

Il diritto consuetudinario e i diritti di genere: le lezioni del Sudafrica

di Alessandro Magrassi

Abstract: Customary law and gender rights: lessons from South Africa –

According to most recent reports, South Africa ranks as one of the worst countries for gender inequality and gender-based violence. This is quite surprising considering that South Africa, following a constitutional transition, has introduced social and civil rights in its legal system, and has ratified several international treaties on gender equality, such as CEDAW. But why are women's rights struggling to seep deep into the layers of the South African society? How can this process be implemented? South Africa represents an interesting case study for analyzing the challenges of applying new rights in a juridical and social context ready to approach modernity but also tightly linked to customary law and traditions. In order to bring about lasting change, seem to be necessary acting both on the social and juridical levels: on one hand, the Government should adopt legislative measures that address these specific issues, while NGOs should raise awareness among the South African population. On the other hand it is essential an interpretational approach to customary law constitutionally oriented, capable to armonizing as much as possibile the traditional culture with the new rights and the changing social awareness.

771

Keywords: CEDAW, South Africa, Customary law, Gender rights, Right to culture.

1. Introduzione: l'applicazione dei principi CEDAW nel paradosso sudafricano

La Repubblica del Sudafrica ha aderito tardivamente alla *Convention on the Elimination of all forms of Discrimination Against Women* (o CEDAW), sottoscrivendola solo nel 1995, sedici anni dopo l'adozione della stessa da parte dell'Assemblea delle Nazioni Unite; un ritardo presumibilmente dovuto al fatto che, fino al '94, tutte le energie politiche e sociali del Paese erano impegnate nello scontro interno teso al superamento del regime di *apartheid* (letteralmente, "separazione" in *afrikaans*)¹. Svincolatosi da questo ingombrante e arcaico assetto di diritto, lo Stato sudafricano pare essersi

¹ La Carta pare riservare un'attenzione particolare all'esperienza sudafricana, come dimostrano le seguenti parole nel preambolo: «Sottolineato che l'eliminazione dell'*apartheid*, di ogni forma di razzismo, di discriminazione razziale di colonialismo, di neo-colonialismo, d'aggressione, d'occupazione, dominio straniero o ingerenza negli affari interni degli Stati è indispensabile perché uomini e donne possano pienamente godere dei loro diritti...»; il richiamo all'*apartheid* non pare riconducibile ad altre esperienze segregazioniste se non a quella sudafricana.

impegnato attivamente nel modernizzare il proprio ordinamento costituzionale: sul fronte dei diritti di genere, tutelati nel divieto di discriminazione su base sessuale sancito dalla nuova Costituzione sudafricana², alla firma della CEDAW è seguita l'adozione di numerosi interventi legislativi nazionali³ e l'adesione ad altre carte di tutela internazionali, come l'*African Women's Protocol* del 2003. Tanto nel preambolo della CEDAW che dell'AWP⁴, tuttavia, si lamenta lo stato insoddisfacente di tutela effettiva della donna nella società, vittima di violenze di genere e soprusi derivanti dalla discriminazione sessuale: segno che i diritti consacrati in tali testi hanno faticato e tutt'ora stentano a penetrare concretamente nella cultura sudafricana.

In effetti, i mezzi di informazione denunciano come il Sudafrica viva da decenni una "pandemia"⁵ ulteriore a quella ben nota da Covid-19: il Paese registra, infatti, uno dei tassi di femminicidi e violenze di genere tra i più alti al mondo⁶. La società sudafricana si connota così per un controsenso interno: da un lato, un riconoscimento formale dei diritti di genere e una grande attenzione politica e sociale sul tema, comprovata a livello istituzionale da una rappresentanza parlamentare femminile tra le più cospicue nelle

² La Costituzione del '96 rigetta qualsivoglia discriminazione in base al sesso alla *section 9* del *Bill of rights*; il comma 2 della stessa *section* impone di adottare misure positive a tutela di tale uguaglianza, inserendosi nel solco tracciato dalla CEDAW di non mera dichiarazione di intenti, ma concreta difesa dei diritti di genere. Circa l'approccio alla Costituzione sudafricana ai diritti di genere, P. E. Andrews, *Striking the Rock: Confronting Gender Equality in South Africa*, in *Michigan Journal of race and law*, 3 (1998), 327-333. Anche la legislazione ordinaria si è premurata, negli anni, di tutelare con crescente attenzione i diritti di genere.

³ , M. J. Maluleke, *Culture, tradition, custom, law and gender equality*, in 15 *Potchefstroom Electronic Law Journal/Potchefstroomse Elektroniese Regsblad*, 1 (2012), 7-9.

⁴ «Preoccupati tuttavia di constatare che nonostante l'esistenza di tali strumenti le donne continuano ad essere oggetto di gravi discriminazioni», nel Preambolo della *Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti della donna*; «CONCERNED that despite the ratification of the African Charter on Human and Peoples' Rights and other international human rights instruments by the majority of States Parties, and their solemn commitment to eliminate all forms of discrimination and harmful practices against women, women in Africa still continue to be victims of discrimination and harmful practices», nel Preambolo del *Protocol To The African Charter On Human And Peoples' Rights On The Rights Of Women In Africa*. Parallelismo rilevato da F. Banda, *Blazing a Trail: The African Protocol on Women's Rights Comes into Force*, in 50 *J. Afr. L.* 1 (2006), 74.

⁵ Citando il recente articolo di informazione B. Adebayo, *South Africa has the continent's highest Covid-19 cases. Now it has another pandemic on its hands*, disponibile sul sito della CNN, 19 giugno 2020.

⁶ Le stime non sono univoche, ma tutte concordano su quanto allarmante sia la condizione della donna in Sudafrica, anche sotto il punto di vista della sicurezza personale. Fonti ufficiali (*National Strategic Plan On Gender-Based Violence & Femicide*, sul sito istituzionale sudafricano www.justice.gov.za) riportano come il Sudafrica abbia registrato 41.583 stupri (*rapes*, mentre le più generiche *sexual offences* sono 52.420) nel 2019, in un *trend* in una quasi impercettibile diminuzione da 10 anni (nel 2011 erano 47.049) con meno di 58 milioni di abitanti; sul sito della ONG CESVI si legge come «In Sudafrica il 40% degli uomini ha picchiato la propria compagna e un uomo su 4 ha commesso un reato sessuale.» (www.cesvi.org).

democrazie rappresentative⁷; dall'altro, una diffusa visione sociale della donna ancora in rapporto di subordinazione all'uomo⁸.

Contro tali condizioni di disparità effettiva la CEDAW, non fermandosi a mere enunciazioni di principi, impone condotte attive⁹ degli stati firmatari: agli artt. 2 e 3 essi si impegnano a incardinare i diritti di genere tanto in Costituzione quanto nella legislazione ordinaria. Inoltre la Carta, dopo aver espressamente parlato di «Costituzione nazionale» (art. 2 let. a)) e «misure legislative» (art. 2 let. b)), varia terminologia imponendo ai firmatari di assumere altresì «ogni misura adeguata» per contrastare la discriminazione contro le donne nella pratica sociale (art. 2 lett. e), f)) e garantire loro il godimento di tutti i diritti in piena condizione di parità con l'uomo (art. 3): gli impegni del Sudafrica, dunque, non possono considerarsi esauriti consacrando il principio di non discriminazione di genere in Costituzione e adottando misure legislative tese alla tutela dello stesso. Interrogarsi su quali possano essere le altre «misure adeguate» che può porre in essere un Paese formalmente fornito coperture costituzionali e legislative a tutela di tali valori, ma sostanzialmente privo di una reale cultura dei diritti di genere¹⁰, vuole essere il quesito a cui tentare di proporre soluzioni in questo contributo.

⁷ 49% nel 2019, il più alto in assoluto per il sito www.genderlinks.org.

⁸ Un paradosso riconosciuto anche da S. Hanson, L. Patel, *How Theory Shapes Practice: Approaches to Woman Abuse and Child Abuse in South Africa*, in 44 *The British Journal of Social Work* 8 (2014), 2239, così come gli autori riconoscono anche gli sforzi compiuti dal legislatore e l'importanza che l'argomento assume nel dibattito politico interno. Mette in luce questa dicotomia anche M. A. Plaatjes Van Huffel, *Patriarchy as empire: a theological reflection*, in *Studia Historiae Ecclesiasticae* 37 (2011): «On the one hand, women have been accepted in leadership positions in both church and society during the past decade, but on the other side, dominant discourses are keeping women in submissive roles. (...). The inclusion of women in decisionmaking structures, however, did not change the dominant discourses which imprisoned women in submissive roles in societal structures», 5 della versione *online*. Come meglio si approfondirà, la dottrina è quasi univoca sull'origine culturale più che meramente socioeconomica di tali abusi, ad esempio C. Bower, *The Plight of Women and Children: Advancing South Africa's Least Privileged*, in *The Annals of the American Academy of Political and Social Science* 652 (2014), 110.

⁹ Peculiarità della CEDAW: «Pur essendo uno strumento di *soft law* (...) è infatti l'unico strumento giuridico riconosciuto dalla grande maggioranza degli Stati chiamati a occuparsi, in un orizzonte *globale*, del problema della discriminazione della donna», soprattutto in quanto «gli Stati firmatari sono vincolati ad un *facere* specifico, ovvero a predisporre e adottare un impianto normativo che garantisca l'esercizio e il rispetto dei diritti delle donne o mediante la rimozione degli ostacoli o tramite le c.d. azioni positive che, derogando il principio della parità formale, permettono di percorrere il cammino della sostanziale parità con il sesso maschile», A. Apostoli, *L'attuazione della CEDAW nell'ordinamento interno*, nella presente raccolta di contributi.

¹⁰ Metodologicamente, enucleare dunque gli istituti arcaici e moderni che si confrontano sul terreno dei diritti di genere e indagarne *ratio*, cause sociali e applicazioni concrete; studiare, dietro la lente del diritto pubblico, quel *mondo-della-vita* composto dalla società sudafricana (di per sé per altro assai variegata) onde tentare di apprendere cosa impedisca una compenetrazione sociale completa, o comunque soddisfacente, dei nuovi diritti di genere e del nuovo ruolo della donna, ritenendo

Si dimostra necessario agire sulla cultura sociale, formalizzata, nel caso sudafricano, nelle norme del *customary law* locale: un fattore di rilievo, giacché pone la questione del rapporto tra ordinamenti plurastici, che riconoscono anche culture giuridiche tradizionali al loro interno (che, come meglio verrà specificato, sovente mantengono ampi profili di discriminazione sessuale) e diritti relativamente moderni come quelli di genere. Gli estensori della CEDAW pare siano stati consapevoli di potenziali conflitti di questa natura e dei conseguenti rischi di discrepanza tra il diritto vivente e quello formale, riconoscendo all'art. 5¹¹ l'importanza dell'assimilazione culturale dei valori che promuove per un'effettiva tutela dei diritti delle donne - consci del fatto che i principi sanciti su carta non inusualmente restano lettera morta nelle società¹². Si cercheranno di rilevare le modalità migliori per un simile tipo di sensibilizzazione alla cultura dei diritti.

Alcuni studi, inoltre, suggeriscono la possibile correlazione tra violenza di genere e transizioni democratiche¹³: laddove l'uomo medio, abituato a uno certo *status quo* che lo vede predominante per lo meno

precipua l'importanza di «analizzare non tanto la regola enunciata dai protagonisti della produzione normativa, quanto la sua recezione, sul piano strettamente deontico, da parte dei destinatari», E. Mostacci, *Schemi di classificazione e comparazione giuridica: un regno immenso e anonimo*, in *Dir. pub. comp. eur.* 4 (2017), 1168.

¹¹ «Gli Stati prendono ogni misura adeguata: a) al fine di modificare gli schemi ed i modelli di comportamento socioculturale degli uomini e delle donne e di giungere ad una eliminazione dei pregiudizi e delle pratiche consuetudinarie o di altro genere, che siano basate sulla convinzione dell'inferiorità o della superiorità dell'uno o dell'altro sesso o sull'idea di ruoli stereotipati degli uomini e delle donne b) al fine di far sì che l'educazione familiare contribuisca alla comprensione che la maternità è una funzione sociale e che uomini e donne hanno responsabilità comuni nella cura di allevare i figli e di assicurare il loro sviluppo, restando inteso che l'interesse dei figli è in ogni caso la considerazione principale», art. 5 CEDAW.

¹² Si pensi ai motivi che hanno spinto a coniare il lemma “democrazia sostanziale”, ideato proprio per discernere reali situazioni di esercizio democratico della vita politica e sociale di un Paese da condizioni solo formalmente democratiche; a riguardo, *ex multis*, F. Pizzolato, *I sentieri costituzionali della democrazia*, Roma, 2019, 14, che richiama sul tema anche la monografia di G. Dossetti, *Democrazia sostanziale*, Bologna, 2017, *passim*. Per ciò che riguarda strettamente il contesto sudafricano, alla luce degli sviluppi degli ultimi decenni colpiscono parole pronunciate già nel 1990: «It is not the constitution which will give to women their rights, since, as has been pointed out, rights are never conferred, they are won. Yet the constitution could have an important role in consolidating the rights that women will have gained in struggle and in providing the basis for further advances», A. Sachs, *Judges and Gender: The Constitutional Rights of Women in a Post-Apartheid South Africa*, in *Agenda: Empowering Women for Gender Equity* 7 (1990), 11.

¹³ Le transizioni costituzionali possono essere generalmente intese come quelle esperienze che si verificano in uno Stato allorché passa da un ordinamento costituzionale precedente ad uno successivo, connotato da una diversa concezione della struttura istituzionale e dei principi costituzionali di fondo. G. de Vergottini, *Le transizioni costituzionali*, Bologna, 1998, *passim*; G. O'Donnell, P. C. Schmitter, *Transitions From Authoritarian Rule: Tentative Conclusions About Uncertain Democracies*, Baltimora, 2013, *passim*; V. Teotonico, *Riflessioni sulle transizioni. Contributo allo studio dei mutamenti costituzionali*, in *Rivista AIC* 3 (2014), *passim*.

nell'ambito domestico, assista al venir meno di queste prerogative patriarcali per il cambiamento di una società che si proietta verso un futuro di eguaglianza, si verificherebbe un inasprimento del suo controllo sulla donna, fino a degenerare in (o a intensificare le già utilizzate) pratiche violente come reazioni “di difesa” a queste variazioni sociali¹⁴. Se tali teorie sono fondate, appare ancor più doveroso interrogarsi sulle migliori misure per far penetrare la concezione dei diritti di genere in realtà che per la prima volta li accolgono.

2. Il contesto della transizione costituzionale sudafricana

All'inizio del '900 l'ormai ex colonia inglese del Sudafrica, concluse le guerre boere, si concentrò sull'instaurazione di un sistema separatista-razzista: le terre vennero consegnate ai coloni bianchi, sancendo di fatto l'impossibilità per gli africani di acquistarle; la manodopera nelle miniere, con salari stracciati, era composta da emigrati provenienti dalle aree rurali privi della maggior parte dei diritti sociali basilari; gli stessi diritti politici non erano riconosciuti ai non-bianchi del Sudafrica¹⁵.

Un primo rilievo è da muovere in questa sede ai fini del contributo: i movimenti migratori interni per motivi di lavoro e le limitazioni alla libertà di spostamento se non per ragioni lavorative, a parer di certa dottrina¹⁶, ricoprirono un ruolo importante nel consolidarsi di una visione sociale maschilista, specie nelle campagne: gli uomini erano autorizzati a stabilirsi nelle città unicamente per motivi di lavoro; le donne, viceversa, si ritrovavano perlopiù a permanere nelle aree rurali, obbligate alla gestione domestica e economicamente completamente dipendenti dai mariti.

¹⁴ Sul tema T. Sideris *Post-Apartheid South Africa: Gender, Rights and the Politics of Recognition: Continuities in Gender-Based Violence?*, in *Agenda: Empowering Women for Gender Equity*, numero speciale *Agenda Special Focus: Gender, Culture and Rights*, 2005, 100-109; R. Morrell, *Of Boys and Men: Masculinity and Gender in Southern African Studies*, in *Journal of Southern African Studies* 4 (1988), 623, 625, 630; L. F. O'Sullivan, A. Harrison, R. Morrell, A. Monroe-Wise, M. Kubeka *Gender Dynamics in the Primary Sexual Relationships of Young Rural South African Women and Men*, in 8 *Culture, Health & Sexuality* 2 (2006), 101: «While in many respects the world has opened up for young South Africans over the last decade, particularly for those in urban areas, strong societal reactions against these changes are evident. These reactions are most pronounced in rural locations»; D. Pasura, A. Christou, *Theorizing Black (African) Transnational Masculinities*, in 21 *Men and Masculinities* 4 (2018), 526, 532-534.

¹⁵ Questi esempi sono solo accenni superficiali alle politiche bianche tese a soggiogare gli autoctoni negando loro qualunque possibile ruolo sociale di rilievo, riservando ad esempio tutte le qualifiche professionali in ambito minerario subito sopra la pura manovalanza (non solo quelle di dirigente, ma anche di assistente di caldaia o macchinista) ai bianchi. A riguardo, H. Jaffe, *300 years, a history of South Africa*, Cape Town, 1988, trad. it. *Sudafrica; storia politica*, Milano, 1997, 139 ss.

¹⁶ P. Andrews, *The Stepchild of National Liberation: Women and Rights in the New South Africa*, disponibile al sito *New York Law School*, 2001, 327-328; D. Pasura, A. Christou, *op. cit.*, 525-526.

A metà del XIX secolo¹⁷ il Paese era così graniticamente diviso: bianchi da una parte e altre etnie (neri e *coloureds* per lo più, ma anche immigrati indiani, ad esempio¹⁸) dall'altra. Il sistema giuridico e sociale fondato sul regime razzista dell'*apartheid* venne formalizzato dal 1948 dal *National Party*, partito rappresentante gli interessi dei bianchi sul territorio, consacrando le prassi già radicatesi dopo decenni di sfruttamento dei locali nel campo agricolo e minerario. A questa condizione di discriminazione si accompagnavano cruenti repressioni¹⁹, che col tempo esasperarono gli animi, ingenerando anche risposte violente organizzate da parte dell'associazione politica *African National Congress* (ANC), che cercava di riunire gli africani sotto una medesima egida per apportare modifiche sostanziali al sistema sudafricano e creare uno Stato egualitario.

Il cambiamento dello *status quo*, che vide sicuramente in Nelson Mandela²⁰ uno dei simboli, fu favorito anche dall'avvento di Frederik Willem De Klerk²¹ alla carica di Presidente nel 1989 e come esponente di spicco del *National Party*: egli intensificò la politica di negoziati con l'ANC, con segnali anche molto forti come la liberazione dei principali *leaders* dell'opposizione nel 1990 (tra i quali lo stesso Mandela); i due *leaders* cercarono faticosamente di colmare la faglia profondissima, scavata da decenni di abusi e scontri e da idee discordi circa i mutamenti prossimi del sistema costituzionale sudafricano²², che intercorreva tra i gruppi etnici, fino al conseguimento

¹⁷ Per una panoramica sulla storia costituzionale e politica del Sudafrica, si veda R. Orrù, *La Costituzione di tutti*, Torino, 1998, 38 ss. Per un contributo più sintetico ma in grado di evidenziare le fasi politicamente salienti, A. Butler, *Storia e geopolitica Sudafricana*, in *Limes* 3 (2010).

¹⁸ In effetti gli oppressi non erano unicamente i neri autoctoni, ma anche gli immigrati di qualunque etnia non bianca: «Under apartheid these groups all became black in the sense of not being accorded the racial status of being white», R. Morrell, *op. cit.*, 625.

¹⁹ Ad esempio, il massacro di Sharpsville del 21 marzo 1960 costò 69 morti e 180 feriti alla popolazione civile: la polizia aprì fuoco contro i manifestanti che protestavano per l'*Urban Areas act*, una legge che imponeva restrizioni agli spostamenti nel territorio nazionale e «passaporti» necessari per gli africani (di colore e *coloured*).

²⁰ Nelson Mandela è asceso a buon diritto nel *pantheon* moderno degli statisti idealisti che hanno dato un impulso concreto allo sviluppo della cultura dei diritti umani nel '900. Per una visione originale della sua attività della sua visione della condizione della Repubblica Sudafricana, si consiglia N. Mandela, *I am prepare to die*, Londra, 1964, trad. ita. *Contro il razzismo*, Milano, 2020, contributo che riporta integralmente la sua dichiarazione spontanea come imputato nella fase dibattimentale del processo di Rivonia del 1964.

²¹ In effetti al Presidente bianco *leader* del *National Party* va riconosciuta parte del merito per il successo dell'abbandono del segregazionismo razziale in Sudafrica, sebbene in precedenza, come Ministro dell'educazione, fosse stato un ferreo sostenitore dell'*apartheid* in ambito universitario; N. Mandela, *Long Walk to Freedom*, Londra, 1995, 660.

²² Esemplificando, l'ANC pubblicò un documento nel 1990 in cui rigettava l'impostazione del *National Party* circa il possibile inserimento di una carta dei diritti fondamentali di stampo anglosassone, premendo invece per una maggiore attenzione circa le specificità della storia del Sudafrica. E. Ceccherini, *Transizioni e processi costituenti*, in R. Orrù, L. G. Sciannella (a cura di), *Limitazioni di sovranità e processi di democratizzazione*, Torino, 2003, 87-88.

democratico di un Parlamento eletto a suffragio universale nel 1994 e una Costituzione moderna e garante dei diritti, primo tra tutti l'eguaglianza, elaborata dallo stesso e promulgata nel 1996.

2.1. Il ruolo delle donne nella transizione

L'attività politica e sociale che dopo mezzo secolo di lotte costrinse il *National Party* ad abbandonare il modello segregazionista sudafricano vide un'entusiasta partecipazione femminile²³.

Dopo secoli di relegazione a un ruolo sociale marginale²⁴, sostanzialmente alla figura di custodi del focolare assoggettata all'uomo, le donne colsero l'opportunità consegnata loro dalla storia e dai decenni di grande fermento politico, sociale e culturale.

Le attiviste non solo partecipavano alle lotte politiche insieme agli uomini, ma iniziarono anche a organizzarsi in gruppi autonomi. Negli anni '80 vennero costituiti diversi gruppi di attivismo femminile, dall'*Active Rural Women's Movement*, che si focalizzava sul grande divario di genere intercorrente nelle comunità rurali (come si vedrà *infra*, sede privilegiata di applicazione del *customary law*²⁵), ad associazioni più territoriali come la *United Women's Organization*, la *Natal Organization of Women* e la *Federation of Transvaal Women*: organizzazioni anti-*apartheid* che, per la prima volta, radunavano donne di diverse classi sociali ed etnie. Molte di queste associazioni sarebbero poi state convogliate in realtà più grandi e politicizzate, come l'*United Democratic Front*²⁶, ma ormai le donne erano riuscite a rompere la prima barriera sociale che le voleva sottoposte, al

²³ Spicca la marcia di Pretoria del '56, in cui 20.000 donne sfilarono contro il *Pass Act* (una legge circa limitazioni di spostamento).

²⁴ A causa delle connotazioni profondamente patriarcali della *customary law* africana prima e dell'ordinamento occidentale poi, come si vedrà in seguito.

²⁵ Il termine *Customary law* riguarda la veste giuridica data dai bianchi all'insieme di pratiche e norme non scritte, tuttavia seguite e ritenute vincolanti (dunque nell'accezione europea di diritto consuetudinario), che formavano l'ordinamento giuridico locale. La traduzione letterale di *customary law* sarebbe in effetti "diritto consuetudinario", ma a parer di chi scrive le prassi sociali vincolanti sudafricane sono investite di una portata di valenza culturale (contrapposta al *common law* "occidentale") che lo distanziano nettamente da ciò che usualmente intendiamo per "diritto consuetudinario", suggerendo una terminologia differente. Inizialmente, per lo meno nel caso dell'Africa meridionale, all'arrivo degli inglesi a *Cape Town* a inizio '800 era stato rigettato, considerato rozzo e primitivo, inapplicabile dunque agli stessi indigeni (paradossalmente, proprio in nome del principio di uguaglianza). Successivamente, tuttavia, con l'estendersi dei possedimenti coloniali anche in aree rurali sempre più lontane dalle possibilità di controllo concreto degli europei (e dunque, si può supporre, giunta la consapevolezza che avrebbe avuto comunque vita, risultando inoltre un elemento in grado di diminuire l'ostilità locale verso il nuovo regime), si decise per l'applicabilità dello stesso agli africani; E. Grant, *Human Rights, Cultural Diversity and Customary Law in South Africa*, in 50 *J. Afr. L.* 1 (2006), 12 ss.

²⁶ G. Waylen, *What can the South African transition tell us about gender and democratization?*, occasional paper per il *Centre for Advancement of Women in Politics School of Politics, Queens University Belfast* 9 (2004), 7-8.

massimo accostate (mai autonome) agli uomini nelle lotte politiche. Negli ultimi anni prima della fine della transizione, venne infine istituita la *Women's National Coalition* (WNC), che riuscì a operare direttamente sulla transizione (e la sua eredità) tra il 1990 e il 1994.

In quegli stessi anni di fermento femminista, la lotta per la parità di genere in tutto il mondo conobbe un forte implemento grazie all'adozione della CEDAW. Questo ulteriore successo – unitamente all'esperienza accumulata nei decenni di lotte già condotte – permise alle attiviste sudafricane di esercitare maggiori pressioni sui propri colleghi maschi affinché si iniziasse a focalizzare il dibattito pubblico non solo sulla questione egualitaria “in generale”, ma anche più specificatamente sui diritti delle donne²⁷.

In effetti, fino all'ultimo l'ANC non mostrò una particolare sensibilità alla questione di genere. Anzitutto, per una questione puramente rappresentativa: le donne nella gerarchia dell'ANC e ai tavoli di dialogo, interni ed esterni, erano infatti un numero ridotto²⁸. Secondariamente, la questione razziale in un certo senso monopolizzava il dibattito politico, polarizzandolo come principale campo di battaglia²⁹. Soprattutto, sussisteva il timore che inserire nel dibattito la questione di genere potesse creare tensioni interne al movimento stesso, unito nella visione di un Sudafrica anti-*apartheid* ma (evidentemente) non altrettanto nella convinzione della parità tra uomo e donna: alcuni attivisti, ancora nel 1985, ritenevano apertamente che, per queste ragioni, inserire nel dibattito dell'ANC la questione di genere sarebbe stato un vero e proprio «suicidio» (politico)³⁰.

Dagli anni '90, tuttavia, la questione della parità dei sessi riuscì comunque a emergere come fondamentale per l'assetto democratico del Sudafrica che stava nascendo. Le attiviste raggiunsero risultati concreti e di grane rilievo, come un testo costituzionale apprezzabilmente sensibile e attento alle questioni di genere³¹ e una presenza femminile garantita di almeno il 30% tra i rappresentanti democratici³²; tuttavia, le difficoltà sopra

²⁷ P. Andrews, *op. cit.*, 331-332.

²⁸ Circa le difficoltà delle donne e delle organizzazioni femminili nei tavoli della transizione, G. Waylen, *op. cit.*, 13-16.

²⁹ P. Andrews, *op. cit.*, 329.

³⁰ G. W. Saydman, *Gendered Citizenship: South Africa's Democratic Transition and the Construction of a Gendered State*, in 13 *Gender and Society* 3 (1999), 287 e in generale l'intero contributo sul tema. Una tendenza, per altro, che pare comune a molte transizioni costituzionali: J. Huber, *Women and political transition, paper* per il 25ennale dell'*International Foundation for electoral system*, 6-7.

³¹ In particolare, nelle *Founding Provisions* è espressamente indicato l'anti-sessismo tra i valori fondanti (*Chapt. 1 Sect. 1 lect. b Constitution of South Africa*), mentre nel *Bill of Rights* la sezione 9 è espressamente dedicata al principio di eguaglianza, che fa divieto di alcuna discriminazione basata, tra l'altro, su sesso o genere (*Chapt. 2, Sect. 9, n. 3 Constitution of South Africa*).

³² G. Bauer, *Fifty/Fifty by 2020*, in *International Feminist Journal of Politics* 3 (2008), 351. Si segnala l'intero contributo, inoltre, per una panoramica sui meccanismi di implementazione della rappresentazione di genere (e i commenti positivi e negativi a

riportate nel far giungere la questione di genere al tavolo dei negoziati sono indicative di quanto la cultura popolare sudafricana avesse ancora riserve circa l'effettivo riconoscimento dell'uguaglianza, a livello di diritti politici, economici e sociali, tra uomo e donna.

3. Il patriarcato “meticcio” del Sudafrica

È opportuno svolgere, a questo punto dell'analisi, un approfondimento circa la cultura sudafricana dei diritti di genere e la natura e intensità della visione patriarcale³³ nella stessa, per accreditare la tesi per cui la mancata compenetrazione dei diritti CEDAW nel tessuto sociale sudafricano trovi fondamento in un substrato culturale avverso.

Per conseguire risultati apprezzabilmente obbiettivi, è opportuno vagliare la condizione della donna nel *customary law*, il diritto tradizionale sudafricano riconosciuto e garantito anche nella nuova Costituzione³⁴.

riguardo) nell'Africa meridionale. Sul tema, anche T. Thabane, M. Buthelezi, *Bridging the gap between de jure and de facto parliamentary representation of women in Africa*, in 41 *Comp. Int'l J. S. Afr.* 2 (2008), 175 ss.

³³ Per patriarcato si intende quella visione, trasversale a diverse culture, di assoggettamento generale della donna all'uomo, in grado di assumere forme diverse di volta in volta a seconda delle realtà sociali in cui è calata (A. Besussi, *La libertà di andarsene. Autonomia delle donne e patriarcato*, in *Ragion pratica*, n. 2 (2004), 442-443). Questa impostazione mentale, di radici prettamente culturali e sociali, logicamente incide sui diritti di genere e sulla violenza di genere: «Se, infatti, il *genere* rappresenta una condizione sociale della persona che, presupponendo l'appartenenza all'uno oppure all'altro sesso, individua i caratteri essenziali e distintivi degli uomini e delle donne, fino a ricondurre al *maschile* e al *femminile* anche i ruoli e i comportamenti ritenuti più adatti a ognuno in base ai prevalenti modelli culturali e sociali, le prime (oltretutto potenziali) vittime della violenza di genere saranno dunque, soprattutto, coloro che non si adattano a svolgere i compiti loro “richiesti” nell'ambito del contesto sociale, culturale e valoriale in cui vivono», A. Pitino, *I percorsi della parità di genere in Italia: voto, lavoro e protezione dalla violenza tra Costituzione, leggi ordinarie, giurisprudenza costituzionale e Unione europea*, in A. Pitino (a cura di), *Interventi di contrasto alla discriminazione e alla violenza sulle donne nella vita pubblica e privata*, Torino, 2015, 21.

³⁴ Oltre alla section 211, già richiamata in nota (v.d. *supra* pag. 1), si citano soprattutto: la section 30, rubricata *Language and culture* («Everyone has the right to use the language and to participate in the cultural life of their choice, but no one exercising these rights may do so in a manner inconsistent with any provision of the Bill of Rights. Cultural, religious and linguistic communities») e la section 31, Cultural, religious and linguistic communities («(1) Persons belonging to a cultural, religious or linguistic community may not be denied the right, with other members of that community - (a) to enjoy their culture, practise their religion and use their language; and (b) to form, join and maintain cultural, religious and linguistic associations and other organs of civil society. (2) The rights in subsection (1) may not be exercised in a manner inconsistent with any provision of the Bill of Rights»), contenute nel capitolo 2 della Costituzione che enuncia il *Bill of right*: d'altra parte non stupisce che i costituenti abbiano consacrato nell'alveo dei diritti fondanti la Repubblica Sudafricana il “diritto alla cultura”, dopo secoli di ghettizzazione e segregazione da parte dei bianchi proprio in ragione della sedicente inferiorità etnica e culturale africana. Circa il riconoscimento del *customary law* nell'ordinamento costituzionale Sudafricano, *ex multis* T. W. Bennett, *Re-Introducing African Customary Law to the South African Legal System*, in 57 *American Journal of Comparative Law* 1 (2009), 7 ss.

l'interrogativo a cui trovare risposta in questo paragrafo è, quindi, se le pratiche giuridiche consuetudinarie sudafricane, aventi ancora oggi una vasta portata applicativa e di orientamento culturale (specialmente nelle comunità rurali³⁵), abbiano un'impronta patriarcale (e, quindi, avversa alla diffusione di una concezione dei diritti improntata all'uguaglianza di genere) o meno.

La risposta appare, in linea generale³⁶, affermativa³⁷: sono numerosi gli istituti propri del *customary law* che testimoniano una concezione della donna assoggettata all'uomo.

³⁵ T. W. Bennett, *ibidem*, 3-4, Perumal, *op. cit.*, 101-102; Waylen, *op. cit.*, 17. Nel "rapporto ombra" sottoposto al Comitato CEDAW nel 2011 da diverse ONG che si occupano di tutela dei diritti di genere, un'intera sezione è dedicata proprio alla questione delle donne nelle rurali (pagg. 55-57), offrendo uno spaccato decisamente preoccupante: «Despite the many policies and laws mentioned by the State, and despite a dedicated rural development strategy, there is a systematic failure of rural women's rights across the full spectrum of the Convention. This failure has been highlighted under each of the articles discussed in this report», *South African Shadow Report On The Implementation Of The Convention On The Elimination Of All Forms Of Discrimination Against Women*, sottoposto alla 48esima sessione del Comitato CEDAW (gennaio-febbraio 2011) dagli enti *Centre for the Study of Violence and Reconciliation*, *People Opposing Women Abuse* e *Western Cape Network on Violence Against Women*, 55.

³⁶ Il tema è abbastanza complesso da far sì che ogni asserzione a riguardo scopra il fianco a numerose critiche; tuttavia, in uno sguardo di insieme, pare opportuno sbilanciarsi in questo senso. L'analisi deve basarsi sui fatti e le evidenze rappresentati da istituti di carattere giuridico-consuetudinario che pongano la donna in condizione di inferiorità rispetto all'uomo; seguendo questa metodologia, pare difficile contestare tale affermazione (per altro, comune alla maggioranza delle società civili fino alla fine del '900: la stessa storia "di casa nostra" dimostra una forte attitudine tradizionale patriarcale). Alcune voci in dottrina hanno analizzato la questione da diverse prospettive, mettendo in luce come talvolta si sia condotti a erronee interpretazioni di norme del *customary law* apparentemente maschiliste ma in realtà travisate, in quanto non lette alla luce del più ampio complesso della concezione dei diritti comunitari propria delle comunità africane (come riporta, sintetizzando l'intervento di Nkosi Holomisa a un *workshop* sul tema, R. Manjoo, *Gender Rights within the Framework of Traditional or Group Cultural Norms and Rights*, in *Agenda: Empowering Women for Gender Equity*, nel numero speciale *Agenda Special Focus: Gender, Culture and Rights*, 2005, 82). Altri hanno evidenziato come le pratiche a noi giunte di questo diritto consuetudinario siano state manipolate dai colonizzatori europei, seguendo le proprie attitudini (a loro volta patriarcali); M. J. Maluleke, *op. cit.*, 4. Più voci hanno mosso, ancora, un'altra osservazione, a parer di chi scrive abbastanza persuasiva (sebbene non del tutto sufficiente a ribaltare il giudizio consegnato dagli istituti viventi): il diritto consuetudinario africano ha conosciuto alcune raccolte nell' '800, quando i governanti europei avevano deciso di concederne l'applicazione limitatamente alla popolazione autoctona; si avviarono, così, indagini presso le comunità locali per recepire queste norme tramandate solo oralmente. Per ottenerne contezza si rivolsero alle figure di riferimento di tali comunità, guide spirituali e capiclan, aventi il minimo comun denominatore di essere uomini: non stupisce, dunque, che siano state tramandate solo pratiche di *customary law* favorevoli a tale genere. F. Banda, *Women, Law and Human Rights in Southern Africa*, in *32 Journal of Southern African Studies (Women and the Politics of Gender in Southern Africa)* 1 (2006), 14.

³⁷ Numerosa dottrina sul punto pare inequivocabilmente orientata in questo senso. Oltre a quella richiamata successivamente a testimonianza dei singoli istituti, si cita qui, ad esempio, E. Grant, *op. cit.*, che chiaramente afferma che «The disadvantages suffered

Un esempio paradigmatico è l'*Ukuthwala*³⁸: mutuando i termini dal sito del Dipartimento della giustizia e dello sviluppo costituzionale della Repubblica del Sudafrica³⁹ - per altro, che un sito governativo dedichi un'intera pagina a questo istituto è di per sé indicativo dell'attualità del fenomeno - trattasi di una forma di sequestro, di una ragazza o giovane donna, ad opera di un uomo che desidera sposarla, per forzare la sua famiglia ad avviare trattative matrimoniali che determinino le condizioni, anche economiche, per convogliare a nozze. La pratica comporta il prelievo fisico della vittima (donna); conseguentemente, sfocia spesso (non quando assume una valenza puramente rituale e riflette una volontà comune) nei delitti di rapimento e (sebbene talvolta i patti con la famiglia impongano la castità prima del matrimonio) violenza sessuale. Parte della dottrina riconosce persino una norma elaborata *ad hoc* per affrontare tale costume nella *section 15* del *Criminal law (Sexual offences and related matters) act 32/2007* a difesa dei minorenni, punendo i parenti o famigliari che permettono atti sessuali⁴⁰

by women under customary law are well known (...), these included the lack of contractual capacity and standing in law of customary law wives, the fact that they passed from the guardianship of their fathers to that of their husbands, their disqualification from being able to own land, and their inability to inherit under customary law of succession », 8. Altrettanto netta è Jacqui Nolte, che osserva come «A major challenge facing South Africa is its need to address the problem of women being regarded as minors under customary law», J. Nolte, *Gender Equality: Strategies for Effective Intervention*, in *Agenda: Empowering Women for Gender Equity* 33 (1997), 70; sul punto anche E. C. Perry, J. Jaggernath, *Violence against women, vulnerabilities and disempowerment: Multiple and interrelated impacts on achieving the Millennium Development Goals in South Africa*, in *Agenda: Empowering Women for Gender Equity* 1 (2012), 23-24.

³⁸ M. J. Maluleke, *op. cit.*, 7; L. Mwambene, J. Sloth-Nielsen, *Benign accommodation? Ukuthwala, 'forced marriage' and the South African Children's Act*, in 2 *Journal of Family Law and Practice* 1 (2011), 5 ss.

³⁹ www.justice.gov.za/brochure/ukuthwala/ukuthwala.html

⁴⁰ Anche il lessico della normativa è fruttifero di spunti di riflessione. La *section 15*, prima del terzo capitolo della legge, dedicato agli atti sessuali con minori (fattispecie che nella prassi locale vede coinvolti per lo più maggiorenni uomini con minorenni donne), tratta dei rapporti sessuali con minorenni infra sedicenni ma maggiori dei dodici anni, incriminando il rapporto anche se il minore in questione è consenziente (salve le eccezioni di cui alla *subsection 1 lectt. a)* e *b)*, ossia che l'agente sia esso stesso appartenente a quella fascia di età o tra i sedici e i diciassette anni e non di due anni più grande della vittima). È interessante rilevare la terminologia utilizzata per delineare gli elementi della condotta criminale: «*sexual penetration*». La norma delinea, quindi, quello che nel nostro sistema verrebbe definito un reato a forma vincolata, categoria geneticamente restrittiva: l'attore, per integrare la fattispecie criminosa, deve porre in essere *esattamente* quella condotta, non generici (e più estensivi) "atti sessuali", magari non connotati da condotte penetrative. Per altro, le norme successive usano la ben più generica formula del «*sexual act*», in grado di garantire una tutela più generalizzata al bene giuridico "libertà sessuale". Queste osservazioni abbisognerebbero di uno studio approfondito della linguistica del legislatore sudafricano, oltre che del suo sistema penale, per poter condurre a conclusioni corroborate da un sufficiente supporto analitico; tuttavia l'impressione, a una prima lettura, è che, stante la minor gravità della condotta (atti sessuali con un minorenne consenziente), si sia voluto criminalizzare unicamente la tipologia più invasiva di tali atti. Sorge tuttavia spontaneo un interrogativo: un minore di età inferiore ai 12 anni è per legge (*sect. 1 Criminal Law (Sexual Offences and Related Matters) Amendment Act 32 of 2007*) incapace di dare il

con un minore come prestazione di obbligazioni patrimoniali (nel caso dell'*ukuthwala*, inserendo il rapporto nell'ambito degli accordi matrimoniali).

Anche nel campo della vedovanza⁴¹ si rinvencono tendenze proprie del *customary law* lesive del principio di uguaglianza di genere e non discriminazione, sanciti tanto dalla Costituzione sudafricana quanto dalla CEDAW. Per le vedove (non altrettanto per i vedovi, sebbene assoggettati a una certa pressione sociale perché contraggano nuove nozze) si contano infatti numerose pratiche tradizionali discriminatorie, come il matrimonio della vedova col fratello del defunto marito, l'*ukungena*⁴², sovente ritenuto alla stregua di un dovere sociale (per entrambi). L'istituto, per altro, non vede una controparte per il vedovo e, dunque, riflette evidentemente una concezione di non autosufficienza della donna (per lo meno, non al pari dell'uomo). Vero è che l'*ukungena* non ingenera obbligazioni tra le parti, non sostituendosi a un matrimonio vero e proprio⁴³; pur tuttavia, non pare azzardato ritenere che, specie nelle aree rurali, la differenza tra “legalmente vincolante” e “valenza unicamente tradizionale e morale” sia talmente labile al punto di perdere di senso.

Infine, l'ultimo esempio che si apporta è la disciplina della successione secondo il *customary law*, altro campo in cui la donna soffre di un intenso *deficit* di diritti riconosciuti⁴⁴. Un esempio recente a riguardo è costituito dal caso *Bhe v. Magistrate Khayelitsha*⁴⁵, nel quale una donna (Nonkululeko Letta

proprio consenso, per tanto qualunque atto sessuale con esso configura uno stupro (*Rape, sect. 3*); ma un atto sessuale con un soggetto dodicenne (dunque non *ex lege* incapace di prestare il proprio consenso) consenziente che non involga condotte penetrative (e quindi non ricada nella fattispecie descritta alla *section 15*) è per tanto da ritenersi lecito? O incorre comunque in una qualche forma di criminalizzazione, sebbene non propriamente *rape*?

⁴¹ Sul punto, oltre alla dottrina citata, si consiglia in particolar modo il *report* annuale 2006-2007 (il più recente rinvenuto sui siti istituzionali) *Widowhood Rites And Rights Research Report della Commission on Gender Equity*, organismo indipendente istituito con la *section 187* della Costituzione sudafricana teso proprio alla tutela, vigilanza e sensibilizzazione circa le questioni inerenti alla parità di genere.

⁴² J. C. Bekker, M. Buchner-Eveleigh, *The legal character of ancillary customary marriages*, in 50 *De Jure* 1 (2017), 92.

⁴³ «The union does not create a legal obligation between the parties and it may be terminated unilaterally by either one of the parties. In traditional customary law the status of the children born from the ukungena union vis-à-vis children born from the marriage had to be resolved», J. C. Bekker, *ibidem*.

⁴⁴ Circa il diritto consuetudinario africano in generale (al quale quello sudafricano in tema di successioni non sembra fare eccezione) è stato osservato come «According to commonplace understandings, indigenous law surrounding that distribution has three main features: it is intestate, universal, and patriarchal», N. Tebbe, *Inheritance and Disinheritance: African Customary Law and Constitutional Rights*, in 88 *Journal of Religion* 4 (2006), 472.

⁴⁵ C. Himonga, *Reflection on Bhe v Magistrate Khayelitsha: In Honour of Emeritus Justice Ngcobo of the Constitutional Court of South Africa*, in *Southern African Public Law* 1 e 2 (2017), 1-18. Il caso per altro giunse alla Corte costituzionale insieme ad altri due che ponevano le medesime problematiche, *Shibi v. Mantabeni Freddy Sithole* e *South African Human Rights Commission v. President of the Republic of South Africa*, decisi con sentenza del 15 ottobre 2004.

Bhe) ricorse nell'interesse delle sue due figlie minorenni (e supportata dal *Women's legal centre trust*⁴⁶) contro la statuizione del *customary law*, riconosciuta nella *section 23* del *Black Administration Act* del 1927 (*corpus* normativo oggi quasi del tutto disapplicato dalla giurisprudenza costituzionale sudafricana) che escludeva tutte le donne dalla linea di successione: l'applicazione di tale norma alla morte del marito (proprietario dell'unità immobiliare in cui vivevano) avrebbe implicato il trasferimento della casa al di lui padre, lasciando dunque la donna e le sue figlie senza una residenza. La Corte costituzionale riconobbe tale norma di diritto consuetudinario incompatibile con i principi di eguaglianza e dignità enunciati dal *Bill of rights* sudafricano, sancendo la discrepanza tra tali istituti tradizionali e la nuova concezione dei diritti – come si vedrà nel prossimo paragrafo, non senza alcune difficoltà portate dalla Costituzione stessa.

È doveroso, a questo punto dell'analisi, evidenziare come la descritta disparità di genere culturale non sia stata per nulla sanata dall'avvento del colonialismo: al contrario⁴⁷, alla condizione di inferiorità già fatta propria dalla mentalità patriarcale africana si è andata ad aggiungere la mentalità Vittoriana di donna tenera regina della casa, madre e moglie, non certo detentrica di pari diritti (in termini politici, sociali, economici) dell'uomo⁴⁸, vittima di abusi fisici⁴⁹ e giuridici già propri dei sistemi sociali del Vecchio Mondo. Per questi motivi, oggi, è opportuno parlare di un patriarcato "meticcio", incontro delle due culture e del palese maschilismo che entrambe recavano con sé.

In conclusione del paragrafo va segnalato come, se nella questione della parità di genere si può affermare che il *customary law* sudafricano sia improntato da una forte tendenza patriarcale, sarebbe errato condannare integralmente questo ordinamento tradizionale come retrogrado e avverso alla moderna cultura dei diritti: è stato già accennato come sia propria della mentalità sudafricana una concezione dei diritti comunitari e della solidarietà

⁴⁶ La precisazione prelude al ruolo delle ONG nella sensibilizzazione sociale sui diritti di genere, come si vedrà di rilievo in Sudafrica.

⁴⁷ In effetti per alcuni autori vi fu addirittura un peggioramento: «Colonialism undermined the position of women. It brought a system which carried rigid gender ideologies which aided and supported the exclusion of women from the power hierarchy», R. Morrell, *op. cit.*, 612.

⁴⁸ E. Grant, *op. cit.*, 16; G. Waylen, *op. cit.*, 5; circa il maschilismo diffuso tra i bianchi anche in tempi più recenti, R. Morrell, R. Jewkes, G. Lindegger, V. Hamlall, *Hegemonic Masculinity: Reviewing the Gendered Analysis of Men's Power in South Africa*, in *South African Review of Sociology* 1 (2013), 7-12. Guardando "a casa nostra", per altro, è da poco più di mezzo secolo che alle donne è concesso diritto di voto, un miraggio lontano ai tempi della colonizzazione (circa il diritto di voto alle donne in Italia C. Tripodina, *1946-2016 la "questione elettorale femminile": dal voto delle donne al voto alle donne (una luce si intravede)*, in *Rivista AIC* 3 (2016), soprattutto a pagg 3-4 circa la diffidenza e l'atteggiamento accondiscendente e patriarcale dei maggiori partiti verso il voto alle donne).

⁴⁹ P. Andrews, *op. cit.*, 328

sociale⁵⁰ che nelle nostre carte costituzionali è approdata solo nei più recenti secoli (come nell'art. 2 della nostra carta costituzionale). Persuade l'opinione⁵¹ di chi sostiene che questa intensa avversità alla parità di genere del *customary law* sia dovuta al fatto che le istanze di uguaglianza di genere abbiano forti impatti nella sfera del privato, dove anche i diritti culturali vivono una prassi applicativa e una pervasività maggiore; non stupisce, dunque, che sia proprio su questo campo che si riscontrino il maggior numero di contrasti. Un'osservazione, per altro, a parer di chi scrive preziosa in termini assoluti: è infatti da tenere a mente per ogni transizione costituzionale che inerisca un Paese con una lunga tradizione di diritti consuetudinari la probabile conflittualità tra questi e la parità di genere per come modernamente intesa.

4. La giurisprudenza costituzionale sudafricana e il *customary law*: il caso Shilubana

La soluzione giurisprudenziale proposta per il citato caso Bhe v. Magistrate Khayelitsha fa parte di una tendenza recente che conta altri esempi in tal senso; uno dei più celebri è il caso *Shilubana & Others v. Nwamitwa*.

Nel 1968, alla morte dell'*hosi*⁵² Fofeza della Tribù sudafricana Valoyi, al posto della figlia, Phyllia Shilubana, ascese al trono il fratello minore del

⁵⁰ *Ex multis*, M. Ndulo, *African Customary Law, Customs, and Women's Rights*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies* 1 (2011), in particolare 90 ss.; R. Manjoo, *op. cit.*, 82, M. J. Maluleke, *op. cit.*, 4. Un esempio a riguardo è l'*African Charter on Human and Peoples' Rights*, adottata a Nairobi nel 1981, entrata in vigore nel 1986 e ad oggi ratificata da quasi tutti gli Stati africani. Questa Carta internazionale è tesa alla valorizzazione nella cultura africana dei diritti dell'individuo, introducendo una nuova visione degli stessi non solo declinati in chiave (liberale) del singolo o (marxista) della comunità, ma della persona in quanto facente parte della collettività, dei suoi diritti di relazione con la natura e con gli altri individui, in armonia con la concezione dei diritti umani propria della realtà africana. Unisce alcuni elementi della cultura locale, ricca di una certa sensibilità sociale (M. Foli, *Problems of the Rights of Peoples: their Historical and Practical Significance* in *Pace, Human Rights, Rights of the Peoples*, numero speciale del 1991, 95 ss.), con nuovi diritti tesi ad arginare gli attuali problemi vissuti nel continente (emblematici in tal senso l'art.13, che garantisce al comma 1 i diritti politici agli individui e l'art.28 della Carta, laddove promuove il dovere di tolleranza e il rispetto reciproco). Come contraltare, tuttavia, la concezione sociale africana, da sempre legata al gruppo, a partire dalla famiglia, passando dalla tribù fino ad arrivare allo Stato, ripresa anche nella ACHPR, per quanto possa sembrare paradossale è stata altresì tra le cause della proliferazione di autoritarismi personali, unita a una concezione locale sultanistica del *leader*. In sostanza, il concetto di unità è stato strumentalizzato per fomentare gli odi etnici, quello di indipendenza per avallare la necessità di un Governo forte, la concezione sociale africana per legittimare un *leader* preteso rappresentante della comunità e incarnazione stessa dello Stato e della collettività. Sul tema, G. Rolla, *Le prospettive dei diritti della persona alla luce delle recenti tendenze costituzionali*, in *Quad. cost.* 3 (1997), 423.

⁵¹ K. Bentley, H. Brookes, *Editorial: The Great Leap Sideways: Gender, Culture and Rights after 10 Years of Democracy in South Africa*, in *Agenda: Empowering Women for Gender Equity*, nello *Special Focus: Gender, Culture and Rights*, 2005, 3.

⁵² Termine traducibile come "capo".

capo, Richard: questo in forza dell'applicazione della norma di *customary law* relativa all'ereditarietà del titolo, disponente che nelle linee di successione le donne non siano contemplate come eredi⁵³.

Per questo fu un avvenimento inaspettato quando, nel 1996, la famiglia reale dei Valoyi all'unanimità (compreso *hosi* Richard) decise che Miss Shilubana sarebbe succeduta alla carica di capoclan alla morte dello zio, dichiarando in presenza di testimoni lei erede alla corona e non suo cugino Sidwell Nwamitwa, figlio dello stesso Richard (erede designato dalla norma sopra menzionata). La famiglia reale, in tale occasione, esprime il desiderio di re-instaurare il diritto negato a Shilubana, legittimamente estromessa dalla successione per il diritto tradizionale ma in scorno ai nuovi principi democratici di parità di genere enunciati nella Costituzione Sudafricana (promulgata quello stesso anno): «Though in the past it was not permissible by the Valoyi's that a female child be heir, in terms of democracy and the new RSA Constitution it is now permissible that a female child be heir since she is also equal to a male child ... The matter of chieftainship and regency would be conducted according to the Constitution of South Africa.⁵⁴».

Il cugino della nuova *hosi* non accettò di vedersi così sottratto il posto di comando nella propria tribù e ricorse alla giustizia Sudafricana per vedere soddisfatti i propri diritti.

I primi due gradi di giudizio, in effetti, diedero atto della legittimità delle sue pretese: il *customary law* era riconosciuto e garantito dalla Costituzione del '96 alla *section 211*⁵⁵, reso di obbligatoria applicazione per i giudici; come già accennato, secondo gli usi del diritto tradizionale, venivano riconosciuti come possibile linea di successione solo i parenti maschi. Una parentela di qualunque grado pur se maschile era preferita a una prossima congiunta femminile.

Fu la Corte costituzionale a ribaltare completamente l'orientamento espresso dalle due sentenze precedenti, imprimendo un deciso cambio di passo nell'ordinamento costituzionale sudafricano: secondo i giudici

⁵³ Per una descrizione approfondita e analitica del caso giurisprudenziale qui riportato, D. N. Perumal, *Harmonising cultural and equality rights under customary law — some reflections on Shilubana & Others v Nwamitwa 2009*, in *Agenda: Empowering Women for Gender Equity* 84 (2010), 101 ss.

⁵⁴ Così riporta la sentenza *Shilubana and Others v Nwamitwa (CCT 03/07) [2008]*, 70 - 71.

⁵⁵ *Sect. 211 Constitution of South Africa*: «(1) The institution, status and role of traditional leadership, according to customary law, are recognised, subject to the Constitution. (2) A traditional authority that observes a system of customary law may function subject to any applicable legislation and customs, which includes amendments to, or repeal of, that legislation or those customs. (3) The courts must apply customary law when that law is applicable, subject to the Constitution and any legislation that specifically deals with customary law». Già nel '95 si era notata l'incompatibilità della garanzia di rifarsi a ordinamenti tradizionali (e lesivi della parità di genere) e i nuovi diritti di eguaglianza, consacrati tanto nella Costituzione quanto in carte sovranazionali come la CEDAW; S. Ngaba, *CEDAW: Eliminating Discrimination against Women*, in *Agenda: Empowering Women for Gender Equity* 27 (1995), 88.

supremi, era necessario che il *customary law* venisse rispettato e tramandato, ma che cedesse quando in conflitto con la nuova Costituzione e i valori da essa incarnati, tra i quali la parità di genere e il divieto di discriminazione in base al sesso: riconobbero, in altri termini, la supremazia della Costituzione sudafricana e dei principi in essi consacrati, che non ammettevano deroghe nemmeno dal *customary law* (per quanto esso stesso goda di un riconoscimento costituzionale). Aprirono, dunque, a una nuova stagione: se, in accordo col *right to culture*⁵⁶, il diritto tradizionale africano non doveva essere considerato residuo del passato, bensì *corpus* normativo consuetudinario applicabile alle parti appartenenti a quella realtà culturale, parimenti non avrebbe più potuto più legittimare violazione dei principi fondamentali riconosciuti dalla Carta costituzionale sudafricana, come il divieto di discriminazione in base al sesso.

Questa decisione non rappresenta un caso isolato, ma si innesta in una tendenza comune⁵⁷ dei decenni successivi alla nuova Costituzione: spesso i giudici si sono trovati a dover ribadire la supremazia del *Bill of rights* della Costituzione sudafricana su norme di *customary law* palesemente contrastanti coi principi in essa espressi.

Tuttavia, un eccesso di zelo rischierebbe di ottenere risultati non auspicabili. Si è già segnalato come la Costituzione stessa tuteli e riconosca il *customary law* e il *right to culture*; alcune voci dottrinali hanno evidenziato come, in ragione di ciò, non bisognerebbe mai imporre l'applicazione di altre norme qualora vi sia accordo tra le parti sull'utilizzo di disposizioni tradizionali⁵⁸.

Si deve inoltre tener conto del fatto che studi sulle transizioni costituzionali dimostrano l'inefficacia di nuovi ordinamenti impiantati su substrati culturali di differente visione⁵⁹: in altri termini, negare *in toto* l'applicazione di norme di diritto consuetudinario riconosciute come valide e vincolanti nella vastità dei territori tribali non garantirebbe in alcun modo

⁵⁶ T. W. Bennett, *op. cit.*, 22 ss.

⁵⁷ F. Banda, *Women, Law and Human Rights in Southern Africa*, cit., 17 ss.

⁵⁸ T. W. Bennett, *op. cit.*, 15 ss.

⁵⁹ Compiuta la fase "dinamica" di una transizione costituzionale, si raggiunge quella del consolidamento, «il processo a più sfaccettature attraverso il quale le strutture democratiche, le norme e le relazioni regime-società civile sono saldamente costituite e diventano ben radicate nella società», L. Morlino, *Autorità e legittimità tra consolidamento e crisi*, in *Rassegna italiana di sociologia* 4 (2010), 579-580. Diversi autori si sono impegnati a individuare elementi rilevanti per il successo del consolidamento di una nuova cultura democratica in un ordinamento. Sul punto, J. J. Linz, A. Stepan, *Problems of Democratic Transition and Consolidation. Southern Europe, South America and Post-Communist Europe*, Baltimora, 1996, trad. ita. *Transizione e consolidamento democratico*, Bologna, 2000, 3-38, 139-148, 219-230, 434-457; S. P. Huntington, *The Third Wave. Democratization in the Late Twentieth Century*, Norman, 1991, trad. ita. *La terza ondata*, Bologna, 1995, 287 ss. Se un popolo non condivide i valori della Costituzione, essa difficilmente riuscirà a fondare un ordinamento stabile sul territorio: «Su questo punto occorre essere dunque chiari: la rispondenza fra regole costituzionali e loro attuazione è strettamente condizionata da presupposti sociali e politici propri di ogni società.», G. de Vergottini, *op. cit.*, 209.

che i nuovi diritti attecchiscano nella popolazione civile, cagionando anzi una probabile frattura tra il diritto scritto e quello vivente.

5. Conclusioni: *best practice* alla luce dell'esperienza sudafricana

La correlazione tra diritto tradizionale e orientamento culturale è evidente: in una società il cui *customary law*, che per secoli ha scandito e regolato la vita quotidiana, presta ben poche attenzioni alla parità di genere, pare tautologico aspettarsi che tali diritti non trovino ampi spazi, per quante misure si siano adottate a livello legislativo e costituzionale.

L'esempio sudafricano evidenzia come non sia sufficiente, in una società emersa da una transizione costituzionale e con un sistema legale pluralista, che rispetta il diritto tradizionale locale, introdurre riforme legislative ossequiose dei nuovi diritti per adempiere agli obblighi assunti con l'adesione a carte come la CEDAW. Formulare proposte su come agire per oltrepassare questo *empasse* è, dunque, l'ultimo obiettivo di questo contributo.

Il presupposto, naturalmente, è che sussista tale volontà di cambiamento, positivizzata in un nuovo assetto costituzionale e legislativo sensibile ai nuovi diritti (in questo caso, i diritti di genere); condizione già di per sé non scontata. Durante la fase di transizione le comunità rurali, nelle persone dei capiclan⁶⁰, opposero non poche resistenze all'avvento dei nuovi diritti (tra cui l'uguaglianza di genere): non tanto (o non solo) per contrarietà ideologica, quanto per timore di perdere le proprie radici tradizionali. Per secoli la cultura tradizionale africana era stata stigmatizzata come arcaica e contraria al progresso⁶¹, bersaglio dell'arrogante smania civilizzatrice dell'uomo bianco. I primi esponenti della tradizione giuridica africana, ossia i capi delle comunità rurali, temevano dunque che radicali cambiamenti nella percezione dei diritti umani potessero essere la pietra tombale sul *customary law*, l'ultimo e definitivo passaggio verso l'occidentalizzazione dell'Africa e l'annichilimento della cultura locale⁶². Per fugare questi timori e garantire il rispetto del *right to culture*, la Costituzione stessa si pose a garanzia del *customary law*, nella citata *section 211* ma anche con numerosi richiami nel *Bill of rights*: ad esempio alla *section 15* (laddove si riconosce la possibilità alla legge di garantire il valore di matrimoni o istituti familiari propri delle culture locali) o alle *section 30* e *31* (che riconoscono il diritto di crescere nella

⁶⁰ C. Bower, *op. cit.*, 108.

⁶¹ L. Mezzetti, *Teoria e prassi delle transizioni costituzionali e del consolidamento democratico*, Padova, 2003, 409 ss.

⁶² C. Van Der Westhuizen, *Women's Advancement in Africa: Undermined by Tradition and Bureaucracy?*, in *Agenda: Empowering Women for Gender Equity*, 64 (2005), 101 ; M. Ndulo, *op. cit.*, 90, E. Grant, *op. cit.*, 2 e 8; N. Tebbe, *op. cit.*, 467.

cultura e utilizzando la lingua⁶³ che si predilige)⁶⁴. Queste considerazioni permettono di meglio comprendere la cautela con cui le corti, prima della sentenza Shilubana, si accostavano al *customary law*, temendo di contrariare il principio diffuso in Costituzione di rispetto del diritto tradizionale. Ci si muoveva, dunque, in un delicato equilibrio tra rispetto della tradizione e tensione alla modernità.

La positivizzazione dei nuovi diritti⁶⁵ non può che giovare delle iniziative internazionali, da inserire nell'ordinamento interno o da cui lasciarsi ispirare sia in termini di sviluppo della cultura dei diritti che di elaborazione di nuove normative: è stato evidenziato⁶⁶ in dottrina e nel presente contributo come la stessa CEDAW sia stata un impulso importante per il lobbismo (nella sua accezione non negativa, di pressione sociale e politica da e verso certi interessi) delle attiviste femministe sudafricane.

Tenuto conto di questo prerequisito fondamentale, è necessario poi che i nuovi diritti positivizzati penetrino nel tessuto sociale, cambiando la cultura sul territorio⁶⁷. A tal fine, di rilievo pare essere l'operato dell'associazionismo⁶⁸ e delle ONG⁶⁹, strutture talvolta estese, talaltra più contenute, ma sempre più duttili e capillari di un apparato burocratico-statale, in grado di operare *vis a vis* con i diretti interessati: numerose iniziative sono state poste in essere e sono tutt'ora attive in Sudafrica, con risultati più o meno soddisfacenti, aventi già di per sé il pregio di offrire lo spaccato della mentalità dei cittadini comuni; in particolare, degli strati più isolati della popolazione, quelli delle aree rurali, meno scolarizzati⁷⁰, più

⁶³ A riguardo di particolare rilevanza risulta la *section 6* delle *Founding provisions*, disposizioni fondamentali della Costituzione, che ai primi due commi riconosce una vasta pluralità di lingue ufficiali della Repubblica Sudafricana e ne garantisce il rispetto: «(1) The official languages of the Republic are Sepedi, Sesotho, Setswana, siSwati, Tshivenda, Xitsonga, Afrikaans, English, isiNdebele, isiXhosa and isiZulu. (2) Recognising the historically diminished use and status of the indigenous languages of our people, the state must take practical and positive measures to elevate the status and advance the use of these languages», *sect. 6 Constitution of South Africa*.

⁶⁴ Purché, tuttavia, sia garantito il rispetto del *corpus* di diritti fondamentali. Questo dato testuale anticipa (per lo meno a livello concettuale, in quanto letteralmente riferito a questi singoli ambiti) gli approdi ermeneutici recenti sopra esposti.

⁶⁵ In Sudafrica tradottasi anche in numerose iniziative legislative; per ciò che concerne i diritti di genere, offre una panoramica M. J. Maluleke, *op. cit.*, 7-9.

⁶⁶ Ad esempio P. Andrews, *op. cit.*, 331-332.

⁶⁷ F. Banda, *Women, Law and Human Rights in Southern Africa*, cit., 26; K. Bentley, H. Brookes, *op. cit.*, 2.

⁶⁸ Ci si riferisce all'attività di organizzazioni femministe nella società civile. S. Hassim, *The Gender Pact and Democratic Consolidation: Institutionalizing Gender Equality in the South African State*, in 29 *Feminist Studies* 3 (2003), 524.

⁶⁹ J. Nolte, *op. cit.*, *passim*; per un esempio concreto, S. L. Dworkin, *Changing men in South Africa: interview with Daniel Peacock*, in J. O'Brien, A. Stein (a cura di), *Gender, sexuality and intimacy*, Stati Uniti d'America, 2018, 101 ss.

⁷⁰ Gli estensori della CEDAW, evidentemente a conoscenza della discrepanza di scolarizzazione, istruzione e avviamento al lavoro intercorrente in molti paesi tra città e campagne, all'art. 10 hanno specificato il dovere per gli Stati di abbattere la discriminazione di genere garantendo «le medesime condizioni di orientamento

difficilmente raggiungibili dai programmi educativi istituzionali e più esposti a interpretazioni radicali del *customary law*⁷¹. Si richiamano conclusioni che pare siano state tratte anche dagli estensori della CEDAW stessa, che hanno citato più volte nella carta⁷² la particolare cura da prestare alle zone non urbanizzate per un efficace sviluppo della parità di genere, consapevoli evidentemente del divario di permeabilità ai nuovi diritti tra zone urbane e aree meno densamente abitate.

Da una prospettiva giuridica, una *best practice* di rilievo per ottenere la permeabilità dei diritti di genere nella cultura sociale e, parallelamente, non solo salvaguardare, ma anzi sviluppare la cultura del diritto tradizionale, è un cambio di mentalità e di approccio al *customary law*. È stato osservato come sia «inevitabile» uno «scontro tra [diritto di] eguaglianza e cultura»⁷³, ma a parer di chi scrive sussistono gli spazi per un prolifico “accordo di pace”, ostando solo il ritenere il *customary law* un *corpus* normativo immutabile e monolitico.

In dottrina⁷⁴ e giurisprudenza⁷⁵ è stato evidenziato come l’approccio al *customary law* debba essere dinamico, evolutivo, in grado di adattarlo alle esigenze sociali del momento. Non va dimenticato, in effetti, che la codificazione del diritto tradizionale africano fu un’iniziativa dei governanti bianchi: di per sé non nasce come sistema giuridico da incardinare in norme scritte né da rendere in alcun modo “statico”, bensì riflesso dei valori della collettività. Questa sua mancanza genetica di stabilità e il suo fondamento non in corpi normativi ma esclusivamente nell’*idem sentire* sociale potrebbe proprio essere la chiave di volta per addivenire a una prospettiva costituzionalmente orientata del diritto tradizionale: concepire il *customary law* come adattivo e ricettivo, in grado di arricchirsi dei nuovi diritti, come quelli trasmessi all’ordinamento sudafricano con la ratifica della CEDAW, variando e armonizzandosi con essi. In quest’ottica, se la Costituzione che ha sancito la fine dell’*apartheid* ha cambiato la cultura sociale africana, il *customary law* non può che cambiare con essa, facendo propria la nuova concezione dei diritti e rivedendo quegli istituti che contrasterebbero con essi.

professionale, di accesso agli studi, di acquisizione dei titoli negli istituti di insegnamento di ogni ordine e grado, *tanto nelle zone rurali che nelle zone urbane*» [corsivo dello scrivente].

⁷¹ M. J. Maluleke, *op. cit.*, 12. Più esposti, soprattutto, a un’idealizzazione della mascolinità come sopraffattiva e violenta, R. Morrell, R. Jewkes, G. Lindegger, V. Hamlall, 12; R. Morrell, *op. cit.*, 628.

⁷² Nel già menzionato art. 10 circa l’istruzione, ma anche all’art. 14, interamente dedicato alla tutela del ruolo della donna nelle aree rurali

⁷³ E. Grant, *op. cit.*, 9.

⁷⁴ Tra gli altri F. Banda, *Women, Law and Human Rights in Southern Africa*, cit., 26; T. W. Bennett, *op. cit.*, 9; M. Ndulo, *op. cit.*, 109-113.

⁷⁵ Ad esempio, nella persona del Giudice Ngcobo della Suprema Corte sudafricana, in una sua opinione dissenziente (non sull’esito pragmatico ma sulla metodologia di approdo ermeneutico) sul caso *Bhe*. C. Himonga, *op. cit.*, *passim*. Per altre voci giurisprudenziali, T. W. Bennett, *op. cit.*, 10.

D'altra parte, è stato evidenziato come la tradizione giuridica africana sia ricca di attenzione verso l'armonia sociale⁷⁶. Il concetto stesso di *ubuntu*⁷⁷ richiama una visione collettiva di società immersa in un fascio di relazioni interpersonali nella quale i diritti del singolo non sono negati, ma anzi possono trovare nuovo sviluppo e riconoscimento. In quest'ottica, il *customary law* potrebbe essere reinterpretato senza essere accantonato, giungendo a farsi esso stesso promotore e protettore dei diritti di genere.

Questo approccio differente potrebbe permettere non solo di tutelare il diritto alla cultura locale, ma anche ai nuovi diritti di permearlo e diffondersi, attraverso i canali culturali da esso già scavati e utilizzati nel corso dei secoli, in tutta la popolazione.

La corte nel caso *Shilubana & Others v Nwamitwa*, al paragrafo 45 della sentenza ha individuato l'aggancio costituzionale che permette di porre in essere questa nuova prospettiva evolutiva del *customary law*: «It is important to respect the right of communities that observe systems of customary law to develop their law (...) The right of communities under section 211(2)⁷⁸ includes the right of traditional authorities to amend and repeal their own customs. As has been repeatedly emphasised by this and other courts, customary law is by its nature a constantly evolving system. Under pre-democratic colonial and apartheid regimes, this development was frustrated and customary law stagnated. This stagnation should not continue, and the free development by communities of their own laws to meet the needs of a rapidly changing society must be respected and facilitated».

Le corti locali devono dunque dare una lettura costituzionalmente orientata del diritto tradizionale, evitando quella «stagnazione» che lo renderebbe obsoleto in confronto ai nuovi diritti incardinati nell'ordinamento costituzionale sudafricano con la Costituzione e con

⁷⁶ V.d. *supra* pag. 2336.

⁷⁷ L'Arcivescovo Desmond Tutu, protagonista della transizione sudafricana e tutt'oggi figura di rilievo nella cura dei diritti in Sudafrica, a riguardo scrisse «*Ubuntu* è molto difficile da rendere in una lingua occidentale. È una parola che riguarda l'intima essenza dell'uomo. Quando voglia lodare grandemente qualcuno, diciamo: "*Tu, u nobuntu*" – "il tale ha *ubuntu*". Ciò significa che la persona in questione è generosa, accogliente, benevola, sollecita, compassionevole; che condivide quello che ha. È come dire "La mia umanità è inestricabilmente collegata, esiste di pari passo con la tua". Facciamo parte dello stesso fascio della vita.». D. M. Tutu, *No Future Without Forgiveness*, Londra, 1999, trad. ita. *Non c'è futuro senza perdono* Milano, 2001, 32-33. Circa il rapporto tra *ubuntu* e la tutela della donna da parte della comunità, è comunque da chiarire che il rischio di incorrere in una visione beatificata e paternalistica (e in buona sostanza, maschilista) del sesso femminile è sempre presente, come emerge dal tono delle testimonianze raccolte in L. M. Luvalo, *Patriarchy And Ubuntu Philosophy: The Views Of Community Elders In The Eastern Cape Province*, in 16 *Journal of social science and humanities* 7 (2019), 7-8. Sul tema, G. E. Du Plessis, *Gendered human (in)security in South Africa: what can ubuntu feminism offer?*, in *Acta academica* 2 (2019), *passim*.

⁷⁸ «(2) A traditional authority that observes a system of customary law may function subject to any applicable legislation and customs, which includes amendments to, or repeal of, that legislation or those customs»

l'adesione a carte internazionali come la CEDAW. Il *customary law*, in questo senso, è paragonabile a un organismo di natura: la sua possibilità di sopravvivenza è immancabilmente correlata alla sua capacità di evolversi per integrarsi e interagire al meglio con l'ambiente circostante; l'unica alternativa è l'estinzione.

Alessandro Magrassi

Dip.to di Giurisprudenza e Sc. Pol., Ec. Soc.

Università degli Studi del Piemonte

Orientale Amedeo Avogadro

alessandro.magrassi@uniupo.it