

Giustizia tribale e lasciti coloniali nei sistemi misti dell’Africa australe

di Matteo Nicolini

Abstract: *Traditional justice and colonial legacies in Southern African mixed jurisdictions* – The article examines how Western law and colonial policies shaped traditional justice in Africa, in general, and in Southern African mixed jurisdictions, in particular. Traditional justice, i.e. a legacy of the colonial traditions inherited by the European rule, aimed to transform indigenous African societies. The article focuses on how the participatory features of customary law have been able to resurface through the interstices of Roman-Dutch law and common-law procedure, thus turning them into a renovated Southern African legal tradition.

1045

Keywords: African Law; Traditional Justice; Judicial Proceedings; Colonial Policy; Southern African Law.

1. I tratti costitutivi della giustizia tribale: razionalità cartesiana e lasciti coloniali

Razionalità cartesiana e concezioni coloniali informano ancora lo studio della giustizia tribale africana; e ciò per la genesi, anch’essa occidentale, della giustizia tradizionale. Questa era parte della *colonial policy* europea, che piegava il *customary law* a esigenze di “social engineering” per la trasformazione delle società africane tradizionali¹: sono vere «invented traditions», mediante cui «a good deal of colonial encounter was expressed»².

La *razionalità cartesiana* è poi coerente con l’impianto eurocentrico dei *legal colonial studies*: riduce la realtà entro griglie classificatorie scientificamente controllabili; adotta paradigmi poggiati sul dualismo soggetto pensante-oggetto del pensiero; disarticola il *continuum* aristotelico tra metafisica e ontologia³. Si consacra così la superiorità della *Western legal tradition* e il punto di osservazione

¹ A. Allott, *Law in the New Africa*, in *Afr. Aff.*, 1967, 61.

² T. Ranger, *The Invention of Tradition in Colonial Africa*, in E. Hobsbawm, T. Ranger (eds.), *The Invention of Tradition*, Cambridge, 1983, 211, 212. Cfr. altresì Id., *The Invention of Tradition Revisited: The Case of Colonial Africa*, in T. Ranger, O. Vaughan (eds.), *Legitimacy and the State in Twentieth-Century Africa*, Bolingstoke, 1993, 62 ss.

³ Cfr. R. Wahl, *Cartesian Rationalism*, in *Colby Quart.*, 1991, 100 ss. Per le ricadute sistemologiche v. H. Collins, *The European Civil Code: The Way Forward*, Cambridge, 2008, 156, 178; M. Siems, *Comparative Law*, Cambridge, 2018², 125.

occidentale: pur esterno ai diritti africani, esso è valido per il nesso che instaura tra civiltà e *metodo giuridico razionale*.

La giustizia tribale riflette così il *legal frame* europeo⁴, lascito del rapporto di dominazione che l'Io (l'Occidente giuridico⁵) instaura con l'oggetto del proprio pensiero: l'Africa successiva alla Conferenza di Berlino (1884-1885) e alla creazione degli imperi formali che la assoggettarono al *trittico coloniale* (politica di potenza, egemonia commerciale, controllo geopolitico)⁶.

2. Prima della *iurisdictio* europea: i caratteri ctoni della giustizia tribale

Di giustizia tribale africana si può parlare anche prima del contatto con la *iurisdictio* europea⁷, anche se i caratteri ctoni sono a quella irriducibili. Ma di tali caratteri il *customary law*, pur strutturato secondo il *legal frame* occidentale, serba ancora memoria.

Nei sistemi tradizionali, il diritto aderisce alla società. In Africa australe le Corti non dialogano con il legislatore, ma con il gruppo sociale. In *Kanane v The State*, ad esempio, la *Court of Appeal* del Botswana rigetta la questione di costituzionalità del reato di sodomia non in base a principi costituzionali, ma perché la condotta sessuale è socialmente *riprovevole*. In altre parole, il diritto tradizionale è stabilito dalla *society of Botswana*⁸.

Ancora, la giustizia tribale non conosce il legame sovranità-*iurisdictio* né la figura del giurista⁹. Essa poggia su di un crittòtipo *communitarian*: entro un «wider customary normative framework»¹⁰ *forme diffuse* di soggetti-potere elaborano le norme e amministrano la giustizia. Lo conferma la s. 3(3)(c) del *Traditional Authorities Act 25 of 2000* della Namibia: «In the performance of its duties and functions ... a traditional authority may ... make customary laws». Non è una deroga al principio (occidentale) di separazione dei poteri, ma applicazione coerente del crittòtipo: nel processo decisionale la comunità esprime la «legal

⁴ Cfr. J.-L. Halpérin, *The Concept of Law: A Western Transplant?*, in *Theoretical Inquiries of Law*, 2009, 340.

⁵ M. Bussani, *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Torino, 2010, xii. Sui rapporti di dominazione v. J. Bohman, *Democracy across Borders. From Démos to Dèmoi*, Cambridge (MA)-London, 2007; S. E. Merry, *From Law and Colonialism to Law and Globalization*, in *Law & Social Inquiry*, 2003, 569 ss.

⁶ H.J. Sharkey, *African Colonial States*, in R. Reid, J. Parker (eds.), *The Oxford Handbook of Modern African History*, Oxford, 2013, 152 ss.; G.N. Sanderson, *The European partition of Africa: Coincidence or conjuncture?*, in *J. Imp. Commonwealth History*, 1974, 1 ss.; I. Griffiths, *The Scramble for Africa: Inherited Political Boundaries*, in *Geogr. J.*, 1986, 204 ss. Sul trittico coloniale v. M. Nicolini, *Política colonial y creación de una tradición jurídico-constitucional: el tríptico liberal en África subsahariana*, in *Rev. Gen. Der. Públ. Comp.*, 2017, 17 ss.

⁷ Cfr. G. Pavani, *Il potere giudiziario*, in L. Pegoraro, A. Rinella, *Sistemi costituzionali comparati*, Torino, 2017, 514.

⁸ [2003] 2 BLR 67. K.N. Bojosi, *An Opportunity Missed for Gay Rights in Botswana: Utjiwa Kanane v. The State*, in *South Afr. J. Hum. Rights*, 2004, 466 ss.; E.K. Quansah, *Same-Sex Relationships in Botswana: Current Perspectives and Future Prospects*, in *Afr. Hum. Rights L. J.*, 2004, 201 ss.

⁹ R. Sacco, *Il diritto africano*, Torino, 2006, 75 ss., 89 ss.

¹⁰ J. Ubink, *The Quest for Customary Law*, in J. Fenrich et al. (eds.), *The Future of Customary Law*, Cambridge, 2010, 75.

wisdom» del gruppo, convertendo i legislatori tradizionali in «poets and singers» della (e nella) società¹¹.

Siamo di fronte a comunità con linguaggio giuridico non verbalizzato. In *Regina v Jomo Kenyatta* (1954), il (futuro) primo Presidente del Kenya fu condannato alla reclusione perché ritenuto erroneamente *leader* della *Mau Mau Society*, eversiva dell'ordine coloniale¹². La condotta criminosa consisteva in un *curse*, utilizzato per vincolare l'uditorio. Le registrazioni fonografiche non furono ammesse come mezzi di prova: per ragioni temporali, l'*Indian Evidence Act 1872* applicabile al Kenya non le annoverava fra i *documents* producibili in giudizio. Certo, il mancato ricorso all'interpretazione evolutiva fa poi velo a ragioni politiche, legittimando la decisione di *non ascoltare* il «subversive potential ... expressed by the ... traditional performance of curse»¹³.

Si pone, infine, il problema della trasmissione della regola giuridica elaborata dal gruppo. A fronte di individui «invariably led ... to make inaccurate statements or subjective interpretations», andranno individuati i «reliable informants on the customary law»: sono i *native assessors*, cui ricorse anche il legislatore coloniale nel verbalizzare le regole non scritte del diritto africano¹⁴.

3. Cartografia coloniale e prospettive di mappatura della giustizia tribale africana

La *razionalità cartesiana* incontra così le *voci inascoltate* del continente africano. La tematica – affrontata dalla comparatistica quando invita a praticare un “diritto costituzionale altruista” nello studio del *Global South*¹⁵ – è coerente con la reazione dei sistemi non eurocentrici al *trend* omologante della globalizzazione. Ciò genera il diritto *sommerso* e *invisibile*, che regge le sorti del «terzo e più ampio cerchio concentrico ... composto da tutti coloro che sono già esclusi dal sistema globale»¹⁶.

Non meno rilevante è il *diritto muto*¹⁷: per modalità di produzione, il diritto africano è riguardato dal *Western legal frame* come «unexpressed»¹⁸. La *razionalità cartesiana* recide il legame tra società e diritto tradizionale, convertendo la prima

¹¹ L. Lanzoni, *The Trial of Jomo Kenyatta by Montagu Slater: Oral Tradition and Fundamental Rights*, in I. Ward (ed.), *Literature and Human Rights. The Law, the Language and the Limitation of the Human Right Discourse*, Berlin et al., 2015, 230. V. altresì P. Leman, *Singing the Law: Okot p'Bitek's Legal Imagination and the Poetics of Traditional Justice*, in *Research in African Literatures*, 2009, 109 ss.

¹² P. Leman, *African Oral Law and the Critique of Colonial Modernity in The Trial of Jomo Kenyatta*, in *Law & Lit.*, 2011, 26 ss.

¹³ L. Lanzoni, *The Trial*, cit. 231.

¹⁴ J. Ubink, *The Quest*, cit., 96. Sui *native assessors* v., ad es., la s 48 *Indian Evidence Act*, 1872; la s 8 *Swaziland High Court Proclamation*, 1938; la s 222 *Criminal Procedure Act of Northern Rhodesia*, 1939.

¹⁵ M. Carducci, *Por um Direito Constitucional Altruista*, Porto Alegre, 2003.

¹⁶ S. Ortino, *La struttura delle rivoluzioni economiche*, Bari, 2100, 406; A. Hoogvelt, *Globalization and the Postcolonial World. The New Political Economy of Development*, Baltimore (MD), 1997: l'umanità si divide in tre cerchi concentrici. Entro il terzo e più esterno se ne danno uno interno (le élites della globalizzazione) e uno intermedio (i lavoratori precari).

¹⁷ R. Sacco, *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, Bologna, 2015.

¹⁸ Cfr. J.-L. Halpérin, *The Concept of Law*, cit., 343.

in oggetto e il secondo in strumento di dominazione. Il continente africano diviene così area caratterizzata da “silenzio giuridico”, dove l'*horror vacui* è saturato dai nomoteti europei, disseminatori di una «world's new universal religion»: «Go ye into all the world, and preach the Gospel to every creature»¹⁹.

Muta, poi, la *prospettiva* di mappatura. La rappresentazione cartografica evidenzia la volontà coloniale di creare una *geopolitica occidentale* degli spazi giuridici: è un «particular cognitive mode of gaining control over the world, of synthesising cultural and geographical information», coerente con la razionalità cartesiana²⁰. La cartografia esalta la ricchezza della geografia umana occidentale, ma disegna carte coloniali «depopulated, often void of human traces, visually 'empty'»²¹. Di tale silenzio (geografico e giuridico) sono complici i giuristi: «the poor and the colonized had both been dispossessed by established Western cartography, and their cartographies [and] understanding of territory and boundaries [neglected]»²². Lo dimostra la decisione *Sobhuza II v Miller and Others* resa dal *Judicial Committee of the Privy Council*²³. Nonostante la protezione internazionale accordata all'*independent native state* dello Swaziland, – che assicurava, fra l'altro, il mantenimento del diritto tradizionale e gli *agricultural and grazing rights* dei *natives* –, i giudici estendono l'applicazione del diritto fondiario inglese *oltre la stessa giurisdizione territoriale dell'Impero*, con l'effetto di «extinguish any rights of use and occupation that were in the natives»²⁴.

La geopolitica coloniale è peraltro smentibile – si perdoni il gioco di parole – *per evidenti ragioni geopolitiche*, che generano *nuove voci inascoltate*. Durante la decolonizzazione, un articolo pubblicato nel 1967 sui *Cuadernos de Ruedo Ibérico* qualificava, a un anno dall'indipendenza (1968), la Guinea Equatoriale come *territorio del que se habla poco*²⁵. E si smentirà l'esistenza stessa di Sidi Ifni, enclave spagnola nel protettorato francese del Marocco. Scomparsa dalla geopolitica coloniale su pressione internazionale, essa divenne una *voce inascoltata* dagli organi della propaganda franchista prima della sua cessione al Marocco (1969)²⁶.

¹⁹ P.E. Corcoran, *The Limits of Democratic Theory*, in G. Duncan (ed.), *Democratic Theory and Practice*, Cambridge, 1983, 14. Sugli *universals* della globalizzazione v. H. Muir Watt, *Further terrains for subversive comparison: the field of global governance and the public/private divide*, in P.G. Monateri (ed.), *Methods of Comparative Law*, Cheltenham, 2012, 270 ss. Il passo del Vangelo è tratto da *Ma. 16:5*, in *Holy Bible: King James Version*, Cambridge, 2006.

²⁰ J. Black, *Maps*, cit., 18.

²¹ Cfr. A. Gordon, B. Klein, *Introduction*, in Id. (eds.), *Literature, Mapping, and the Politics of Space in Early Modern Britain*, Cambridge, 2001, 2.

²² J. Black, *Maps*, cit., 19.V. anche T.W. Bennett, *African Land – a History of Dispossession*, in R. Zimmermann, D. Visser (eds.), *Southern Cross: Civil Law and Common Law in South Africa*, Oxford, 1996, 65 ss.

²³ [1926] A.C. 518.

²⁴ [1926] A.C. 521.

²⁵ E. Sandinot, *Guinea Ecuatorial (española): un territorio del que se habla poco; intereses sobre los que se hablará*, in *Cuadernos de Ruedo Ibérico*, n. 13/14, 1967, 90 ss.

²⁶ A. Rodríguez *et al.*, *La guerra de Sidi Ifni-Sáhara: 1957-1958*, in *Estudios de ciencias sociales*, 1994, 65 ss.; G. Nerín, G. Abad, *Mito franquista y realidad de la colonización de la Guinea española*, in *Estudios de Asia y Africa*, 1997, 9 ss. Sulla propaganda franchista v. J.M. González Sáez, *Ifni en el NO-DO (1943-1969)*, in *Rev. Int. Historia Comunicación*, 2014, 62 ss.

4. **Voci, Ascolto, Silenzio: giustizia tribale, dominazione coloniale e popolazioni africane**

È confermata l’indispensabilità degli “studi coloniali” alla comparazione giuridica²⁷. Proiettati *oltre Finisterrae*, essi consentono di accertare come la *colonial policy* abbia generato una *geopolitica occidentale degli spazi giuridici africani*.

Dispiegata lungo gli assi cartesiani e svuotata della geografia umana, l’Africa vede riscritte dalle potenze europee le regole su cui poggiano l’organizzazione del pubblico potere e la giustizia tradizionale. La razionalità cartesiana è *device* per il governo degli spazi tradizionali, sulla “memoria” dei quali si innestano le infrastrutture giuridiche occidentali²⁸.

Lo conferma il tentativo, variamente praticato, di *silenziare* la giustizia tribale. In Africa australe il *customary law*, riconosciuto già nel 1885, sarà comunque assoggettato «to a requirement of compatibility with principles of ‘civilization’»: sono le *repugnancy clauses*, funzionali alla superiorità del diritto europeo²⁹. Solo il *Native Administration Act (No. 38 of 1927)* e l’*apartheid* (1948) iniziarono ad *ascoltare* il *customary law* con l’obiettivo di assicurare a ciascun gruppo razziale il proprio sistema giuridico. Pur praticando una politica assimilazionista, anche la Francia adottò consolidazioni di diritto tradizionale (*indigénat*), che peraltro stabilivano un *regime di eccezione* dove le *voci inascoltate* si esprimevano in un «unspoken and roughly sketched domain of ‘non-law’»³⁰.

Ma è nei possedimenti inglesi a *indirect rule*³¹ che si perfezionò l’inquadramento *cartesiano* (quindi, eurocentrico e coloniale) del diritto tradizionale: «Flexibility and adaptability made customary laws useful instruments for preserving administrative control and strengthening recognized African authorities under the indirect rule system»³². Sono, nuovamente, *invented traditions* che educano alla dogmatica del costituzionalismo liberale, consentono di *non ascoltare* il diritto tradizionale, ne conservano la produzione nelle mani dell’Occidente nella forma del *restatement*³³, compilazioni di diritto tradizionale spesso redatte nelle università della madrepatria³⁴.

²⁷ J.-F. Schaub, *A categoria “estudos coloniais” é indispensável?* In *Locus. Revista de História*, 2014, 17 ss.

²⁸ M. Bussani, *Il diritto*, cit., 54, 66.

²⁹ Cfr., per il Sudafrica, s 11 *Black Administration Act*, 1927; *Law of Evidence Act*, 1988; Per lo Zimbabwe s 2(1) *African Law and Tribal Courts Act* modificato da *Customary Law and Primary Courts Act* 1981. Cfr. S. Peart, *Section 11(1) of the Black Administration Act No. 38 of 1927: The Application of the Repugnancy Clause*, in *Acta Juridica*, 1982, 99 ss.; N. Himonga, C. Bosch, *The Application of African Customary Law under the Constitution of South Africa: Problems Solved of Just Beginning?*, in *South Afr. L. J.*, 2000, 308.

³⁰ G. Mann, *What was the ‘Indigénat’? The ‘Empire of Law’ in French West Africa*, in *J. Afr. History*, 2009, 336.

³¹ La *direct rule* fu elaborata da F.D. Lugard, *The Dual Mandate in British Tropical Africa*, Edinburgh, 1922, 192-213. V. anche K. Mann, R. Roberts, *Law in Colonial Africa*, Portsmouth (NH)-London, 1991, 20.

³² B. Ibhawoh, *Imperial Justice: Africans in Empire’s Court*, Oxford, 2013, 54.

³³ M.W. Prinsloo, *Restatement of Indigenous Law*, in *Comp. Int’l L. J. Southern Africa*, 1987, 411.

³⁴ W. Twining, *The Restatement of African Customary Law: A Comment*, in *J. Mod. Afr. Studies*, 1963, 221-222; J. Vanderlinden, *La participation des facultés et institutions de recherche européennes au développement juridique africain*, in *J. Afr. L.*, 1971, 13 ss.

Si situa qui il maggior contributo coloniale alla creazione della giustizia tribale: la partecipazione delle comunità africane alla funzione normativa e giurisdizionale si colloca in una «tradition of [colonial] governance» che offre la possibilità di «make use of European neo-tradition» e, dunque, di utilizzare strumenti di politica coloniale per la *creazione* di autonome tradizioni giuridiche africane che rimarranno vigenti anche dopo la decolonizzazione³⁵. Con le parole dell'*Under Secretary of State for Colonies*: «nothing can be more undermining of native traditions, society, and organisation than the substitution of European for native legal forms»³⁶.

Il *customary law* ufficiale si allineò al diritto occidentale ignorando il diritto sommerso. Non a caso, il *Judicial Committee of the Privy Council* inquadrò cartesianamente *customary laws* e *courts*³⁷; e la riserva di giurisdizione delle corti tradizionali è su problematiche non cartesiane perché irrazionali: oltre a «ownership and possession of land» essa riguarda «customary marriage, fetishism, witchcraft ... issues that the British courts could not adjudicate or would have adjudicated with an English Common Law bias»³⁸. Inoltre, le corti avrebbero potuto applicare il *customary law* solo se la controversia presentava carattere «tradizionale»³⁹.

E, spesso, si *silenziarono* completamente diritto e giustizia tribale: è il caso dei matrimoni tradizionali, *invisibili* perché giuridicamente irrilevanti per lo Stato sudafricano fino al 1988⁴⁰; o destinati allo scioglimento ove i coniugi avessero optato per la novazione del rapporto in base a *Cristian* o *civil rites*. Di più: è anche possibile contrarre matrimonio *occidentale* con persona diversa da quella con cui si ha un rapporto di coniugio di diritto tribale. In tale ipotesi il «customary marriage falls away and is superseded by the civil rites marriage with all its consequences»; la voce (e le pretese patrimoniali) del coniugio tradizionale saranno completamente *silenziate*⁴¹.

³⁵ T. Ranger, *The Invention*, cit., 220, 237.

³⁶ W.G.A. Ormsby-Gore, *Report by the Hon. W. G. A. Ormsby-Gore on his visit to West Africa*, in *Geogr. J.*, 1927, 509.

³⁷ Cfr. *Eshugbayi Eleko v Officer Administering the Government of Nigeria* [1931] AC 662, 8: «it is the assent of the native community that gives a custom its validity and therefore, barbarous or mild, it must be shown to be recognised by the native community whose conduct it is supposed to regulate».

³⁸ B. Ibhawoh, *Imperial Justice: Africans in Empire's Court*, Oxford, 2013, 54.

³⁹ «It was held ... that 'modern' transactions such as mortgage agreements or even the charging of interest on a loan were transactions 'unknown to native law'»: B. Ibhawoh, *Imperial Justice*, cit. 55 ss.

⁴⁰ L'irrilevanza dei matrimoni tradizionali (*customary unions*) era sancita dalla s 22(6) *Black Administration Act 1927* poi abrogata nel 1988. Un pieno riconoscimento si ebbe solo con il *Recognition of Customary Marriages Act 120 of 1998*.

⁴¹ Così, in Swaziland, *John Bhembe v Phindile Bhembe (23/2013)* [2014] SZSC 23 (30 May 2014). In Lesotho, v. *Zola v Zola 1971 – 73 LLR 286 (HC)*; *Khaka and Another v Pelesa and Others 2000 – 2004 (LAC) 986*; *Sandile Xavier Francis Dlamini v Bhekirwe Dlamini (born Hlophe)*, Appeal Case No. 35/2009.

5. Il sistema processuale di *common law*: voce dei sistemi giuridici dell'Africa australe

Il Lesotho ci conduce in Africa australe, area geo-giuridica che godeva in epoca coloniale di un'autonoma geopolitica degli spazi giuridici gravitante attorno alla Colonia inglese del Capo⁴². Rispetto all'Africa tropicale e malgascia⁴³, quella australe risente in misura maggiore della razionalità cartesiana, per il carattere misto del formante-sostrato⁴⁴.

Nello studio della giustizia tribale, il fenomeno della *mixed jurisdiction* rileva sia per il diritto sostanziale, sia per quello processuale⁴⁵. Si dà qui una peculiare interazione tra sistema processuale e tecniche di giudizio di *common law*, innestate su di un sostrato di *civil law*. E tale interazione, lungi dall'affievolire la tradizione romanistica, ha costituito il principale *device* per ascoltarne la voce: ironicamente, è la *doctrine of judicial precedent* ad aver irrigidito le soluzioni tratte dal sostrato romanistico, rendendole vincolanti per tutti i giudici.

E, forse, proprio l'interazione tra diritto processuale di *common law* e sostrato d'area ha consentito alla giustizia tribale di recuperare quei caratteri ctoni, irriducibili al diritto occidentale, e di riemergere, risalendoli, i sistemi giuridico-costituzionali dell'area. Se è vero che le costituzioni d'area assumono il diritto misto della Colonia del Capo come *law of the land*⁴⁶, è altrettanto vero che le stesse rinviano variamente al *customary law*. Lo confermano, oltre alla s 211 Cost. sudafricana, la s 145 Cost. Lesotho, dove ancora oggi il diritto tradizionale è amministrato da *khotla* (*Chief's court*) e *pitsos* (*general council of the people*)⁴⁷. In Botswana, il *Common Law and Customary Laws Act*, 1969 ha integrato la giurisdizione tribale in quella ordinaria al fine di «preserve as much of the traditional customary laws principles as possible, whilst extending the perceived benefits of the received laws»⁴⁸. Ne esce un sistema fortemente disarticolato, nel quale tende a sbiadire lo stesso riparto tra giurisdizioni.

In Sudafrica si è poi conservata la s 20(2) del *Black Administration Act*, norma sul processo tribale adottata in periodo coloniale. Si tratta di un prezzo che l'ordinamento costituzionale democratico e post-coloniale pare ben disposto a

⁴² Cfr. M. Nicolini, *L'altra Law of the Land. La famiglia giuridica 'mista' dell'Africa australe*, Bologna, 2016, 43-44.

⁴³ Su tali aree v. M. Nicolini, *Disengaging Africa from the colonial syndrome: per una sistemologia oltre Finisterrae*, in questa *Rivista*, 2018, 489 ss.

⁴⁴ G.C. Van der Merwe et al., J, *Republic of South Africa*, in V. V. Palmer (ed.), *Mixed Jurisdictions Worldwide. The Third Legal Family*, Cambridge, 2012², 104 ss. Più complesso è il Lesotho: la codificazione (avvenuta nel secolo XIX) del diritto tradizionale nelle *Laws of Lerotholi* rafforzò la componente ctonia affiancandola a quella europea. Cfr. L. Juma, *The Laws of Lerotholi: Role and Status of Codified Rules of Custom in the Kingdom of Lesotho*, in *Pace Int'l L. Rev.*, 2011, 92 ss.

⁴⁵ Cfr. H.J. Erasmus, *The Interaction of Substantive Law and Procedure*, in R. Zimmermann, D. Visser (eds.), *Southern Cross: Civil Law and Common Law in South Africa*, Oxford, 1996, 146 ss.

⁴⁶ G. van Niekerk, *Constitutional Protection of Common Law: the Endurance of the Civilian Tradition in Southern Africa*, in *Fundamina*, 2012, 122.

⁴⁷ L. Juma, *Putting Old Wine in New Wine Skins. The Customary Code of Lerotholi and Justice Administration in Lesotho*, in J. Fenrich et al. (eds.), *The Future*, cit., 137.

⁴⁸ C.M. Fombad, *The Botswana Legal System*, Durban, 2013, 113. Analoga situazione si dà in Swaziland: R. Whelpton, *The Indigenous Swazi Law of Court Procedure: A Restatement*, in *J. S. Afr. L.*, 2005, 348 ss.

sostenere. In primo luogo, la disposizione processuale è costruita “a maglie larghe”, stabilendo infatti che «The procedure at any trial ... shall ... be in accordance with Black law and custom». Ciò permette di recuperare, negli interstizi della procedura, la voce corale dell'amministrazione della giustizia tradizionale. In secondo luogo, il carattere inclusivo della procedura – che estende alla comunità la partecipazione nel processo⁴⁹– e la presenza di strutture tradizionali su tutto il territorio consentono di raggiungere (e *ascoltare*) le voci anche «in remote parts of South Africa where there would be otherwise be no readily and economically accessible forums by which to obtain justice»⁵⁰. In terzo luogo, la disposizione, redatta per riflettere la separazione tra le razze, è paradossalmente “fedele” alla geografia umana del Sudafrica tradizionale, avendo il *Black Administration Act* conservato la centralità dei *traditional chiefs*, «effectively made ... both legislators and adjudicators»⁵¹.

Non va dimenticato che, mediante gli istituti processuali di *common law* si esprime anche la *voce* del *living customary law*, ormai affrancato dalle codificazioni di diritto tradizionale ufficiale. A ciò contribuiscono giurisprudenza e norme di conflitto, che trovano applicazione ove la fattispecie portata alla cognizione del giudice presenti elementi di contratto tra più diritti tradizionali, con conseguente necessità di applicare, appunto, il *living customary law*⁵².

1052

6. *Ascolto e partecipazione: il contributo (africano) all'elaborazione della giustizia tribale (coloniale)*

Vi sono altri canali di risalita del diritto e della giustizia tribali nei sistemi dell'Africa australe. Per un verso, la *common law tradition* pratica la *reflective judiciary*, che recupera parzialmente l'immedesimazione tra società e giudice-legislatore⁵³. Per altro verso, la giustizia tribale implica la rilettura della razionalità cartesiana alla luce del più poderoso degli elementi autoctoni, l'*ubuntu*⁵⁴. Richiamato dalla Costituzione provvisoria del 1993, esso non è enunciato nella Costituzione del 1996. Ciò nonostante, è stato definito dal formante giurisprudenziale nell'attività di *infusion* dei valori-principi costituzionali nel sistema giuridico sudafricano. Un tono costituzionale s'irradia così sugli istituti di diritto privato e processuale. Il diritto tradizionale è a tal punto penetrato nella

⁴⁹ C. Himonga, T. Nhlapo (eds.) *African Customary Law in South Africa. Post-Apartheid and Living Law Perspectives*, Cape Town, 2014, 253; S.S.B.C. Soyapi, *Regulating traditional justice in South Africa: A comparative analysis of selected aspects of the traditional courts bill*, in *Potchefstroomse Elektronies Regsblad*, 2014, 1441 ss.

⁵⁰ C. Himonga, T. Nhlapo (eds.) *African Customary Law*, cit., 254.

⁵¹ *Ivi*, 254.

⁵² Le *conflict of rules* fanno emergere il *living customary law* in *Nxumalo v Ndlovu* [consolidated] (43/10) [2011] SZSC 7 (31 May 2011). Cfr. A.J.G.M. Sanders, *Conflicts of laws. The internal conflict of laws in Swaziland*, in *Comp. Int. L. J. South. Africa*, 1986, 112 ss.

⁵³ S. Lawrence, *Reflections: On Judicial Diversity and Judicial Independence*, in A. Dodek, L. Sossin (eds.), *Judicial independence in context*, Toronto, 2010, 193 ss.

⁵⁴ C. Himonga, C. Bosch, *The Application of African Customary Law under the Constitution of South Africa: Problems Solved of Just Beginning?*, in *South Afr. L. J.*, 2000, 311 ss.; M. A. Himonga et al., *Reflections on judicial views of ubuntu*, in *Potchefstroomse Elektronies Regsblad*, 2013, 369 ss.

Costituzione da immettere la propria *public policy* nel *Roman-Dutch law*⁵⁵, *addolcendo* la portata di numerosi istituti, rigidamente informati alle nozioni di «freedom and sanctity of contract ... rooted in the political and economic philosophies of laissez-faire liberalism and individualism»⁵⁶.

L'*ubuntu* introduce così il concetto africano di fraternità: «Key values entailed by ... ubuntu are, inter alia, 'restorative justice', 'reconciliation', and 'humaneness'»⁵⁷. Nella risalita del diritto tradizionale, si evidenziano nuove connessioni tra la sua dimensione *communitarian* e le pratiche (occidentali) di *restorative justice*⁵⁸.

Ciò introduce un ulteriore profilo della giustizia tribale: è quello della partecipazione della comunità all'elaborazione del diritto e all'amministrazione della giustizia. Da una parte, il legislatore tradizionale adotta uno *self-stating customary law*: nulla a che fare con il *restatement* coloniale, posto che il diritto è applicato dalla stessa comunità che lo elabora⁵⁹. Dall'altra, il giudice-legislatore manifesta un evidente «participatory spirit»⁶⁰, che replica il crittòtipo sotteso alla visione comunitaria e inclusiva della società africana. Anche a livello processuale, la partecipazione al processo genera veri *dispute resolution forums* mediante i quali «take into account the concerns of the widest possible segment of the population»⁶¹.

Sono processi partecipativi analoghi a quelli di «seeking the people's views»⁶², nei quali la volontà popolare è saggiata nelle forme della democrazia diretta, semi-diretta o partecipativa – e sui quali si è costruita la nozione di

⁵⁵ P.J. Sutherland, *Ensuring Contractual Fairness in Consumer Contracts After Barkhuizen v Napier 2007 5 SA 323 (CC) – Part I*, in Stellenbosch L. R., 2009, 395 ss.

⁵⁶ D. Hutchinson, C.-J. Pretorius (eds.), *The Law of Contract in South Africa*, Cape Town, 2012, 23; D. Bhana, M. Pieterse, *Towards a reconciliation of contract law and constitutional Values: Brisley and Afox revisited*, in South Afr. L. J., 2005, 866 ss.; D. Bhana, A. Meerkotter, *The Impact of the Constitution on the Common Law on Contract: Botha v Rich NO*, in African L.J., 2015, 494 ss.

⁵⁷ D.W. Jordaan, *The Open Society: What Does It Really Mean*, in De Jure, 2017, 402.

⁵⁸ O.O. Elechi et al., *Restoring Justice (Ubuntu): An African Perspective*, in Int. Criminal Justice Review, 2010, 73 ss.; D.J. Louw, *The African concept of ubuntu and Restorative Justice*, in D. Sullivan, L. Tiffit (eds.), *Handbook of Restorative Justice. A Global Perspective*. London-New York, 2006, 161 ss.

⁵⁹ M.O. Hinz, *Traditional Authorities: Custodians of Customary Law Development?*, in J. Fenrich et al. (eds.), *The Future*, cit., 155.

⁶⁰ Sul quale v. M. Nicolini, M. Trettel, *Societal Engagement, Democratic Transition, and Constitutional Implementation in Malawi*, in T. Abbiate et al. (eds.), *Public Participation in African Constitutionalism*, Abington and New York, 2018, 243 ss.; J. M. Hatchard et al., *Comparative Constitutionalism and Good Governance in the Commonwealth: An Eastern and Southern African Perspective*, Cambridge, 2010, 22.

⁶¹ J. M. Hatchard et al., *Comparative Constitutionalism*, cit., 34. V. altresì S. Willam Pitso, *Traditional Meetings in a Modern Setting*, in Can. J. Afr. St., 1978, 167 ss.; C. S. van der Waal, *Formal and informal dispute resolution in the Limpopo Province, South Africa*, in *Anthropology Southern Africa*, 2004, 113: «Benefits that are mentioned include the fact that the customary courts are more open ('like democracy') because all adults can participate in them, they are public and they keep traditions alive. A lawyer is not needed since the system is not professionally driven and the fines are not high. The emphasis is on social outcomes rather than on individualising outcomes».

⁶² J. M. Hatchard et al., *Comparative Constitutionalism*, cit., 29.

autonome tradizioni costituzionali africane⁶³. Non si nega l'influenza delle *colonial policies* nella creazione delle autonome tradizioni giuridico-costituzionali africane – e l'aggettivo composto ribadisce il contributo della comparazione nel diritto pubblico alla sistemologia. Ma il *postcolonial discourse* ha saputo incorporare principi, valori, concetti del diritto tradizionale secondo narrazioni à l'*européene*, ma che promuovono lo sviluppo dell'esperienza giuridica comunitaria africana lungo direttrici autonome rispetto a quelle eurocentriche e coloniali. Un vero mutamento del centro d'irradiazione (non più solo l'Europa come centro di elaborazione di tradizioni giuridiche) e di prospettiva (da "coloniale" a "non eurocentrica"), che da esterno è ora interno alle stesse narrazioni africane.

L'Africa australe diviene luogo d'incontro tra razionalità cartesiana e corallità della produzione normativa e centro d'irradiazione di tradizioni giuridiche, nel quale due soggetti del pensiero (l'Occidente giuridico e l'Africa stessa) partecipano alla costruzione della giustizia tribale *ascoltando* le voci e tradizioni un tempo silenziate. E ciò – se si vuole – consente di formulare una proposta metodologica per lo studio del *Global South*: la comparazione oltre *Finisterrae* non può più poggiare sui soli *legal devices* esportati dalle potenze coloniali europee, ma deve muovere dagli stessi spazi giuridici non eurocentrici e dalla loro geografia umana che, oltre *Finisterrae*, torna a riempire di voci il vuoto e il silenzio giuridico che popolavano le vecchie (e ormai dismesse) mappe coloniali.

⁶³ M. Nicolini, *Disengaging...*, cit., 511.