

La posizione della donna nel nuovo ordine costituzionale sudafricano: *customary law vs Bill of rights*

di Paola Costantini

Abstract: Woman position in the new South African constitutional order: *customary law vs Bill of Rights* – Informal and spontaneous African law continues to show vitality in the post-colonial era. In a framework marked by legal pluralism and stratification of law sources afferent to distinct legal systems, not infrequently in contradiction, the legal system of South Africa appears rich of food for thought. In the new post-apartheid constitutional order customary law has formal recognition by the Constitution. But the harmonization between positive law and customary law knows areas of criticality, especially with regard to family law and the position of women. Worthy of attention are the orientations of both legislator and Constitutional Court of the Rainbow Nation about the recognition of the legal effects of traditional polygamous marriage and of property profiles investing women, in relation to the difficult reconciliation with the principle of equality between men and women, enshrined in Chapter II (Bill of rights) of the South African Constitution of 1996. The problems connected with the recognition of traditional law transcend the mere composition in system of rules originating from differentiated production sources, to also affect the organizational plan, in light of the institutional role constitutionally recognized to traditional leaders and to the so-called chieftaincy.

Keywords: Traditional law; Customary marriage; Legal pluralism; Women's rights; Constitutional justice.

1. Il contesto: particolarità del pluralismo giuridico in Sudafrica

L'esperienza coloniale vissuta dal Sudafrica, crocevia di culture e tradizioni giuridiche diverse, rende il Paese un *unicum* nel contesto degli ordinamenti africani, sospeso tra l'Occidente e l'Africa. La società sudafricana si presenta estremamente variegata ed eterogenea, un crogiuolo di culture e popolazioni che va ben oltre la storicamente enfaticizzata "contrapposizione" tra popolazioni bianca e nera, all'interno delle quali coesistono gruppi culturali ben distinti tra loro.

Il convergere e la graduale stratificazione di ordini giuridici differenti – tanto di importazione quanto autoctoni, ognuno dei quali ha saputo ritagliarsi una propria nicchia nell'intero sistema giuridico – ha dato vita ad

un *legal pluralism* che continua ad avere particolare enfasi in epoca contemporanea¹.

La *Roman-Dutch Law*, trapiantata in territorio sudafricano dagli olandesi e che regola tuttora molteplici ambiti del diritto privato, convive con il diritto britannico, dominante in particolar modo in campo pubblico e commerciale², e con il quale si è progressivamente amalgamato fino a dare quale esito un unico sistema giuridico indicato come “common law” del Sudafrica³. Si aggiunga il diritto delle popolazioni indigene, preesistente alla colonizzazione, al quale viene inizialmente negato il riconoscimento da parte degli europei, ma i cui apparati amministrativi e giudiziari verranno poi cooptati dagli inglesi ai fini della gestione dei territori annessi⁴. In questo quadro, il regime di *apartheid* dà una spinta al radicamento del diritto tradizionale nelle comunità indigene dal momento che, com'è noto, si proibisce alle popolazioni africane indigene di possedere terreni al di fuori degli *Homelands* o *Bantustans*⁵, all'interno dei quali trovava applicazione e sviluppo la *customary law*⁶.

Il crollo del regime di *apartheid* a partire dal 1989 e l'avvio delle successive tappe costituzionali (con la *Interim Constitution*, prima, e la *Final Constitution*, poi) avrebbero fatto pensare ad un offuscamento del diritto tradizionale, in favore dei principi di uguaglianza e di non discriminazione. Tuttavia, il Costituente della *Rainbow Nation* – come meglio si dirà in seguito – ha preferito salvaguardare il pluralismo che caratterizza lo Stato sudafricano, dando vita ad un *legal pluralism* nel quale sono ancora ben individuabili i diversi “strati” o sistemi giuridici in esso operanti.

Una chiave di lettura che consente di evidenziare tale peculiarità è data dal diritto di famiglia, in cui forte è l'influenza della *customary law* – che ha ricevuto nuova forza dalla transizione democratica del Paese –, con particolare riguardo alla posizione della donna.

¹ Cfr. A. Lollini, *Pluralismo giuridico e ordinamento costituzionale: i Traditional Leaders nella Costituzione della Repubblica del Sudafrica*, in S. Baldin (cur.), *Diritti tradizionali e religiosi in alcuni ordinamenti contemporanei*, Trieste, 2005; B. Harris, *Legal Pluralism and a Bill of Rights – The South African Experience*, in *Australian Indigenous Law Reporter*, 1, 2006, 1-16. Per “legal pluralism” è da intendersi la progressiva stratificazione di diversi ordini giuridici (cui corrisponde una pluralità di fori), che alimenta il dualismo tra diritto tradizionale autoctono e diritto di matrice europea.

² V. F. Du Bois, D. Visser, *The Influence of the Foreign Law in South Africa*, in *Transnational Law and Contemporary Problems*, 2003, 593-658; F. Du Bois, *Introduction: History, System and Sources*, in C.G. van der Merwe, J.E. du Plessis, *Introduction to the Law of South Africa*, in *Kluwer Law International*, 2004, 1-54.

³ L'espressione “common law” in Sudafrica è generalmente utilizzata in opposizione a “customary law”, e indica sia la English che la Roman-Dutch law. Cfr. T.W. Bennet, *Legal Pluralism and the Family in South Africa: Lessons from Customary Law Reforms*, in *25 Emory International Law Review*, 2011, 1029.

⁴ T.W. Bennet, *Customary Law in South Africa*, in *Journal of African Law*, 2, 2004.

⁵ Cfr. *Native Land Act* 1913 e *Black Administration Act* del 1927.

⁶ A. Lollini, *Pluralismo malato: l'ordinamento giuridico segregazionista del Sudafrica come forma distopica di pluralismo giuridico*, in *Federalismi.it*, 1, 2014.

2. Il diritto tradizionale nel nuovo assetto costituzionale sudafricano *post-apartheid*: “positivizzazione” della *customary law*, riconoscimento e ruolo dei *traditional leaders*

La Costituzione *post-apartheid* deve necessariamente affrontare il problema del rapporto tra il diritto statale e il diritto sub-statale di matrice tradizionale. L'ampia discussione sul ruolo dei *traditional leaders* sfocia nella ricezione in sede costituzionale dei loro meccanismi di funzionamento, a rimarcare l'effettivo superamento dell'*apartheid* e dando vita ad un “mixed government” operante nel quadro della nuova Costituzione, chiamata a garantire la non contraddittorietà all'interno del nuovo sistema giuridico⁷.

La *traditional leadership* occupa un ruolo di primo piano nella società africana e incarna la preservazione della cultura, delle tradizioni, dei costumi e dei valori del popolo africano. È proprio sulla scorta del riconoscimento dell'esistenza di «radicati fenomeni giuridici di matrice tradizionale»⁸ che il costituzionalismo sudafricano *post-apartheid* recepisce la *traditional law*, posta sul medesimo piano della *common law*. Sulla scia di quanto già fissato dal Principio XII⁹, nel quale si prevede che «gli istituti, lo status e il ruolo delle autorità tradizionali, in accordo con il diritto indigeno, sono riconosciuti e protetti dalla Costituzione», il Capitolo XII della Costituzione del 1996, intitolato *Traditional Leaders*, cristallizza nella nuova Legge fondamentale sudafricana il riconoscimento dei capi tradizionali e della *customary law*, chiamando le corti ad «apply customary law when that law is applicable», in accordo con la Costituzione. In attuazione del disposto dell'art. 212 Cost., viene istituita a livello nazionale la *National House of Traditional Leaders*¹⁰, composta da tre membri per ogni *House of Traditional Leader* provinciale, in carica per cinque anni.

I *traditional leaders* costituiscono il principale legame tra lo Stato e la società tradizionale e, piuttosto che ostacolare lo sviluppo e l'affermazione di nuove «rules and practices»¹¹, si sono presentati come gli autentici

⁷ L. Bank, R. Southall, *Traditional Leaders in South Africa New Democracy*, in 28 *Journal of Legal Pluralism*, 37, 1996, 407-430.

⁸ Cfr. A. Lollini, *Pluralismo giuridico e ordinamento costituzionale: i Traditional Leaders nella Costituzione della Repubblica del Sudafrica*, cit., 18.

⁹ La negoziazione multilaterale in sede costituente culmina in un compromesso circa un *Two-stage process of Constitution making*, consistente nella suddivisione in due fasi del procedimento costituente, ciascuna risultante in un Testo costituzionale, ossia la *Interim Constitution* del 1993-94 e la *Permanent o Final Constitution* del 1996-97. La linea di continuità tra i due testi è rappresentata dai *34 Constitutional Principles*, contenuti nella prima Costituzione e ripresi e sviluppati nella seconda, al fine di assicurare la garanzia dei diritti fondamentali a carattere universale.

¹⁰ Precedentemente denominata *Council of Traditional Leaders* (istituito con il *Council of Traditional Leaders Act 10* del 1997). Assume la denominazione attuale con l'adozione del *National House of Traditional Leader Act 85* del 1988.

¹¹ J.M. Williams, *Leading from behind: Democratic consolidation and the Chieftaincy in South Africa*, in *The Journal of Modern African Studies*, 1, 2004, 115.

rappresentanti delle loro comunità, e custodi delle tradizioni e dei costumi¹².

Nonostante il ruolo controverso, spesso oppressivo, svolto nel periodo di *apartheid*, i *traditional leaders* sono sopravvissuti alla transizione verso lo stato democratico. Tuttavia, il linguaggio vago e generale utilizzato dai costituenti apre ad una serie di interrogativi: la Costituzione riconosce, infatti, l'istituzione, il ruolo e lo status dei capi tradizionali, ma tace sulla modalità di interazione tra gli stessi e le istituzioni governative, così come sui doveri degli *traditional leaders* nei confronti delle comunità locali.

Il silenzio della Legge fondamentale sudafricana su tali questioni ha avuto come effetto il sorgere di tensioni tra autorità tradizionali e *municipalities*, in special modo nelle aree rurali e più remote, dove più forte è la *traditional leadership*. Il percorso verso il consolidamento dello stato democratico passa anche attraverso il coinvolgimento dei *traditional leaders* e la preservazione dei valori di cui essi sono espressione, e richiede una trasformazione della *chieftaincy* per allinearla ai principi costituzionali di democrazia e uguaglianza, in modo da consentirle di contribuire attivamente allo sviluppo socioeconomico e al processo di *nation building*¹³. Sul piano operativo, tuttavia, raramente i capi tradizionali fanno leva sul dettato costituzionale o sulle politiche governative per legittimare la propria autorità; fanno piuttosto riferimento a «ideas, rules and insitutions rooted in pre-existing community norms and practices, or so-called “traditions”»¹⁴. Ambigua è tuttora la posizione della *traditional ladership*: se da un lato possono costituire un ostacolo alla democratizzazione, allo stesso tempo rappresentano un intermediario necessario ai fini dell'evoluzione e dello sviluppo della *customary law* in senso conforme al nuovo ordine costituzionale¹⁵.

3. Il diritto di famiglia e l'istituto del matrimonio poligamico: profili cultural-tradizionali e religiosi e il bilanciamento con il nuovo impianto costituzionale

Tra gli ambiti nei quali il diritto tradizionale e il diritto di matrice religiosa continuano a ritagliarsi ampi spazi di applicazione spicca, come anticipato, il diritto di famiglia, che riflette la natura multiculturale e multi-etnica della società sudafricana: le famiglie vengono costruite, vivono e si dissolvono in

¹² T. Bennet, C. Murray, *Traditional Leaders*, in S. Woolman, T. Roux, M. Bishop, *Constitutional Law of South Africa*, Cape Town, 2013.

¹³ Cfr. *Draft White Paper on Traditional Leadership and Governance*.

¹⁴ J.M. Williams, *Leading from behind: Democratic consolidation and the Chieftaincy in South Africa*, cit., 117.

¹⁵ N. Tebbe, *Inheritance and Disinheritance: African Customary Law and Constitutional Rights*, in *The Journal of Religion*, 2, 2008, 466-496; H.M. Kyed, L. Buur, *Introduction: Traditional Authority and Democratization in Africa*, in H.M. Kyed, L. Buur (cur.), *State Recognition and Democratization in Sub-Saharan Africa: A New Dawn for Traditional Authorities?*, New York 2007, 4 ss; S. Rugege, *Traditional leadership and its future role in local governance*, in *Law, Development & Democracy*, 2, 2003, 171-200.

modalità differenti a seconda dei costumi e delle tradizioni delle singole comunità, in un quadro tanto variegato e disomogeneo da indurre il costituente a non intervenire direttamente in materia¹⁶.

Il diritto di famiglia tradizionale e il diritto religioso contemplano la presenza dell'istituto del matrimonio poligamico, ampiamente diffuso in tutta l'Africa sub-sahariana e in alcune zone dell'Asia, espressione del carattere patriarcale delle comunità africane, in cui il potere è tendenzialmente maschile.

Sotto il profilo della *customary law*, il matrimonio tradizionale poligamico costituisce una pratica sociale ancora presente, seppure in misura ridotta rispetto al passato, e che ha fatto registrare nel corso del tempo un'inversione di tendenza, dal momento che la «polygamy, which was a practice of rich man with land and money to support a large family, is now practiced by middle-class and poor men»¹⁷. L'analisi delle regole e delle tradizioni che disciplinano il matrimonio poligamico non ci consegna un quadro omogeneo ed uniforme: ciascuna comunità adotta e applica regole, riti propri.

Se si osserva il matrimonio poligamico sotto la lente religiosa, tra le diverse confessioni presenti nella *Rainbow Nation*¹⁸, viene in rilievo in particolare la religione islamica. Per vero, la stragrande maggioranza dei matrimoni islamici sono monogamici e la poligamia è praticata da una esigua percentuale della popolazione musulmana. La *sharia* prevede che il regime matrimoniale poligamico sia parte delle norme giuridico-islamiche poste a regolamentazione del *Nikah*, ossia del matrimonio. A differenza del diritto tradizionale africano, privo di una uniformazione in materia, la dottrina islamica fissa dei requisiti: riconosce all'uomo musulmano il diritto ad un massimo di quattro mogli, a condizione che alle stesse sia riservato pari trattamento, sia in termini di tempo che di spazio¹⁹, anche se lo stesso Corano riconosce la difficoltà di garantire la condizione richiesta.

Sebbene possa assumere declinazioni differenti, ad accomunare l'istituto in esame nei due diversi contesti (tradizionale e religioso) è il

¹⁶ Al pari di altre Costituzioni africane e asiatiche, la Costituzione sudafricana nulla dice, infatti, circa il diritto di famiglia e l'istituto del matrimonio.

¹⁷ S. Wunderink, *What to do about polygamy? African churches seek a better response than in the years past*, in *Christianity Today*, 2009, 17.

¹⁸ L'espressione è stata coniata dall'Arcivescovo Desmond Tutu ad indicare la presenza nel Sudafrica post-apartheid di «different racial groups coming together and living in harmony». A. Habib, *South Africa - The Rainbow Nation and Prospects for Consolidating Democracy*, in *African Journal of Political Science / Revue Africaine De Science Politique*, 2, 1997, 16.

¹⁹ «Se temete di non essere equi con gli orfani, sposate allora di fra le donne che vi piacciono, due, tre o quattro, e se temete di non essere giusti con loro, una sola ancella, o le ancelle in vostro possesso», Corano, (4:3). Per approfondimenti sull'istituto del matrimonio nel diritto islamico, v. V. Abagnara, *Il matrimonio nell'Islam*, Napoli, 1996; L. Ahmend, *Early Islam and the Position of Women: the problem of Interpretation*, in N. Keddi, B. Baron, *Women in Middle East History*, New Haven, 1991, 58-73; M. Mutahhari, *The rights of women in Islam*, Teheran, 1981; J.J.A. NASIR, *The Status of Women Under Islamic Law and under Modern Islamic legislation*, Londra, 1994.

carattere discriminatorio della poligamia, che costituisce un'evidente violazione dei diritti e della dignità della donna, la quale si trova in una posizione di subordinazione e di totale dipendenza dal marito²⁰.

Il riconoscimento del diritto tradizionale da parte del Costituente genera non pochi profili problematici dovuti al fatto che la *customary law* viene spesso a trovarsi in contraddizione con il dettato costituzionale. Esempio lampante di tale attrito è costituito dal matrimonio poligamico stesso, che viola il principio dell'uguaglianza di genere e i diritti delle donne, sanciti non solo dalla Costituzione, ma anche dai numerosi strumenti del diritto tradizionale cui il Sudafrica ha aderito²¹.

Da qui, l'avvio di interventi sul piano sia legislativo sia giurisprudenziale che, seppur non ancora risolutivi delle criticità presenti, hanno mostrato – e continuano a mostrare – la volontà di preservare *customary law*, contribuendo al suo sviluppo in senso conforme alla Costituzione.

4. Il matrimonio poligamico nel diritto positivo: il *Recognition of Customary Marriages Act 120* del 1998

In epoca coloniale e sotto il regime di *apartheid*, il diritto tradizionale africano ottiene parziale riconoscimento, laddove funzionale agli interessi della dominante "élite bianca". Nel solco della strategia di cooptazione dei *traditional leaders* adottata dai coloni inglesi di colloca anche l'attribuzione ad essi di poteri giurisdizionali in ambiti afferenti al diritto privato e, in particolare, al diritto di famiglia tradizionale. Tuttavia, tale «strategic recognition»²² trova il proprio limite nel fatto che la legge non può in alcun modo essere «repugnant to the general principles of humanity observed throughout the civilized world»²³ e la cosiddetta "repugnancy clause" viene spesso in rilievo nel contesto del diritto di famiglia, soprattutto in relazione al riconoscimento di matrimoni tradizionali potenzialmente poligamici e al pagamento del *lobolo*²⁴.

²⁰ Cfr. A. Davis, *Regulating Polygamy: Intimacy, Default Rules, and Bargaining for Equality*, in *Columbia Law Review*, 110(8), 2010, 1955-2046.

²¹ Si pensi in tal senso alla *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* delle Nazioni Unite, alla *Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne*, al *Protocollo alla Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli sui diritti delle donne in Africa*, alla *Convenzione internazionale sui diritti civili e politici*.

²² Cfr. T.E. Higgins, J. Fenrich, Z. Tanzer, *Gender Equality and Customary Marriage: Bargaining in the Shasow of Post-Apartheid Legal Pluralism*, in *Fordham International Law Journal*, 6, 2006, 1635.

²³ T.W. Bennet, *Customary Law in South Africa*, in *Journal of African Law*, 2, 2004, 38.

²⁴ Secondo i costumi africani, il *lobolo* è «property in cash or kind (...) which a prospective husband or head of his family undertakes to give to the head of a prospective wife's family in consideration of a customary marriage». Cfr. L. Mwambene, H. Kruuse, *Form over function? The practical application of the Recognition of Customary Marriages Act 1998 in South Africa*, 2013, 306. Sebbene costituisca una pratica diffusa e comune alle comunità africane, non ha trovato

Già a partire dall'entrata in vigore della *Interim Constitution* del 1993, le corti sudafricane, discostandosi dalla giurisprudenza precedente, riconoscono i matrimoni poligamici, preparando il terreno per l'intervento del legislatore circa l'adozione di una disciplina inerente ai *customary marriages*. Sebbene la Costituzione del 1996 non intervenga direttamente a disciplinare l'istituto del matrimonio, i diritti e le libertà sanciti dal *Bill of Rights* – sull'onda della transizione democratica del Sudafrica – forniscono una base solida per la revisione del diritto di famiglia²⁵. Il nuovo ordine costituzionale, infatti, appare imperniato sul principio di uguaglianza e sul divieto di discriminazione su base etnica, sessuale, religiosa, o estrazione sociale e «the cumulative effect of those constitutional provisions is that legal protection must be accorded to families resulting from any type of marriage that complies with the Constitution»²⁶.

Nel 1998 il legislatore della *Rainbow Nation* adotta il *Recognition of Customary Marriages Act* (RCMA) volto, come suggerisce il nome stesso, al riconoscimento del matrimonio tradizionale contratto secondo *customary law*²⁷ – ma non anche del matrimonio religioso –, sia esso stato concluso prima o dopo il 15 novembre 2000 (data di entrata in vigore del RCMA)²⁸, fissando requisiti differenti per il loro riconoscimento a seconda del momento

codificazione nel *Recognition of Customary Marriages Act* del 1998. V.J.H. Shope, *Lobola is Here to Stay: Rural Black Women and the Contradictory Meanings of Lobolo in Post-Apartheid South Africa*, in *Agenda: Empowering Women for Gender Equity*, 68, 2006, 64-72.

²⁵ Cfr. South African Law Commission, *Report on Customary Marriages Project*, 1998.

²⁶ I.P. Maithufi, J.C. Bekker, *The recognition of the Customary Marriages Act of 1998 and its impact on the Family Law in South Africa*, in *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 2, 2002, 185. Il processo di *Constitution-making* del Sudafrica post-apartheid, in netta rottura con le ingiustizie del passato, vede il principio di uguaglianza – e con esso il riconoscimento delle molteplici e diverse identità etnico-culturali – assumere un ruolo di primo piano. La Costituzione del 1996 accoglie il principio di uguaglianza tra i valori fondanti la nuova Repubblica sudafricana, nonché tra i diritti fondamentali e irrevocabili elencati nel *Bill of Rights*. In particolare, l'art. 9 Cost. sancisce l'uguaglianza e vieta ogni discriminazione sulla base di «razza, genere, sesso, maternità, stato civile, origini etniche o sociali, colore, orientamento sessuale, età, disabilità, religione, coscienza, credo, cultura, lingua o nascita».

²⁷ La *customary law* trova per la prima volta definizione nel sistema giuridico sudafricano proprio del RCMA; l'art. 1 dello stesso *Act* la definisce come il complesso di «customs and usages traditionally observed among the indigenous African peoples of South Africa and which form part of the culture of those peoples».

²⁸ Il tessuto multiculturale della società sudafricana giustifica il dualismo che ha caratterizzato – e continua a caratterizzare – la disciplina del matrimonio e che vede da un lato il diritto di matrice occidentale, dall'altro la *customary law*. Fino all'entrata in vigore del *Recognition of Customary Marriage Act* del 1998, il matrimonio tradizionale – sia monogamico che poligamico – non aveva riconoscimento formale da parte dello Stato sudafricano e l'istituto del matrimonio trovava disciplina nel *Marriage Act 25* del 1961, il quale riconosceva solo il *Western Christian marriage*. Storicamente, il matrimonio tra persone di colore trovava disciplina nel *Black Administration Act 38* del 1927 (oggi parzialmente sostituito), mentre sono presenti discipline dell'istituto in questione nei Codici degli *Homelands*. Cft. T. Nhlapo, *The Customary Marriages Act: Background and Rationale*, in S. Bah, S. Rama, *Towards Improving the Registration of Marriages and Divorces in South Africa: Proceedings from a National Workshop*, Pretoria, 1999.

della celebrazione del *customary marriage*. L'*Act* in parola considera *customary marriages* i matrimoni «negotiated, celebrated or concluded according to any of the systems of indigenous African customary law which exist in South Africa»²⁹. Pietra miliare del cammino sudafricano verso il rafforzamento della tutela della posizione donna nel diritto e nella famiglia tradizionali, il RCMA intende «address the inherent inequality between spouses in customary marriages by bringing their personal and proprietary consequences into line with the Constitution»³⁰, fissando i requisiti per la validità del matrimonio tradizionale, regolamentandone la registrazione e la dissoluzione, unitamente alle conseguenze sul piano patrimoniale per i coniugi, al fine di assicurare la medesima tutela delle donne che contraggono matrimonio civile.

I requisiti necessari affinché il matrimonio tradizionale possa considerarsi valido sono indicati dal successivo art. 3: maggiore età degli sposi; il consenso degli stessi a contrarre matrimonio secondo il diritto tradizionale; negoziazione e celebrazione del matrimonio secondo la *customary law*. Nel caso di minore età, è richiesto il consenso di entrambi i genitori o del tutore legale, mentre per quel che concerne il divieto di matrimonio tra persone a causa di legami parentali, è la *customary law* a disciplinarlo³¹. I requisiti indicati dalla normativa non costituiscono, dunque, un *numerus clausus*, dal momento che il diritto di matrice tradizionale impone ulteriori «validity requirements», per individuare i quali il giudice è chiamato ad osservare «customary practices of the relevant community»³² e «to take notice (...) of indigenous law in so far as such law can be ascertained readily and with sufficient certainty»³³. I requisiti sono da intendersi obbligatori sia per il matrimonio tradizionale monogamico che per quello poligamico. L'art. 2 del testo legislativo in parola estende il riconoscimento al matrimonio tradizionale poligamico, sia preesistente che successivo all'entrata in vigore del RCMA, con la differenza che i *customary*

²⁹ L. Vincent, *Polygamy in the Recognition of Customary Marriages Act*, in *Gender and Legal Systems*, 82, 2009, 58.

³⁰ M. Mamashela, *New Families, New Property, New Laws: The Practical Effects of the Recognition of Customary Marriages Act*, in *South African Journal on Human Rights*, 4, 2004, 616-641. Lo scopo dell'*Act* in parola è infatti quello di «provide for the recognition of customary marriages; specify the requirements for a valid customary marriage; regulate the registration of customary marriages; provide for the equal status and capacity of spouses in customary marriages; regulate the proprietary consequences of customary marriages and the capacity of spouses of such marriages and regulate the dissolution of customary marriages». Cfr. *Recognition of Customary Marriages Act 120* del 1998, Preambolo.

³¹ «The prohibition of a customary marriage between persons on account of their relationship by blood or affinity is determined by customary law. (...) The Commission felt that relative capacity should continue to be determined by the cultural or religious nature of a marriage chosen by the parties. The spouses who choose to celebrate their union according to customary rites would be bound to observe customary rules prohibiting marriage between certain kinfolk». Cfr. South African Law Commission, *Report on Customary Marriages Project*, 1998, 82.

³² Art. 3(1)(b), *Recognition of Customary Marriages Act 120* del 1998.

³³ Art. 1(1), *Law of Evidence Amendment Act 45* del 1988.

marriages successivi allo stesso devono conformarsi alle disposizioni della normativa ai fini della loro validità.

Elemento tutt'altro che secondario nel matrimonio tradizionale è rappresentato dal regime e dalle conseguenze patrimoniali. Prima dell'entrata in vigore del RCMA la donna si trovava in una posizione di subordinazione rispetto al marito; l'art. 6 del testo legislativo pone la donna sul medesimo piano del marito, statuendo che «a wife in a customary marriage has, on the basis of equality with her husband and subject to the matrimonial property system governing the marriage, full status and capacity, including the capacity to acquire assets and to dispose of them, to enter into contracts and to litigate, in addition to any rights and powers that she might have at customary law». Nel caso in cui l'uomo – già legato ad una donna in un *customary marriage* – desideri contrarre ulteriore matrimonio deve rivolgersi al giudice per l'approvazione di un contratto scritto mediante il quale si regolerà il futuro regime patrimoniale dei matrimoni³⁴. Nulla dice il RCMA circa il consenso della prima moglie ad una o più unioni tradizionali.

Quanto alla dissoluzione del vincolo matrimoniale, prima dell'entrata in vigore del *Recognition of Customary Marriages Act* il *customary marriage* poteva essere sciolto «by reason of certain acts which could be interpreted as indicating unequivocal repudiation». Tali *acts* includevano, *inter alia*, l'adulterio, l'allontanamento, il matrattamento o l'accusa di stregoneria; nel caso di adulterio commesso dal marito, esso era causa di scioglimento del matrimonio solo se «he persisted in an adulterous relationship to the extent that he discarded his wife»³⁵. Il RCMA impone che lo scioglimento del *customary marriage* possa avvenire solo con atto del giudice, sulla base di una «irretrievable breakdown» nella relazione, proteggendo la moglie da un eventuale abbandono³⁶.

Tra gli adempimenti dei coniugi figura anche la registrazione, entro tre mesi da matrimonio, dell'unione tradizionale, al fine di evitare il sorgere di eventuali situazioni problematiche in futuro³⁷. Ciononostante, gli ostacoli alla registrazione del *customary marriage* permangono e sono principalmente di due ordini: *in primis*, la negazione della registrazione da parte del *Department of Home Affairs* in caso di opposizione del marito o mancata presentazione dello stesso alla registrazione; *in secundis*, il decesso del marito, sebbene sia consentita dalla legge la registrazione *post-mortem*. In caso di mancata registrazione, è possibile agire ricorrendo al giudice per provare la validità del matrimonio; diritto, quest'ultimo che si scontra con la scarsa possibilità, per la donna, di accedere alle corti. Effetto diretto della mancata registrazione del matrimonio è la perdita di ogni diritto sull'eredità del

³⁴ Art. 7(6), *Recognition of Customary Marriages Act 120* del 1998.

³⁵ I.P. Maithufi, J.C. Bekker, *The recognition of the Customary Marriages Act of 1998 and its impact on the Family Law in South Africa*, cit., 191.

³⁶ Art. 8, *Recognition of Customary Marriages Act 120* del 1998.

³⁷ Art. 4, *Recognition of Customary Marriages Act 120* del 1998.

marito, ponendo la donna in una posizione di svantaggio sul piano economico. Effetto, quest'ultimo, amplificato soprattutto nel matrimonio poligamico³⁸.

Nonostante l'attenzione del legislatore per l'uguaglianza di genere, il riconoscimento delle unioni poligamiche continua a costituire un aspetto piuttosto controverso, espressione di una società patriarcale. Persistono ostacoli al pieno raggiungimento dell'uguaglianza di genere: primo tra tutti la diffusa povertà che soffoca le possibilità promesse dalla Costituzione attraverso il riconoscimento diritti socio-economici. La povertà contribuisce inoltre ad amplificare gli effetti della diffusione dell'HIV/AIDS tra la popolazione femminile, per la quale la possibilità di accesso ai trattamenti sanitari è subordinata alla disponibilità economica del marito. A ciò si aggiunga il persistere di una diffusa violenza sia nella sfera privata che pubblica.

5. La giurisprudenza della Corte costituzionale sudafricana: la posizione della donna nel matrimonio poligamico tradizionale tra resistenza del diritto tradizionale e *Bill of Rights*

L'armonizzazione tra il diritto positivo e quello tradizionale consuetudinario conosce aree di particolare criticità con specifico riguardo al diritto di famiglia e alla posizione della donna. Degno di attenzione appare l'orientamento fatto proprio dalla Corte costituzionale della *Rainbow Nation* a proposito del riconoscimento degli effetti giuridici del matrimonio poligamico tradizionale e dei profili patrimoniali che investono la donna nell'ambito del diritto di famiglia in rapporto al difficile temperamento con il principio di uguaglianza, sancito nel Capitolo II (*Bill of rights*) della Costituzione sudafricana del 1996.

Fin dalle prime pronunce, la Corte costituzionale ha evidenziato la volontà di considerare la *customary law*³⁹ quale parte integrante del sistema giuridico, sebbene non siano poche le difficoltà legate alla definizione del suo contenuto, anche a motivo della natura multiforme della *customary law*: accanto al diritto tradizionale «practiced in the community», infatti, si collocano da un lato quello che ha le proprie basi «in statutes, case law or textbooks on indigenous law» e, dall'altro, l'«academic law that is used for teaching purposes»⁴⁰. Da qui, l'invito del *Law of Evidence Amendment Act* alle

³⁸ Cfr. L. Mwambene, H. Kruuse, *Form over function? The practical application of the Recognition of Customary Marriages Act 1998 in South Africa*, 2013, 303.

³⁹ «While in the past indigenous law was seen through the common law lens, it must now be seen as integral part of our law». Cfr. S.A. Constitutional Court, *Alexkor Ltd Another v. Richtersveld Community and Others*, 2004 (5) 460, § 51.

⁴⁰ Nella sentenza *Alexkor Ltd Another v. Richtersveld Community and Others*, 2004 (5) 460, § 53, il Giudice costituzionale rileva infatti che «in applying indigenous law, it is important to bear in mind that, unlike common law, indigenous law is not written. It is a system of law that was known to the community, practised and passed on from generation to generation. It is a

corti «to take notice (...) of indigenous law in so far as such law can be ascertained readily and with sufficient certainty»⁴¹ e a ricorrere all’ausilio di testimonianze rese da esperti in *customary law*.

Parte dei casi sottoposti all’attenzione della Corte costituzionale che coinvolgono il diritto tradizionale riguardano il diritto di famiglia e la tutela dei diritti della donna, alla luce del nuovo assetto costituzionale, al quale la *customary law* deve progressivamente conformarsi. Con specifico riguardo all’istituto del matrimonio poligamico, la Corte costituzionale ha svolto – e continua a svolgere – un ruolo di primo piano nel difficile bilanciamento tra diritto tradizionale e *Bill of Rights*, contribuendo a mantenere viva la *customary law* quale espressione dei valori e dei costumi della popolazione africana, e a svilupparla in armonia con la Costituzione.

5.1 *Gumede v. President of the Republic of South Africa*

Pietra miliare della giurisprudenza costituzionale relativa alla risoluzione di contrasti tra la Costituzione e la *customary law*, il caso *Gumede v President of the Republic of South Africa* affronta il tema delle conseguenze legali del *customary marriage*, prendendo in considerazione il matrimonio monogamico tradizionale e la sua armonizzazione con il diritto costituzionale, escludendo dalla stessa il matrimonio poligamico.

Mrs e *Mr* Gumede, domiciliati nel KwaZulu-Natal, hanno contratto matrimonio monogamico secondo la *customary law* nel 1968, dunque, prima dell’entrata in vigore del RCMA; secondo previsto da quest’ultimo, dunque, il matrimonio era interamente regolamentato dal diritto tradizionale, al di fuori del regime di comunione dei beni.

La Corte costituzionale è chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale delle artt. 7(1) e 7(2) del RCMA, dell’art. 20 del *KwaZulu Act* e dell’art. 20 del *Natal Code of Zulu Law*.

Muovendo dall’analisi del contenuto delle disposizioni impugnate, il giudice costituzionale riconosce che la diversa disciplina applicata ai *customary marriages* a seconda che siano stati conclusi prima o dopo l’entrata in vigore del *Recognition Act* è fonte di discriminazione e viola il principio di uguaglianza costituzionalmente sancito. Nel lasciare che sia la *customary law* a disciplinare i matrimoni antecedenti al novembre del 2000, infatti, la donna viene spogliata della propria dignità oltre che resa economicamente dipendente dal marito⁴². Il testo normativo del 1998, infatti, come ribadito dal Giudice, non si limita a dare formale riconoscimento al matrimonio, ma

system of law that has its own values and norms. Throughout its history it has evolved and developed to meet the changing needs of the community. And it will continue to evolve within the context of its values and norms consistently with the Constitution».

⁴¹ Cfr. *Law of Evidence Amendment Act 45* del 1988, art. 1(1).

⁴² «A rule of customary law that implies that women are not fit or competent to own and administrate property violated their right to dignity and equality». S.A. Constitutional Court, *Gumede v President of the Republic of South Africa*, 50/08 [2008] ZACC 23, § 35.

riconosce anche «equal dignity and capacity in the marriage enterprise»⁴³ ai coniugi, abolendo di fatto il “marital power” sulla moglie.

Sulla scorta di dette motivazioni, il giudice costituzionale dichiara le disposizioni impugnate non conformi al dettato costituzionale. Tuttavia, la dichiarazione di incostituzionalità dell’art. 7(1) è limitata al solo matrimonio monogamico, lasciando alla *customary law* la disciplina delle conseguenze patrimoniali dei matrimoni poligamici, «until parliament intervenes»⁴⁴.

La posizione della Corte costituzionale è supportata dall’*Amicus Curiae*, il quale richiama all’attenzione del Giudice anche il diritto internazionale e il diritto regionale africano in materia di diritti umani, sottolineando la vulnerabilità della donna nel matrimonio tradizionale, in special modo nella sua declinazione poligamica, sulla quale tuttavia, la Corte preferisce non intervenire in questa sede.

5.2 *Mayelane v. Ngwenyama*

Il *Recognition of Customary Marriages Act* annovera, come detto, il matrimonio tradizionale poligamico tra le forme matrimoniali formalmente riconosciute dal Sudafrica e rispetto alle quali fissa una serie di requisiti necessari ai fini della loro validità, lasciando al contempo alla *customary law* la possibilità di prevederne di ulteriori. Tale situazione ha dato luogo ad una serie di controversie che vedono il proprio fulcro nell’individuazione delle situazioni in cui applicare – e in quale misura – il diritto tradizionale.

Tra gli elementi problematici, nel matrimonio poligamico, vi è il consenso della prima moglie al marito che intenda contrarre un ulteriore *customary marriage*, sottoposto all’attenzione della Corte costituzionale nel caso *Mayelane v. Ngwenyama*. La controversia coinvolge due donne che hanno contratto matrimonio secondo *customary law*, con il medesimo uomo, rispettivamente nel 1984 e nel 2008. La prima moglie ritiene che il secondo matrimonio sia da considerare nullo in quanto difettoso del requisito del consenso, previsto dal diritto tradizionale Xitsonga. Ai fini della decisione e in osservanza del dettato costituzionale e del RCMA, la Corte ritiene che «in order to adjudicate Ms Mayelane’s claim we must determine the content of Xitsonga customary law regarding a first wife’s consent to her husband’s subsequent marriages»⁴⁵. Tale operazione richiede un approccio diverso da quello alla *common* o *legislative law*, dovendo prendere in considerazione l’insieme delle tradizioni e dei costumi della comunità, nella consapevolezza che la nozione di “consenso” non ha un significato universale e identico in tutte le fonti del diritto. A tal proposito, la Corte costituzionale ricorre alle testimonianze di «individuals in polygynous marriages under Xitsonga

⁴³ S.A. Constitutional Court, *Gumede v President of the Republic of South Africa*, 50/08 [2008] ZACC 23, § 32.

⁴⁴ S.A. Constitutional Court, *Gumede v President of the Republic of South Africa*, CCT 50/08 [2008] ZACC 23, § 56.

⁴⁵ S.A. Constitutional Court, *Mayelane v. Ngwenyama*, CCT 57/12 [2013] ZACC 14, § 43.

customary law», di «an advisor to traditional leaders»; di «various traditional leaders» e «expert testimony»⁴⁶, dalle quali emerge un quadro composito e disomogeneo, con costumi e tradizioni che differiscono tra loro da un villaggio all'altro. La *living customary law* deve comunque essere bilanciata con il principio di uguaglianza e la dignità della donna; principi che impongo, nell'opinione della Corte, di considerare vincolante il consenso della prima moglie ad ogni successivo matrimonio; in caso contrario, la prima moglie verrebbe a trovarsi nella condizione di essere «unable to protect her own position»⁴⁷. In osservanza di principi di uguaglianza e dignità umana – sanciti tanto dal *Bill of Rights* quanto dal RCMA –, il giudice costituzionale dichiara nullo il matrimonio contratto senza il consenso della prima moglie e ordina che la *Xitsonga customary law* venga sviluppata conformemente alla Costituzione, inserendo, in relazione al matrimonio poligamico, il consenso della prima moglie come requisito necessario ai fini della validità di ogni successivo *customary marriage*.

5.3 *Matodzi Ramuhovhi and Another v. The President of the Republic of South Africa*

Il caso in parola potrebbe essere considerato come una sorta di *sequel* della sentenza *Gumede*, nella quale l'*Amicus curiae* invitava la Corte costituzionale ad estendere l'invalidità dell'art. 7(1) RCMA anche nei confronti dei matrimoni poligamici contratti prima dell'entrata in vigore del *Recognition Act*. In quella occasione, tuttavia – come si è detto –, il giudice ha preferito rimettere al legislatore il compito di colmare la lacuna normativa e di eliminare le differenze nel regime patrimoniale tra matrimoni tradizionali monogamici e poligamici. Il mancato intervento del legislatore ha imposto al giudice costituzionale di tornare ad affrontare il tema.

Il caso in questione vede coinvolti i figli del defunto Masewa Joseph Netshituka, nati da matrimoni tradizionali. Il defunto aveva contratto tre matrimoni tradizionali (tutti antecedenti al RCMA), seguiti da due matrimoni civili; la disputa riguarda i diritti sull'eredità del *de cuius* dei figli e della moglie legata da vincolo civile. Secondo l'art.7(1) del RCMA, applicabile ai matrimoni poligamici, e la *Venda customary law*, le madri dei due *applicants* erano escluse dal diritto di proprietà sui beni del defunto. Nel riconfermare quanto già deciso nel caso *Gumede* circa l'estensione del regime di comunione dei beni anche ai *traditional monogamous marriages* precedenti l'entrata in vigore del RCMA, il giudice costituzionale sospende per ventiquattro mesi la dichiarazione di

⁴⁶ Ivi, § 54.

⁴⁷ La Corte costituzionale osserva, infatti, che «She cannot take an informed decision on her personal life, her sexual or reproductive health, or on the possibly adverse proprietary consequences of a subsequent customary marriage. Any notion of the first wife's equality with her husband would be completely undermined if he were able to introduce a new marriage partner to their domestic life without her consent». S.A. Constitutional Court, *Mayelane v. Ngwenyama*, cit., § 72.

incostituzionalità dell'art. 7(1) RCMA, lasciando spazio al Parlamento per intervenire opportunamente a disciplinare il regime patrimoniale nei matrimoni tradizionali poligamici precedenti al 2000. Durante il periodo di sospensione, a tutela della posizione della donna e a garantire che il marito e ciascuna moglie godano di uguali diritti, la Corte costituzionale impone che «wives and husbands will have joint and equal ownership and other rights to, and joint and equal rights of management and control over, marital property, and these rights shall be exercised as follows: in respect of all house property, by the husband and the wife of the house concerned, jointly and in the best interests of the family unit constituted by the house concerned; and (ii) in respect of all family property, by the husband and all the wives, jointly and in the best interests of the whole family constituted by the various houses»⁴⁸.

Facendo seguito alla pronuncia della Corte costituzionale, il legislatore è recentemente intervenuto a modificare l'art. 7(1) del RCMA: si elimina anche per i matrimoni poligamici precedenti l'entrata in vigore del *Recognition Act* il riferimento alla *customary law* in relazione alla disciplina delle «proprietary consequences», e si prevede che «the spouses in such a marriage have joint and equal— (i) ownership and other rights; and (ii) rights of management and control, over marital property. (b) The rights contemplated in paragraph (a) must be exercised— (i) in respect of all house property, by the husband and wife of the house concerned, jointly and in the best interests of the family unit constituted by the house concerned; and (ii) in respect of all family property, by the husband and all the wives, jointly and in the best interests of the whole family constituted by the various houses»⁴⁹.

Le modifiche apportate dal legislatore non intaccano le modalità con cui i *customary marriage* vengono conclusi o celebrati; i costumi, le tradizioni vengono preservati, in linea con lo spirito della Costituzione e della *Rainbow Nation*, in cui forte è il sentimento del «united in (...) diversity»⁵⁰. Ciononostante, l'emendamento costituisce un importante tassello – almeno sul piano formale – nel cammino sudafricano verso il riconoscimento di pari diritti e dignità alla donna, soprattutto in contesti dominati dalla *customary law*.

6. Riflessioni conclusive: aporie della sopravvivenza del diritto tradizionale nei limiti del suo “progressivo adattamento” al nuovo ordine costituzionale.

Il diritto informale e spontaneo sudafricano continua a mostrare vitalità nel *legal pluralism* di epoca post-coloniale, traendo forza dal formale riconosci-

⁴⁸ S.A. Constitutional Court, *Matodzi Ramuhovhi and Another v. The President of the Republic of South Africa*, CCT 194/16, §71.

⁴⁹ Cfr. *The Recognition of Customary Marriages Amendment Act 1* del 2021, *Government Gazette*, 1° giugno 2021.

⁵⁰ S.A. Constitutional Court, *Gumede v President of the Republic of South Africa*, CCT 50/08 [2008] ZACC 23, § 22.

mento al più alto livello normativo.

La tutela costituzionale dei diritti delle donne e il riconoscimento in sede Costituzionale delle istituzioni e del diritto tradizionale impongono un delicato e non agile bilanciamento volto a garantire, da un lato, l'uguaglianza, dall'altro la preservazione dei valori e delle tradizioni africane. Il tema si presenta pervasivo sul piano non solo dell'applicazione ma anche della sua interpretazione e sviluppo, e ha visto un decisivo apporto del giudice costituzionale⁵¹, che ha anticipato talvolta gli interventi del legislatore⁵².

Il *customary marriage* e la posizione della donna nel matrimonio poligamico rappresentano uno degli ambiti dove con più evidenza emergono attriti tra il diritto tradizionale e il *Bill of Rights* e, se per un verso, la giurisprudenza e gli interventi normativi hanno dimostrato di voler contribuire alla tutela dei costumi e delle tradizioni delle comunità africane, nei limiti del loro progressivo adattamento al nuovo ordine costituzionale, per altro verso si è costretti a misurarsi con una quasi consustanziale resistenza dei *traditional leaders* e della *customary law* all'armonizzazione con la Costituzione.

L'esempio lampante è dato – come si è visto – dal diritto di famiglia e dall'istituto del *customary marriage*, soprattutto nella sua declinazione poligamica, in relazione al quale i capi tradizionali, rappresentanti e difensori del diritto tradizionale, continuano ad enfatizzare la non uguaglianza tra uomo e donna all'interno della famiglia e della società africana. Tale acclarata differenza di genere si può cogliere, nell'istituto del matrimonio poligamico, attraverso il non necessario consenso (secondo il diritto tradizionale) della prima moglie a matrimoni successivi del marito, ovvero nella posizione di vulnerabilità in cui la donna viene a trovarsi in caso di divorzio qualora il matrimonio non sia stato registrato, situazione comune a un gran numero di *polygamous marriages*⁵³.

Si tratta di esempi non secondari che non possono che fungere da ulteriore riprova alle difficoltà di armonizzare *in toto* il *customary law* con la Costituzione ovvero fungere da volano per la creazione di una *new official customary law*, conforme al dettato costituzionale ma spogliata delle caratteristiche peculiari della «true living indigenous law»⁵⁴. Ad ogni buon

⁵¹ Si vedano, in particolare, le sentenze richiamate nel presente contributo: *Gumede v President of the Republic of South Africa*, CCT 50/08 [2008] ZACC 23, *Mayelane v. Ngwenyama*, CCT 57/12 [2013] ZACC 14; *Matodzi Ramuhovhi and Another v. The President of the Republic of South Africa*, CCT 194/16.

⁵² Si veda in tal senso il richiamato *The Recognition of Customary Marriages Amendment Act 1* del 2021.

⁵³ Department of Home Affairs, *Green Paper on marriages in South Africa*, 4 maggio 2021.

⁵⁴ Cfr. J.C. Bekker, G.J. Van Niekerk, *Gumede v President of the Republic of South Africa: harmonisation, or the creation of new marriage laws in South Africa?*, in *SA Public Law*, 1, 2009, 221 ss; G. Niekerk, *State Initiatives to Incorporate Non-State Laws into the Official Legal Order: a Denial of Legal Pluralism?*, in *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 3, 2001, 349-361.

conto, il cammino avviato dal nuovo assetto costituzionale sudafricano nella garanzia dei principi di uguaglianza e non discriminazione si prospetta lungo e tortuoso e, per certi versi, incerto.

Paola Costantini
Facoltà di Scienze Politiche
Università degli Studi di Teramo
Pcostantini2@unite.it