

Recognising traditional marriages: pluralismo ordinamentale, diritto e giustizia nell’Africa coloniale

di Enrico Andreoli

Abstract: Customary Law and Legal Pluralism in African Colonial Systems – The article attempts to examine the possible relationship between legal pluralism and the search of justice, placing as a key to understanding the discipline of matrimonial institution in the countries of colonial Africa. First of all, analyzing the extent of legal pluralism in these countries, we will move on to analyzing the double matrimonial discipline brought about by customary law, on the one hand, and imported law, on the other, and then arrive at the recognition of how legal pluralism can be an aggregating factor of the legal systems analyzed.

1055

Keywords: African Law; Colonial Policy; Legal Pluralism; Customary Law; Family Law.

1. Centralismo e pluralismo giuridici: il punto di osservazione dell’Africa coloniale

Il concetto di *legal centralism* muove dalla considerazione per la quale il diritto è unicamente quello prodotto dallo Stato, in maniera uniforme per tutti i consociati e prevalente su tutti i possibili centri d’irradiazione giuridica differenti rispetto all’apparato statale¹.

Secondo questa impostazione, il diritto vigente origina un ordine gerarchico esclusivo, sistematico e unitario; per utilizzare una visione *top-down*, esso è dipendente dall’esistenza di un potere sovrano dotato di potere coercitivo²; in ottica *bottom-up*, invece, vede derivare la propria validità deriva dall’esistenza delle norme giuridiche, che a loro volta ripetono validità da una *Grundnorm*³.

L’impostazione – ben nota – meriterebbe un approfondimento sistematico che non è tuttavia possibile in questa sede. Basti qui ricordare che essa ha sofferto, in concreto, il confronto con quella che può essere indicata la *legal reality* degli ordinamenti giuridici⁴.

¹ Cfr. J. Griffiths, *What Is Legal Pluralism?*, in *Journal Of Legal Pluralism*, 24, 1986, 2.

² Si vedano, per tale impostazione, i classici giuridici come J. Bodin, *De la République*, 1576; T. Hobbes, *Leviathan*, 1651; J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, 1832. Nella dottrina contemporanea, cfr. A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, Roma-Bari, 2014.

³ Su tutti, si veda la teorizzazione fornita da H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, 1949. Si può vedere, altresì, H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, 1961.

⁴ Cfr., fra i molti, R.W. Gordon, *Unfreezing Legal Reality: Critical Approaches to Law*, in *Florida State University Law Review*, 15, 2, 1987, 195 ss.; R.K. Sherwin, *The Narrative Construction of Legal Reality*, in *Journal of the Association of Legal Writing Directors*, 6, 1, 2009, 88 ss.

La stretta identificazione ravvisata tra *diritto* e *sistema giuridico*, infatti, appare un'approssimazione a tratti eccessivamente semplicistica, che sembra ormai cedere il passo, invece, all'analisi di un ordinamento come «an unsystematic collage of inconsistent and overlapping parts»⁵.

Risulta allora centrale l'emersione del concetto di pluralismo giuridico⁶, vale a dire la ricognizione dei diversi *legal orders* che si trovano a coesistere entro un unico spazio socio-politico, «based on different sources of ultimate validity and maintained by forms of organization other than the state»⁷.

In molte società, invero, è possibile assistere a una grande complessità di concezioni istituzionali-giuridiche. Queste ultime – spesso limitate anche a particolari singoli istituti⁸ – costituiscono forme *legittime* di esercizio del potere sociale, economico e politico; forniscono regole disciplinanti la validità delle azioni in un dato ambito; stabiliscono procedure per risolvere conflitti e controversie.

Analizzato nell'ottica della *juristic view*⁹, tale frammentazione del quadro giuridico risulta essere connaturato ai concetti di *dualism/pluralism*: con riferimento particolare alle società coloniali del continente africano, questi ultimi stanno a indicare l'esistenza di un rapporto di dominazione e di un assetto di relazioni asimmetriche tra la minoranza bianca e la maggioranza indigena.

In questo senso¹⁰, il pluralismo giuridico ha anche una natura parallela o duplicatoria¹¹: la stessa fattispecie può trovare la propria regolamentazione in più di un sistema di regole precettive¹². Tra queste fattispecie, negli ordinamenti africani, assume particolare rilievo il matrimonio, disciplinato secondo varie forme alternative in relazione al diverso sistema giuridico di riferimento – in particolar modo, civile/cristiana, da un lato, e consuetudinaria, dall'altro.

Nella coesistenza di una forma di matrimonio culturalmente comune alle popolazioni indigene – quella consuetudinaria – e di una forma, invece, propria del sistema giuridico importato – quella civile/cristiana –, si ha allora un esempio di

⁵ Così J. Griffiths, *What Is Legal Pluralism?*, cit., 4. V., altresì, R. Guastini, *Problemi di teoria del diritto*, Bologna, 1980.

⁶ M.B. Hooker, *Legal Pluralism – An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws*, Oxford, 1975; J. Gilissen, *Introduction à l'étude comparée du pluralisme juridique*, in J. Gilissen (eds.), *Le Pluralisme Juridique*, Brussels, 1971, 7-17; L. Pospisil, *The Anthropology of Law: A Comparative Theory of Law*, New York (NY), 1971; S.F. Moore, *Social Facts and Fabrications: Customary Law on Kilimanjaro, 1880-1980*, Cambridge (MA), 1986. Altresì, cfr. C. Rautenbach, J.C. Bekker, N.M.I. Goolam, *Introduction to Legal Pluralism in South Africa*, Durban, 2010.

⁷ F. von Benda-Beckmann, *Who's Afraid Of Legal Pluralism?*, in *Journal Of Legal Pluralism*, 47, 2002, 37.

⁸ Cfr. *infra*, par. 2.

⁹ Questa coesistenza di più sistemi giuridici in un dato territorio si distingue dal *legal pluralism* proprio della *social science view*, dove il riferimento non va tanto al conflitto giuridico, quanto a quello sociale: cfr., in dottrina, J. Griffiths, *What Is Legal Pluralism?*, cit., 5; S.E. Merry, *Legal Pluralism*, in *Law & Society Review*, 22, 5, 1988, 871.

¹⁰ Per una descrizione del *legal pluralism* secondo categorie socio-culturali, v., ad esempio, v. P. van der Berghe, *Pluralism*, in J. Honigmann (eds.), *Handbook of Social and Cultural Anthropology*, Chicago (IL), 959 ss.

¹¹ V. F. von Benda-Beckmann, *Who's Afraid Of Legal Pluralism?*, cit., 60.

¹² Il concetto di 'duplicazione' è stato oggetto di un serrato dibattito in dottrina: si vedano, soprattutto, le teorie contrapposte, da un lato, di J. Vanderlinden, *Le pluralisme juridique: essai de synthèse*, in J. Gilissen (eds.), *Le pluralisme juridique*, Brussels, 1971, 19 ss. e, dall'altro, di J. Griffiths, *What Is Legal Pluralism?*, cit., 1 ss.

concreta manifestazione del *legal dualism*¹³.

Nel caso degli ordinamenti africani, tale *legal dualism* ha origine nel colonialismo, in particolare nell'esportazione, da parte degli Stati europei, del proprio sistema giuridico. Se è vero che, per tale via, non vi sono state eccezioni alla *imposizione* degli istituti pubblicistici, è altresì vero che, in ambito privatistico, il diritto consuetudinario africano ha avuto modo di sopravvivere quale sistema giuridico distinto, benché coordinato nella *governance* coloniale degli spazi africani¹⁴.

Il dualismo giuridico africano, inoltre, è stato rafforzato dalla struttura gerarchica degli organi giurisdizionali delle colonie¹⁵. Questa era, infatti, organizzata secondo uno schema ternario: da un lato, essa prevedeva una prima struttura atta a dirimere le controversie sorte tra bianchi, mediante l'applicazione del diritto *importato*; dall'altro, una seconda riguardante esclusivamente la risoluzione delle controversie interpersonali sorte tra africani, in conformità al diritto tradizionale; una via terza, infine, composta prevalentemente da funzionari bianchi e operante come una sorta di ibridazione tra Corti *europee* e Corti *tribali*.

Se questo dualismo giuridico appare rigidamente predeterminato quanto ai destinatari delle regole precettive, va tuttavia sottolineato come i diversi sistemi giuridici non sono stati concepiti per essere esclusivi, lasciando alle popolazioni indigene, in linea di principio, la libertà di scelta quanto alla regolamentazione dei propri rapporti in conformità al diritto importato oppure al *customary law*¹⁶.

Certo, il dualismo giuridico coloniale veniva concepito come strumento *flessibile*; tuttavia, l'interazione tra i diversi sistemi esistenti appariva scarsamente regolamentata e, soprattutto, debolmente *interiorizzata* dalle popolazioni indigene.

Le problematiche concernenti le relazioni tra sistemi si notano in particolare, come già detto, con riferimento al matrimonio, istituto giuridico in grado di concretizzare quei conflitti interpersonali che la teoria del *legal dualism/pluralism* concepisce come astratti: «If two Africans, for instance, were to marry according to customary law and then if one were, later, to become a Christian or Muslim, could he or she contract a second marriage and, if so, with what effect? What, moreover, of double marriages; that is, a marriage by customary law followed by one according to civil/Christian (or even Islamic) rites? ... Another common type of problem was the extent to which the form of marriage would determine the legal capacities, rights and duties of the spouses. Would a civil/Christian marriage, for example, have any effect on the legal system applicable to intestate succession? Would it affect the proprietary rights of the spouses and rights to

¹³ T.W. Bennett, N.S. Peart, *The Dualism of Marriage Laws in Africa*, in *Acta Juridica*, 1983, 145 ss.

¹⁴ A.N. Allott, *New Essays in African Law*, in *Butterworth African Law Series*, 13, London, 1960; P. Lampué, *Les Conflits de Lois Interrégionaux et Interpersonnels dans le Système Française*, in *Revue Critique de Droit International Privé*, 43, 1945, 249 ss.

¹⁵ *Ex multis*, R.E. Robinson, *The Administration of African Customary Law*, in *Journal of African Administration*, 1, 1949, 158 ss.

¹⁶ La libertà di scelta, va osservato, risultava però relativa, in quanto alle popolazioni indigene l'abbandono del *customary law* – *rectius*, la soggezione al diritto occidentale – non veniva permesso in via assoluta: in dottrina, A.N. Allott, *Essays in African Law*, cit., 193-196. Va precisato, inoltre, come tale libertà operasse in senso bidirezionale, ma sono stati rari i casi nei quali la popolazione bianca intese 'aderire' a una sottoposizione al *customary law* in vece del diritto 'importato': si veda ad esempio, con riferimento al caso nigeriano, *Savage v Macfoy* (1909), Renner, 504-9.

guardianship of children on divorce?»¹⁷.

Con la tendenziale mancanza di un preciso orientamento normativo in merito, la soluzione di queste problematiche è stata principalmente demandata all'attività interpretativa giurisprudenziale¹⁸.

La coesistenza dei diversi sistemi giuridici e la difficile risoluzione delle problematiche indicate, va detto, è risultata poi ostacolata anche dall'atteggiamento etnocentrico¹⁹ nei confronti del *customary law*.

Infatti, se è vero che i Paesi coloniali davano pieno riconoscimento e garantivano l'applicazione del diritto consuetudinario, è altrettanto vero che il diritto occidentale veniva pur sempre identificato quale sistema giuridico prevalente, in grado di garantire e preservare l'ordinato svolgimento del vivere socio-economico²⁰. Il diritto consuetudinario poteva essere applicato solamente in tanto in quanto non confliggente con il primo e, in particolare, con le idee di giustizia, moralità ed equità veicolate in Africa dalla *Western Legal Tradition*²¹.

Il dualismo giuridico proprio degli ordinamenti coloniali africani si è così trovato fin da subito a scontare la contrapposizione con l'idea di sviluppo sociale *alla occidentale*. E il diritto di famiglia, che ha ad oggetto le relazioni personali primarie, è risultato il settore giuridico in grado di ben mostrare detti conflitti: «A change ... would have far-reaching consequences for society in general»²².

2. *Legal Dualism* e istituto matrimoniale: differenti impostazioni negli ordinamenti africani

L'approccio degli ordinamenti africani all'istituto del matrimonio costituisce, dunque, una rappresentazione concreta dei vari gradi (teorici) di interazione tra sistemi giuridici: con altre parole, della portata effettiva del *legal pluralism*²³.

Secondo un'attenta ricostruzione²⁴, possono in ciò essere identificati due estremi, che vanno dalla scelta originaria per il mantenimento di un rigido dualismo giuridico fino al suo stravolgimento *positivo* mediante una pressoché totale abolizione di qualsivoglia riconoscimento alla disciplina matrimoniale dettata dal *customary law*. Si pensi, rispettivamente, al caso dell'ordinamento

¹⁷ T.W. Bennett, N.S. Peart, *The Dualism of Marriage Laws in Africa*, cit., 146.

¹⁸ Si possono leggere ad esempio, fra le molte inerenti all'istituzione matrimoniale nell'Africa coloniale, Ghana Privy Council, *Coleman v Shang* (1961) AC 481 (PC); Basutoland Court of Civil Appeal, *Khatala v Khatala* (1964), HCTLR 97.

¹⁹ V. F. von Benda-Beckmann, *Who's Afraid Of Legal Pluralism?*, cit., 53-55; R. David, C. Jauffret Spinosi, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, ed. italiana a cura di R. Sacco, Padova, 2004, 476 ss.; P.G. Monateri, *Geopolitica del diritto. Genesi, governo e dissoluzione dei corpi politici*, Roma-Bari, 2014, 25 ss. e 156 ss.; P.G. Monateri, A. Somma, *Il modello di civil law*, Torino, 2016, 223 ss.; M. Nicolini, *La giustizia costituzionale in Africa australe. L'eredità europea, il diritto tradizionale, il global judicial dialogue*, Bologna, 2015, 24-25; A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, Roma-Bari, 2014, 14.

²⁰ T.W. Bennett, N.S. Peart, *The Dualism of Marriage Laws in Africa*, cit., 146.

²¹ C.H.J. Berman, *Law and Revolution, the Formation of Western Legal Tradition*, Cambridge (MA), 1983; J. Ojwang, *Legal Transplantation: Rethinking the Role and Significance of Western Law in Africa*, in *Legal Pluralism: Proceedings of the Canberra Law Workshop*, Peter Sack & Elizabeth Minchin eds., Canberra, 1986, 11 ss.; D. Kennedy, *Political ideology and comparative law*, in M. Bussani, U. Mattei (eds.), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge (MA), 2012, 47 ss.

²² T.W. Bennett, N.S. Peart, *The Dualism of Marriage Laws in Africa*, cit., 148.

²³ Cfr. *supra*, nota 6.

²⁴ T.W. Bennett, N.S. Peart, *The Dualism of Marriage Laws in Africa*, cit., 149 ss.

sudafricano e a quello, invece, della Costa d’Avorio.

Nel mezzo, si situano tutti gli ordinamenti che hanno adottato quelle che paiono situazioni di compromesso, ossia tendenti all’integrazione delle diverse discipline – importata e tradizionale – in un sistema praticabile e accettabile dalla maggioranza dei consociati: sono, questi, i casi di Madagascar, Ghana, dei Paesi dell’Africa orientale, nonché di quelli dell’Africa australe – Lesotho, Botswana, Swaziland e Zimbabwe.

Nel caso ivoriano, come detto, il diritto consuetudinario risultò sostanzialmente abolito in favore di una disciplina civilistica, prevalentemente imitativa del sistema giuridico francese²⁵.

Ma è il caso del Sudafrica, all’opposto, quello che meglio esemplifica l’esistenza di un pluralismo giuridico ordinamentale. Il dualismo di epoca coloniale, invero, ha rappresentato quella che può essere definita una *strong-form of legal dualism*, prendendo a prestito la terminologia di una nota dicotomia²⁶: in sostanza, l’esistenza di due tipi di disciplina matrimoniale – civile/cristiana, da un lato, e consuetudinaria, dall’altro²⁷ – in grado di creare un pluralismo formale molto accentuato e una *law in action* a tratti *separatista*.

Se il modo in cui l’ordinamento articola il dualismo risultava essere assai rigido, va notato che, in Sudafrica, una *customary union* risultava di fatto dichiaratamente *subordinata* alla *legal union* del matrimonio civile/cristiano: «a civil/Christian marriage, if entered into during the subsistence of a customary marriage, will suffice to terminate automatically the obligations incurred by the prior union. Conversely, a customary marriage entered into during a civil/Christian marriage will have no effect other than, potentially, to ground an action for damages for adultery»²⁸.

Tale subordinazione del diritto tradizionale, invece, si dimostra in forma attenuata in quelli che – proseguendo nell’utilizzo della terminologia usata precedentemente – possono qualificarsi come ordinamenti connotati da una sorta di *weak-form of legal dualism*.

Con riferimento particolare ai restanti Paesi dell’Africa australe – limitrofi e ampiamente debitori dell’evoluzione storica, sociale e giuridica sudafricana – va sottolineato come anche qui il dualismo giuridico conflittuale si mostri chiaramente, ma in misura molto meno netta rispetto alla scelta operata in Sudafrica.

Se il dato positivo non ha preso posizione quanto ai metodi deflattivi del

²⁵ I riferimenti sono la Law No 64-375, relativa al matrimonio, nonché la Law No 64-376, relativa al divorzio. L’ordinamento ivoriano, con queste riforme, ha intrapreso la strada della sostituzione, quale unità di base della società, della famiglia allargata con la famiglia nucleare. Il mantenimento del *customary law*, secondo la prospettiva adottata, risulterebbe infatti troppo legato al tribalismo e, soprattutto, di ostacolo al progresso socio-economico.

²⁶ Il riferimento improprio va alla terminologia utilizzata – in differente contesto – da M. Tushnet, *Alternative Forms of Judicial Review*, in *Michigan Law Review*, 2003, 2781 ss.

²⁷ J.C. Bekker, J.J.J. Coertze, *Seymour’s Customary Law in Southern Africa*, Cape Town, 1982, 249 ss.

²⁸ T.W. Bennett, N.S. Peart, *The Dualism of Marriage Laws in Africa*, cit., 150. Altresì, si veda H.R. Hahlo, *The South African Law of Husband and Wife*, Cape Town, 1965, 383 ss. Si precisa che tale disciplina, sancita dalla Section 22(6) del Black Administration Act del 1927, è stata poi abrogata attraverso l’emanazione del *Recognition of Customary Law Act* 120 del 1988: sul punto, M. Nicolini, *Giustizia tribale e lasciti coloniali nei sistemi misti dell’Africa australe*, in questa *Rivista*, ...

possibile conflitto tra diversi sistemi legali²⁹, la risoluzione delle possibili controversie è qui stata prevalentemente demandata all'attività interpretativa giurisprudenziale. Metodo attraverso il quale, va detto, non si è mai pervenuti a riconoscere una posizione aprioristicamente subordinata del *customary marriage*³⁰.

In Lesotho, nel caso di matrimonio civile/cristiano le forme e le conseguenze di queste ultime sono state regolate dal *Marriage Act*, No 10 del 1974; nel caso di matrimonio consuetudinario, esse hanno trovato invece disciplina nelle regole proprie del diritto consuetudinario.

Nel caso di Botswana, Swaziland e Zimbabwe³¹, questi risultarono sistemi adottanti un'impostazione molto simile a quella dell'ordinamento lesothiano, tendenti cioè al riconoscimento quanto più paritario possibile della dicotomia matrimonio civile/cristiano-matrimonio consuetudinario.

Dall'estremo sudafricano a quello ivoriano, transitando per le diverse sfaccettature degli ordinamenti intermedi, la problematica che emerge dai sistemi plurali africani è quella dell'efficacia giuridica³².

Attraverso l'emersione del *legal dualism*, ciò che viene in rilievo è la possibilità che l'applicazione di regole diverse possa meglio adattare le soluzioni prospettate alle necessità del caso concreto. Al tempo stesso, tuttavia, lo svantaggio è rappresentato dall'incertezza e dalla difficoltà nel controllare l'evoluzione giuridica ordinamentale.

Per rendere la convivenza tra diversi sistemi di diritto coerente con l'esistenza di un ordinamento unitario, le soluzioni adottate sono state differenti. Esse, in ogni caso, coinvolgono sempre – in senso aprioristicamente escludente o, all'opposto, mediante un tentativo di sintesi interpretativa – la regolamentazione dei conflitti giuridici interpersonali.

Considerazione, questa, che deve in ogni caso tener conto del fatto che, negli ordinamenti pluralistici africani coloniali, il conflitto giuridico tra sistemi indigeni e sistemi importati è risultata fortemente filtrata dal punto di vista del diritto occidentale.

L'interpretazione del *customary law*, infatti, viene fornita da accademici, amministratori e giudici spesso di estrazione europea³³. Soggetti in grado, quindi, di trasformare *etnocentricamente*³⁴ le categorie legali consuetudinarie di volta in volta maneggiate, talvolta conducendo alla creazione di un «institutionalised

²⁹ V.V. Palmer, S.M. Poulter, *The Legal System of Lesotho*, Charlottesville (VA), 1972, 127 ss.

³⁰ Si veda, ad esempio, per il Sudafrica, *Masupha v Masupha*, HC CIV/A/14/1976, secondo la quale un matrimonio civile/cristiano non può automaticamente sostituirsi ad un matrimonio consuetudinario. Ancora, per il Lesotho, *Mokhothu v Manyapelo*, CA/CIV/1976, per cui, qualora un coniuge di un matrimonio civile/cristiano pervenga a contrarre un secondo matrimonio – questa volta di tipo consuetudinario –, ad essere annullata dovrà ritenersi l'unione precedente.

³¹ Le cui discipline risultano: per il Botswana, dal *Matrimonial Causes Act*, No 1, 1973 e dal *Customary Law (Application and Ascertainment) Act* No 51, 1969. Per lo Swaziland, dal *Marriage Act* No 47, 1964, la cui *Section 25* stabilisce che: «The consequences flowing from the marriage shall be governed by the law and custom applicable to them unless prior to the solemnization of the marriage the parties agree that the consequences following from the marriage shall be governed by the common law». Per lo Zimbabwe, dal *Marriage Act* [Chapter 5:11], 81/1964.

³² S.B. Burman, *Use and Abuse of the "Modern" versus "Traditional" Law Dichotomy in South Africa*, in *Verfassung und Recht in Übersee*, 1979, 127 ss.

³³ F. von Benda-Beckmann, *Who's Afraid Of Legal Pluralism?*, cit., 64.

³⁴ Cfr. *supra*, nota 19.

bodies of lawyers’ customary law»³⁵, differente rispetto a quello della tradizione popolare.

3. Il *Customary Law Marriage* tra (presunta) *reluctant tolerance* e (concreta) primazia ordinamentale

Un’ulteriore e forse più complicata questione riguarda la portata del pluralismo giuridico: ci si può chiedere, infatti, se essa possa dilatarsi sino all’accettazione, nel medesimo ordinamento, di differenti interpretazioni ricavabili dalla stessa regola o dallo stesso istituto giuridico.

Si consideri, a tale riguardo, l’evoluzione della disciplina del matrimonio nell’ordinamento del Lesotho, dove, come già accennato³⁶, si sviluppò un dualismo giuridico tra l’istituto civile/cristiano e quello consuetudinario.

Ciò ha causato non poche problematiche circa la coesistenza delle differenti discipline, dimostrata dall’esempio portato dalle ravvicinate e contrastanti interpretazioni giurisprudenziali pronunciate, a distanza di pochi mesi, nei casi *Theko v Theko*³⁷ e *Makata v Makata*³⁸.

Nel primo, viene enunciato come un uomo sposato con rito di *customary law* possa validamente sposarsi successivamente anche con rito civile/cristiano. Nel secondo, la Corte ha statuito che un uomo sposato con rito consuetudinario risultava sposato nel rispetto delle leggi del Lesotho: di conseguenza, ciò rappresentava un impedimento giuridico per contrarre un successivo matrimonio civile/cristiano.

In ottica di *legal dualism/pluralism*, nel contrasto giurisprudenziale indicato la questione principale attorno alla quale ruota la coesistenza tra le diverse concezioni dell’istituto matrimoniale è soprattutto quella resa esplicita dal contrasto tra la concezione poligamica del *customary law* e quella monogamica, invece, del rito civile/cristiano³⁹.

La prima delle due concezioni è riscontrabile nella già richiamata decisione *Theko v Theko*, dove il *reasoning* del *Chief Justice* è giunto a stabilire che un uomo già sposato con una pluralità di donne secondo riti tradizionali ben potrebbe validamente unirsi a una diversa donna mediante un rito civile/cristiano, mantenendo concretamente piena validità tutte le unioni – sia quelle consuetudinarie precedenti, sia quella civile/cristiana successiva.

Va osservato sin da ora, tuttavia, come questa interpretazione, nei sistemi giuridici dell’Africa coloniale, rappresenti un arresto isolato.

Nel *leading case Nkambula v Linda*⁴⁰, infatti, un uomo sposatosi con rito civile/cristiano è stato considerato colpevole di abbandono delle diverse mogli a lui sposate attraverso precedenti unioni consuetudinarie. In tal modo, come evidente, la *coesistenza personale* delle due tipologie di matrimonio è stata da subito posta su un piano di incompatibilità giuridica.

³⁵ G.R. Woodman, *How State Courts Create Customary Law in Ghana and Nigeria*, in B.W. Morse, G.R. Woodman (eds.), *Indigenous Law and the State*, Dordrecht, 1987, 181 ss.

³⁶ Cfr. *supra*, par. 2.

³⁷ *High Court of Lesotho*, CIV/T/249/1982.

³⁸ *Court of Appeal of Lesotho*, C of A (CIV), 8, 1982.

³⁹ Per una ricostruzione della possibile incidenza e validità dei matrimoni poligami su di un sistema giuridico occidentale, si legga l’attenta analisi fornita da W.E. Beckett, *The Recognition of Polygamous Marriages under English Law*, in *The Law Quarterly Review*, 48, 1932, 341 ss.

⁴⁰ *Supreme Court of South Africa*, 1951 1 SA 377 (AD).

La domanda cui occorre dare preliminarmente risposta muove dalla considerazione che viene data dall'ordinamento giuridico al *customary marriage*. In altri termini, occorre valutare se quest'ultimo venga o meno considerato come un matrimonio giuridicamente vincolante⁴¹, in grado di esplicitare appieno il *legal dualism* degli ordinamenti coloniali africani.

Con riferimento al Lesotho, il *Marriage Act* del 1974⁴² riconosce chiaramente il matrimonio consuetudinario come matrimonio giuridicamente valido. Di conseguenza, posto che le Corti sono vincolate alla norma positiva, esse non potrebbero risolvere il potenziale conflitto tra diverse discipline se non attestandosi al principio per il quale una persona già sposata – a prescindere dal rito – non può contrarre nuovamente matrimonio, fintanto che la prima unione risulta valida⁴³.

In questa prospettiva, si può notare il contrasto con l'originaria interpretazione data al conflitto tra discipline matrimoniali nell'ordinamento sudafricano, ben sintetizzato nell'affermazione secondo cui «the monogamous marriage of Roman-Dutch Law, which came to South Africa with the Dutch settlers, is the only form of marriage recognised by our law»⁴⁴.

Le decisioni inizialmente richiamate, invece, ci permettono di vedere come il Lesotho sia apparso in grado di meglio coniugare e risolvere le problematiche del *legal dualism* in materia matrimoniale. In particolare, con riferimento al riconoscimento dei diversi matrimoni come istituti giuridici posti su di un piano paritetico.

Nell'indicato caso *Theko v Theko* la Corte ha considerato il matrimonio civile/cristiano come successivo, ma giuridicamente prevalente. Anche il successivo caso *Makata v Makata* si è occupato della questione del matrimonio civile/cristiano come matrimonio intervenuto successivamente: in questo caso, tuttavia, giungendo alla conclusione che il (precedente) *customary marriage* risultava giuridicamente vincolante. Di conseguenza, la vigenza di tale unione rappresentava un impedimento al successivo matrimonio civile/cristiano.

Sembra ora doveroso rilevare come l'attività interpretativa sin qui richiamata sia giunta a conclusioni che, in base all'analisi dell'evoluzione storico-giuridica dell'ordinamento lesothiano⁴⁵, appaiono forse come effetti *impliciti*.

Se è vero che in Lesotho il *customary marriage* africano è sempre stato trattato alla stregua di una “reluctant tolerance” da parte dei colonizzatori⁴⁶, è altrettanto vero che il *British High Commissioner* dovette sin dal principio dare una qualche forma di riconoscimento ai preesistenti matrimoni africani consuetudinari. Quando la Corona inglese assunse il controllo nell'amministrazione del Lesotho, essa procedette allora ad accettare il *Sesotho customary marriage* quale matrimonio

⁴¹ W.C.M. Maqutu, *Lesotho's African Marriage is not a "Customary Union"*, in *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 16, 3, 1983, 376.

⁴² Cfr. *supra*, par. 2.

⁴³ «No person may marry who has previously been married to any other person still living unless such previous marriage has been dissolved or annulled by the sentence of a competent court»: così la *Section 9, Marriage Act No 10 1974*.

⁴⁴ H.R. Hahlo, *The South African Law of Husband and Wife*, cit., 37.

⁴⁵ Sembra opportuno evidenziare, ad ogni buon conto, come l'evoluzione del *Customary Law*, in Lesotho, abbia (eccezionalmente) seguito le tracce di una certa qual codificazione nel secolo XIX per il tramite delle *Laws of Lerotholi*, una sorta di *raccolta normativa* del diritto consuetudinario. In dottrina, v. L. Juma, *The Laws of Lerotholi: Role and Status of Codified Rules of Custom in the Kingdom of Lesotho*, in *Pace International Law Review*, 2011, 92 ss.

⁴⁶ H.J. Simons, *The Status of Customary Unions*, in *Acta Juridica*, 1961, 17 ss.

giuridicamente vincolante le unioni nella società africana coloniale.

Di conseguenza, per quanto *tollerato*, fu il matrimonio consuetudinario quello che venne riconosciuto come prevalente, riducendosi in tal modo il matrimonio civile/cristiano a ulteriore forma di coniugio validamente contraibile⁴⁷.

Questo sembra dimostrare come la coesistenza tra usanze indigene e *received law* possa portare taluni esempi di *legal dualism* in cui il diritto occidentale non riveste necessariamente – come sovente considerato – la posizione di primazia.

4. Il pluralismo giuridico quale mezzo per la giustizia

Quanto detto ci conduce a un ulteriore sviluppo dell'indagine inerente il *legal pluralism*: valutare se un ordinamento che racchiude in sé stesso una pluralità di sistemi giuridici possa garantire la ricerca (*rectius*, l'effettività) della giustizia⁴⁸.

In questa prospettiva, è indubbio che, con l'avvento dei colonizzatori europei, gli ordinamenti indigeni si sono trovati ad affrontare dei mutamenti radicali del contesto locale, ivi compreso il sovvertimento delle regole di diritto primigenie. Il *customary law*, in altri termini, si è dovuto scontrare con il nuovo ordine creato dagli Stati coloniali.

Per questi ordinamenti, uno dei maggiori fattori di sviluppo giuridico è stato certamente l'avvento dello Stato moderno e, in particolar modo, della legge statale⁴⁹, pur dovendosi avvertire che l'avvento dello Stato coloniale non coincide con la nascita del diritto negli ordinamenti africani. La colonizzazione europea, infatti, ha semplicemente portato nuovi elementi di conflitto nel mondo giuridico preesistente⁵⁰.

Il sistema giuridico occidentale *importato*, secondo la prospettiva sin qui adottata, ha però causato una sorta di “claims of legitimacy”⁵¹ da parte di diverse tipologie di diritto all'interno di un medesimo ordinamento statale.

Non essendo possibile eliminare il pluralismo giuridico, nei Paesi coloniali africani ha trovato la propria fonte nella necessità di armonizzare questi diversi piani di creazione giuridica, attraverso l'incorporazione del diritto consuetudinario nel diritto di derivazione statale.

In tal modo, il diritto vigente è risultato costituito di molteplici *corpi* normativi⁵², con il riconoscimento di una pluralità di fonti di legittimità: l'istituto matrimoniale, per quanto visto in precedenza, ne costituisce un vivido esempio.

In questa prospettiva, una delle principali obiezioni mosse al *legal pluralism* è stata quella di non poter garantire la giustizia all'interno di un dato ordinamento, posto che, per definizione, il pluralismo implica che possano venir applicate a persone diverse delle leggi diverse in situazioni analoghe. In senso contrario,

⁴⁷ W.C.M. Maqutu, *Lesotho's African Marriage is not a "Customary Union"*, cit., 380.

⁴⁸ S.E. Merry, *Legal Pluralism*, in *Law and Society Review*, 22, 1988, 869 ss.; G.R. Woodman, *Legal Pluralism and the Search for Justice*, in *Journal of African Law*, 40, 2, 152 ss.; H.F. Morris, J.S. Read, *Indirect Rule and the Search for Justice: Essays in East African Legal History*, Oxford, 1972.

⁴⁹ Cfr. *supra*, note 2 e 3 e, più in generale, par. 1.

⁵⁰ J.P.B. Josselin de Jong, *Customary Law: A Confusing Fiction*, in A.D. Renteln, A. Dundes, *Folk Law: Essays in the Theory and Practice of lex non scripta*, Amsterdam, 1948, 111; B.Z. Tamanaha, *The Folly of the 'Social Scientific' Concept of Legal Pluralism*, in *Journal of Law & Society*, 20, 1993, 192 ss.

⁵¹ G.R. Woodman, *Legal Pluralism and the Search for Justice*, cit., 157.

⁵² J. Vanderlinden, *Return to Legal Pluralism: Twenty Years Later*, in *Journal of Legal Pluralism*, 28, 1989, 149 ss.; J. Griffiths, *What Is Legal Pluralism?*, cit., 1 ss.

tuttavia, va osservato come, anche nel caso degli ordinamenti pluralistici, ciascun *corpo* normativo distingue tra diverse categorie di persone, al fine di determinare quali disposizioni debbano essere applicate.

Un'osservazione più rilevante, invece, riguarda quella secondo cui il *customary law* ha sofferto la differenza tra la sua applicazione da parte degli organi statali, da un lato, e la sua osservanza sociale effettiva, dall'altro: una contrapposizione, in sostanza, tra “lawyers’ customary law” e “popular customary law”⁵³.

Questa dicotomia ha portato a interrogarsi sull’opportunità di rafforzare lo Stato di diritto a tal punto da condurre all’estinzione del diritto consuetudinario, in quanto esorbitante dal tentativo monopolizzante statale di garantire l’uguaglianza dei consociati e di meglio controllare le regole giuridiche generalmente applicabili.

Del resto, è pur vero che la natura talmente flessibile e in grado di adattarsi alle particolari circostanze del caso concreto sembra porre il *customary law* in senso per certi versi estraneo rispetto alla *rule of law*⁵⁴. Garantire l’uguaglianza giuridica, in quest’ottica, implicherebbe allora l’abolizione – o, comunque, la rivisitazione – del *legal pluralism*.

Una possibile soluzione è stata ravvisata, ad esempio, nell’adozione di un diritto codificato unitario, in grado di riassumere nel testo positivo tanto la legge statale, quanto la parte di diritto consuetudinario che si ritenga di voler incorporare in esso⁵⁵.

Una soluzione siffatta, però, non appare essere garanzia di maggiore uguaglianza giuridica ordinamentale. Una politica statale di abolizione del diritto consuetudinario potrebbe, al contrario, condurre al possibile aumento del divario tra *State law* e condotta sociale, quest’ultima pur sempre legata all’applicazione delle regole della tradizione.

L’effetto dell’abolizione del pluralismo giuridico ordinamentale, in sostanza, potrebbe portare a risultati opposti rispetto a quelli desiderati, ossia l’aumento della creazione di diversi centri di produzione giuridica *di fatto* e una conseguente erosione del controllo della produzione normativa da parte dello Stato.

La ricerca della giustizia negli ordinamenti pluralistici, allora, sembrerebbe necessariamente passare attraverso il mantenimento di quei *corpi* normativi cui si è fatto riferimento in precedenza. Invero, solamente attraverso il pieno riconoscimento del diritto consuetudinario da parte del diritto statale⁵⁶ – e, dunque, attraverso il mantenimento strutturale del pluralismo giuridico – parrebbe potersi garantire a pieno titolo quell’egalitarismo giuridico-sociale tanto ricercato nei sistemi legali del continente africano.

⁵³ G.R. Woodman, *Legal Pluralism and the Search for Justice*, cit., 159, nonché, dello stesso Autore, *Some Realism about Customary Law-The West African Experience*, in *Wisconsin Law Review*, 1969, 128 ss. Si parla, in proposito, anche di c.d. “living customary law”: sul punto, A.J.G.M. Sanders, *Conflicts of Laws. The Internal Conflict of Laws in Swaziland*, in *Comparative and International Law Journal of South Africa*, 1986, 112 ss.

⁵⁴ Vi sono numerose evidenze, in tal senso, relative all’enfasi data dal diritto consuetudinario alla risoluzione dei conflitti attraverso procedimenti conciliativi e non attraverso la rigida e predeterminata applicazione delle procedure normativamente previste. In dottrina, *ex multis*, J.F. Holleman, *An Anthropological Approach to Bantu Law (with special reference to Shona Law)*, in *Rhodes-Livingstone Journal*, 10, 1949, 51 ss.

⁵⁵ È il caso, questo, tentato nell’ordinamento malgascio: v. T.W. Bennett, N.S. Peart, *The Dualism of Marriage Laws in Africa*, cit., 152.

⁵⁶ Come avvenuto, ad esempio, nell’ordinamento lesothiano: cfr. *supra*, par. 2.