

**LA NEGOZIAZIONE
DELLE APPARTENZE**

**Arte, identità e proprietà
culturale nel terzo e quarto
mondo**

**a cura di
Maria Luisa Ciminelli**

4. APPUNTI SU TRADITIONAL KNOWLEDGE DEI POPOLI INDIGENI E DIRITTI DI PROPRIETÀ INTELLETTUALE

LAUSO ZAGATO*

4.1. Premessa

1. Il problema del se ed entro quali limiti la protezione delle conoscenze tradizionali dei popoli indigeni possa venire garantita dagli strumenti internazionali che tutelano i diritti di proprietà intellettuale, e di quali alternative eventualmente si pongano, torna alla ribalta con rinnovato vigore in questo scorcio iniziale del millennio. Giova sottolinearne alcuni momenti chiave.

Viene intanto in evidenza il Progetto di Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni¹. Tale Progetto, affermato (art. 8) il diritto, ad un tempo individuale e collettivo, al mantenimento delle distinte caratteristiche e identità, e di conseguenza all'autoidentificazione come popolo indigeno, enuncia solennemente all'art. 12 il diritto dei popoli indigeni a «rivitalizzare e praticare le proprie tradizioni culturali», rivitalizzazione in cui rientra anche la restituzione della proprietà culturale e intellettuale «presa senza il loro libero e informato consenso o in violazione delle loro leggi o tradizioni».

Viene soprattutto in evidenza quell'art 29 del Progetto in base al quale spetta ai popoli indigeni «il riconoscimento del possesso, del controllo e della tutela della loro proprietà intellettuale e culturale». Tali popoli hanno inoltre il diritto di giovare di misure speciali per «controllare, sviluppare e proteggere le loro scienze, tecnologie e manifestazioni culturali, incluse le risorse umane e genetiche, le sementi, le medicine, le conoscenze sulla proprietà della fauna e della flora» nonché le tradizioni orali, le letterature, i disegni, le arti visuali e rappresentative. La previsione è tra quelle al centro delle più vivaci polemiche.

* Università Ca' Foscari di Venezia.

¹ V. *Draft United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Report of the Working Group on the Indigenous Peoples, adopted by the Commission on Human Rights, sub-commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, 45th Session, il 26 agosto 1994, in *International Law Materials*, 1995, pp. 5451 e sg. V. anche l'intervento di Zagato, in questo volume, *passim*.

che; ha incontrato la più netta opposizione da parte di alcuni Paesi sviluppati², così come la più accanita difesa in sede internazionale³. Ciò suona allora a conferma sia della sua centralità nel quadro del progetto di Dichiarazione, sia del permanere di quei fondamentali contrasti che avrebbero alla fine impedito al progetto di trasformarsi in Dichiarazione solenne dell'Assemblea generale (AG) delle Nazioni Unite⁴.

2. Un secondo momento chiave della rinnovata attenzione al tema oggetto del presente lavoro va ricercato nella recente approvazione, da parte della Conferenza generale UNESCO, della *Convenzione sulla protezione e promozione delle diversità culturali*⁵. L'ottavo Considerando del nuovo strumento non solo riconosce l'importanza della *traditional knowledge* in genere come fonte di ricchezza sia intangibile che materiale, ma individua e valorizza in particolare la conoscenza tradizionale dei popoli indigeni «and its positive contribution to sustainable development, as well as the need for its adequate protection and promotion». È ben vero che il successivo art. 7 par. 1 lett. a) fa riferimento alle misure che gli Stati parte prenderanno per promuovere il pieno sviluppo delle espressioni culturali, *inter alia*, delle «persone appartenenti

² V. in particolare U.S. Dept. of State, United States Preliminary Statements: *Draft United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* (November 1995); la relativa documentazione è concessa, su richiesta, dal Bureau of Democracy, Human Rights and Labor, Room 7802, Department of State, Washington. La proposta di revisione degli artt. 1,2 12-14, 24, 29 e 42-45 del progetto, distribuita ai partecipanti al *meeting* consultivo con i rappresentanti delle tribù indiane americane, tenutosi a Washington D.C. il 20 ottobre 1997, è discussa criticamente in Suagee (1999: 60 e sg.). In particolare il Dipartimento di Stato degli Stati Uniti obietta che i sistemi di tutela della proprietà intellettuale dei Paesi più avanzati «provide significant protection for indigenous property interests». Il problema si risolverebbe trattando i singoli individui indigeni titolari di diritti allo stesso modo di ogni altro cittadino.

³ V. Commission on Human Rights, Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, 52nd session, *Human Rights of Indigenous Peoples. Report of the Seminar on the Draft Principles and Guidelines for the Protection of the Heritage of Indigenous Peoples*, Geneva 28 February-1 March 2000, E/CN.4/Sub.2/2000/26 del 19 giugno 2000. Nella nozione di patrimonio dei popoli indigeni (punto 12) rientrano «knowledge and literary or artistic creation [...] which may be created or rediscovered in the future based upon their heritage».

⁴ La Dichiarazione dell'AG 50/157 del 21 dicembre 1995, al momento di lanciare il decennio dei popoli indigeni del mondo, aveva indicato l'obiettivo dell'approvazione del Progetto di Dichiarazione nel corso del decennio stesso. V. *Programme of the Activities for the International Decade of the World's Indigenous Peoples* (1994-2004) allegato alla GA Res. n. 50/157 del 21 dicembre 1995, GAOR, 50th Session, Suppl. n. 49 (Doc. A/50/49) riprodotta in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (ZaÖRV), 1999, vol. 59: 567 e sg.

⁵ *Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*, approvata a Parigi il 20 ottobre 2005, nel corso della 33^a sessione della Conferenza generale dell'UNESCO (testo consultabile nel sito <<http://portal.unesco.org>>. Alla stregua del suo art. 29, la Convenzione entrerà in vigore novanta giorni dopo il deposito del trentesimo strumento di ratifica o adesione.

a minoranze e popoli indigeni»: la disposizione, così come il complesso del testo, tradisce quindi una estrema attenzione a non fare concessioni ai popoli indigeni circa l'esistenza di diritti collettivi⁶. Resta che la Convenzione, adottata come si sa al termine di uno scontro che ha visto un solo Stato (Stati Uniti) opporsi in sede di Conferenza generale a tutti gli altri⁷, votando contro, vede tra i primi Stati che si sono obbligati proprio quel Canada che è uno tra i più attenti nel riconoscere l'esistenza ed i diritti culturali delle tribù indigene nel proprio territorio⁸. In attesa degli eventi futuri – relativi per intanto al numero e qualità degli Stati che si obbligheranno con la nuova Convenzione nell'immediato futuro – giova comunque una presa d'atto dell'esistenza di un nuovo strumento in astratto utilizzabile.

3. La crescente importanza assunta dalla protezione del patrimonio culturale indigeno è confermata poi dall'*Exploratory Program on Intellectual Property, Traditional Knowledge and Folklore* lanciato nel 1998⁹ dall'Organizzazione mondiale della proprietà intellettuale (OMPI); l'*Explanatory Program* si è avvalso dello strumento delle *Fact-Finding Missions* (FFM), inviate in 28 Paesi appartenenti a diverse aree¹⁰ per identificare necessità e aspirazioni dei detentori di conoscenze tradizionali, attraverso consultazioni con rappresentanti «dei popoli indigeni e delle comunità locali», così come con esponenti governativi, organizzazioni non governative, enti di ricerca,

⁶ Ciò è confermato dal considerando 15, che riconosce l'importanza «of the vitality of cultures, including for persons belonging to minorities and indigenous peoples». Sul problema dei diritti collettivi dei popoli indigeni v. anche il contributo di Zagato in questo volume, *passim*.

⁷ E ciò malgrado l'art. 20 par. 2 riconosca che nulla nella Convenzione può essere interpretato «as modifying rights and obligations of the parties under other treaties to which they are parties». Alla luce delle polemiche circa la liceità o meno di misure protezionistiche in materia di audiovisivi, si può senz'altro supporre che «other treaties» significhi in particolare, nella fattispecie, l'accordo GATS. La presenza nel testo finale di tale previsione potrebbe far pensare ad una vittoria della posizione statunitense, tanto da rendere priva di importanza la successiva approvazione della Convenzione e la sua stessa eventuale futura entrata in vigore. Resta che, appena prima, l'art. 20 par. 1 lett. b) stabilisce – alquanto sibillinamente – che l'interpretazione ed applicazione di altri Trattati da cui gli Stati Parte siano legati dovrà comunque avvenire prendendo «into account the relevant provisions of this Convention [...]» e resta soprattutto che la presenza della previsione in esame non ha smosso gli Stati Uniti da una adamantina posizione di opposizione. GATS è l'acronimo per *General Agreement on Trade in Services*, Allegato 1 B dell'Accordo che istituisce l'Organizzazione Mondiale del Commercio, in *The Results of the Multilateral Trade Negotiations. The Legal Texts*, Ginevra, 1994, ed in *Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee* (GUCE) L 336 del 23 dicembre 1994.

⁸ Fino a questo momento (30 aprile 2006) si sono impegnati il Canada (28 novembre 2005) e le isole Mauritius (29 marzo 2006).

⁹ Su tale programma ed i suoi risultati si sofferma Wendland (2002: 485-504 e 606-621).

¹⁰ Per la precisione: Pacifico meridionale, Africa meridionale, occidentale, orientale, Asia meridionale, America settentrionale, centrale, meridionale e Caraibi, Paesi arabi.

personale accademico. Successivamente, nel settembre 2000, gli Stati membri dell'OMPI hanno dato vita ad un Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore¹¹. Sulle attività di quest'ultimo si dovrà tornare in conclusione; ma va segnalato fin d'ora che il meritorio lavoro intrapreso dall'OMPI con le FFM¹² dimostra un prevalente approccio empirico da parte dei gruppi indigeni, attenti ad utilizzare ogni possibile spiraglio che il sistema vigente di tutela della proprietà intellettuale lascia aperto, a livello internazionale (universale e regionale) come della legislazione interna dei singoli Stati. E ciò in relazione al riconoscimento e attribuzione della paternità delle conoscenze come al loro sfruttamento economico, al diritto alla riservatezza così come al diritto ad impedire forme di uso non autorizzato ed offensivo delle conoscenze stesse. Gli esponenti indigeni evitano insomma con cura ogni coinvolgimento, anche indiretto, nel dibattito ideologico sulla funzione della proprietà intellettuale nella civiltà della rete, concentrandosi piuttosto sull'alternativa/integrazione tra utilizzo della normativa sulla proprietà intellettuale vigente ed elaborazione di norme *sui generis*¹³. Rispettando tale approccio empirico, ci si asterrà, in questa sede, da ogni tentativo di ricostruzione sistemica, procedendo piuttosto per appunti e concentrando l'accento sulle occasioni di contatto come sui passaggi di più esplicita irriducibilità reciproca tra sistema fondato sui diritti di proprietà intellettuale e *traditional knowledge* dei popoli indigeni.

4.2. Tutela della *Traditional Knowledge* e diritti di proprietà intellettuale

4. Cominciamo dal marchio. Le FFM hanno registrato un diffuso interesse da parte delle diverse comunità indigene ad avvalersi delle possibilità offerte dall'art. 7 *bis*, che disciplina i marchi collettivi¹⁴, della Convenzione di Unione

¹¹ Il cui primo ciclo di incontri si è svolto dal 30 aprile al 3 maggio 2001: si veda la pagina web <www.wipo.int/documents/en/meetings/2001/igo/pdf/grtkfic1_11.pdf>.

¹² I cui primi risultati sono contenuti nel *Intellectual Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge Holders – WIPO Report on Fact-finding Missions on Intellectual Property and Traditional Knowledge (1998-1999)*, OMPI, 2001.

¹³ Delle diverse posizioni al riguardo dà conto Wendland (2002: 502 e sg.; riferimenti bibliografici *ivi*). Le posizioni più radicali, espresse in particolare dalla Free Software Association, pongono dal canto loro problemi certo non privi di fondamento. Resta che spesso lasciano trasparire, sul punto, un fastidioso quanto inaccettabile tono didattico e di "guida illuminata" nei confronti dei popoli indigeni: un esempio in Greve (2004).

¹⁴ Art. 7 *bis* della Convenzione di Unione di Parigi per la protezione della proprietà industriale, riveduta a Stoccolma il 14 luglio 1967: «1) I paesi dell'Unione s'impegnano ad ammettere al deposito e a proteggere i marchi collettivi appartenenti a collettività la cui esistenza non sia

di Parigi. Consentendo tale articolo la tutela come marchio del disegno o del nome del clan o della tribù, i popoli indigeni degli Stati parte alla Convenzione se ne avvalgono proponendo marchi collettivi o di certificazione con i quali vendere i beni da loro stessi prodotti, o comunque indicanti beni rispondenti a determinati metodi o standard di lavorazione. Alcuni Stati stanno anche predisponendo meccanismi che impediscono di registrare come marchi immagini, segni o parole indigene qualora ciò possa risultare offensivo alle comunità indigene¹⁵. Alcuni ordinamenti, in particolare quello del Canada, fanno da tempo ricorso ai marchi di certificazione per identificare le opere degli autori indigeni. L'esperimento più interessante riguarda comunque la Nuova Zelanda. La sez. 17 par. 1 lett. *b) sub ii)* del *New Zealand Trade Mark Act* del 2002¹⁶ prevede tra le cause di impedimento assoluto alla registrazione del marchio la valutazione da parte dell'apposita Commissione che «its use or registration would be likely to offend a significant section of the community, including Maori». Nello stesso anno il *Te Waka Toi*¹⁷ ha varato il *toi iho* ("the essence of creation") *mark*: si tratta di un marchio che certifica l'autenticità delle opere artistiche e dell'artigianato maori, come delle esibizioni e performances di artisti maori.

L'iniziativa legislativa nazionale neozelandese appare ben fondata; i suoi risultati apprezzabili confermano anzi la possibilità di avvalersi degli strumenti di tutela della proprietà intellettuale a finalità di protezione delle espressioni culturali tradizionali, in particolare – per quanto qui interessa – dei popoli indigeni. Di tale iniziativa non vanno peraltro taciuti i limiti. Per quanto riguarda il *New Zealand Trade Mark Act*, la previsione di cui all'art. 17 par. 1 lett. *b) sub ii)* – destinata soprattutto ad ostacolare lo sfruttamento abusivo di testi ed immagini appartenenti ai Maori¹⁸ – non è utilizzabile per i marchi già

contraria alla legge del paese d'origine, anche se tali collettività non posseggano uno stabilimento industriale o commerciale; 2) Ogni paese potrà determinare le condizioni particolari secondo le quali un marchio collettivo sarà protetto e potrà rifiutarne la protezione se tale marchio è contrario al pubblico interesse; 3) Tuttavia la protezione di tali marchi non potrà essere rifiutata ad alcuna collettività la cui esistenza non sia contraria alla legge del paese d'origine, per il motivo che essa non è stabilita nel paese ove la protezione è richiesta o che non è costituita in conformità della legislazione di detto paese».

¹⁵ V. Wendland (2002: 611).

¹⁶ Che sostituisce la Sez. 16 del *Trade Mark Act* del 1953 (a sua volta identico all'*UK Trade Marks Act* del 1938): questo tra gli impedimenti alla registrazione indicava solo «scandalous matter» e contrarietà alla morale. Per un approfondimento della materia Zografos (2005: in part. pp. 940 e sg.).

¹⁷ Trattasi del Maori Arts Board dell'Arts Council of New Zealand Toi Aotearoa (Creative New Zealand), organismo governativo creato nel 1994 con il compito di dare incremento alle arti in Nuova Zelanda.

¹⁸ Le preoccupazioni per l'uso non autorizzato e offensivo dell'immagine e dei segni maori sono documentate dai due importanti casi, Lego e Sony. Nel primo le tribù hanno agito in giu-

registrati, o nei casi in cui l'utilizzo non autorizzato di segni maori non sia accompagnato dalla richiesta di marchio¹⁹. Quanto al *toi iho mark*, è pur vero che il suo successo ne fa preconizzare un ruolo importante nello sviluppo dell'economia neozelandese²⁰. Resta che il marchio di certificazione protegge presente e futuro della produzione improntata alla tradizione maori (questa è anzi la sua forza). Serve assai meno, è ovvio, alla protezione dei prodotti risalenti della conoscenza tradizionale indigena²¹. Resta ancora che di marchio pur sempre si tratta: i tentativi di forzarne l'applicazione a situazioni che richiederebbero il ricorso ad altri diritti di proprietà intellettuale, assai meno duttili del marchio, non possono avere buon esito; indicativo al riguardo è lo scetticismo che circonda il tentativo di proteggere con il marchio la danza degli *All Blacks*²².

dizio contro la Lego (la famosa società danese) che aveva lanciato nel 2001 un nuovo gioco, Bionicle, in cui si faceva uso di nomi e immagini maori. Dopo una iniziale resistenza la Lego cedette, ammettendo di essersi ispirata alla cultura maori per il proprio gioco, e si impegnò a desistere, e a sviluppare anzi un codice di condotta in relazione alle espressioni culturali della conoscenza tradizionale. Ostacolo più arduo si sta dimostrando Sony *PlayStation*, che nega di essersi direttamente ispirata – in termini che le tribù maori giudicano per di più estremamente offensivi – alla cultura maori per il gioco *The Mark of Kri*, e ciò malgrado nel sito promozionale (<http://uk.playstation.com/games/gamesinfo04_game.jhtml?localeTitleId=1040798>) il gioco venga presentato come «set in an ancient Maori-inspired world of swords and sorceries».

¹⁹ In questa seconda ipotesi – che si verifica di frequente – e in assenza di obbligo di previa autorizzazione, la comunità maori resta disarmata. Né Lego né Sony *PlayStation*, ad esempio (v. *supra*, nota precedente) avevano richiesto di registrare immagini o segni distintivi maori come marchio. Un esempio di utilizzo “corretto” di immagini maori (disegni curvilinei *koru* in costumi da bagno femminili) si è avuto a partire dal 1998 ad opera della *Moontide*, che ha sviluppato la nuova linea in collaborazione con un imprenditore maori, a sua volta autorizzato e direttamente responsabile di fronte alla comunità di appartenenza. L'utilizzo del motivo era stato direttamente negoziato con un *kaumatua* (anziano), in cambio di una percentuale sulle vendite a favore della *Pirirakau Hapu* (sotto tribù del popolo dei *Ngati Ranginui*). V. Shand (2002: 23-24).

²⁰ Secondo la trionfale affermazione di un ministro dello sviluppo maori, con questo marchio agli acquirenti viene data la certezza che ciò che essi acquistano come arte maori lo è davvero, e non un oggetto importato dal sud-est asiatico. V. Zografos (2005: 952).

²¹ Per i motivi indicati dalla Relatrice speciale Daes – nel rapporto del Gruppo di lavoro sulle popolazioni indigene (GLPI) relativo alla protezione del patrimonio delle popolazioni indigene – quando sottolinea come lo strumento risulti scarsamente applicabile nei casi in cui l'immagine sia già stata abbondantemente copiata da altri marchi e segni distintivi (Daes, 1997: punto 146).

²² Per l'esattezza si tratta della *Te Rauparaha's haka*: anche se il caso non è ancora deciso, gli esperti ritengono (correttamente, del resto) che tale *haka* non possa venire registrata come marchio. Trattandosi di un canto corale accompagnato da una danza, verrebbe in rilievo la tutela offerta dal *copyright*: questa via è peraltro impercorribile, salva la possibilità per le tribù interessate di produrne una variante, e proteggere quest'ultima. Anche se il caso è del 2000, e quindi precede le innovazioni legislative in materia di marchio del 2002, queste ultime non avrebbero modificato la situazione.

Anche la possibilità di registrazione delle indicazioni geografiche alla stregua dell'art. 22 par. 1 dell'*Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property* (TRIPS)²³ suscita l'interesse delle comunità indigene²⁴.

5. Assai più difficile si presenta l'utilizzo dello strumento del brevetto industriale per proteggere le conoscenze tradizionali dei popoli indigeni²⁵. È in linea di massima da condividersi la conclusione del Gruppo di lavoro delle Nazioni Unite, secondo cui *know-how* e segreto industriale – come disciplinati dall'art. 39 TRIPS²⁶ – saranno nel prossimo futuro «the most effective approach for protecting ecological, medicinal and spiritual knowledge» (Daes, 1997: punto 144). Peraltro gli Stati membri del Patto andino, già con la Decisione 344 del 1993²⁷, avevano scelto di darsi una tutela ad ampio raggio del segreto industriale, tutela applicabile anche alle conoscenze tradizionali indigene. Su tale strada si sono mossi anche altri PVS, dal Brasile all'India²⁸. Una tutela delle conoscenze tradizionali fondata sul rafforzamento del segreto di gruppo presenta d'altronde un pericolo: è possibile solo per comunità fortemente integrate, ma a sua volta contribuisce al consolidamento di una struttura gerarchica della comunità, con forme di controllo pervasivo del gruppo.

²³ *Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property*, Allegato I C dell'Accordo che istituisce l'Organizzazione Mondiale del Commercio, in *The Results of the Multilateral Trade Negotiations. The Legal Texts*, Ginevra, 1994, ed in GUCE L 336 del 23 dicembre 1994.

²⁴ «Ai fini del presente accordo, per indicazioni geografiche si intendono le indicazioni che identificano un prodotto come originario del territorio di un Membro, o di una regione o località di detto territorio, quando una determinata qualità, la notorietà o altre caratteristiche del prodotto siano essenzialmente attribuibili alla sua origine geografica». Sul rapporto tra tale nozione e quella di denominazione di origine contenuta nell'*Arrangement* di Lisbona, v. Sandri (1996: 51 e sg.).

²⁵ Tale posizione è sostenuta con forza in particolare da Barsh (1999). Ma già la Relatrice speciale Irene Daes sosteneva che, alla luce delle caratteristiche del sistema brevettuale – fondato sulla novità dell'invenzione e la temporaneità della tutela – «patents are [...] not useful for protecting traditional or 'old' knowledge» (Daes, 1997: punto 135).

²⁶ In base al par. 2, le persone fisiche e giuridiche hanno la facoltà di vietare che le informazioni sottoposte al loro legittimo controllo siano rivelate o comunque utilizzate da terzi senza il loro consenso, a condizione che siano segrete, abbiano valore commerciale – lett. c) – «siano state sottoposte, da parte della persona al cui legittimo controllo sono soggette, a misure adeguate nel caso in questione intese a mantenerle segrete». Sull'argomento, e in particolare sul rapporto tra *know-how* e segreto d'impresa, v. Zagato (1996: 114 e sg.).

²⁷ Decision 344, *Common Provisions on Industrial Property* del 21 ottobre 1993, in *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena*, X-N. 142, del 20 ottobre 1993.

²⁸ Come dimostra la presenza dell'India – di uno Stato cioè che ha sempre negato con forza la presenza di popolazioni indigene nel suo territorio (v. ancora il contributo di Zagato, in questo volume) – tra i Paesi che hanno preso le maggiori misure a difesa del segreto delle conoscenze tradizionali, tali misure non sono necessariamente rivolte a tutelare le conoscenze tradizionali dei popoli indigeni. Sull'argomento v. *infra*, p. 97 e sg., quando si discuterà la politica di difesa delle tradizioni culturali del Sudafrica.

6. Il nodo centrale è comunque quello della protezione delle conoscenze tradizionali in materia genetica; orbene, è giocoforza prendere atto che gli artt. 8 lett. j)²⁹ e 10 lett. c)³⁰ della Convenzione sulla biodiversità³¹ non hanno contribuito al rafforzamento di tale protezione. Congiurano ad un simile risultato il mancato riconoscimento di diritti qualsivoglia sulle terre a favore dei popoli indigeni in molti Paesi in particolare dell'Asia, e il fatto che «powerful industrialized States such as United States and Japan are adamantly opposed to measures that might prevent the commercialization of traditional plant-genetic and pharmacological knowledge» (Barsh, 1986: 33)³².

L'attenzione si deve soffermare in particolare su quell'art. 27 par. 3 lett. b) dell'Accordo TRIPS in base al quale gli Stati membri possono escludere dalla brevettabilità «i vegetali e gli animali, tranne i microrganismi, e i processi essenzialmente biologici per la produzione di vegetali o animali» (cd. *species exemption*), ad eccezione dei procedimenti non biologici o microbiologici³³. Ulteriori possibilità di escludere la brevettabilità delle invenzioni sono offerte dal par. 2 – «proteggere la vita o la salute dell'uomo, degli animali o dei vegetali o per evitare gravi danni ambientali» (c.d. *biosafety exemption*) – e dal par. 3 lett. a) dello stesso art. 27 – esclusione della brevettabilità dei «metodi diagnostici, terapeutici e chirurgici per la cura dell'uomo e degli animali» (cd. *biomedicine exemption*). L'art. 27 TRIPS lascia in effetti una finestra aperta per quegli Stati che vogliono calibrare la propria normativa nazionale sulle necessità di tutela della conoscenza tradizionale dei popoli indigeni. Questa per la gran parte ricade infatti, a ben vedere, nelle materie interessate dalla disposizione: farmacologia, botanica, zoologia, biomedicina in genere³⁴.

Anche alcuni altri strumenti internazionali sono, quantomeno in astratto, utilizzabili per la protezione delle conoscenze tradizionali indigene: tra questi

il Trattato di Budapest del 1977 sul riconoscimento internazionale del deposito di microrganismi³⁵ e la Convenzione dell'International Union for the Protection of New Varieties of Plants (UPOV) per la protezione delle varietà di piante³⁶. Il primo consentirebbe alle comunità indigene la tutela dei diritti sulle specie di micro-organismi che tali popoli usano per la fermentazione; la Convenzione UPOV prevede un particolare diritto del silvicoltore che consentirebbe di salvaguardare i diritti sulle varietà naturali, ad esempio di patate e di mais, così come sulle piante medicinali non ancora conosciute dai non indigeni.

Non è il caso di introdursi in questa sede nell'aspro dibattito relativo all'applicazione a livello internazionale dell'art. 27 TRIPS³⁷. Se effettivamente di finestra lasciata aperta per gli Stati attenti ai diritti dei gruppi indigeni si tratta, va esaminato come sia stata o meno sfruttata a livello regionale o ad opera dei singoli ordinamenti nazionali. In termini generali, la tutela delle conoscenze indigene sulla natura non appare rafforzata negli ultimi quindici anni. L'Istituto nazionale della sanità degli Stati Uniti, ad esempio, ha lanciato dal giugno 1992 un comprensivo progetto di *drug discovery* nei PVS. È ben vero che tale progetto, lodevolmente, prevede il coinvolgimento, su base di equità, delle organizzazioni scientifiche degli Stati che ospitano la ricerca: non prevede tuttavia alcun beneficio a favore dei popoli indigeni che vivono in tali Stati sui propri ritrovati, che non sia quello derivante da eventuali accordi *ad hoc*, demandando l'intera materia alla normativa interna dei Paesi ospiti della ricerca³⁸. Ma è soprattutto il comportamento delle organizzazioni internazionali a creare sconcerto. Mentre da un lato sono in corso sforzi per raggiungere un consenso in sedi qualificate – Nazioni Unite e OMPI – sulle misure più appropriate che gli Stati dovrebbero prendere per garantire l'integrità delle conoscenze tradizionali dei popoli indigeni, dall'altro lato alcuni poco ponderati – diciamo così – progetti lanciati da organi sussidiari

²⁹ Questo riconosce come conoscenze e tecniche tradizionali dei popoli indigeni siano essenziali per la salvaguardia delle diversità biologiche e dell'utilizzo sostenibile delle risorse.

³⁰ Alla stregua del quale gli Stati devono «protect and encourage customary use of biological resources in accordance with traditional cultural practices that are compatible with conservation or sustainable use requirements».

³¹ *UN Convention on Biological Diversity* adottata a Rio il 5 giugno 1992 ed entrata in vigore sul piano internazionale il 29 dicembre 1993 (in *Rivista di diritto internazionale*, 1992, vol. 75, pp. 828-849), integrata dal *Cartagena Protocol (Biosafety Protocol)* del 29 gennaio 2000 (in *Rivista di diritto internazionale*, 2001, vol. 84, pp. 829-849).

³² V. il classico esempio – riportato in Daes (1997: punto 91) – della *vincristine* e della *vinblastine*, due prodotti medicinali messi sul mercato da parecchi decenni e tratti dalla *Vinca rosea* del Madagascar, pianta i cui poteri erano da epoca immemorabile noti ai guaritori locali, senza che né lo Stato né i guaritori che utilizzavano la pianta ne abbiano tratto alcun profitto.

³³ Sugli Stati incombe comunque l'obbligo di protezione delle varietà di vegetali o mediante brevetto o mediante una protezione *sui generis* (o una combinazione delle due).

³⁴ V. Barsh (1986: 34-35). V. anche Daes (1997, punti 11-12).

³⁵ Trattato di Budapest del 28 aprile 1977 sul riconoscimento internazionale del deposito dei microrganismi.

³⁶ Convenzione di Parigi del 2 dicembre 1961 sulla protezione delle nuove varietà di piante, modificata da ultimo il 14 marzo 1991 a Ginevra (in *Rivista di Diritto Industriale*, 1995, vol. 24: 58-72).

³⁷ Tale articolo è stato infatti al centro delle iniziali polemiche politiche e dottrinali sulla valenza dell'accordo TRIPS per i PVS, anche perché venuto prepotentemente alla ribalta nel primo caso di applicazione del procedimento di soluzione delle controversie all'accordo TRIPS: quello relativo alla protezione dei diritti di brevetto farmaceutico in India. Al riguardo, per prime informazioni, Zagato (2004).

³⁸ Una interessante eccezione è la Fondazione brasiliana delle piante medicinali, che ha convinto negli anni Novanta alcune multinazionali presenti nel paese a procurarsi dalle popolazioni indigene prodotti medicinali in forma già elaborata, spartendo con quelle popolazioni i benefici economici della successiva ricerca. V. Daes (1997: punti 95 e sg.).

delle stesse Nazioni Unite vanno in una direzione radicalmente opposta. Il Programma delle Nazioni Unite per lo Sviluppo (UNDP), in particolare, ha perseguito negli anni Novanta un progetto di estesa ibridazione di piante indigene resistenti – in particolare patate e banane – con varianti commerciali più deboli, probabilmente senza valutare appieno il problema di eventuali squilibri ambientali, certamente senza dimostrare consapevolezza alcuna dei connessi problemi di tutela delle conoscenze e della proprietà intellettuale delle comunità indigene³⁹. Ancora più sconcertante è l'iniziativa *Biotade* della Conferenza delle Nazioni Unite per il Commercio e lo Sviluppo (UNCTAD), che si propone esplicitamente di promuovere il commercio delle conoscenze indigene tuttora segrete⁴⁰.

Quanto al Trattato di Budapest ed alla Convenzione UPOV, lo stesso GLPI non si nasconde le gravi difficoltà pratiche che ostano ad un utilizzo di tali strumenti ad opera dei popoli indigeni⁴¹.

Esempi di attenzione alla protezione delle conoscenze indigene in campo naturale si hanno piuttosto in ambienti giuridici ben identificabili: in particolare Paesi parte del Patto andino a livello regionale⁴²; Brasile, Costa Rica, Sudafrica, Filippine, Australia e Nuova Zelanda a livello nazionale. In Brasile, la legislazione emanata in sostituzione della precedente, incompatibile con la Costituzione del 1988⁴³, protegge i diritti delle comunità indigene sulla propria produzione intellettuale, con al primo posto i prodotti farmaceutici e le essenze naturali conosciute dagli indiani. La Costa Rica ha emanato di recente una interessante legge sulla biodiversità che contiene un capitolo dedicato ad «access to genetic and biochemical aspects [...] and protection of the associated knowledge» che, *inter alia*, subordina l'accesso in questione al previo consenso informato delle autorità indigene⁴⁴. Per quanto riguarda l'Australia⁴⁵,

al momento di dare applicazione agli obblighi imposti dai Trattati sopra indicati il governo australiano ha messo in atto, nel dicembre 1992, una Strategia nazionale per lo sviluppo sostenibile ecologicamente che internalizza la tutela delle conoscenze indigene (Blakeney, 1997).

Anche in questo caso, è la Nuova Zelanda ad offrire un quadro giuridico in evoluzione, con una pretesa di partecipazione delle comunità maori allo sfruttamento dei diritti sulla fauna e sulla flora⁴⁶. Non è ancora concluso davanti al tribunale di Waitangi il *Wai 262 Claim to Indigenous Flora and Fauna and Cultural and Intellectual Heritage Rights and Obligation*, introdotto nel 1991 dai rappresentanti di alcune tribù⁴⁷ e nel quale si sostiene che la corona britannica sarebbe venuta meno agli obblighi incombenti su di lei *ex art. 2* del Trattato di Waitangi⁴⁸, non garantendo ai Maori il pieno esclusivo ed indisturbato possesso delle loro conoscenze tradizionali (definite *taonga*, cioè “tesori”) messe a repentaglio dalla normativa interna – ivi compresa quella che dà applicazione nell'ordinamento neozelandese agli obblighi internazionalmente assunti in virtù dell'essere tale Stato parte contraente della Convenzione UPOV e dell'Accordo TRIPS – in materia di bio-prospezione, accesso alla flora e fauna indigena, sviluppo delle biotecnologie. Il ricorso si inquadra in una offensiva “politica” a livello nazionale, certo la più sofisticata fino ad ora condotta da un popolo indigeno, per ottenere per un verso il pieno riconoscimento del diritto dei Maori di partecipare allo sviluppo della politica culturale della Nuova Zelanda, per l'altro verso una modificazione in senso favorevole delle norme sulla proprietà intellettuale in quel Paese.

³⁹ Sulla normativa sudafricana v. oltre, § 8; quanto alle Filippine, norme sulla tutela delle conoscenze tradizionali in campo genetico sono contenute nell'*Indigenous Peoples Rights Act* del 1997.

⁴⁰ L'argomento è approfondito in Robertson e Calhoun (1995).

⁴¹ Il ricorso riguarda (nella versione modificata del 1997) «te tino rangatiranga o te iwi maori in respect of indigenous flora and fauna and all their treasures, including but not limited to biodiversity, genetics [...] and associated indigenous, cultural and customary heritage rights to such treasures (taonga)».

⁴² Il testo del Trattato è consultabile *on-line* al sito <www.govnz/nz_info/treaty.shtml>. Cf. anche il contributo di Zagato, in questo volume Il termine intraducibile *rangatiranga* renderebbe «l'idea del dominio dei capi delle tribù maori su tutte le cose» rientranti nel loro raggio d'azione. Il mantenimento del *rangatiranga* su terre, acque e tesori, compresi gli abituali sistemi di utilizzazione delle risorse naturali (Scovazzi, 1996: 731-732) è assicurato dall'art. 2 del Trattato di Waitangi. Si estende quindi, secondo il *Wai 262 Claim (inter alia)* a comprendere i diritti di: partecipare ai processi decisionali sulla conservazione, controllo e diritti di proprietà su flora e fauna indigene; determinare «indigenous cultural and customary heritage rights» nella conoscenza e nell'uso della flora e fauna indigena; proteggere, mantenere e trasmettere la conoscenza tradizionale, in campo medico e spirituale and «concepts found in the life cycles of indigenous flora and fauna»; partecipare ai benefici ed alle decisioni sull'applicazione delle scoperte e tecnologie presenti e future in materia di allevamento, manipolazioni genetiche ed altri processi derivanti dall'uso della flora e della fauna indigena

³⁹ Come sottolinea con durezza Daes (1997: punto 106).

⁴⁰ Informazioni al sito <www.biotrade.org>. Per un commento assai critico v. Barsh (1999: 36).

⁴¹ Per quanto riguarda il Trattato di Budapest, sarebbe richiesta la possibilità delle comunità indigene di avvalersi di laboratori di ricerca per isolare e purificare i microrganismi (cf. AAVV 2004: punto 137); quanto alla Convenzione UPOV «the major obstacles to obtaining protection of plant breeders rights are the costs of depositing a sample of the variety and demonstrating, through repeated propagation trials, that it is stable and homogenous» (Daes, 1997: punto 138).

⁴² V. Decision 391, Common Regime on Access to Genetic Resources del 21 ottobre 1993, consultabile in rete (<www.wipo.int/documents/en/meetings/2001/igc/pdf/grtkfic1_11.pdf>).

⁴³ Questa riconosce all'art. 231 organizzazione sociale, consuetudini, lingue, credenze e tradizioni «of Indians [...] as well as their original rights to the lands they traditionally occupy». Per un primo approfondimento delle conseguenze sulla normativa in materia di proprietà intellettuale, v. Da Costa E Silva (1995).

⁴⁴ V. Costa Rica *Biodiversity Law* (n. 7788), 1998, artt. 63 e 65. Di particolare importanza è poi l'art. 82, in base al quale lo Stato riconosce e tutela come diritti *sui generis* di proprietà intellettuale le pratiche e le innovazioni dei popoli indigeni e delle comunità locali relative all'utilizzo della biodiversità, e le conoscenze a tali pratiche associate.

L'iniziativa da ultimo richiamata si collega allo sviluppo, nell'ultimo decennio, di un movimento indice di nuova consapevolezza da parte delle popolazioni indigene sui rischi per il loro *habitat* dell'attacco alle risorse e conoscenze genetiche tradizionali in atto a livello internazionale. Si sono così susseguite importanti iniziative: tra queste in particolare la Dichiarazione di Mataatua sui diritti di proprietà intellettuale e culturale dei popoli indigeni⁴⁹, la Dichiarazione di Julayinbul sui diritti di proprietà intellettuale degli indigeni australiani del novembre dello stesso anno⁵⁰, la *South Pacific Regional Consultation on Indigenous People's Knowledge and Intellectual Property Rights*, svoltasi a Suva nelle isole Fiji nella primavera 1995. Il documento finale di quest'ultima ribadisce il diritto dei popoli indigeni del Pacifico all'autogoverno ed all'indipendenza delle loro terre e risorse sulla base della salvaguardia della conoscenza dei popoli indigeni; chiede che il Pacifico venga dichiarato zona libera da brevetti sulle forme di vita, una moratoria sulle attività di bioprospezione e da ultimo rivolge un appello a tutte le organizzazioni non-governative, incluse chiese ed Università, a «riconsiderare il proprio ruolo nello sfruttamento delle conoscenze e delle risorse dei popoli indigeni» e di aiutarli nel ritorno alla loro terra (Blakenay, 1997: 302-303)⁵¹.

7. La Convenzione di Unione di Berna (CUB) assicura la tutela del folklore solo quale ricaduta della tutela delle opere anonime consentendo ad ogni Stato di designare le autorità cui spetta controllare licenze, uso e protezione del folklore nazionale⁵². Una simile soluzione⁵³ non è di alcuna utilità per i popoli

⁴⁹ Emanata a seguito della prima Conferenza internazionale sui diritti di proprietà intellettuale e culturale dei popoli indigeni, organizzata dalle nove tribù di Mataatua nella regione di Aiootea-oroa in Nuova Zelanda nel giugno del 1993. Il testo della Dichiarazione è consultabile all'indirizzo <<http://aoteaoroa.wellington.net.nz/imp/mata.htm>>. Sul punto, diffusamente, Zografos (2005: 936-937).

⁵⁰ V. Blakenay (1997: 301 e sg.). Il movimento non è peraltro confinato alla regione oceanica: v. la *International Consultation on Intellectual Property Rights and Biodiversity* organizzata dal *Coordinating Body of the Indigenous Peoples of the Amazon Basin* (COICA) tenutosi a Santa Cruz de la Sierra in Bolivia nel settembre 1994, su cui ancora Blakenay (1997: 302). V. anche il *Mensaje de la Coordinadora Indígena Campesina de Agroforestería Comunitaria Centroamericana con ocasión del Día Mundial del Ambiente*, del 7 agosto 1998, riportato in Barsh (1999: 23, traduzione in inglese dell'autore).

⁵¹ Successivamente, nel 1997, la *Thammasaat Resolution*, stilata a Bangkok, al termine di un *meeting* di scienziati e organizzazioni indigene del terzo mondo, ribadisce la propria opposizione alla trasformazione delle conoscenze ecologiche tradizionali in proprietà intellettuale, affermando: «Our rights are inalienable. As community/collective rights, they are indivisible and intergenerational».

⁵² *Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie e artistiche* del 9 settembre 1886, riveduta da ultimo a Parigi il 24 luglio 1971, art. 15 par. 4 lett. a): «Per le opere non pubblicate di cui è ignota l'identità dell'autore, il quale può tuttavia presumersi come appartenente ad un Paese dell'Unione, è riservata alla legislazione di questo Paese la facoltà di desi-

indigeni: spettando allo Stato centrale decidere delle *royalties*, viene incentivata la centralizzazione del controllo sulle manifestazioni culturali e artistiche dei popoli indigeni. La disposizione si è dimostrata peraltro di scarsa utilità anche per i PVS, donde la rarità dei casi di sua applicazione lungo gli anni Settanta⁵⁴. Va allora osservato come in tempi più recenti sia stata proprio l'accresciuta visibilità internazionale delle comunità indigene «sulle proprie opere e sulla propria cultura ad avere attivato l'utilizzo del diritto d'autore come strumento di tutela delle opere del folklore» (Zagato, 2000: 87). Resta che sia le *Model Provisions for National Laws on the Protection of the Expression of Folklore against Illicit Exploitation and Other Prejudicial Actions*, adottate congiuntamente da OMPI e UNESCO nel 1982⁵⁵, sia la *Raccomandazione sulla salvaguardia della cultura tradizionale e del folklore* adottata dall'UNESCO nel 1989 si sono dimostrate impari ad un simile compito.

La Raccomandazione del 1989 definisce (punto A) folklore (o tradizioni popolari) «l'insieme delle creazioni di una comunità culturale, fondate sulla tradizione, espresse da un gruppo o da individui e riconosciute come rispondenti alle aspettative della comunità in quanto espressioni della sua identità culturale e sociale, delle norme e valori che si trasmettono oralmente, per imitazione e in altri modi». Se è vero che la Raccomandazione non fa cenno ai popoli indigeni, la definizione in esame potrebbe certo ricomprendere una serie di manifestazioni culturali indigene. Un'attenta lettura del testo della Raccomandazione consente peraltro di individuarne scopo, ambito e limite: salvare le espressioni delle culture che rischiano di andare definitivamente perdute attraverso uno sforzo centralizzato a livello di singoli Stati di raccolta, registrazione e catalogo. La stessa diffusione e valorizzazione delle espressioni culturali in esame è riservata al livello centrale nazionale, cui spetta avvalersi dell'aiuto di enti territoriali, scuole, musei, infrastrutture turistiche. La tutela dei diritti si rivolge poi a figure particolari: l'informatore in quanto por-

gnare l'autorità competente a rappresentare l'autore e abilitata a salvaguardarne e farne valere i diritti nei Paesi dell'Unione»; tale designazione comporta – lett. b) – un onere di dichiarazione scritta da inviare al Direttore generale dell'OMPI, il quale a sua volta darà comunicazione a tutti gli Stati parte alla CUB.

⁵³ L'accordo TRIPS dal canto suo neppure fa cenno alla tutela del folklore, anche se indirettamente congiura ad aumentarne il livello di tutela in quanto obbliga i PVS ad emanare normative più attente in materia di tutela della proprietà intellettuale, ed a valorizzare dunque il proprio folklore. Sull'argomento: Dietz (1981: 46 e sg.) e Zagato (2000: 44, 85 e sg.).

⁵⁴ Come sarà riconosciuto anni dopo dagli esperti OMPI e UNESCO: l'approccio seguito «did not appear to have been particularly effective or expedient». V. *Group of Experts on the International Protection of Folklore by Intellectual Property, On the International Regulation of the "Intellectual Property Aspects" of Folklore*, UN.Doc.UNESCO/WIPO/FOLK/GEI.1/2, 1984.

⁵⁵ Consultabili al sito <www.wipo.int/globalissues/resources/index.html>.

tatore della tradizione, di cui va soprattutto rispettato il diritto alla *privacy*; il raccoglitore di dati, l'operatore dei servizi archivistici cui va riconosciuta la centralità e la direzione delle operazioni, insomma tutti i diversi soggetti coinvolti nello sforzo di proteggere i materiali raccolti da impieghi abusivi. Pur se la Raccomandazione ha avuto grande successo⁵⁶, essa va considerata, al più, un primo passo sulla via che porta alla Convenzione UNESCO del 2003 sulla protezione del patrimonio culturale intangibile. La sua influenza sul sistema di tutela del diritto d'autore risulta invece inesistente.

Quanto alle *Model Provisions*, queste costituiscono una naturale evoluzione delle leggi-tipo regionali elaborate già nel corso degli anni Sessanta e Settanta in alcune aree regionali post-coloniali (Africa in particolare) con l'aiuto di esperti OMPI e UNESCO⁵⁷. Vale la pena di rilevare come il gruppo di esperti incaricato di prepararle sia riuscito solo ad intravedere il problema del rapporto tra manifestazioni della conoscenza tradizionale – *performances* e creazione di beni tangibili – e sito in cui questi tradizionalmente si svolgono. Escludendo la possibilità che le disposizioni sul folklore possano tutelare anche i siti⁵⁸, gli esperti decretano involontariamente il fallimento del tentativo di creare un Trattato internazionale per la tutela del folklore⁵⁹.

Resta da parlare dell'esperienza australiana in corso relativa all'utilizzo del copyright per la protezione dell'opera culturale degli autori indigeni, certo la più complessa ed avanzata, per quanto non priva di elementi di ambiguità. Risale agli anni Settanta la denuncia da parte di un noto pittore aborigeno, Wandjuk Marika, dello sfruttamento abusivo di cui il suo lavoro, fondato sulle

⁵⁶ Negli anni successivi si sono svolti una serie di seminari regionali di discussione sullo stato di avanzamento dei lavori di approfondimento della tutela del folklore: Europa centro-orientale (Repubblica Ceca, giugno 1995); Europa occidentale (Finlandia, 1998); America latina e caraibica (Mexico City, 1997); Asia-Pacifico (Tokyo, febbraio-marzo 1998); Asia centrale e Caucaso (fine 1998); Africa (Accra, 1999); regione araba (Damasco, 1999).

⁵⁷ V. *Legge-tipo sul diritto d'autore ad uso dei Paesi in via di sviluppo*, adottata a conclusione di un comitato di esperti riunitosi a Tunisi dal 23 febbraio al 2 marzo 1976. Il testo è in *Il Diritto d'Autore*, 1971, 48: 291-332, preceduta da un intervento di C. Masouyé (1971). Proprio la difficoltà di inserire la tutela del folklore (art. 5) in un impianto assai fedele allo schema unionista costituì d'altra parte uno dei motivi di fallimento della legge-tipo di Tunisi; l'altro, strano allo studioso di oggi, va ricercato nel lacerante scontro tra studiosi africani di impianto giuridico continentale, francofono (riuniti nell'OAPI, *Office africain de la propriété intellectuelle*) e, rispettivamente, di *common law* (costituiti nella ARIPO, *African Regional Industrial Property Organization*). Per un riattraversamento di questa fase v. Endeshaw (1996: in particolare pp. 146 e sg.).

⁵⁸ V. Group of Experts on the International Protection of Folklore by Intellectual Property, *On the International Regulation of the "Intellectual Property Aspects" of Folklore*, par. 84 (UN.Doc. UNESCO/WIPO/FOLK/GEI.1/2, 1984).

⁵⁹ Secondo il caustico commento di Barsh (1999: 28) «from the outset, then, UNESCO and WIPO separated 'culture' from land».

storie raccontategli dagli antenati, era oggetto; la denuncia si concludeva con la richiesta che agli artisti indigeni venissero garantiti gli stessi diritti sulla propria opera che agli altri⁶⁰. Le autorità australiane lavorarono negli anni successivi ad un progetto di legge a tutela del folklore che, rimasto privo di risultati negli anni Ottanta, è stato rilanciato un decennio dopo, a seguito delle sentenze dell'Alta Corte australiana nei casi *Yumbulul* (1991)⁶¹ e *Milpurrruru* (1994)⁶². In un celebre passo della prima pronuncia, la Corte prende atto del fatto che «Australia's copyright law does not provide adequate recognition of Aboriginal community claims to regulate the reproduction and use of works which are essentially commun in origin»⁶³.

Peraltro, sulle tracce di Marika, gli artisti aborigeni sottoponevano a costante critica tale indirizzo, denunciando il carattere culturalmente razzista del tentativo di rinchiudere nella categoria folklore la tradizione culturale in cui la loro attività si iscriveva e di conseguenza i risultati di quest'ultima. Nell'ampio dibattito che attraversava il mondo culturale australiano, parte della dottrina specialistica negava in un primo tempo la possibilità di tutelare con il copyright le opere degli autori aborigeni, non riconoscendo alla tradizione aborigena ed ai suoi rappresentanti viventi precisamente il requisito dell'originalità. Si sosteneva in particolare che, affinché l'autore sia percepito come creatore, è necessario che il *milieu* sociale e culturale in cui egli opera abbia contezza del fatto che l'autore non sta replicando opere tradizionali. Un simile passaggio non sarebbe ancora avvenuto nelle culture indigene, rendendo per il momento impossibile la tutela tramite copyright dell'opera – sia essa figurativa o altro – degli appartenenti a tali culture⁶⁴. Orbene, la consapevolezza del carattere originale di tali esperienze culturali si è piuttosto sviluppata in Australia nell'ultimo decennio, sia pure attraverso un singolare spostamento di prospettiva: il carattere dell'originalità viene oggi riconosciuto alla tradi-

⁶⁰ «I happened to see a tea-towel with one of my paintings represented on it; this was one of the stories that my father had given me, and no-one amongst my people would have painted it without my permission. But some unknown persons copied my paintings, and had it reproduced in this way, without even first asking my permission [...] we are asking [...] that our works be respected and that we be acknowledged as the rightful owners of our own works of art» (Marika, 1976: 7).

⁶¹ *Yumbulul v. Reserve Bank of Australia*, (1991) 21 IPR: 481 e sg.

⁶² *Milpurrruru v. Indofurn Pty Ltd*, (1995) 30 IPR: 209 e sg.

⁶³ Di conseguenza per i giudici la questione della «statutory recognition of Aboriginal communal interests in the reproduction of sacred objects» doveva costituire argomento di riflessione per il legislatore. Nella pronuncia *Milpurrruru* gli artisti, viventi, vedevano riconosciuto il proprio diritto; la Corte si sforzava poi di dare spazio ai diritti specifici della tribù che erano stati violati, ma poteva farlo solo con il giuoco della aggravante per i danni (*Yumbulul v. Reserve Bank of Australia*, 1991, 21 IPR: 490).

⁶⁴ L'argomentazione per sommi capi ricapitolata è quella di Rose (1994: 53 e sg.).

zione culturale in cui l'opera degli artisti viventi aborigeni si sviluppa. È un passaggio importante, ma finisce per essere anche, almeno per gli artisti, un frutto avvelenato⁶⁵. Se il tratto dell'originalità è riconosciuto in blocco ad una tradizione culturale fondata su espressioni riconoscibili risalenti spesso a varie migliaia di anni fa, tali opere non sono certo proteggibili tramite copyright⁶⁶. A venire tutelata come opera dell'ingegno è la manifestazione culturale contemporanea – individuale o di gruppo che sia – che su quella tradizione si fonda, né potrebbe essere diversamente. Anche se ne deriverà comunque una facilitazione dell'opera di arginamento dello sfruttamento abusivo della tradizione culturale da parte delle comunità, resta che in tal modo «the difficulty of separating the art from the distinct cultural space where it was produced heightens the anxiety between the positioning of Aboriginal people within both modernity and the evocation of the traditional, an anxiety acutely experienced by urban Aboriginal artists» (Anderson, 2005: 363).

Si potrebbe sostenere allora che solo a questo punto la negoziazione delle appartenenze e delle identità emerge effettivamente come momento centrale nel presente lavoro⁶⁷. I casi di utilizzo del *copyright* a protezione dell'arte aborigena in Australia – così come la normativa sul marchio della Nuova Zelanda – sono però esempi unici, in un quadro di applicazione difficoltosa degli strumenti internazionali di tutela della proprietà intellettuale alle conoscenze tradizionali.

8. Si rafforza di conseguenza, sotto la spinta dell'OMPI, il tentativo di trovare una soluzione alternativa, fondata sulla protezione *sui generis* della cultura tradizionale. L'*Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore* dell'OMPI⁶⁸ ha lavorato negli ultimi anni ad un *Draft* su «policy objectives and core princi-

ples for TK protection», *Draft* la cui versione riveduta è oggi in discussione⁶⁹. Anche in questo caso, il fuoco di sbarramento opposto da una serie di Stati sembra peraltro spostare indefinitamente in avanti l'accordo su di un testo; e ciò prima ancora che di tale eventuale testo sia deciso l'utilizzo, se cioè l'inserimento in un atto vincolante o di *soft law*. Ciò ha portato da ultimo ad una interessante presa di posizione da parte di uno Stato europeo, la Norvegia⁷⁰, che invita il Comitato intergovernativo ad un approccio realistico, articolato in più tappe: il Comitato si dovrebbe accontentare cioè, secondo la Norvegia, di lavorare per ora ad un atto non vincolante (Raccomandazione o Dichiarazione) indicante finalità ed obiettivi della protezione delle conoscenze tradizionali, materia questa su cui si è raggiunto un ampio accordo tra gli Stati membri dell'OMPI. Andrebbero parallelamente isolati i due punti di contenuto su cui il consenso pare raggiunto, quelli cioè relativi alla lotta contro l'appropriazione indebita della conoscenza tradizionale ed al divieto di concessione di diritti di proprietà intellettuale su tale conoscenza senza consenso dei detentori. Si tratta, secondo il paese nordico, di problemi affrontabili e risolvibili solo in una prospettiva internazionale⁷¹: il Comitato intergovernativo dovrebbe di conseguenza concentrare la sua azione nel predisporre uno strumento giuridico che, una volta adottato, vincoli gli Stati membri dell'OMPI a garantire adeguata ed effettiva protezione da tali flagelli ai detentori della conoscenza tradizionale.

L'esperienza OMPI è in ogni caso più significativa di quanto la mancanza di risultati certi potrebbe lasciar pensare. La stessa esistenza del Comitato Intergovernativo ha consentito infatti circolazione, presa di contatto e reciproca influenza di una serie di esperienze volte alla creazione di una protezione *sui generis* della conoscenza dei popoli indigeni condotte da parte di organizzazioni regionali come singoli Stati.

⁶⁵ E ciò anche a prescindere dall'unificazione forzata in una unica categoria di un *milieu* culturale indigeno probabilmente assai più articolato e frazionato di quanto così risulti.

⁶⁶ Ché la normativa sulle opere dell'ingegno non può riconoscere alcuna proprietà, collettiva o individuale, su disegni risalenti a decine di migliaia di anni: v. Blakeney (1997: 445).

⁶⁷ Così l'artista Gordon Bennett ricorda di non essere andato al College per laurearsi nella categoria "Artisti aborigeni", e descrive il proprio sconcerto per essersi laureatosi a pieni voti «to find myself positioned and contained by the language of 'primitivism' as an 'Urban Aboriginal Artist'». È quanto porterà un altro artista aborigeno, a pubblicare nel 2002 un pamphlet di rottura (*Bell's Theorem: Aboriginal Art: It's a White Thing*, Bell, 2003) e a realizzare il quadro omonimo con il quale avrebbe vinto nel 2003 il prestigioso *Telstra National Aboriginal and Torres Strait Islander Art Award*. Per un approfondimento, v. il contributo di Tamisari in questo volume.

⁶⁸ V. *supra*, § 3.

⁶⁹ *Revised Draft Provisions for the Protection of Traditional Knowledge: Policy Objectives and Core Provisions*, allegato (con commento articolo per articolo) al documento WIPO/GRTKF/IC/8/5 (<www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_8_5.pdf>), predisposto dall'Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore nella sua settima sessione tenutasi a Ginevra dal 6 al 10 giugno 2005. Per i commenti al *Draft* originario (WIPO/GRTKF/IC/7/6) si veda la pagina web <www.wipo.int/tk/en/comments/draft_provisions.html>.

⁷⁰ V. il *Norway Memorandum* inviato in data 20 aprile 2006 al Comitato intergovernativo in vista della sua nona sessione tenuta a Ginevra dal 24 al 28 aprile 2006 (WIPO/GRTKF/IC/9/12, consultabile all'indirizzo <www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_9_12.pdf>). La Dichiarazione o la raccomandazione dovrebbe, secondo la Norvegia, essere adottata dalle Assemblee dell'Unione di Parigi per la protezione della proprietà industriale e dell'Unione di Berna e dagli Stati membri dell'OMPI nel corso dell'assemblea generale del 2007.

⁷¹ *Norway Memorandum*, par. 22 e sg.

Tra tali esperienze, va dato conto, in chiusura, dell'esperienza sudafricana. Questo Paese ha inviato nei mesi scorsi al Comitato un documento ambizioso⁷², in cui la *Indigenous Knowledge Systems Policy* nazionale del Sudafrica viene proposta ai paesi dell'Africa e dell'Asia quale soluzione del problema dell'applicazione alla conoscenza tradizionale dei diritti di proprietà intellettuale, tramite un sistema organico di protezione *sui generis*⁷³, ed insieme quale strumento per l'utilizzo delle conoscenze delle popolazioni indigene in qualità di risorsa economica per lo sviluppo⁷⁴.

Lungo questa strada – a sua volta non priva di ambiguità⁷⁵ – il governo sudafricano, pur schierato per il riconoscimento dell'esistenza e delle specificità dei popoli indigeni presenti nel suo territorio, appare guidato dalla costante ricerca 'politica' di un punto d'incontro⁷⁶ con le esperienze di tutela delle conoscenze tradizionali maturate da parte di Paesi, quali Cina ed India, tuttora ostili ad un analogo riconoscimento⁷⁷.

Dalla globalizzazione e dai drammatici problemi che essa pone ai Paesi del Sud del mondo potrebbe nascere allora – sia consentito un tratto di ottimi-

⁷² *Republic of South Africa: Indigenous Knowledge Systems Policy*, documento originariamente trasmesso l'8 novembre 2005 dal Ministero della scienza e della tecnologia del Sudafrica all'Ufficio delle Nazioni Unite ed alle altre Organizzazioni internazionali con sede a Ginevra, e di cui con nota del 22 febbraio 2006 lo stesso Ministero chiedeva la trasmissione al Comitato Intergovernativo perché questo lo facesse circolare come documento di lavoro in vista della nona sessione, tenutasi tra il 24 e il 28 aprile a Ginevra. Si veda all'indirizzo <www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_gtrkf_ic_9/wipo_gtrkf_ic_9_11.doc> il Documento, allegato a WIP/GTRKF/IC/9/11 del 15 marzo 2006.

⁷³ L'obiettivo è quello di assicurare – come dice l'Introduzione al documento – «legislation and administration capacity to protect intellectual property associated with indigenous knowledge». Preso atto della difficoltà di applicare a popoli indigeni e comunità locali in genere la normativa sui diritti di proprietà intellettuale, il documento esprime ciononostante la convinzione (punto 1.4) che le diverse «issues may be reconciled within the framework of TRIPS using different forms of intellectual property rights. These include geographical indications, the notion of community-based rights and sui generis forms of protection to complement the current system of intellectual property».

⁷⁴ *Republic of South Africa: Indigenous Knowledge System Policy*, punti 2.3 e sg.; cf. la nota successiva.

⁷⁵ L'utilizzo della conoscenza tradizionale per lo sviluppo, per quanto più attento alle necessità dei popoli indigeni ed alla spartizione con loro dei risultati della ricerca rispetto ai progetti UNDP e UNCTAD citati, crea ciò nonostante inquietudine, soprattutto là dove (preambolo) viene posto esplicitamente l'obiettivo di interfacciare il sistema di conoscenze indigeno con altri sistemi di conoscenza, in particolare «modern biotechnology in the pharmaceutical and other sectors to increase the rate of innovation».

⁷⁶ Evidente è soprattutto la *captatio benevolentiae* nei confronti del potenziale alleato indiano: v. per tutti l'esaltazione dei meriti della Traditional Knowledge Digital Library (TKDL) di Ayurveda, creata dalle autorità indiane per evitare la concessione di brevetti basati sull'impossessamento di invenzioni non brevettabili appartenenti alla conoscenza tradizionale indiana.

⁷⁷ Si richiama ancora il contributo di Zagato in questo volume, *passim*.

simo conclusivo – un approccio nuovo alla questione della tutela dei diritti dei popoli indigeni da parte di tali Paesi⁷⁸.

⁷⁸ Ciò alla luce del rapido mutare degli equilibri nel commercio internazionale con la nascita di una collaborazione dapprima trilaterale – Brasile, India, Sud Africa – in corso di allargamento alla Cina e ad altri Paesi del sud del mondo. Per un primo approfondimento v. Abbott (2005).

Bibliografia

- AAVV (2004), *Studi in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli, Editoriale Scientifica.
- Abbott F. (2005), "Toward a New Era of Objective Assessment in the Field of Trips and Variable Geometry for the Preservation of Multilateralism", *Journal of International Economic Law*, 8: 77-100.
- Anderson J. (2005), "The Making of Indigenous Knowledge in Intellectual Property in Australia", *International Journal of Cultural Property*, 12 (2): 347-373.
- Barsh R.L. (1986), "Indigenous Peoples: An Emerging Object of International Law", *American Journal of International Law*, 8: 369-385.
- Barsh R.L. (1999), *How do you Patent a Landscape? The Perils of Dichotomizing Cultural and Intellectual Property*, *International Journal of Cultural Property*, 8: 14-47.
- Bell R. (2003) *Bell's Theorem. Aboriginal Art – It's a white thing. Richard Bell Tribute*, <<http://www.kooriweb.org/foley/great/art/bell.html>>.
- Blakeney M. (1997), "Bioprospecting and the Protection of Traditional Medical Knowledge of Indigenous Peoples: An Australian Perspective", *European Intellectual Property Review* 29: 298-303.
- Da Costa E Silva E. (1995), "The Protection of Intellectual Property for Local and Indigenous Communities", *European Intellectual Property Review* 17: 546-549.
- Daes E.-I. (1997), *Protection of the Heritage of Indigenous People*, UN, New York and Genève, Study Series n. 10.
- Dietz A. (1981), *Urheberrecht und Entwicklungsländer*, München, Beck.
- Endeshaw A. (1996), *Intellectual Property Policy for Non-Industrial Countries*, Brookfield, Dartmouth University Press.
- Greve G. (2004), *Sulla 'proprietà intellettuale' e le Popolazioni Indigene*, Copyright FSF Europe <<http://www.italy.fsfurope.org/documents/iprip.it.html>>.
- Marika W. (1976), "Copyright on Aboriginal Art", *Aboriginal News*, 3 (1): 7.
- Masouyé C. (1971), "Le droit d'auteur et le développement", *Il Diritto d'Autore*, 48: 112-118.
- Robertson J., Calhoun D. (1995), "Treaty on Biological Diversity: Ownership Issues and Access to Genetic Materials in New Zealand", *European Intellectual Property Review*, 17: 219-224.
- Rose M. (1994), "The Author as Proprietor: Donaldson v. Becket and the Genealogy of Modern Authorship," in B. Sherman, A. Strowel (eds.), *Of Authors and Origins: Essays on Copyright Law*, Oxford, Clarendon Press: 23-55.
- Sandri S. (1996), *La nuova protezione della disciplina industriale dopo i GATT-TRIPS*, Padova, CEDAM.
- Scovazzi T. (1996), "Kawanatanga e Rangatiratanga: a proposito del Trattato di Waitangi", *Rivista di diritto internazionale*, 77 (3): 725-736.
- Shand P. (2002), "Scenes form the Colonial Catwalk: Cultural Appropriation, Intellectual Property Rights, and Fashion", *Cultural Analysis*, 3: 47-88.
- Suagee D. (1999), "Human Rights and the Cultural Heritage of Indian Tribes in the United States", *International Journal of Cultural Property*, 8 (1): 48-76.
- Wendland W. (2002), *Intellectual Property and the Protection of Cultural Expressions: The Work of the World Intellectual Property Organization (WIPO)*, Utrecht, Molengraaf Institute for Private Law.
- Zagato L. (1996), *Il contratto comunitario di licenza di know-how*, Padova, CEDAM.
- Zagato L. (2000), "Sul trattamento dei Pvs in materia di diritto d'autore", in L. Forlatti, L. Zagato (a cura di), *Cultura e innovazione*, Milano, Giuffrè: 29-100.
- Zagato L. (2004), "Nuovo ruolo di alcune clausole di salvaguardia dopo l'11 settembre", in AAVV, *Studi in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, vol. 3, Napoli, Editoriale Scientifica: 2323-2340.
- Zografos D. (2005), "New Perspectives for the Protection of Traditional Cultural Expressions in New Zealand", *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 38 (8): 928-952.