

# Il *local government* nell’Africa Subsahariana tra costituzionalismo e *Traditional law*

di Adriano Dirri

**Abstract: Local Government in Sub-Saharan Africa between constitutionalism and traditional law** – African law remains overlooked by academic scholarships for several reasons: african/customary law is often uncodified, and it is often hard to conciliate with constitutionalism and its principles. Colonial settlers often ruled indirectly over most of African communities through the “indirect rule” which was eventually challenged by various authoritarian regimes after the independence. Only after the end of the Cold War traditional law and traditional authorities re-emerged, fostered by decentralisation, since their role is relevant at the local level. This essay aims at exploring the interconnection between decentralisation and traditional law in many African countries, stating that their role is essential for fostering development at the local level as well as that decentralisation brought them back into the light.

**Keywords:** African law; Federalism; Local government; Customary law; Global South.

## 1. Il *local government* nell’Africa Subsahariana: specificità e contestualizzazione

La dimensione “locale” dell’Africa subsahariana pone dei problemi metodologici<sup>1</sup> e di “incertezza” concettuale su cui poco si è discusso. Probabilmente è proprio da questa dimensione, cioè dalla mancanza di discussione e accurate analisi – che necessitano anche di un impegno “sul campo”, che muove l’analisi sul governo locale in Africa. Tale lavoro, in prospettiva comparata e traendo spunto da alcuni “indizi” costituzionali tra sistemi definiti, non molto accuratamente per la verità, come di *common law*, francofoni ecc., tenta di portare alla luce alcune problematiche connesse alla complessità dimensionale, relazionale e costituzionale del governo locale in

---

<sup>1</sup> Sull’approccio allo studio del diritto africano si richiamano le parole di Mancuso secondo cui « l’approche traditionnelle vers le droit africain a conduit aussi les comparatistes à adopter la méthodologie traditionnelle pour traiter les systèmes juridiques présents dans les pays africains, mais cette méthodologie a révélé son insuffisance pour souligner les particularités des droits africains et de leur diversité. Une approche différente, stratigraphique, a donc été développée pour essayer de comprendre mieux le droit en Afrique et sa dynamique». Cfr. S. Mancuso, *L’Afrique, ses constitution et le droit comparé*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, Volume 24 [2018], 4.

Africa. Più, forse, di molti altri aspetti connessi allo studio del diritto costituzionale, una analisi del governo locale in Africa (subsahariana in questo caso) chiede un impegno, da parte degli studiosi, fortemente improntato alla multi e interdisciplinarietà<sup>2</sup>.

La dimensione giuridica locale dell’Africa subsahariana è stata spesso trascurata, vuoi per elementi sostanzialmente lontani dalle nostre tradizioni giuridiche occidentali, vuoi per una difficoltà di analisi che, forse, sul territorio è mancata. Il diritto comparato è la disciplina che riesce a cogliere la complessità di quei fenomeni giuridici “fluidi”. Non solo, perché è solamente il metodo comparato che riesce a cogliere e a connettere intellettualmente le diversità, rilevandone i punti di contatto, di divergenza e di conflitto<sup>3</sup>.

Gli esempi, oramai divenuti comuni, sono quelli riguardanti la migrazione del costituzionalismo in terre “vergini” ma non prive di sistemi giuridici autoctoni. Ben prima che il costituzionalismo giungesse formalmente a destinazione, però, i territori africani erano soggetti ad una diretta o indiretta dominazione straniera che ha introdotto, più o meno gradualmente, sistemi giuridici e di governance sconosciuti, con l’auspicio dei naviganti di “fabbricare” nuovi stati in aree ad essi estranee<sup>4</sup>.

Il costituzionalismo, atterrò, anzi “sbarcò” per via marittima poco prima che i coloni decidessero di tornare in patria, forzatamente o meno. Ciò che rimase fu solo il caos, generato da testi inadatti, non sentiti “propri” dalle molteplici comunità africane, la cui conseguenza furono una serie di “leviatani”, di vario ordine – locale e centrale, spesso ancora evidenti nelle istituzioni e costituzioni africane<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> Lo studio del *local government(s)* nell’Africa Subsahariana esemplifica uno di quei momenti in cui la comparazione offre mutamenti di prospettiva “radicali”, soprattutto mostrando le differenze di esperienze “altre” e dialogando ampiamente con altri saperi. Ciò spezza l’ordine razionale della realtà o, quantomeno, la comparazione giuridica offre una visione fluida degli ordinamenti giuridici, soprattutto laddove non si parla di ordinamenti giuridici in “blocco”, bensì di puro pluralismo giuridico legato al territorio. Cfr. su questo punto M. Nicolini, *Razionalità cartesiana, comparazione e variabili territoriali dell’asimmetria*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2/2018, 317 ss.

<sup>3</sup> Il diritto comparato può essere considerato un valido vettore per una decolonizzazione del pensiero giuridico. Cfr. S. Munshi, *Comparative Law and Decolonizing Critique*, in *The American Journal of Comparative Law*, 65 (2017), 207 ss.

<sup>4</sup> Lo “produzione” dello Stato ha avuto luogo prima della nazione, come fosse un prodotto di fabbrica e non un processo storico. M. Cahen, *Ethnicité politique. Pour une lecture réaliste de l’identité*, Paris, 1994, 101-103.

<sup>5</sup> Ciò è dimostrato, come è noto, dal problema degli autoritarismi, super presidenzialismi o iperpresidenzialismi conditi spesso da una spasmodica e continua ricerca per un terzo mandato – accompagnato da apposite (riuscite o meno) revisioni costituzionali). Cfr. F. Venter, *Parliamentary Sovereignty or Presidential Imperialism? The Difficulties in Identifying the Source of Constitutional Power from the Interaction Between Legislatures and Executives in Anglophone Africa*, in C.M. Fombad (a cura di), *Separation of Powers in African Constitutionalism*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 95 ss.; J. Siegle – C. Cook, *Presidential Term Limits Key to Democratic Progress and Security in Africa*, in *Orbis*, Volume 65, Issue 3, 2021, 467; C.M. Fombad, *Reversing the Surging Tide towards Authoritarian Democracy in Africa*, in C.M. Fombad – N. Steytler (a

L'interrogativo, quindi si basa sul perché il/i *local government(s)* nell'Africa subsahariana possano essere considerati uno spunto per gli studiosi di diritto comparato. Ovviamente non è possibile, in questa sede, operare una sistematizzazione – né ciò appare possibile, per le ragioni di cui sopra, vista la “plurale” fluidità data dai rapporti giuridici all'interno di un singolo ordinamento e non solo<sup>6</sup>.

Infatti, proprio la dizione “pluralismo” caratterizza, forse, l'Africa subsahariana più di altre aree del c.d. *Global South*, sino a diventarne un tratto distintivo, sul piano giuridico e culturale. Questo passaggio necessita di una analisi profonda in quanto indice di una specificità dell'Africa Subsahariana, la quale, però, chiede un tentativo definitorio di alcuni concetti e il buon senso<sup>7</sup> del lettore. La ragione risiede nel fatto che l'importanza del *local government* si intreccia con il pluralismo giuridico e la sua contestualizzazione. Il pluralismo giuridico è spesso ridotto alla semantica giuridica coloniale e post-coloniale, cioè a identificare aree o famiglie giuridiche in base alla passata madrepatria. Ciò significa andare oltre la dicotomia Africa anglofona-francofona-lusofona ecc. che non solo ignora l'influenza del diritto islamico, ma la dimensione locale e tradizionale. Il pluralismo giuridico, allora, deve cogliere la *traditional law* presente in tutti gli ordinamenti. L'impiego del diritto tradizionale è ancora capillare e necessita una precisazione ulteriore: non è presente un singolo diritto tradizionale ma numerosi sistemi giuridici tradizionali a livello locale, soprattutto rurale. Così, l'unica semplificazione possibile sembra essere quella relativa alla distinzione tra sistemi giuridici tradizionali, sistemi islamici e occidentali (importati), a cui si aggiunge l'intreccio tra questi<sup>8</sup>.

Ciò deriva dal fatto che, come illuminata dottrina ha svelato, ogni colonia aveva due sistemi giuridici, uno considerabile “moderno” e un altro di *customary law*. Questa non era identificabile come il diritto dei “nativi”, ma il diritto della singola tribù o gruppo; ne consegue che diverse erano le tradizioni giuridiche e, tra esse, le potenze coloniali privilegiarono quella

---

cura di), *Democracy, Elections, and Constitutionalism in Africa*, Oxford, 2021, 463 ss.

<sup>6</sup> Non diversamente in un denso e recente saggio Orrù afferma che «si presenta in tutta la sua vastità e profondità il problema della fitta ragnatela di interazioni nelle costruzioni politiche subsahariane tra molteplici dimensioni speculative legate, tra l'altro, all'operare di fattori di lungo periodo di natura storica, etnica e antropologico-culturale, alle esigenze del difficile e ritardato sviluppo economico, all'assetto della struttura governante nei rapporti in specie con la cruciale questione della garanzia dei diritti fondamentali, al significato e valore della codificazione costituzionale». Cfr. R. Orrù, *Africa subsahariana: dalla “democrazia impossibile” alla “democrazia illiberale” senza passare per la “democrazia costituzionale”?*, in DPCE online, 2020/3, 4111.

<sup>7</sup> Stante il frequente e inadatto utilizzo dell'espressione. Cfr. M. Cahen, *Che cosa vuol dire etnia*, in *Limes*, n. 3/97, 57-64.

<sup>8</sup> Si concorda, quindi, con quella dottrina che adotta tale premessa all'analisi delle famiglie giuridiche africane. Cfr. W. Kischel, *Comparative Law*, Oxford, 2019, 631. Si veda anche, in precedenza, A. Gambaro - R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati* – Terza edizione, Torino, 2008, 414 – 417.

patriarcale, monarchica e autoritaria, che meglio rispecchiava il colonialismo. In tal modo, venne favorita una particolare tradizione e le potenze coloniali viziarono il bilanciamento tra “tradizioni” e consuetudini. Ciò generò un ampio uso della coercizione a più livelli, dal coloniale a quello tribale, dando luogo a un «colonial despotism highly decentralized». Le autorità tradizionali<sup>9</sup> divennero, così, una sorta di “stato locale”, chiamati distretti dai britannici e *cercle* nelle colonie francesi, visto che disponevano dei poteri legislativi, esecutivi e giudiziari e, inoltre, si posizionavano all’intersezione tra economia di mercato e quella non di mercato della tribù<sup>10</sup>.

Tale contestualizzazione non sarebbe completa senza fornire i contorni necessari al c.d. etnicismo, al cui soccorso giungono i giuristi più sensibili sul tema. L’eticismo, in Africa, è un costrutto sociale influenzato dall’interazione tra le comunità africane e lo stato coloniale e l’economia di mercato, che ha prodotto nuove fonti di ricchezza e potere, quindi conflitti con perno sull’identità etnica<sup>11</sup>. Solo dopo aver puntualizzato tali concetti è possibile discernere del *local government* in Africa.

## 2. La *customary law* dall’*indirect rule* al costituzionalismo della decolonizzazione (cenni)

Lo “spazio” lasciato alle autorità tradizionali dai colonizzatori ebbe modo di cristallizzarsi nel corso dei decenni in quello che venne poi chiamato, più genericamente, *indirect rule*. Al contrario, la *direct rule* rendeva soggetti i

---

<sup>9</sup> Si intuisce, quindi, il nesso tra autorità tradizionali e *customary law*, efficacemente sintetizzato da Ubink: «*The legal basis for chiefly tasks lies in customary law. This is an unwritten normative order that is regarded as somewhat flexible and negotiable. It is often said that chiefs – who are considered as authorities in the field of customary law – have a very strong position to profit from the flexibility of customary laws*». Cfr. J. Ubink, *Traditional Authorities in Africa. Resurgence in an Era of Democratisation*, Leiden, 2008, 26.

<sup>10</sup> Tale impostazione, molto meno teorica di quel che possa sembrare, chiede alcune precisazioni. Non si tratta di una giustificazione o di favorire una teoria “cospirazionista”, bensì di sottolineare come «the customary was more often than not the site of struggle. Custom was often the outcome of a contest between various forces, not just those in power [...] the terms of the contest, its institutional framework, were heavily skewed in favor of state-appointed customary authorities [...] a game in which the dice were loaded». Inoltre, «customary law was not about guaranteeing rights; it was about enforcing custom. Its point was not to limit power, but to enable it. The justification of power was that it was a custodian of custom in the wider context of an alien domination». Ciò provocò, invece, l’opposto, visto che «customary law consolidated the noncustomary power of chiefs in the colonial administration [...] so the Native Authority came to be tribalized». Di qui, la frammentazione, etnicismo e differenti identità a cui diede vita ogni singola autorità tradizionale. Cfr. M. Mamdani, *Citizen and Subject: Contemporary Africa and the Legacy of Late Colonialism* – 2<sup>nd</sup> Edizione, Princeton, 2018, 22 e 110.

<sup>11</sup> Y. Ghai, *Ethnicity, Decentralisation, and Constitutionalism. A Comparative Perspective*, in C.M. Fombad – N. Steytler (a cura di), *Decentralisation and Constitutionalism in Africa*, Oxford, 2019, 53-56. V. anche C. Young, *Africanism, Nationalism, and Ethnicity: The Ambiguous Triple Helix of Identity*, in C. Young (a cura di), *The Postcolonial State in Africa, Fifty Years of Independence, 1960–2010*, Madison, 2012, 291 ss.

nativi al diritto e ai sistemi giuridici occidentali e creava le istituzioni necessarie al funzionamento dell'economia di mercato. La cittadinanza apparteneva solo ai coloni e la maggior parte dei nativi non era titolare di diritti, rendendo essi subalterni e soggetti alla volontà dei coloni. L'*indirect rule* venne a configurarsi come la gestione delle aree rurali, la cui terra rimaneva delle comunità (cioè dei *chiefs*). La *customary law* era applicata in tutti i settori della vita associata e non, diritto di famiglia, terra, contratti. Per i nativi, così, l'*indirect rule* si sostanzialmente nel *decentralized despotism*<sup>12</sup>.

Detto in altri termini, il vantaggio dell'*indirect rule*, fu quello della praticità e dell'assenza di costi. Infatti, questa tecnica di governo si aveva laddove «an attempt is being made at using indigenous monarchies, chieftainships, Native assemblies and courts; giving them support and sanction of European administration; defining their functions, rescinding some of them, amplifying others, and introducing new ones»<sup>13</sup>. Ancor meglio si adattano a questo lavoro le parole di Lord Hailey, secondo il quale la «indirect rule is used to denote the system by which the tutelary power recognizes existing African societies and assist them to adapt themselves to the functions of local government», mentre il fine era quello di adattare queste *native institutions* alla modernità<sup>14</sup>.

In sostanza, il *direct rule* era la dominazione nelle aree urbane o di interesse mercantile<sup>15</sup>, l'*indirect rule*, l'autorità tribale. La costruzione dello Stato in Africa ha subito e subisce ancora oggi questa origine duale, tra due autorità: l'una che tenta di introdurre istituzioni e costituzioni occidentali, l'altra che rappresenta la *customary law*. Senza questa distinzione, non si spiegano alcuni riflussi e flussi riguardo il decentramento a partire dal costituzionalismo della decolonizzazione<sup>16</sup>.

Ciò che va sottolineato, quindi, è il lascito coloniale anche laddove formalmente e sostanzialmente le autorità tradizionali rimanevano i vertici delle comunità locali. Infatti, le costituzioni successive o della decolonizzazione, furono redatte nelle capitali europee e poco avevano a che fare con la realtà dell'Africa subsahariana; anzi, il fine era quello di garantire gli *European settlers* che rimasero in loco. Tra la fine degli anni '50 e l'inizio degli anni '60 vennero

<sup>12</sup> M. Mamdani, *Citizen and Subject...*, op. cit., 17.

<sup>13</sup> B. Malinowski, *The Dynamics of Culture Change. An Inquiry into Race Relations in Africa*, New Haven, 1945, 142.

<sup>14</sup> M. Bailey, *An African Survey: A Study of Problems Arising in Africa South of the Sahara*, Oxford, 1938, 413.

<sup>15</sup> Il quadro viene completato dalle recenti riflessioni di Piketty, secondo cui il sistema legale che si cristallizzò in questa fase di dominio coloniale favorì da un lato la logica del "dolce commercio" (*doux commerce*) tra le maggiori potenze coloniali, mentre, dall'altro, acuì le disuguaglianze tra élite bianca e nativi. Cfr. T. Piketty, *Capitale e ideologia*, Milano, 2020, 326, 334-335.

<sup>16</sup> M. Mamdani, *Citizen and Subject...*, op. ult. cit., pp. 18 e 62 ss. Esempi di *indirect rule* sono il Natal, ma soprattutto quello attuato da Lord Lugard in Nigeria, con la divisione tra il sud (*direct rule*) e il nord (*indirect rule*).

trasferiti i poteri alle élite africane, senza alcun piano per la transizione<sup>17</sup>. Non deve sorprendere che, appena ottenuta l'indipendenza, si avviò un processo di modifica e adozione di nuove costituzioni per una ragione fondamentale: i leaders africani sostenevano che l'architettura del costituzionalismo liberale poco servisse alle urgenze del momento, visto il sottosviluppo e la divisione tra tribù ed etnie. Ciò portò a modificare o usurpare le costituzioni mediante un'estrema concentrazione dei poteri nelle mani degli esecutivi nella forma di governo presidenziale. I "big man"<sup>18</sup> miravano, in sostanza, all'unità nazionale e il multipartitismo era considerato un ostacolo, perché avrebbe fagocitato il "tribalismo" e le divisioni settarie<sup>19</sup>.

Proprio questo è il punto che interessa ai fini del presente lavoro: la sorte della *customary law*. L'indipendenza e i trenta anni successivi videro tentativi di soppressione delle realtà locali tradizionali, a vantaggio dell'idea di progresso, modernità e unità nazionale, nonostante la mancanza di: a) la nazione e l'idea di nazione e; b) l'evidente ed estrema frammentazione etnica o tribale. La *customary law/traditional law* veniva tollerata, almeno nelle ex-colonie britanniche, ma considerata sulla via del tramonto a fronte della modernità e dello sviluppo tecnologico. L'approccio negli Stati francofoni fu diverso, ossia di rigetto dei sistemi giuridici tradizionali. A tale quadro bisogna aggiungere che il pluralismo giuridico rispondeva all'esigenza pratica di assicurare un sistema di giustizia condiviso a livello di comunità locale<sup>20</sup>.

L'antagonismo dei sistemi autoritari africani verso le *traditional authorities* fu parallelo allo smantellamento dello Stato costituzionale e del decentramento. I decenni successivi all'indipendenza furono costellati da colpi di Stato, guerre civili e giunte militari che, naturalmente, spesso eliminarono o sostituirono le costituzioni "federali" o che prevedevano un certo grado di decentramento territoriale. Oltre alla motivazione "the tribe must die", esse erano considerate anche un legame con l'ex madrepatria e il federalismo era visto come nient'altro che uno strumento di controllo secondo i canoni del *divide et impera*<sup>21</sup>.

### 3. Il nuovo lessico costituzionale dagli anni 90': la "rinascita" del decentramento costituzionale

Con la fine della guerra fredda numerosi cambiamenti sembrava potessero

---

<sup>17</sup> J.N.D. Anderson (a cura di), *Changing Law in Developing Countries*, New York, 1963, 29.

<sup>18</sup> L. Diamond, *Progress and Retreat in Africa: The Rule of Law versus the Big Man*, in *Journal of Democracy*, vol. 19, no. 2, Apr. 2008, pp. 138-149.

<sup>19</sup> B.O. Nwabueze, *Constitutionalism in the emergent states*, Rutherford, 1973, 55-79; R. Gordon, *Growing Constitutions*, in *1 U. Pa. J. Const. L.* 528 (1999), 540-549; C.M. Fombad, *The Evolution of Modern African Constitution. A Retrospective Perspective*, in C.M. Fombad (a cura di), *Separation of Powers in African Constitutionalism*, op. cit., 2016, 14 ss.

<sup>20</sup> W. Kischel, *Comparative Law*, op. cit., 649-650.

<sup>21</sup> Su cui cfr. N. Steytler, *Domesticating the Leviathan: Constitutionalism and Federalism in Africa*, in *24 Afr. J. Int'l & Comp. L.* 272 (2016), 276-278.

avvenire anche in Africa ma, è bene ricordarlo, anche in quel caso non si comprese appieno la fluidità delle relazioni giuridiche, istituzionali e politiche dell’Africa Subsahariana. Anzi, a parere di chi scrive, la fine della Guerra fredda evidenziò una ancor più netta differenziazione delle dinamiche costituzionali tra nord e sud del Sahara. Andando, forse, un po’ controcorrente, non può affermarsi che si fosse di fronte ad una terza ondata di democratizzazione o di costituzionalismo, proprio perché gli anni 90’, dato il *vacuum* istituzionale provocato dal riassetto globale – *rectius* dalla mancanza di un riferimento estero, furono forieri di guerre civili e di transizioni fallite o che non rispecchiavano i migliori auspici<sup>22</sup>. Piuttosto, va registrato l’anomalo (perché positivo) processo costituente sudafricano, poi divenuto modello, a ragione, per la migliore dottrina<sup>23</sup>. Si è trattato di una progressiva trazione meridionale del costituzionalismo a sud del Sahara, a cui ci si riconetterà nei paragrafi seguenti, con specifico riguardo per il governo locale.

Numerosi furono, in ogni caso, i tentativi di adozione di nuovi testi costituzionali, con la speranza che essi avrebbero significativamente diminuito i rischi della concentrazione del potere negli esecutivi presidenziali. Grandi speranze furono riposte nella capacità di elezioni libere e democratiche di generare un nuovo corso verso la democratizzazione degli Stati africani. Tuttavia, ancora oggi il tendenziale accentramento dei poteri nell’esecutivo, la violazione dei diritti umani e la presenza di partiti dominanti, al posto dei partiti unici, risultano ancora essere le caratteristiche predominanti. In sostanza, ancora è attuale affermare la presenza di «constitutions without constitutionalism», seppur non come tra gli anni 60’ e 90’<sup>24</sup>.

Uno dei maggiori problemi che non ebbero risposta fu, quindi, l’assolutismo africano, non funzionando i tradizionali *check and balances*. Specialmente nell’Africa francofona, nonostante il grande entusiasmo attorno alle numerose *Conférences nationales* dei primi anni ’90 a cui pure seguirono relativi progressi nella democratizzazione dell’area<sup>25</sup>, si registrano correntemente delle pesanti involuzioni costituzionali e democratiche<sup>26</sup>. Uno dei fattori che influenza tale prassi è sicuramente connessa allo Stato neopatrimoniale postcoloniale, vista la permanenza e preminenza dell’utilizzo

<sup>22</sup> In un certo senso si converge con Orrù, che evidenzia la “non maturazione” delle transizioni democratiche. Cfr. R. Orrù, *Africa subsahariana: dalla “democrazia...”, op. cit.*, 4131 ss.

<sup>23</sup> Si veda, ad esempio, A. Arato, *The adventure of the Constituent Power. Beyond Revolutions?*, Cambridge, 2017.

<sup>24</sup> Classico il riferimento a H.W.O. Okoth-Ogendo, *Constitutions Without Constitutionalism: An African Political Paradox*, in I.G. Shivji (a cura di), *State and Constitutionalism: an African Debate on Democracy*, Harare, 1991.

<sup>25</sup> V.T. Le Vine, *The Fall and Rise of Constitutionalism in West Africa*, in *The Journal of Modern African Studies*, Vol. 35, No. 2 (Jun., 1997), 198.

<sup>26</sup> Come si evince dalle attuali vicende in Costa d’Avorio, Guinea e Mali.

dell'apparato statale a vantaggio delle élite<sup>27</sup>.

Fu questa la fase in cui l'*appeal* dei c.d. *federal arrangements* crebbe notevolmente in quanto considerati strumenti idonei per la risoluzione di conflitti identitari o etnici. Numerosi furono i sistemi decentrati successivi al 1990, con l'obiettivo di diminuire il potere del "centro" (dei presidenti) e di provare ad unire le diverse etnie facenti parte delle singole entità statali. Tra i numerosi esempi si annoverano Sudafrica (1994), Etiopia (1995), Nigeria (1999), Repubblica Democratica del Congo (2005), Sudan (2005 e transizione in corso), Sud Sudan (2011), Kenya (2010), Somalia (2012), Isole Comore (1996, 2001). Ad essi si aggiungono altre esperienze che hanno recentemente adottato un decentramento territoriale a livello locale, Zimbabwe (2013) e Zambia (2016). Può affermarsi che la via verso un decentramento più strutturato e organico abbia preso piede nel Continente, ma con alcune problematiche di fondo<sup>28</sup>. Infatti, questa tipologia di federalismo è stata definita "fragile" per: a) la divisione delle entità subnazionali in piccole unità; b) la limitata devoluzione dei poteri; c) la limitatissima autonomia impositiva e dipendenza dai trasferimenti statali; d) le relazioni intergovernative dominate dal governo centrale; e) la presenza di clausole di unità nazionale e di prevalenza della legislazione federale<sup>29</sup>.

Fu questo il contesto che vide un aumento del riconoscimento dell'importanza del governo locale e, accanto ad esso, paradossalmente, delle autorità tradizionali. Esse, a fronte di un vuoto di potere e delle transizioni in corso, non persero questa occasione per "riemergere" come prioritari *stakeholders* al livello locale, ottenendo anche un esplicito riconoscimento nei testi costituzionali<sup>30</sup>.

### 3.1. Decentramento e autorità tradizionali

I processi di decentramento (dire federali è, per le ragioni suindicate, eccessivo) non hanno creato o promosso il rinvigorimento delle autorità tradizionali, ma hanno reso queste più visibili. Nelle aree rurali hanno sempre svolto un ruolo cruciale nell'amministrazione della *customary law* e, dal momento che il governo locale assume un ruolo cruciale nel costituzionalismo africano, vi si richiede una riconsiderazione delle autorità tradizionali. L'imperativo è, ed è stato, quello di una riconciliazione tra legittimità democratica e legittimità delle autorità tradizionali. Questo

---

<sup>27</sup> C.M. Fombad, *Constitutional Reforms and Constitutionalism in Africa: Reflections on Some current Challenges and Future Prospects*, in *Buff. L. Rev.*, Vol. 59, n. 4, (2011), 1023 ss.; C.M. Fombad, *The Evolution of Modern African Constitution...*, op. cit., 20-22.

<sup>28</sup> N. Steytler, *The Relationship between Decentralisation and Constitutionalism in Africa. Concepts, Conflicts and Hypotheses*, in C.M. Fombad – N. Steytler (a cura di), *Decentralisation and Constitutionalism in Africa*, op. cit., 38-40

<sup>29</sup> N. Steytler – J. De Visser, "Fragile Federations": *The Dynamics of Devolution*, in F. Palermo – E. Alber (a cura di), *Federalism as Decision-making*, Nijhooff, 2015, p. 79 ss.

<sup>30</sup> N. Steytler, *The Relationship between Decentralisation...*, op. cit., 42-49.



rafforza la specificità del decentramento territoriale e dei “governi locali” nell’Africa subsahariana<sup>31</sup>. Molta attenzione ha suscitato nella dottrina la «retraditionalization and the formal recognition of traditional authority», che ha evidenziato come tale evoluzione fosse legata alla presenza di stati falliti, incapacità nella costruzione dello stato e della nazione, nonché conflitti etnici. Non mancano tesi contrarie, con cui si tende a concordare, secondo le quali il riconoscimento *de iure* possa avvenire laddove lo Stato costituzionale di diritto sia più forte, come in Sudafrica. La democratizzazione ha dovuto considerare e riconoscere il dato di fatto, ossia i molteplici *governments* a livello locale, soprattutto rurale e ciò è dimostrato soprattutto da quelle realtà, come il Mozambico, che perseguono un forte centralismo statale<sup>32</sup>. Quindi, riemersione del fenomeno come tratto delle società tribali subsahariane, che la democrazia costituzionale ha il dovere di valorizzare<sup>33</sup>.

Schematizzando, è possibile operare una sistematizzazione delle costituzioni africane per un inquadramento generale del fenomeno. Un primo gruppo di costituzioni offre un ampio riconoscimento delle autorità tradizionali, come in Zambia, Lesotho, Uganda, Zimbabwe e Ghana. In particolare, in questo ultimo caso, si preveda creazione di Camere regionali e nazionali dei *Chiefs*, le quali, prive di potere legislativo, possiedono ad esempio quello di studio, interpretazione e codificazione della *customary law*. Il secondo raggruppamento contiene disposizioni che non sono dettagliate come nelle costituzioni del primo; infine, il terzo, include costituzioni in cui i riferimenti sono scarsi o inesistenti. Tra queste ultime è presente la Costituzione sudafricana che, negli articoli 211-212 riconosce solamente le autorità tradizionali ma riservando alla legge la loro disciplina.

Questa attenzione spesso esplicita, verso le istituzioni e autorità tradizionali risulta essere un fattore comune nell’Africa subsahariana ed è

<sup>31</sup> J. Erk, *Iron Houses in the Tropical Heat: Decentralization Reforms in Africa and their Consequences*, in *Regional & Federal Studies*, 25:5, 409-420.

<sup>32</sup> La Costituzione del 2004 del Mozambico è giunta a riconoscere il pluralismo giuridico nei termini di «*different normative and dispute resolution systems that co-exist in Mozambican society*» (art. 4 Cost.). J. Ubink, *Traditional Authorities...*, op. cit., pp. 13-14. Il Mozambico, infatti, mediante l’adozione del Decreto n. 15/2000 ha riconosciuto, dopo ben 25 anni di indipendenza, le autorità tradizionali, con il nome di *communities authorities*. Ciò è andato di pari passo con il c.d. *gradual decentralisation*, a trazione centralista. Il risultato più interessante di questa esperienza è l’istituzione di municipalità dotate di assemblee regolarmente elette, il cui numero è incrementato fino alle 53 unità con la legge n. 11/2013. Non è possibile, in questa sede, trattare le tendenze dell’Africa lusofona, che paiono comunque confermare la tendenza verso il riconoscimento delle autorità tradizionali a fianco di un potenziamento degli enti locali. Cfr. H. M. Kyed – L. Buur, *New Sites of Citizenship: Recognition of Traditional Authority and Group-Based Citizenship in Mozambique*, in *Journal of Southern African Studies*, 32:3, 563 ss.; A. Thomashausen, *The Concept and Implementation of “Gradual Decentralisation” in Mozambique*, in C.M. Fombad – N. Steytler (a cura di), *Decentralisation and Constitutionalism in Africa*, op. cit., 392 ss.

<sup>33</sup> H.M. Kyed – L. Buur, *Introduction: Traditional Authority and Democratization in Africa*, H.M. Kyed – L. Buur (a cura di), *State Recognition and Democratization in Sub-Saharan Africa: A New Dawn for Traditional Authorities?*, New York/Basingstoke, 2007, 4 ss.

giusto chiedersi come il costituzionalismo riesca o meno a fornire ad esse un ruolo. Ciò appare imprescindibile, visto che le autorità tradizionali svolgono funzioni rilevanti soprattutto laddove l'amministrazione statale è inesistente o debole<sup>34</sup>.

#### 4. Il Sudafrica: *local government(s)*, costituzionalismo e *traditional authorities*

Come anticipato e spesso accade, il Sudafrica assurge a metro di comparazione di non poche dinamiche costituzionali dell'Africa subsahariana. Ancor più per quanto concerne il governo locale, per la sua costituzionalizzazione e per l'ampio dibattito della dottrina. In tale ambito va ricordato l'impatto dell'apartheid, che istituzionalizzò lo "sviluppo separato" mediante il *Bantu self-government Act*, con la creazione di dieci *bantustants* etnici di cui solo quattro accettarono l'indipendenza<sup>35</sup>.

Le c.d. *homelands* vennero smantellate all'inizio della transizione e reintegrate nel Sudafrica, ma le autorità tradizionali rimasero, tanto che la *Interim Constitution* riconobbe il loro ruolo. Nella Costituzione del 1996 le autorità tradizionali vennero assoggettate e garantite dalla Costituzione, come ebbe ad affermare la Corte costituzionale nel giudizio di certificazione<sup>36</sup>.

La Costituzione vigente riconosce le istituzioni, status e ruolo delle autorità tradizionali (art. 211), e la «national legislation may provide for a role for traditional leadership as institution at local level on matters affecting local communities» (art. 212). Non è questa la sede per analizzare a fondo le implicazioni giuridiche di tali disposizioni<sup>37</sup>, ma ciò che importa è l'evidente coinvolgimento delle autorità tradizionali (che dispongono anche di *Houses* a livello nazionale, provinciale e locale) nel *policy making* e *service delivery*. Inoltre, la dottrina già avvertiva che i principi del *cooperative government* (artt. 40 e 41) dovevano essere applicati prioritariamente a livello locale. Su tale punto si rilevava che: «part of ensuring this cooperation is for traditional

---

<sup>34</sup> C.M. Fombad, *Constitutional Entrenchment of Decentralization in Africa: An Overview of Trends and Tendencies*, in *Journal of African Law*, Volume 62, Issue 2, June 2018, 194-195.

<sup>35</sup> M. Vorster, M. Wiechers, D. Van Vuuren & G. Barrie, *The Constitution of Transkei, Bophuthatswana, Venda and Ciskei*, Durban, 1985.

<sup>36</sup> «The NT complies with CP XIII by giving express guarantees of the continued existence of traditional leadership and the survival of an evolving customary law. The institution, status and role of traditional leadership are thereby protected. They are protected by means of entrenchment in the NT and any attempt at interference would be subject to constitutional scrutiny. The CA cannot be constitutionally faulted for leaving the complicated, varied and ever-developing specifics of how such leadership should function in the wider democratic society, and how customary law should develop and be interpreted, to future social evolution, legislative deliberation, and judicial interpretation». Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996 (CCT 23/96) [1996] ZACC 26; 1996 (4) SA 744 (CC); 1996 (10) BCLR 1253 (CC) (6 September 1996).

<sup>37</sup> T. Bennet – C. Murray, *Traditional Leaders*, in S. Woolman – T. Roux – M. Bishop, *Constitutional Law of South Africa* - seconda edizione, Cape Town, 2013, 26-4 ss.

leaders to participate in the meetings of municipal council so that they can put the concerns and needs of their people to them»<sup>38</sup>. Le autorità tradizionali venivano (e vengono) considerate come interlocutori fondamentali, non da ultimo per il loro grande supporto popolare<sup>39</sup>. Questo si evidenziava nei documenti governativi, che sottolineavano l'essenzialità del ruolo di supporto e consultivo dei *chiefs* a livello locale, accanto al loro potenziale nella ricostruzione e sviluppo del nuovo ordinamento, soprattutto nelle aree rurali<sup>40</sup>. Da qui deriva un ulteriore problema: per quanto la *customary law* sia conforme alla Costituzione e alla legislazione nazionale e provinciale – *traditional leadership, indigenous law e customary law* rientrano tra le competenze concorrenti, a livello locale lo “Stato di diritto” non gode della stessa autorità, proprio per la sua “assenza” fattuale.

La prima organica legislazione a livello locale venne adottata già nel 1998, visto l'ampio riconoscimento e protezione che essa assicura alle diverse tipologie di governo locale<sup>41</sup>. A questa seguì quella relativa alle autorità tradizionali nel 2004<sup>42</sup>, che provvide al riconoscimento delle gerarchie delle autorità; il fine è quello di «respect, protect and promote the institution of traditional leadership in accordance with the dictates of democracy», ma sempre in armonia con la Costituzione e i diritti fondamentali, la governance democratica e l'uguaglianza di genere. In breve, i principali compiti dei consigli tradizionali e dei leader sono quelli di «administering the affairs of the local traditional community in accordance with customs and tradition» e di funzioni consultive per i consigli municipali, ai quali possono assistere e partecipare<sup>43</sup>.

Un ambito particolarmente delicato in cui autorità tradizionali e *customary law* hanno sempre svolto un ruolo decisivo è quello dei *land rights*. Il tentativo di regolamentare la materia (*Communal Lands Right Act*, n. 11/2004 - CLaRA) è stato dichiarato incostituzionale per motivi

<sup>38</sup> S. Rugege, *Traditional leadership and its future role in local governance*, in Law, in *Development & Democracy*, Vol. 7 No. 2 (2003), p. 179. In questa sede si sottolinea che tali principi permeano i rapporti tra le tre sfere di governo, centrale, provinciale e locale. Dunque, è evidente il richiamo al principio del *bundestreue*.

<sup>39</sup> C. Logan, *The Roots of Resilience: Exploring Popular Support for African Traditional Authorities*, in *African Affairs*, Vol. 112, No. 448 (July 2013), 353-376.

<sup>40</sup> Si tratta rispettivamente del *White Paper on Local Government* (1998) e del *White Paper on Traditional Leadership and Governance* (2003).

<sup>41</sup> I riferimenti normativi nella Costituzione sono gli artt. dal 151-164. *Local Government: Municipal Structures Act*, 1998 (Act 117 of 1998). La Corte costituzionale ha sempre posto particolare attenzione verso il governo locale, enfatizzando l'impatto dell'apartheid e il loro ruolo nella ricostruzione. Il primo dei numerosi giudizi è *Fedsure Life Assurance Ltd & Others v Greater Johannesburg Transitional Metropolitan Council & Others* 1999 (1) SA 374 (CC), 1998 (12) BCLR 1458 (CC). Si veda in modo esteso: Cfr. N. Steytler & J. De Visser, *Local Government Law of South Africa*, Cape Town, 2017.

<sup>42</sup> *The Traditional Leadership and Governance Framework Act*, Act 41 of 2003.

<sup>43</sup> C. Rautenbach, *Mapping Traditional Leadership and Authority in Post-Apartheid South Africa. Decentralisation and Constitutionalism in Traditional Governance*, in C.M. Fombad – N. Steytler (a cura di), *Decentralisation and Constitutionalism in Africa*, op. cit., 494 ss.

procedurali<sup>44</sup> e ancora non è stata adottata una nuova legislazione, che ricade tra quelle concorrenti. Successiva documentazione governativa ha espresso la necessità di un ampio coinvolgimento delle autorità tradizionali, ma sempre con il fine di adeguare la *land governance* ai dettami della Costituzione. Questa appare la volontà del legislator in tema di pianificazione territoriale. Lo *Spatial Planning and Land Use Management Act*, n. 16/2013 (SPLUMA), permette la partecipazione del leader tradizionali per mezzo dei consigli tradizionali e delle attività all'interno della municipalità. Sono proprio questi i settori in cui i contrasti tra le municipalità e le autorità tradizionali sono maggiori, vista la calcificazione della *customary law* e l'intento di "riportare a Costituzione" la gestione del territorio da parte del legislatore<sup>45</sup>.

Che permanga questa tensione di fondo tra costituzionalismo, *traditional authorities* e *customary law*, è dimostrato dalla recentissima adozione del *Traditional and Khoi-San Leadership Bill Act*, n. 3/2019. Tale novella riconosce una categoria ulteriore di *traditional leadership* e non poche sono state le critiche visto che, per essere identificato "Khoi-San", invero comunità marginalizzata e quasi estinta, sono necessarie ulteriori caratteristiche rispetto alle altre autorità tradizionali e ciò ha generato molti dubbi sulla costituzionalità della legge in relazione al principio di uguaglianza<sup>46</sup>.

Anche in questo ambito, l'esperienza sudafricana sembra costituire, considerando i recenti sviluppi, un laboratorio costituzionale. Anzi, la legislazione ordinaria, l'intervento della Corte – si noti, sempre adeguando alla Costituzione la *customary law*<sup>47</sup>, e il continuo dibattito in corso probabilmente generano due conseguenze: a) la *traditional leadership* come partner imprescindibile nella promozione dello sviluppo locale; b) le autorità locali sono state spesso cooptate dagli organi municipali, come dimostra il caso della Provincia dell'*Eastern Cape*<sup>48</sup>.

Il problema sorge, quindi, laddove la democrazia costituzionale non arrivi "materialmente" – *capacity building*. Infatti, la partnership con le

---

<sup>44</sup> *Tongoane and Others v National Minister for Agriculture and Land Affairs and Others* (CCT100/09) [2010] ZACC 10.

<sup>45</sup> C. Rautenbach, *Mapping Traditional Leadership...*, op. cit., 502-505.

<sup>46</sup> Ivi, p. 505.

<sup>47</sup> V., ad esempio, *Bhe and Others v Khayelitsha Magistrate and Others* (CCT 49/03) [2004] ZACC 17; *Shilubana and Others v Nwamitwa* (CCT 03/07) [2008] ZACC 9; 2008 (9) BCLR 914 (CC); *Mayelane v Ngwenyama and Another* (CCT 57/12) [2013] ZACC 14; 2013 (4) SA 415 (CC). Vale la pena ricordare che in *Bhe*, in tema di regime successorio, la Corte distinse per la prima volta tra il sistema tradizionale di *customary law* e quello vivente, "attratto" dalla nuova Costituzione. Nel caso in questione, il principio di eguaglianza venne associato alla tendenza ad un ammodernamento della *customary law*, dichiarando incostituzionale la *customary law* codificata dalle *Native Courts* sulla base del *Black Administration Act 38 of 1927*. Cfr. T. Roux, *The Politics of Principle. The First South African Constitutional Court, 1995 – 2005*, Cambridge, 2013, 248-252.

<sup>48</sup> A. Ainslie - T. Keep, *Understanding the Resurgence of Traditional Authorities in Post-Apartheid South Africa*, in *Journal of Southern African Studies*, 42:1, 19-33.

autorità tradizionali può celare le difficoltà di “attuare” la costituzione nelle aree rurali, laddove la presenza dello Stato è sicuramente sbiadita<sup>49</sup>.

#### 4.1. Kenya

L'ordinamento kenyota ha visto l'adozione del decentramento con l'entrata in vigore della Costituzione del 2010. Il Kenya è un esempio interessante per quel che riguarda l'influenza dell'ordinamento sudafricano, visto che quello kenyota deve molto, in quanto a struttura, approccio e principi al secondo livello di governo sudafricano. Le 47 contee, inizialmente 74, hanno sostituito le precedenti 175 autorità locali, le cui delimitazioni derivano dalle unità amministrative coloniali<sup>50</sup>. Il problema, spesso ricorrente in Africa, è la divisione delle contee su base etnica, a cui contribuisce anche il sistema elettorale di tipo maggioritario a livello provinciale: il risultato è che quasi tutti i governatori delle contee appartengono all'etnia di maggioranza, con conseguente clientelismo e difficoltà nel responsabilizzare i rappresentanti<sup>51</sup>.

La differenza tra Kenya e Sudafrica risiede nell'assenza di disposizioni costituzionali riguardo il governo locale nella prima rispetto alla seconda. Nel corso del *Constitution-making process* kenyota il dibattito si svolse tra chi auspicava un secondo livello di governo dotato di autonomia (le province) e un terzo (distretti) con funzioni amministrative e chi proponeva la presenza solo dei distretti. Tra i primi figuravano i gruppi etnici minoritari mentre tra i secondi i gruppi etnici dominanti. Alla fine, l'opzione cadde su 47 contee, per non minare troppo il potere del governo centrale. Il compromesso si basa anche sull'assenza di disposizioni sul governo locale, in quanto lascia alle contee il compito di legiferare sugli enti locali<sup>52</sup>. Le aree urbane e le città sono disciplinate dall'*Urban Areas and Cities Act, 2011* (la cui disciplina deve essere adottata dal legislatore nazionale – art. 184), mentre le aree rurali sono interamente governate dalle contee; i livelli locali sono essenzialmente diramazioni amministrative delle contee<sup>53</sup>. Si noti che la scelta del costituente kenyota ha subito l'influenza delle rivendicazioni etniche, evitate, quasi del tutto, in Sudafrica se si esclude il KwaZulu-Natal.

Il ruolo delle autorità tradizionali nell'ordinamento kenyota è formalmente opaco, visto che il decentramento a livello provinciale ha anche l'intento di porre fine al dominio dei *chiefs*. Non pochi, in questo senso, sono

<sup>49</sup> C. Murray, *South Africa's Troubled Royalty: Traditional Leaders after Democracy*, Law and Policy Paper 23, Canberra, 2004.

<sup>50</sup> C.M. Bosire, *Implementation and Devolution under Kenya's 2010 Constitution. Political Resistance and the Struggle for Ideals of Constitutionalism*, in C.M. Fombad – N. Steytler (a cura di), *Decentralization and Constitutionalism in Africa*, op. cit., 220-221.

<sup>51</sup> M. D'arcy, *Devolution and county government*, in N. Cheeseman – K. Kanyinga – G. Lynch (a cura di), *The Oxford Handbook of Kenyan Politics*, Oxford, 2020, 259, 262 ss.

<sup>52</sup> Art. 176, co. 2: «Every county government shall decentralise its functions and the provision of its services to the extent that it is efficient and practicable to do so».

<sup>53</sup> Y. P. Ghai, *South African and Kenyan Systems of Devolution: A Comparison*, in N. Steytler – Y.P. Ghai (a cura di), *Kenyan – South African Dialogue on Devolution*, Cape Town, 2015, 16-20.

stati gli sforzi del governo kenyota, che continuano a svolgere ruoli rilevanti, quali quello di coordinamento di programmi a livello locale, mantenimento della sicurezza, di informazione per il governo, *service delivery*, risoluzione di conflitti locali ecc. Indubbiamente, anche in Kenya, nei *chiefs* è risposta una certa fiducia da parte delle comunità locali ed essi rimangono a «key feature of the Kenya state [...] that have remained a cornerstone of the state». Si può ipotizzare che la tendenziale ritrosia della Costituzione e dei governi delle contee nel lasciare nel guado lo status del governo locale sia dovuto anche alla necessità di un intervento legislativo che includa i leader tradizionali lasciando loro un certo “spazio” di cui hanno sempre goduto<sup>54</sup>.

#### 4.2 Zimbabwe

La *devolution* in Zimbabwe è stata introdotta recentemente, con la nuova Costituzione del 2013, che prevede tre livelli di governo, ai sensi dell'articolo 5, quello nazionale, provinciale/metropolitano, e locale. Queste ultime sono diversificate nei termini di aree urbane e aree rurali. La svolta costituzionale dello Zimbabwe è stata netta, se si considera che *devolution* e decentramento sono considerati valori e principi fondamentali dell'ordinamento. Non solo, perché il Capitolo 14 presenta finanche un preambolo in cui si giustifica la *devolution* in nome dell'unità nazionale, prevenzione del secessionismo, rafforzamento della partecipazione politica ed equa distribuzione delle risorse. Tali considerazioni contribuiscono alla teorizzazione dei federalismi o decentramenti fragili, in quanto la loro portata è spesso dipendente dal governo centrale; nel caso dello Zimbabwe, la Costituzione non enumera le aree di intervento delle entità subnazionali, ma solo poteri abbastanza generici (art. 270) e di coordinamento, mentre per una definizione dei poteri sia a livello provinciale che locale si richiede l'intervento del legislatore che, ad oggi, ancora non è avvenuto. Ciò rende il decentramento in Zimbabwe solo di facciata e non effettivo, dipendendo esso dalla volontà del potere legislativo centrale, ampiamente sotto il controllo dello ZANU-PF<sup>55</sup>.

Analogamente agli altri casi, nel corso degli anni '90, fino alla Costituzione del 2013, è avvenuto un progressivo riconoscimento delle autorità locali. Se il *Chiefs and Headmen Act* del 1982 non riconobbe alcuna autorità locale perché per lo ZANU PF esse erano incompatibili con l'unità nazionale e lo sviluppo economico, dalla fine degli anni '90' le prospettive cambiarono radicalmente. Il primo passo fu il *Traditional Leadership Act* del 1998, a cui si aggiunsero le novelle costituzionali del 2013 che costituzionalizzano il ruolo delle autorità tradizionali, nell'ambito della

---

<sup>54</sup> M. Osborn, *Chiefs, elder, and traditional authority*, in N. Cheeseman – K. Kanyinga – G. Lynch (a cura di), *The Oxford Handbook of Kenyan Politics*, op. cit., 305 – 308.

<sup>55</sup> Inoltre, il governo centrale può agire come supervisore di province e enti locali, senza che la Costituzione apponga limiti espliciti all'azione governativa. T.C. Chigwata, *Decentralisation and Constitutionalism in Zimbabwe. Can the Leviathan be Tamed?*, in C.M. Fombad – N. Steytler (a cura di), *Decentralization and Constitutionalism in Africa*, op. cit., 310 - 314.

cultura, tradizioni, sviluppo, amministrazione della terra, ambiente e, soprattutto, «to resolve disputes amongst people in their communities in accordance with customary law» (art. 282). Che il ruolo dei *chiefs* sia rilevante è dimostrato dai 16 seggi loro riservati nel Senato, a cui si aggiungono i seggi *ex officio* nel *Council of rural local authorities*, ma senza diritto di voto. Non solo, perché come ormai è divenuto comune nel continente, sono stati istituiti il Consiglio nazionale e le assemblee provinciali dei *chiefs*, per proteggere i loro interessi, in particolare l'integrità e lo status delle istituzioni tradizionali. Ovviamente non possiedono poteri legislativi, ma gli atti di indirizzo possono essere cruciali in alcune aree di *policy making*. Ad esempio, anche in Zimbabwe le autorità tradizionali sono considerate i custodi della "terra" e delle sue risorse naturali. In questo senso, la natura sostanziale dei poteri dei *chiefs* viene confermata dal *Communal Land Act, 1982*, secondo cui la decisione del governo locale deve tener conto della *customary law* nonché consultare e collaborare con i *chiefs*<sup>56</sup>.

L'esempio dello Zimbabwe offre ulteriori spunti a conferma della rilevanza dei *chiefs* nella governance locale. Lo ZANU-PF, se inizialmente non riconobbe l'autorità dei leader tradizionali, successivamente ha dovuto cercare la collaborazione di questi per mantenere il controllo sul paese, soprattutto durante la pesante crisi economica, che ha lasciato e anzi rafforzato la loro autorità<sup>57</sup>.

## 5. Governo locale e stati falliti: il caso della Repubblica Democratica del Congo

Un esempio interessante è costituito dalla Repubblica Democratica del Congo (RDC) per alcune ragioni: l'aver adottato una nuova costituzione nel 2006 e il decentramento territoriale a tre livelli di governo; l'essere un'ex colonia francofona che ha comportato formalmente una opposizione alla *customary law*; a fronte di ciò nella RDC, la *customary law* è utilizzata come principale fonte del diritto in circa l'80% del territorio<sup>58</sup>.

Anche in questo caso si è di fronte ad una forma di federalismo "debole", costituito da tre livelli di governo. La Costituzione della RDC prevedeva inizialmente solo 10 province e la Capitale Kinshasa, ma l'articolo 226, poi emendato, prevedeva la creazione delle altre 15 province entro 36

---

<sup>56</sup> O. Dodo, *Traditional leadership systems and gender recognition: Zimbabwe*, in *International Journal of Gender and Women's Studies*, 1(1); June 2013, 32; T.C. Chigwata, *The role of traditional leaders in Zimbabwe: are they still relevant?*, in *Law Democracy & Development*, Vol. 20, 2016, 76 ss.; T.C. Chigwata – J. De Visser – Z. Ayele, *Real or Imagined Local Autonomy Experiences from Local Government in Ethiopia, South Africa and Zimbabwe*, in T.B. Fenwick and A.C. Banfield (a cura di), *Beyond Autonomy. Practical and Theoretical Challenges to 21<sup>st</sup> Century Federalism*, Leiden, 2021, 210 – 213.

<sup>57</sup> T.C. Chigwata, *Decentralization in Africa and the Resilience of Traditional Authorities: Evaluating Zimbabwe's Track Record*, in *Regional & Federal Studies*, 25:5, 439-453.

<sup>58</sup> H.W. Wabnitz, *Reforming Legal Reform in Francophone Africa – World Bank's Project Experience*, in *Recht in Africa*, 11, 2008, 168.

mesi. Il completamento del livello di governo provinciale è avvenuto nel 2015 con la legge *on découpage*, per fini elettorali, ossia per ritardare le elezioni presidenziali, poi svoltesi nel 2018<sup>59</sup>.

Il terzo livello di governo vede, in analogia con il Sudafrica, diverse tipologie di governo locale: l'articolo 3 della Costituzione distingue ben quattro entità, «la ville, la commune, le secteur et la chefferie», la cui organizzazione e funzionamento sono regolamentate dalla legge organica, ai sensi della quale il governatore provinciale può esercitare un potere di supervisione (*tutelle*) a priori e a posteriori sugli atti normativi di tutti gli enti locali<sup>60</sup>. Gli enti locali, seppur organi elettivi, ad oggi non hanno mai vissuto una loro tornata elettorale: il risultato è un pressoché totale controllo da parte del governo centrale e delle province, visto che essi nominano e rimuovono i vertici secondo la loro piena volontà, che risultano alla mercè dei livelli superiori di governo<sup>61</sup>.

Ancora una volta è il livello locale sulla base della *customary law* ad assurgere a vero attore del terzo livello di governo. La Costituzione, tentando di regolare, non regola affatto questo livello di governo. Infatti, a fronte del riconoscimento delle autorità tradizionali, ormai usuale in Africa, abbiamo disposizioni che, in realtà, lasciano grande spazio ai leader tradizionali. Se, da un lato, «l' *autorité coutumière est reconnue. Elle est dévolue conformément à la coutume locale, pour autant que celle-ci ne soit pas contraire à la Constitution, à la loi [...]*», dall'altro consente loro la partecipazione politica e, anzi, hanno il compito di promuovere l'unità nazionale. Ma la legge organica di attuazione fornisce ulteriori dettagli che meritano una riflessione, visto che si prevedono tre tipologie di *chief*: *chef de chefferie*, *chef de groupement*, *chef village*, identificati come coloro che «reconnue par les pouvoirs publics et chargée de diriger une entité coutumière»<sup>62</sup>. A fronte della mancanza di governo locale, di amministrazione statale e, ove avviene, solo della presenza del potere provinciale o statale, le autorità tradizionali appaiono paradossalmente meglio legittimate dalla Costituzione ad esercitare la propria autorità. Non deve sorprendere, quindi, che i rapporti giuridici nella RDC sono regolati quasi totalmente dalla *customary law*.

---

<sup>59</sup> Secondo recente dottrina il decentramento e il *découpage* hanno dato risalto all'etnicismo a livello provinciale, che ha prodotto un'esclusione su base etnica delle minoranze, visto che le nuove province sono etnicamente omogenee. Cfr. A.B. Calderon – P. Englebert – L. Jené, *When decentralisation undermines representation: ethnic exclusion and state ownership in DR Congo's new province*, in *The Journal of Modern African Studies*, 59(2), 137-138.

<sup>60</sup> *Loi organique n° 08/016 du 7 octobre 2008 portant composition, organisation et fonctionnement des Entités Territoriales Décentralisées et leurs rapports avec l'Etat et les Provinces*. La supervisione è esercitata ai sensi degli articoli 95-103 della legge organica.

<sup>61</sup> J.H. Cihunda, *Decentralised Territorial Entities and Promotion of Local Governance under the Constitution of 18 February 2006 in the Democratic Republic of the Congo*, in C.M. Fombad – N. Steytler (a cura di), *Decentralization and Constitutionalism in Africa*, op. cit., 375.

<sup>62</sup> Il *groupement* è la suddivisione dei *secteurs* e delle *chefferies*. *Loi n. 15/015 du 25 Aout 2015 fixant le Statut des Chefs Coutumiers, article 1°*.



## 6. Considerazioni conclusive

Il governo locale appare un punto di osservazione privilegiato per prendere coscienza della complessità giuridica dell’Africa Subsahariana. Con tale lavoro si è tentato di gettar luce sulle complesse dinamiche tra società, diritto tradizionale e testo costituzionale. In questo campo, il Sudafrica funge da modello, non solo per i risvolti della transizione, ma proprio per questa continua interazione tra *customary law* e costituzionalismo, di cui la Corte Costituzionale è stata un fondamentale interprete nel bilanciamento tra diritti individuali e valori e tradizioni delle comunità africane, a partire dall’estensivo impiego di *ubuntu* in tema di diritti fondamentali e dignità umana<sup>63</sup>.

Il pluralismo giuridico, le necessità della popolazione africana e la sua grande diversità si riflettono sovente nel testo costituzionale adottato. Allora come oggi, è sottolineata la funzione “trasformativa”<sup>64</sup> del costituzionalismo africano, tratto saliente tra quella serie di linee guida e idee che permeano il costituzionalismo africano, purtroppo “appeso” alla chimera dello sviluppo economico e dell’inclusione sociale<sup>65</sup>.

Il governo locale assurge a paradigma di questo intreccio tra culture giuridiche diverse e differenti, in cerca di una di sintesi efficace mediante un costituzionalismo inclusivo di realtà giuridiche “autoctone”. Infatti, la dimensione locale della comunità e dello sviluppo è stata più volte richiamata dalla dottrina<sup>66</sup>, accanto a quella più “problematica” della conciliazione di *dual legitimacy systems*<sup>67</sup>. Questa operazione, a ben vedere, ha trovato un interprete eccelso nella Corte Costituzionale sudafricana, in particolare nei casi *Shilubana v. Nwamitwa* e in *Doctors for Life v. The Speaker of the National Assembly and Others*, il cui risultato, nel parere di scrive, è stato quello di “accogliere”, per quanto possibile la/le *customary law* in conformità con gli obblighi derivanti dall’articolo 39(2) della Costituzione<sup>68</sup>.

<sup>63</sup> Da ultimo: T.W. Bennett, *Ubuntu: an African Jurisprudence*, Cape Town, 2018.

<sup>64</sup> K.E. Klaare, *Legal culture and transformative constitutionalism*, in *South African J. of Human Rights*, 14:1, 1998.

<sup>65</sup> Cfr. R. Orrù, *Africa subsahariana: dalla “democrazia...”, op. cit.*, 4121-4122.

<sup>66</sup> J. De Visser, *Developmental Local Government: A Case Study of South Africa*, Cambridge, 2004.

<sup>67</sup> C. Mershon – O. Shvetsova, *Traditional authority and bargaining for legitimacy in dual legitimacy systems*, in *The Journal of Modern African Studies*, 57(2), 2019, 273 – 296.

<sup>68</sup> Una vera e propria interpretazione conforme a costituzione, unita ad un’interpretazione teleologica rispetto al fine di integrare le “diversità”, senza eliminarle. Operazione complessa, come complessi sono stati i giudizi, soprattutto il primo, in materia di accertamento della *customary law* nei casi di successione alla carica di *Traditional Chief*. La sentenza *Shilubana v. Nwamitwa* è molto interessante perchè prende in considerazione la *living customary law*: «*If development happens within the community, the court must strive to recognise and give effect to that development, to the extent consistent with adequately upholding the protection of rights*» (par 49). Il fondamento giuridico di tale ragionamento risiede nell’articolo 211, che garantisce alle autorità tradizionali l’autonomia nello sviluppo della *customary law*, purchè essa non confligga con i diritti fondamentali. Mancano, però, delle linee guida per l’accertamento delle *customary law* e ciò costringe i giudici ad operare un’operazione interpretativa complessa. In ogni caso, ciò sembra preferibile, dato che stabilire linee guida per l’accertamento delle *customary law* appare un compito complesso, forse troppo complesso

Il governo locale rappresenta un laboratorio del costituzionalismo africano, in cui varie formule costituzionali si “inseguono” nel tentativo di conciliare la necessità di attuare il *transformative constitutionalism* e quella di ricomprendere quel sostrato sociale e culturale che fa perno sulla *customary law* e *traditional authorities*. Ciò che traspare da questa comparazione è che, in tutti i casi, nonostante alcune differenze in tema *local government* in rapporto alle autorità tradizionali, queste ultime rimangono un interlocutore necessario per lo sviluppo delle aree locali africane, sia per la partecipazione politica quanto per la pianificazione territoriale<sup>69</sup>. Probabilmente questo spiega la diffusione del decentramento o delle forme federali africane nell’accomodamento non solo dei “blocchi” etnici, ma anche nel dar voce, conforme a costituzione – si potrebbe dire, a quell’autorità che di fatto influenza le scelte del legislatore su questioni di interesse locale<sup>70</sup>.

Adriano Dirri  
Dipartimento di Scienze Politiche  
Università degli Studi di Roma – “La Sapienza”  
adriano.dirri@uniroma1.it

---

per la realtà giuridica sudafricana. Invero, appare proprio la capacità della Corte Costituzionale del Sudafrica, mediante una vera e propria funzione nomofilattica, a costituire il punto di svolta in materia, fornendo indicazioni al legislatore su futuri interventi legislativi tesi all’armonizzazione delle plurime realtà giuridiche. V. C. Rautenbach, *Oral Law in Litigation in South Africa: An Evidential Nightmare?*, in *Potchefstroom Electronic Law Journal*, Vol. 20, No. 1 (2017), 1-21. La seconda sentenza, invece, sottolineava l’importanza della partecipazione politica, come *defining feature of the democracy* (par. 111). In questo giudizio, la *concurring opinion* del J. Sachs, aggiunse, sempre in linea con quanto esposto in precedenza, che «*Then, the Constitution it finally produced owed much to an extensive countrywide process of public participation. Millions of South Africans from all walks of life took part. Public involvement in our country has ancient origins and continues to be a strongly creative characteristic of our democracy. We have developed a rich culture of imbizo, lekgotla, bosberaad, and indaba [...] The principle of consultation and involvement has become a distinctive part of our national ethos*» (par. 227). La Costituzione come fondamento e sostanza della partecipazione politica che, secondo Sachs, ha trovato terreno fertile anche nella *customary law*, in particolare nell’*imbizo*, concetto invece controverso, in quanto nel suo significato originario indica la discussione tra gli adulti (in genere solo uomini) della comunità per prendere decisioni per la comunità.

<sup>69</sup> Nelle parole di Ubink: «In sum, the main reason to formalise and enhance the position of traditional leaders is to improve local governance. In many countries, attempts at decentralisation that excludes traditional authorities have failed, and state policies have not been implemented because chiefs have resisted them. Chiefs are a social reality in many countries and governments have to recognise the existing structures. [...] In many African countries the administrative functions of chiefs overlap with those of elected local government structures, for instance, in the field of management of natural resources, including land, and of provision of basic services to the communities. Research shows that elected local government can form a serious threat to traditional authorities». J. Ubink, *Traditional Authorities...*, op. cit., 14-19-21.

<sup>70</sup> B.A. Gebeye, *Federal Theory and Federalism in Africa*, in *Verfassung und Recht in Übersee*, Vol. 53 (2020), p. 111 ss.; T.C. Chigwata – J. De Visser – Z. Ayele, *Real or Imagined Local Autonomy Experiences...*, op. cit., pp. 213-214.