquista del continente australiano avvenne senza un'esigenza di giustificare il processo di annullamento dell'organizzazione degli aborigeni primi abitanti, e di fatto con la forza. Gli aborigeni, sostanzialmente schivi, non cedettero spontaneamente le loro terre e, al contrario di quanto fu raccontato, combatterono lungamente e con tutte le loro possibilità contro la guerra di conquista e di aggressione che si svolse nei loro confronti.

2. Secondo Reynolds già nel 1830 era ormai chiaro che l'Australia non era affatto per larga parte disabitata ma che vi erano aborigeni i quali combattevano per proteggere i

No. 3, September 2008, pp. 393-403. Ritter, che analizza principalmente la terza edizione, ne evidenzia i limiti, ricordando come, dopo la prima, una corposa letteratura sia sopraggiunta su questo tema con ulteriori ed importanti intuizioni. Segnalo anche la fondamentale lettura del problema del diritto alla terra degli abitanti ancestrali di A. CURTHOYS, A. GENOVESE, A. REILLY, *Rights and Redemption: History, Law and Indigenous People*, Sydney, University of South Wales Press, 2008.

loro territori⁷. Pubblicato per la prima volta nel 1987, il libro di Reynolds proponeva, fonti alla mano, una lettura completamente diversa dell'arrivo e dell'impossessamento delle terre australiane da parte dei britannici, segnando in maniera profonda non solo la ricostruzione storica dell'esperienza coloniale inglese in Australia, ma rimodellandone i confini a livello di sistemazione giuridica, finendo per indirizzare la giurisprudenza nel famoso *Mabo case* e nella definitiva accettazione ed inclusione nel *common law* australiano del concetto di *Native title*, lungamente respinto da questo diritto. Si tratta di un classico esempio in cui il lavoro di ricostruzione storica nell'ambito del possesso della terra consente una giurisprudenza che sia effettivamente fondata su dati e fatti storicamente dimostrati.

Gli aborigeni vivevano in Australia prima che arrivassero gli europei e prima degli stanziamenti britannici. Contrariamente a quanto si era detto e scritto, le terre erano abitate e possedute da popolazioni che ne rivendicavano la detenzione e l'uso secondo vari diritti collettivi di godimento e che non erano affatto acquiescenti all'arrivo dei coloni britannici.

La questione del come i britannici avevano acquisito il possesso di queste terre era abbastanza controversa e oscillava tra due opinioni prevalenti ovvero che gli aborigeni erano dei selvaggi e non meritavano di tenere le loro terre, e che comunque si trattava di terre abbandonate in quanto gli aborigeni non le coltivavano e non le possedevano nel senso di esercitare un diritto di proprietà o *tenure* equiparabile a quello inglese.

La diffusione del sistema della *tenure*, in epoca normanna, si manifestava attraverso una concessione da parte del re, unico signore della terra, di diritti di godimento sulla terra stessa a terzi, e questa insieme complesso di relazioni (dominio utile e diretto) si reggeva su un'idea di scambio. La concezione del dominio diviso, calata nell'organizzazione della *tenure*, e quindi in uno scambio di concessione della terra e assunzione dell'obbligo di *fidelitas* e di altri obblighi, tuttavia incontra nel tempo alterne vicende, fino a quando viene promulgato il *Tenures Abolition Act* del 1660, 12 Car 2, c 24⁸, che abolì la maggior parte delle forme di proprietà feudale tradizionale. La quarta sezione di tale legge dichiarò specificamente che ogni futura proprietà creata dalla Corona avrebbe dovuto essere una in "free and common socage", cioè priva di qualsiasi pegno di scambio.

⁷ H. REYNOLDS, *The Law of the Land*, Ringwood, 1987, p. 33.

⁸ M. BENNETT, *The English Experience of Feudalism* in EDMUND LEACH, S. N. MUKHERJEE and JOHN WARD (eds.), *Feudalism: Comparative Studies*, 130, 1985, p. 124.

Quando alla fine l'Australia ereditò la proprietà feudale inglese, l'unica forma di proprietà che acquisì fu, quindi, quella in "free and common socage"⁹. Il passaggio successivo è dunque quello di comprendere come la *tenure* inglese sia stata estesa all'Australia, entrando a far parte del linguaggio dei colonizzatori e del sistema coloniale in questo Paese. Occorre a questo punto richiamare il *Memorandum* del Privy Council del 1722¹⁰ tratto da un caso anonimo, che chiarisce le tre ipotesi praticabili, ovvero l'insediamento, la conquista o la cessione di un territorio altrui.

Il sistema giudiziario australiano aveva il suo centro e apice a Londra, presso il Privy Council, un tribunale sovranazionale che storicamente si è occupato dei casi sia locali che transnazionali, e in Australia ha sostanzialmente terminato di risolvere appelli quando il Paese ha acquisito una struttura federale ovvero nel 1901, e con la nascita della High Court a Camberra nel 1903. A quest'ultimo tribunale furono riconosciute anche competenze nelle questioni a carattere costituzionale. Dopo un certo dibattito, la soluzione di compromesso trovata era stata quella a livello costituzionale di non consentire i ricorsi a carattere costituzionale al Privy Council, lasciando però l'appello possibile nelle materie civili e criminali. Solo intorno agli anni Settanta del secolo scorso il Privy Council ha accettato che si fosse formato un common law australiano e in buona sostanza, ha fatto un passo indietro. Il ruolo del Privy Council nel sistema giudiziario australiano, finché è durato, ha necessariamente esposto il sistema giudiziario australiano, compresa la High Court, all'influenza delle decisioni inglesi. La fine degli appelli al Privy Council ha aperto l'Australia a una più ampia gamma di influenze internazionali. L'Alta Corte consulta ora regolarmente la giurisprudenza del Canada, Nuova Zelanda, degli Stati Uniti e di altri Paesi di common law e, anche se non con la stessa frequenza, la giurisprudenza dei Paesi di civil law¹¹. L'emersione dell'esigenza di una certa uniformità giurisprudenziale è inoltre un altro fenomeno da tenere in considerazione, anche nell'ambito dei problemi emersi sul diritto alla terra degli indigeni.

Si è soliti parlare di tre modi diversi di acquisizione di un territorio. In caso di insediamento su territorio disabitato, i coloni hanno diritto di applicare il loro diritto,

⁹ S. HEPBURN, *Disinterested Truth: legitimation of the Doctrine of Tenure Post-Mabo*, in https://law.unimelb.edu.au/data/assets/pdf_file/0019/1708021/29_1_1.pdf, p. 3.

¹⁰ Anonymous (1722) 2 P Wms 75, 75-6; M. WALTERS, *British Imperial Constitutional Law and Aboriginal Rights: A Comment on Delgamuukw v British Columbia*, in *Queens Law Journal*, 17, 350, 1992, pp. 359-63.

¹¹ M. GLEESON, *The Privy Council – An Australian Perspective*, https://www.hcourt.gov.au/assets/publications/speeches/former-justices/gleeson/cj_18jun08.pdf.

quindi il common law. In caso di conquista o cessione la normativa applicabile risultava più o meno la stessa: il re inglese poteva imporre il suo diritto ai popoli sottomessi, e, mentre in caso di cessione la sopravvivenza dei diritti degli indigeni dipendeva dalla tipologia di trattati stipulati, in caso di conquista i diritti degli indigeni rimanevano fino a che non vi fossero state disposizioni specifiche. In linea di principio, quindi, sia in caso di conquista che di cessione, salvo diversa disposizione, il diritto preesistente sopravviveva sulla base del principio di continuità. In genere le corti australiane non hanno preso in seria considerazione l'ipotesi dell'acquisizione per conquista o cessione¹², ma è stata prevalente l'opzione dell'acquisizione per insediamento.

La giurisprudenza australiana, quindi, traeva gli argomenti per sostenere la legittimità dei diritti inglesi sulle terre australiane dal fatto che gli aborigeni non fossero mai stati in possesso delle loro terre, che invece la corona inglese avrebbe poi acquisito. La dottrina inglese richiamata qui è quella di Blackstone, il quale aveva elaborato la dottrina delle terre disabitate¹³ nell'ambito della scoperta di un nuovo Paese, dottrina che poi sarebbe stata ripresa dal Privy Council per giustificare proprio la creazione di una colonia *by settlement*.

La concezione dell'acquisizione dell'Australia per insediamento comportava il venir meno del principio di continuità solo in caso di utilizzo di un concetto di insediamento "semplice" e non di "insediamento complesso". Il primo, quello semplice, comportava l'applicazione di un'unica legge, quella inglese, a tutti, aborigeni e coloni, quando la politica e le leggi degli aborigeni non fossero comprensibili o accettabili per gli inglesi. Il concetto di insediamento complesso invece ammetteva un pluralismo ordinamentale e consentiva la persistenza del principio di continuità dei diritti delle popolazioni preesistenti. Il caso fu affrontato a Calcutta, e questa opinione fu espressa da Master Stephen in *Freeman contro Fairlie*, un caso che riguardava le leggi sulla successione e sulla proprietà a Calcutta. Il Master Stephen dopo avere constatato che l'applicazione del diritto inglese si era data per scontata, aveva ritenuto che fosse giustificata la colonizzazione e applicazione del diritto inglese, riconoscendo però la sopravvivenza del diritto indigeno preesistente¹⁴. Lo spirito dell'interpretazione complessa fu approvato dal Privy Council nella causa *Amodu Tijani*.

¹² A questo proposito cfr. *Milirrpum v Nabalco Pty Ltd* (1971) 17 FLR 141, 243-4 (Blackburn J) ('*Milirrpum*').

¹³ W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Law of England*, Oxford, 1873, p. 7.

¹⁴ (1823) 1 Moo Ind App 305; 18 ER 117. S. HEPBURN, *Disinterested Truth: legitimation of the Doctrine of Tenure Post-Mabo*, cit., p. 8.

Ma questo principio complesso dell'insediamento non fu accolto in Australia, che ha invece recepito un concetto di insediamento semplice, che comportava un'immediata applicazione del diritto inglese a tutta la terra. Questa interpretazione è rimasta praticamente immobile fino al *Mabo case*, nonostante vi fossero stati alcuni precedenti interessanti e forse anche incoraggianti. Ad esempio, l'11 maggio 1982, nella causa Koowarta contro Bjelke-Petersen, l'Alta Corte si era pronunciata, sia pure per un voto (4-3), a favore di Wik John Koowarta e contro il governo del Queensland, su questioni di diritti fondiari, diritto internazionale e discriminazione razziale. Nello specifico, nel 1976, Koowarta e altri erano stati bloccati dal governo Bjelke-Petersen dall'acquisto di una stazione di bestiame sulle loro terre ancestrali, utilizzando i fondi della *Aboriginal Land Funds Commission*. Koowarta sosteneva che ciò violava il *Racial Discrimination Act* del 1975 (RDA). In risposta, il governo del Queensland aveva sostenuto l'incostituzionalità del RDA in quanto il Commonwealth non aveva il potere costituzionale di annullare l'azione dello Stato. La Corte Suprema ha stabilito che il Commonwealth può utilizzare il suo potere in materia di affari esterni per approvare leggi nazionali al fine di adempiere agli obblighi previsti da un trattato internazionale (la Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale), ritenendo costituzionale il RDA e la sua applicazione¹⁵.

Nonostante alcuni precedenti incoraggianti, e, alcuni importanti progressi come l'*Aboriginal Land Rights Act (NT)* del 1976, il *Mabo case* resta un punto fondamentale nella definizione del *native title*, rispetto alle dinamiche possessorie della terra in Australia.

Spesso si è fatto riferimento alla dottrina di Blackstone e alla sua applicazione in Australia, a proposito del concetto di *tenure* e di terre disabitate. In realtà anche per Blackstone, come si è visto, occorreva distinguere tra la coltivazione di terre disabitate e la sistemazione dei coloni su terre già abitate scacciando e uccidendo i nativi indigeni. La natura selvaggia, inoltre, degli indigeni che li avrebbe resi immeritevoli di fare uso della propria terra non era accettabile per varie ragioni: era stata usata durante le Crociate e poi abbandonata e non impiegata più già a partire dalla dottrina spagnola; lo segnalava ad es., Vitoria¹⁶. La giustificazione della Conquista come processo di acquisizione di tipo coloniale che ha rappresentato un modello sul piano istituzionale e giuridico, aveva

¹⁵ J. HAUGHTON, *An unsettling decision: a legal and social history of native title and the Mabo decision*, in [https://www.aph.gov.au/About_Parliament/Parliamentary_departments/Parliamentary_Library/pubs/rp/rp2223/Mabo#:~:text=The%20Mabo%20Case%20challenged%20the,in%201788%20\(terra%20nullius\)](https://www.aph.gov.au/About_Parliament/Parliamentary_departments/Parliamentary_Library/pubs/rp/rp2223/Mabo#:~:text=The%20Mabo%20Case%20challenged%20the,in%201788%20(terra%20nullius).).

¹⁶ F. DE VITORIA, *Relectio de Indiis*, 1538, Madrid, 2012.

quindi altre basi. A dispetto dei luoghi comuni, e delle naturali differenze tra inglesi e aborigeni, l'organizzazione sociale di questi ultimi era molto più complessa di quanto si credesse e le relazioni con l'ambiente circostante fitte di legami spirituali, fisici e morali che andavano ben oltre l'agricoltura ed il pascolo.

L'impiego del concetto di *terra nullius* fu dunque rivolto alla distorsione della sua nozione giuridica. Il moderno concetto di *terra nullius* presuppone una concezione di proprietà che non esisteva nel diritto romano, e che durante l'età di diritto comune corrispondeva alla nozione di dominio diviso (*dominium* utile e diretto). La nozione di *terra nullius* è da sempre oggetto di discussioni dottrinali quando usata per giustificare la conquista di terre già occupate da abitanti preesistenti. Il suo impiego è, comunque lo si voglia considerare, offensivo per le popolazioni indigene.

Lo *ius gentium* aveva con questa nozione fornito a sua volta le categorie concettuali per la diffusione del colonialismo e dell'imperialismo. Si utilizzavano i concetti come quello di *res communes*, di *res nullius* e *terrae nullius* per dare una giustificazione teorica ed ex post, delle conquiste coloniali. Tuttavia, non si trattava più del vecchio bagaglio concettuale romanistico, ma invece delle nuove elaborazioni dell'età di diritto comune e della sua dottrina. «From the 1620s to the 1680s in Britain, and then in North America, Australia¹⁷ and Africa well into the Nineteenth century, the argument from vacancy (*vacuum domicilium*) or absence of ownership (*terra nullius*) became a standard foundation for English and, later, British dispossession of indigenous»¹⁸. Questa considerazione è di Armitage, cui si deve anche l'idea di comparare, per poter avere una visione coerente dell'applicazione del concetto di *terra nullius*, la conquista spagnola a quella australiana (oltre alle operazioni coloniali francesi in Africa). Questa analogia tra le due forme di colonialismo è peraltro confermata anche da Raffaele Volante, secondo il quale gli scopi del colonialismo britannico erano gli stessi di quello spagnolo, anche se perpetrati con strumenti giuridici differenti e precipui, in relazione alla terra¹⁹.

¹⁷ S. BANNER, *Why Terra Nullius? Anthropology and Property Law in Early Australia*, in *Law and History Review*, 23 (1) 2005, p. 95. V. anche S. BANNER, *How the Indians Lost Their Land: Law and Power on the Frontier*, Cambridge, 2005.

¹⁸ D. ARMITAGE, *The Ideological Origins of the British Empire*, Cambridge, 2000.

¹⁹ R. VOLANTE, *La proprietà aborigena tra esclusività e sovranità (A proposito di Ulla Secher, Aboriginal Customary Law: A Source of Common Law Title to Land, Oxford, 2014 e Corte Suprema del Canada, Tsilqot'in Nation versus British Columbia)*, in *Quaderni fiorentini*, 45, 2016, p. 720. L'impostazione del lavoro di Secher risulta su certi fronti piuttosto datato, anche nella terminologia. Attualmente, infatti, la storiografia e la dottrina giuridica più sensibili alle vicende dei diritti degli aborigeni, evitano il ricorso alla formula Aboriginal Customary Law, preferendo parlare, di Aboriginal Law.

Un altro argomento usato contro il legittimo possesso della terra degli aborigeni era quello dell'assenza di una nazione australiana di tipo aborigeno: in effetti gli aborigeni appartenevano a clan diversi e abitavano in zone anche molto distanti ed inospitali, La loro natura tendenzialmente nomade inoltre avvalorava, in una logica predatoria, la giurisprudenza australiana di disconnessione degli aborigeni rispetto alle loro terre. Era stato impossibile quindi trattare con loro in maniera legittima, come si sarebbe potuto fare sulla base del diritto internazionale, perché non c'era una nazione e mancava un diritto. La derubricazione del diritto degli aborigeni a mere consuetudini, vincolanti solo all'interno del gruppo e comunque non rilevanti se non riconosciute dal diritto inglese, riportava la questione dello spossessamento nell'ambito del common law e di una prospettiva giuridica occidentale.

Nel corso del secolo XIX inoltre la dottrina internazionalistica in Europa riconosce una sorta di dovere sociale a proposito dei Paesi che iniziavano imprese coloniali, ispirandosi al modello francese²⁰ che sottolineava l'importanza del ruolo degli stati colonialisti di istruzione, educazione e miglioramento delle condizioni di vita degli indigeni, poggiando sull'idea di indigeni antropofagi i cui sovrani erano dei tiranni contro i quali era necessario difendere i loro stessi sudditi.

Un'altra risposta comune al problema di trovare una base giuridica all'espropriazione degli aborigeni era la conquista. Tuttavia, questa non fu mai riconosciuta e si sostenne che il possesso inglese del territorio australiano fosse fondato su un diritto di occupazione (*right to possession*).

Molto probabilmente il momento cruciale per la legittimazione della conquista inglese dell'Australia e lo spossessamento degli aborigeni fu, secondo Reynolds, quello della istituzione del *Protector* degli aborigeni. Siamo nell'Australia del sud, il dibattito sui diritti degli aborigeni e sulla necessità di tutelarli si accende infatti tra il 1835 e il 1836, e finisce per maturare proprio nella istituzione di questa figura.

Negli anni tra il 1835-36 inizia una discussione riguardante l'insediamento dell'Australia Meridionale. Secondo la ricostruzione di Reynold, il 2 gennaio 1836, il colonnello Robert Torrens, presidente della Commissione per la colonizzazione dell'Australia Meridionale, e John Hindmarsh, governatore eletto della colonia ancora da fondare, furono convocati al Colonial Office per incontrare il Segretario di Stato per le Colonie, Lord Glenelg. Solo Torrens si recò poi da Glenelg, e raccontò a Hindmarsh che

²⁰ A.L. CONKLIN, *A Mission to Civilize: The Republican Idea of Empire in France and West Africa. 1895-1930*, Stanford, 1997, p. 2 s.

«l'unica difficoltà era che il Segretario di Stato insisteva sul fatto che i diritti degli aborigeni dovessero essere adeguatamente tutelati, ma che lui [il colonnello] non vedeva come superare la difficoltà». Quattro giorni dopo la discussione nel Colonial Office, Torrens comunicò la notizia a una riunione della sua Commissione di colonizzazione. Il Libro delle Lettere della Commissione di Colonizzazione riportava infatti che: «Lord Glenelg aveva espresso il desiderio che i Commissari preparassero un piano per garantire i diritti degli aborigeni, piano che avrebbe dovuto includere la nomina di un ufficiale coloniale da chiamare Protettore degli aborigeni, e disposizioni per l'acquisto delle terre dei nativi»²¹.

Del resto, la modalità dell'acquisizione non era mai stata esplicitata sul piano concettuale, finché non si verificarono casi giudiziari che spinsero ad alcune dichiarazioni ed ammissioni.

Così, nel caso Attorney General v. Brown, gli avvocati di parte (Brown) sfidarono la corona a giustificare come fosse possibile per questa essere entrata nel possesso della terra oggetto di disputa e la risposta era stata che non esisteva un diritto²² e richiamando *the law of nations*, evidenziava come «the dominion was held because the aborigines were unable to assert their rights». Anche se la conquista spiegava la sovranità britannica sull'Australia, quello che non si capiva era come fosse avvenuta la confisca di tutta la terra, fatto che si verificava rispetto ai vinti solo nell'antichità.

Anche volendo richiamare il concetto di prescrizione per fondare un titolo legittimo di proprietà dei bianchi sulla terra, restava il problema dell'acquiescenza degli indigeni, che erano i proprietari originari. Tuttavia, il numero assai elevato di morti, conseguenti alle reazioni all'occupazione europea, stava a dimostrare la non acquiescenza. Dal 1788 in poi la sovranità britannica era un fatto acquisito, ma la spiegazione di questo fatto non era assolutamente univoca. Indubbiamente, quello che gli Inglesi portarono con loro fu la tradizione feudale per cui la terra era del re. Questo concetto, secondo il quale la terra in origine era del sovrano, aveva come conseguenza che sempre a questi spettava di concederne il godimento secondo il sistema feudale.

²¹ H. REYNOLDS, "The Law of the Land" (1987) *Aboriginal Law*, in *Aboriginal Law Bulletin*, 71, 1987, p. 29.

²² H. REYNOLDS, *The Law of the Land*, cit., p. 37.

3. In contrasto con il pluralismo giurisdizionale inglese, il common law divenne per i colonizzatori il diritto prevalente nelle colonie e in special modo nel *New South Wales*: le tre corti centrali di common law e le altre corti inglesi non rappresentarono un ostacolo al processo di centralizzazione della giurisdizione di common law che si attuò prima presso le colonie e poi nel resto del Paese, mentre in Australia occorre attendere il 1814 perché si chiarisca il riconoscimento dell'equity²³. Il common law era riconosciuto in maniera univoca come diritto della colonia australiana (*law of the land*) e si applicava non solo ai colonizzatori (*colonists*) ma anche agli abitanti indigeni: in questo modo la giurisdizione del common law su tutta la popolazione senza distinzioni era riaffermata dalla Corte suprema del *New South Wales* come diritto della terra e non come diritto personale dei colonizzatori inglesi.

Mentre il common law in altre zone del mondo, come in Nord America si sviluppava in altre direzioni, in Australia persisteva l'idea che il common law avesse giurisdizione su tutti gli abitanti. In questo modo non si lasciava spazio al diritto aborigeno.

Al contrario, Marshall agli inizi dell'Ottocento aveva posto le basi per l'edificazione del concetto di *native title*. John Mashall era *Chief Justice* presso l'*American Supreme Court* tra il 1810 e il 1835. In una serie di casi famosi, Marshall aveva enunciato i principi base di *native or indian title*.

1. Il concetto di *native title* era basato sul principio della priorità nel possesso. Gli indiani furono ammessi ad essere i giusti occupanti del suolo.
2. Il titolo di *native* non dipendeva dal *settlement* o da uno specifico uso. L'agricoltura non era mai stato un prerequisito.

Tuttavia, è noto che il *common law* australiano non ha recepito questa giurisprudenza né si è ad essa allineato. Inoltre, non era riconosciuto il diritto indigeno come vero diritto. Mabo fu la prima persona che pose il problema del complesso normativo degli aborigeni come diritto indigeno vero e proprio. Come conseguenza di questo approccio, il riconoscimento del *native title* è stato un momento importante. Il concetto di *native title* previsto in questo caso ha avuto successo presso l'Alta Corte (*Mabo v. Queensland*, n. 2) ed è stato riconosciuto come una forma di titolo nativo derivante dal diritto tradizionale aborigeno.

²³ S. DORSETT, *Since Time Immemorial: a Story of Common Law Jurisdiction, Native Title And The Case Of Tanistry*, in *Melbourne University Law Review*, 26 (1) 2002, p. 19.

Il fatto che i diritti tradizionali degli indigeni sulla terra fossero preesistenti e, a certe condizioni, sopravvissuti alla sovranità britannica, è stato riconosciuto dal common law australiano, grazie al superamento del concetto di *terra nullius* - la dottrina giuridica prevalente sul fatto che l'Australia fosse terra di nessuno sin dall'insediamento britannico nel 1788 - e al riconoscimento che si trattasse di una finzione sviluppata durante l'espansione dell'Impero britannico in tutto il mondo.

Nel corso dei secoli, i popoli indigeni hanno sviluppato un rapporto profondo con le loro terre e i loro territori. Nonostante questo attaccamento a lungo termine alle loro terre tradizionali, i popoli indigeni si trovavano spesso ad affrontare lo spostamento forzato e la perdita di accesso ai loro territori ancestrali. Dall'epoca della colonizzazione fino allo sfruttamento delle ricchezze naturali presenti nei loro territori, i popoli indigeni sono stati espropriati delle loro terre. Storicamente, il rapporto dei popoli indigeni con le loro terre è stato ignorato da altri attori più potenti e il diritto internazionale ha svolto un ruolo importante in questa storia di espropriazione territoriale. In molte occasioni i rappresentanti delle popolazioni indigene si sono avvicinati al palcoscenico internazionale alla ricerca di formule efficaci di coesistenza reciproca, anche se è solo negli anni più recenti che sono riusciti a far valere con successo i propri diritti.

La terra deve essere accettata come elemento vitale della cultura indigena. Come ha affermato Malezer, leader aborigeno australiano: «La nostra rivendicazione di un'identità globale si basa sulle nostre antiche culture e sulle relazioni vitali con i nostri territori, in contrasto con la modernità»²⁴. Nel corso dei secoli, i popoli indigeni hanno sviluppato un rapporto profondo con le loro terre e i loro territori. Nonostante questo attaccamento a lungo termine alle loro terre tradizionali, i popoli indigeni si trovano spesso ad affrontare lo spostamento forzato e la perdita di accesso ai loro territori ancestrali, sin dall'epoca della colonizzazione²⁵.

Tradizionalmente, il diritto internazionale riconosceva cinque diverse forme di acquisizione territoriale: l'occupazione, la prescrizione, la cessione, l'accrescimento e la conquista. Per quanto riguarda le teorie di acquisizione dei territori indigeni, sono emerse due categorie principali: in primo luogo l'acquisizione per conquista e in secondo luogo l'acquisizione dei cosiddetti territori legalmente "vuoti". Secondo il primo approccio, la

²⁴ L. MALEZER, *Permanent Forum on Indigenous Issues: 'Welcome to the Family of the un,'* in *Indigenous Peoples and Human Rights*, 2005, p. 67.

²⁵ *Indigenous Peoples' Land Rights under International Law From Victims to Actors*, Second Revised Edition By Jérémie Gilbert, Leiden-Boston, 2016, p. 1 ss.

logica era che i popoli indigeni esistevano ma erano “selvaggi”; pertanto, le potenze coloniali imperiali erano superiori, il che si traduceva giuridicamente nel diritto di conquista. Secondo il secondo approccio, le popolazioni indigene non esistevano legalmente, quindi i loro territori erano aperti alla colonizzazione²⁶.

La causa di questa sorta di rimozione dei diritti degli indigeni ed in particolare del diritto alla terra si collega all'evoluzione di tre dottrine, il cui sviluppo è stato ritenuto collegato; la dottrina della *terra nullius*, il requisito dell'“occupazione effettiva” e la dottrina dell'*uti possidetis*. Queste norme implicavano il rifiuto dei diritti territoriali delle popolazioni indigene negando l'esistenza legale delle rivendicazioni indigene sui loro territori²⁷. Secondo il diritto internazionale, per Gilbert, l'occupazione è «l'atto di appropriazione da parte di uno Stato con il quale questo acquisisce intenzionalmente la sovranità su un territorio che in quel momento non è sotto la sovranità di un altro Stato»²⁸. Come aggiunsero Jennings e Watts: «L'unico territorio che può essere oggetto di occupazione è quello che non appartiene già ad alcuno Stato, sia esso disabitato, sia abitato da persone la cui comunità non è considerata Stato»²⁹. In questo senso, le dottrine della *terra nullius*, occupazione effettiva e *uti possidetis*, si legano ad una *fiction* per la quale la terra occupata dai *settlers* era inutilizzata prima che arrivassero i coloni. Questa *fiction* presuppone anche una “incapacità” da parte degli aborigeni di vivere secondo standard occidentali e di relazionarsi ai beni sempre secondo il diritto occidentale.

4. Le popolazioni aborigene e quelle isolate dello Stretto di Torres nella Costituzione australiana del 9 luglio del 1900 risultano destinatarie di norme speciali a sfondo discriminatorio. Il 27 maggio 1967, infatti, la Costituzione fu modificata attraverso un referendum con una maggioranza del 90,77% di sostegno, per modificare la Sezione 51 (xxvi) relativa ai poteri legislativi del Parlamento, per rimuovere la frase “diverso dalla razza aborigena in qualsiasi Stato” in cui si prevedevano leggi speciali per gli aborigeni e rimuovere completamente la sezione 127, secondo la quale «Nel computo della popolazione della Confederazione o d'uno Stato o d'altra parte qualsiasi della Confederazione non saranno contati gli aborigeni».

²⁶ *Indigenous Peoples' Land Rights under International Law From Victims to Actors*, cit., p. 17

²⁷ J. GILBERT, *Indigenous Peoples' Land Rights under International Law: From Victims to Actors*, New York, 2006, p. 88 ss.; MICHEL MORIN, *L'Usurpation de la Souveraineté Autochtone*, Montréal, 1997.

²⁸ J. GILBERT, *Indigenous Peoples' Land Rights under International Law: From Victims to Actors*, cit., p. 89.

²⁹ R.Y. JENNINGS, A. WATTS, *Oppenheim's International Law*, 1996.

Questi emendamenti consentirono alle popolazioni aborigene e isolane dello Stretto di Torres di essere conteggiate come parte della popolazione nazionale e al governo del *Commonwealth* di emanare leggi per loro.

Il diritto di voto era stato nel frattempo concesso dalla legislazione del *Commonwealth* nel 1962. Inoltre, mancava il riconoscimento dei popoli aborigeni e quelli delle isole dello Stretto di Torres come i primi popoli dell'Australia. Ciò è avvenuto con la decisione dell'Alta Corte del 1992, Mabo (n. 2), che ha ribaltato la nozione di *terra nullius* (terra non occupata prima della colonizzazione) e ha riconosciuto la relazione passata e continua che gli aborigeni e gli isolani dello Stretto di Torres hanno con la terra australiana.

Nel 1982, un gruppo di abitanti delle isole Murray di Torres Strait, presentarono un'azione presso l'Alta Corte contro il Queensland, per dimostrare che i *Meriam* possedessero sopra le terre da loro abitate (terre di cui erano i *traditional owners*), un *native title*. Il caso, è divenuto poi noto come *Mabo case*. Deve infatti, il nome a Eddie Mabo, uno dei cinque ricorrenti, indigeni (Eddie Koiki Mabo, Reverend David Passi, Sam Passi, James Rice e Celuia Mapo Sale), che per primo riuscì ad evidenziare, proprio nel corso del processo, come il diritto aborigeno esistesse³⁰.

Il caso inizia proprio nel 1982, quando i cinque ricorrenti decidono coraggiosamente di combattere a livello processuale un sistema che non li riconosceva come titolari delle terre ancestrali che abitavano da sempre. Nel 1986 la questione viene inviata di fronte alla Suprema Corte.

Il *Mabo case* n. 1 è quel procedimento in cui non si decide sul *native title*, ma in ogni caso si dichiara che il *Declaratory Act* del 1985 fosse in contrasto con il *Racial Discrimination Act* del 1975. Infatti, dopo l'approvazione da parte del Queensland del *Queensland Coast Islands Declaratory Act* del 1985 - un atto del Parlamento del Queensland, con cui si voleva intenzionalmente abolire in maniera retroattiva il *native title* dei *Torres Strait Islanders* relativo alle isole costiere del Queensland, ovvero le *Murray Island* - Mabo e altri *Meriam* impugnavano l'atto di fronte all'Alta Corte. I *Meriam*, popolazione indigena che abitava tradizionalmente queste isole, infatti ne avevano rivendicato appunto la proprietà di tipo collettivo alcuni anni prima. L'Alta Corte riconobbe la violazione da parte del *Queensland Coast Island Declaratory Act* del 1985 del RDA e la violazione dei diritti umani conseguente, rimettendo poi la questione di fatto alla Suprema Corte del

³⁰ M. LANGTON, A. CORN, *The way of the Ancestors*, Port Melbourne, 2023, p. 11.

Queensland. Dopo alcune approfondite ricerche sulle leggi aborigene e il territorio, la questione fu riproposta alla Suprema Corte che la riassunse il 20 marzo del 1991.

È invece proprio nel corso di *Mabo v. Queensland* (n. 2) che si affronta la questione direttamente nel merito, anche su un piano storico, ovvero la questione sui diritti degli aborigeni rispetto alle terre che reclamavano.

Il Mabo case rappresenta un essenziale luogo di incontro tra la storia e il diritto, sia per evidenziare come i giudici e i tribunali in generale usano la storia, sia per sottolineare la metodologia usata dagli storici e le sue conseguenze³¹.

Il punto di partenza è stato ovviamente il concetto di *terra nullius*, concetto che i giudici sono stati disposti a ritenere non applicabile. Si parte dalla considerazione della terra australiana e del rapporto tra questa e la Corona inglese: un rapporto incontestabilmente fondato sul concetto di *radical title*, ovvero su un concetto di proprietà di stampo feudale, per cui in generale la terra apparteneva alla Corona inglese.

Il sistema della *tenure* fu quello ampiamente impiegato anche prima della Conquista normanna, per cui la terra doveva comunque essere “retta” da qualcuno. Il feudalesimo con le sue divisioni delle persone libere in signori e uomini, ed il re come signore generale si combinò in un secondo momento con la prevalenza di proprietà terriere dipendenti. Non sembra possibile individuare un momento della storia inglese in cui alcuni uomini liberi non possedevano terre concesse dai loro signori, né stabilire il momento in cui questo divenne la normalità. Già nell’ultima parte del IX secolo c’era tuttavia una classe considerevole di liberi tenuti a lavorare sulle terre altrui e questo lavoro era accessorio alla loro proprietà³².

Quando ebbe inizio l’espansione coloniale inglese, la dottrina della *tenure* aveva perso già il suo ruolo centrale, dopo che lo *Statute Quia emptores terrarum* (1290) aveva disciplinato le modalità della cessione della terra e contrastato la subinfeudazione³³ al fine di evitare una eccessiva parcellizzazione dei territori. La dottrina della *tenure*, in buona

³¹ A. REILLY, A. GENOVESE, *Claiming the Past: Historical Understanding in Australian Native Title Jurisprudence*, in *Indigenous Law Journal*/Volume 3/Fall 2004, p. 20. C. CHOO & S. HOLLBACH, eds., *History and Native Title: Studies in Western Australian History*, vol. 23, Perth, University of Western Australia Press, 2003; M. PAUL & G. GRAY, eds., *Through A Smoky Mirror: History and Native Title*, Canberra: Aboriginal Studies Press, AIATSIS, 2002.

³² F. W. MAITLAND, F. POLLOCK, *The History of English Law before the Time of Edward I*, vol. I, cap. I.

³³ R. VOLANTE, *La proprietà aborigena tra esclusività e sovranità*, cit., p. 723.

sostanza, alla luce di questo *Statute*, fu rivitalizzata e riprese vita nelle colonie, dove comportava un rapporto diretto tra il sovrano concedente e i singoli coloni.

Questa sorta di seconda vita della *tenure* è in realtà considerata una *fictio*, che sarebbe stata usata per poter acquistare terre ricche di risorse, superando il problema degli aborigeni.

Il tema della conquista quindi, si intreccia inesorabilmente con il concetto rinnovato di *terra nullius* e con quello di *tenure*, anch'esso rivisitato.

Apparentemente non ci sono motivi per non ritenere che l'Australia sia stata conquistata dagli inglesi. Questa conclusione non può essere data per scontata, perché in realtà il tema della conquista dei territori australiani è un piano piuttosto scivoloso: nei fatti si tratta di un qualcosa che è avvenuto ma che non è stato esplicitamente ammesso. Sembrava infatti più adeguato, anche in termini politici, ritenere che la maggior parte dei territori australiani fosse stata acquisita perché abbandonata. La stessa Suprema Corte propendeva per l'opzione non di *conquered*, bensì di *settled Colony*. Il presupposto della *settled Colony* avrebbe dovuto essere in realtà il fatto che la terra fosse disabitata, il che non era.

Ma in assenza di una previsione normativa esplicita, era possibile anche configurare questa ipotesi. Proprio fondandosi sulla dottrina della *tenure*, in definitiva l'ultimo proprietario della terra in Australia era la Corona (*Paramount lord*). Ma il modo in cui i giudici interpretarono questa dottrina nel *Mabo case*, fu diverso dal passato. In buona sostanza, si ritenne che la dottrina inglese della *tenure* non fosse applicabile sic et simpliciter in Australia, perché occorreva distinguere tra l'idea di universale appartenenza della terra alla Corona, le garanzie che la corona dava ai coloni sulla terra e la sovranità. Nel momento in cui la Corona inglese acquisiva i suoi diritti di sovranità, si escludevano i proprietari originari della terra, cioè le popolazioni indigene a favore e garanzia dei coloni. In buona sostanza la *fictio* per cui tutta la terra fosse nel possesso del re, in forma di dominio eminente, era accettabile in una realtà come quella inglese feudale, ma poco adatta alla realtà australiana³⁴ dove invece esistevano precedenti proprietari della terra.

Il *radical title* o dominio eminente della Corona inglese, pur sempre riconosciuto nel corso del *Mabo case II*, coesiste quindi con il *native title* australiano che però è il prodotto di due ordinamenti giuridici molto diversi, quello di common law e quello aborigeno. La Corte suprema ha quindi indicato una concezione della proprietà

³⁴ U. SECHER, *The Mabo Decision – Preserving the Distinction between ‘Settled’ and ‘Conquered or Ceded territories’*, in *Australian Legal Information Institute, University of Queensland Law Journal*, 2, 2005.

maggiormente rappresentativa. In effetti, secondo alcuni, il *native title* ha uno statuto molto ambiguo, trovandosi in quella sorta di terra di mezzo collocata tra il common law e l'Aboriginal law³⁵, o meglio tra il common law e le molteplici giurisdizioni indigene³⁶. Ma è soprattutto grazie alla sezione 223 del Native Title Act 1993 (Cth) ('NTA') che si esprime questo punto di incontro, sezione che definisce il native title: «The expression native title or native title rights and interests means the communal, group or individual rights and interests of Aboriginal peoples or Torres Strait Islanders in relation to land or waters, where³⁷:

(a) the rights and interests are possessed under the traditional laws acknowledged, and the traditional customs observed, by the Aboriginal peoples or Torres Strait Islanders; and

(b) the Aboriginal peoples or Torres Strait Islanders, by those laws and customs, have a connection with the land or waters; and

(c) the rights and interests are recognized by the common law of Australia».

L'espressione native title o diritti e interessi del titolo stesso indica i diritti e gli interessi comuni, di gruppo o individuali dei popoli aborigeni o degli abitanti delle isole dello Stretto di Torres in relazione alla terra o alle acque. Sembra difficile individuare il terreno comune tra i due tipi di diritti, anche partendo da questa sezione intesa come territorio condiviso di lavoro.

Quando l'Alta Corte australiana ha assunto questa famosa decisione, il 3 giugno del 1992, ha segnato un momento fondamentale nel riconoscimento dei diritti dei traditional owners, ovvero dei Meriam rispetto alle loro terre: "That the Meriam people are entitled as against the whole world to possession, occupation use and enjoyment of the island of Mer"³⁸. Senza mettere in discussione l'acquisizione di queste terre da parte degli inglesi, atto che nessuna corte australiana avrebbe potuto giudicare, metteva in discussione il concetto di Australia come terra nullius: i Meriam come gli altri popoli originari erano riconosciuti come abitanti tradizionali organizzati in gruppi e società autonome.

³⁵ N. PEARSON, *The Concept of Native Title at Common Law in Galarrwuy Yunupingu* (ed), *Our Land Is Our Life: Land Rights - Past, Present and Future*, 154, 1997, p. 150.

³⁶S. MC VEIGH, S. NAGHDORSETT, *Conduct of Laws: Native Title, Responsibility and some limits of jurisdictional thinking*, https://law.unimelb.edu.au/data/assets/pdf_file/0017/1700171/36_2_4.pdf

³⁷ *Ivi*, p. 480.

³⁸ P. RUSSEL, *Recognizing Aboriginal Title. The Mabo Case and Indigenous Resistance to English-Settler Colonialism*, Toronto, 2005, p. 247.

Negli anni successivi al *Mabo case* le discussioni e le polemiche hanno continuato a circondare l'edificazione del concetto del *native title* in Australia, i suoi confini e la sua rilevanza giuridica, anche se in generale, la situazione pure sul piano dell'opinione pubblica sembra essere sempre più rispettosa dell'identità e dei diritti degli aborigeni intesi come primi abitanti del Paese, basta pensare al sostegno che ha avuto l'*Uluru Statement from the heart*, con cui nel 2017 sono state richieste e supportate alcune proposte di riforma costituzionali. Nel 2023 il Paese è andato al voto, relativamente al seguente quesito: "To alter the Constitution to recognise the First Peoples of Australia by establishing an Aboriginal and Torres Strait Islander Voice". La proposta non ha avuto la maggioranza dei voti necessaria.

Oltre al fallimento del referendum, non sono mancati altri episodi sconcertanti, come la distruzione della Juukan Gorge nel 2020: sono infatti stati fatti esplodere i rifugi rocciosi di Juukan Gorge, risalenti a 46.000 anni fa, nel Pilbara del WA, da parte del gigante minerario Rio Tinto nel maggio 2020, nonostante i tradizionali proprietari fossero contrari per le testimonianze che le grotte contenevano circa il legame tra queste popolazioni e la terra.

Oxford, Regno Unito, febbraio 2025

Abstract

Il saggio, partendo dalla nozione di *feudal tenure*, e di *terra nullius*, descrive il percorso di affermazione dei diritti alla terra degli aborigeni australiani fino al *Mabo case*. Il diritto alla terra inteso nella sua dimensione di diritto collettivo è stato oggetto di scontri e discussioni a partire dalla Conquista spagnola del cosiddetto Nuovo Mondo. In questo articolo si delineano le principali tappe della formazione di un diritto alla terra, sia in relazione al processo di colonizzazione sia in rapporto alle sue conseguenze nella fase di decolonizzazione in special modo in Australia, usando come chiave di interpretazione il *Mabo case*, processo fondamentale per l'emersione del *Native title*, concetto già diffuso nel *Common Law* ma non ancora accolto nel diritto australiano fino appunto al *Mabo case*.

The essay, starting with the notion of feudal tenure, and terra nullius, describes the path of Australian Aboriginal land rights claims until the Mabo case. The right to land as a collective right has been the subject of debate and discussion since the Spanish Conquest of the so-called New World. This article outlines the main stages in the formation of a right to land, both in relation to the process of colonisation and in relation to its consequences in the phase of decolonisation, especially in Australia, using the Mabo case as a key to interpretation, a fundamental process for the emergence of Native title, a concept already widespread in Common Law but not yet accepted in Australian law until the Mabo case.

Keywords

Proprietà collettiva
Native title - Tenure - Aboriginal Law - Mabo Case