

DIMENSIONE COSTITUZIONALE
DELLE FORZE ARMATE
E TRANSIZIONI POSTCOLONIALI
IN UN MONDO CHE CAMBIA

GIORNATE XV E XVI DI DIRITTO E STORIA COSTITUZIONALE
«ATELIER 4 LUGLIO – G.G. FLORIDIA»

A cura di

ROMANO ORRÙ, FRANCESCO BONINI, ANDREA GATTI

EDITORIALE SCIENTIFICA
NAPOLI

Proprietà letteraria riservata

© Copyright 2024 Editoriale Scientifica s.r.l.
via San Biagio dei Librai, 39 - 80138 Napoli
www.editorialescientifica.com info@editorialescientifica.com
ISBN 979-12-235-0100-9

INDICE

ROMANO ORRÙ e ANDREA GATTI	
Introduzione	7

Lo statuto costituzionale delle forze armate
Giornate di studio di storia e diritto costituzionale
- XV seminario Atelier "4 luglio - G.G. Floridia"

ELISA BERTOLINI	
Le ambiguità del "pacifismo" nipponico	13
ENZO BERNARDINI	
Le forze armate nell'ordinamento democratico	35
VINCENZO TUDISCO, JENS WOELK	
Forze armate parlamentari. Lo statuto costituzionale della Bundeswehr in Germania	43
PAOLA COSTANTINI	
Lo statuto costituzionale delle forze armate in Russia	61
G.F. FERRARI	
Conclusioni: lo statuto costituzionale delle Forze Armate	77

Transizioni costituzionali postcoloniali, contesti e sviluppi

Giornate di studio di storia e diritto costituzionale
- XVI seminario Atelier "4 luglio - G.G. Floridia"

PIERLUIGI VALSECCHI	
Note di storia istituzionale e cultura politica africana. Le "autorità tradizionali" nel Ghana indipendente	85
LUCA ANDREA MANTOVANI	
Decolonizzazione e transizione costituzionale: il caso della Libia	97

MARIO MAZZA	
Diritto coloniale e costituzionalismo della transizione: cos'è rimasto con particolare riguardo al Corno d'Africa?	127
ANDREA GATTI	
Decolonizzare per democratizzare. Il cammino d'indipendenza senegalese	195
TONY GIORGIO	
<i>Ex uno plures?</i> Il superamento della Federazione della Rhodesia e del Nyasaland	211
MARCELLO GOUSSOT	
La questione dei meticci in alcune carte del Servizio leggi e decreti del MAI. Prime considerazioni	225
MATTEO NICOLINI	
Le transizioni costituzionali africane come processi di reinvenzione delle tradizioni	241
ENRICO BUONO	
La Costituzione dell'India tra crittotipi coloniali e autoctonia costituzionale	265
HUGO ABBAS FRAZÃO	
Decolonizzazione in Brasile: l'emergere di un costituzionalismo elitario nazionale	279
AGOSTINO ARANEO	
La decolonizzazione del sud America: il caso argentino	303
LORENZO NOTO	
Dall'Africa all'Asia, la nuova corsa delle potenze alla spartizione di risorse e influenza strategica: un neocolonialismo?	327
ROMANO ORRÙ	
Note di chiusura	337

MATTEO NICOLINI*

LE TRANSIZIONI COSTITUZIONALI AFRICANE
COME PROCESSI DI REINVENZIONE DELLE TRADIZIONI**

SOMMARIO: 1. Le transizioni democratiche in Africa come *postcolonial discourse*. – 2. “A dream manufactured in Europe not Africa”. Le transizioni tra *benchmarks* ed effetti conformativi. – 3. Le transizioni come *luoghi* per reinventare le tradizioni africane. – 4. Il ruolo della comparazione e i paradossi delle transizioni. – 5. Transizioni costituzionali e reinvenzioni del diritto tradizionale. – 6. Rivitalizzazione (e reinvenzione) del diritto tradizionale come *constitutional design*. – 7. La reinvenzione delle tradizioni e il “verso” delle transizioni. Considerazioni conclusive.

1. - La letteratura comparatistica ha dedicato numerosi studi al tema delle “transizioni costituzionali africane”, indagandone motivazioni e caratteristiche e classificando non solo le *democratic*, ma anche le *reverse waves* che hanno interessato – con l’eccezione del Botswana – la totalità degli ordinamenti africani¹. L’espressione ha così acquisito un significato giuridicamente

* Professore associato di Diritto pubblico comparato dell’Università di Verona.

** Ringrazio Adriano Dirri per il confronto e le suggestioni in sede di redazione del contributo. Una versione più breve dello stesso è stata destinata agli *Scritti in memoria di Beniamino Caravita*.

¹ V. CH.M. FOMBAD, *Some Perspectives on durability and change under modern African Constitutions*, in *Int. Journal of Constitutional Law*, n. 11, 2013, p. 383; Y. GHAI, J. COTTRELL, *The state and constitutionalism in postcolonial societies in Africa*, in U. BAXI, C. MCCRUDDEN, A. PALIWALA (eds.), *Law’s Ethical, Global and Theoretical Contexts: Essays in Honour of William Twining*, Cambridge 2015, p. 165 ss. Sull’uso di “ondata” (*wave*) per denotare i tre cicli di transizioni (indipendenza; 1970-1989; post-1989) v. E. HUNTINGTON, *Democracy’s Third Wave*, in *Journ. Dem.*, n. 2, 1991, pp. 12 ss.; J.M. HATCHARD *et al.*, *Comparative Constitutionalism and Good Governance in the Commonwealth: An Eastern and Southern African Perspective*, Cambridge 2010, p. 18 ss.; R. ORRÙ, *Africa subsabariana: dalla “democrazia impossibile” alla “democrazia illiberale” senza passare per la “democrazia costituzionale”?*, *DPCE Online*, n. 3/2020, pp. 4113ss; D.M. OKUBASU, *Democratic constitutional transitions in sub-Saharan Africa*, in R. DIXON *et al.* (eds.), *Comparative Constitutional Law in Africa*, Cheltenham-Northampton (MA), 2022, p. 137. G.T. HESSEBON, *The Fourth Constitution-Making Wave of Africa: Constitutions 4.0?*, in *Temple Int’l & ComL.J.*, 28, 2014, pp. 189 ss. individua una quarta ondata nelle transizioni/revisioni successive al 2010. Dall’indipendenza nel 1966, il Botswana non ha conosciuto sospensioni della democrazia costituzionale: A. COOK, J. SARKIN, *Is Botswana the*

impegnativo, denotativo dell'insieme delle *fasi e dei procedimenti che scandiscono temporalmente il constitution-making*.

La definizione ha ricadute di diritto sostantivo, con effetti conformativi sui contenuti dei testi costituzionali adottati a chiusura della transizione. Si tratta di effetti che, come si vedrà, ancora presuppongono la superiorità del costituzionalismo occidentale e della *Western legal tradition*. La conservazione dell'eurocentrismo giustifica la scelta, qui operata, di rimeditare nella prospettiva della comparazione giuridica significato e portata delle transizioni. Il diritto comparato non si sottrae all'esame delle implicazioni del *constitutional change*; dotato di sensibilità culturale e attitudine critica e sovversiva², è invero adeguatamente strumentato per ripensare una realtà giuridica, complessa e cangiante, qual è quella africana.

La proposta che si formula rilegge le transizioni articolandole attorno a due coordinate: la prima guarda al contesto e alle tradizioni che condizionano il *constitution-making*; la seconda le considera espressive di un *postcolonial discourse* che, lungi dall'essere allineato passivamente al costituzionalismo occidentale, è capace di reinventare principi, valori e istituti del *customary law* anche incorporandoli nei testi costituzionali. L'intento è offrire una risposta al quesito, posto dagli studiosi di geografia critica, sulla collocazione spaziale del *postcolonial discourse*³: le transizioni *de quibus* hanno luogo in Africa, continente ad alta "complessità" (storica, politica, giuridica e socio-culturale)⁴. Il tema è quello – già altrove indagato – dell'elaborazione di autonome tradizioni costituzionali africane⁵. Il *postcolonial discourse* si affida a una narrazione costituzionale *à l'européene*, sviluppando al contempo il costituzionalismo africano lungo direttrici innovative rispetto a quelle eurocentriche e coloniali.

Miracle of Africa? Democracy, the Rule of Law, and Human Rights Versus Economic Development, in *Transnational Law & Contemporary Problems*, 19, 2010, pp. 453 ss.

² A. SOMMA, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 2019, p. 45.

³ M. GILMARTIN, L.D. BERG, *Locating postcolonialism*, in *Area*, 39, 2007, p. 120 ss.

⁴ Cfr. *amplius infra*, § 6. Cfr. A.K. ABEBE *et al.*, *Introduction*, in R. DIXON *et al.* (eds.), *Comparative Constitutional Law*, cit., 2, che considerano "methodologically defensible" studiare la complessità giuridico-costituzionale africana. Sul pluralismo come tratto costitutivo del diritto africano v. M. NICOLINI, *African Legal Traditions*, in G. MOUSOURAKIS, *Comparative Law and Legal Traditions: Historical and Contemporary Perspectives*, Cham, 2019, pp. 287 ss.

⁵ Cfr. M. NICOLINI, *L'altra law of the land. La famiglia giuridica «mista» dell'Africa australe*, Bologna, 2016; Id., *Disengaging Africa from the colonial syndrome: per una sistemologia oltre Finisterrae*, in *Dir. pubbl. comp.eur.*, 2018, pp. 489 ss.

In definitiva, il contributo qualifica le transizioni come processi di reinvenzione delle tradizioni. L'impostazione è debitrice delle riflessioni di Terrence Ranger sulle "invented traditions" africane; se queste erano il luogo in cui "a good deal of colonial encounter was expressed"⁶, le transizioni sono laboratori d'elaborazione di autonome tradizioni, nonché luoghi di sincretismo tra diritto costituzionale e pluralismo giuridico che caratterizza il continente. L'approccio metodologico non è poi così lontano da quello di recente proposto da Berihun Adugna Gebeye. In *A Theory of African Constitutionalism* (2021), l'autore elabora un *theoretical framework*, qualificabile come "legal syncretism": il processo è risultante dall'"*adoption, rejection, invention, and transformation of diverse and seemingly opposite legal rules, principles, and practices into a constitutional state with imperial or colonial legacies*"⁷.

Non diversamente dall'elaborazione delle tradizioni africane, anche il *legal syncretism* è *postcolonial discourse*. A entrambi segue un mutamento del centro d'irradiazione (non più solo l'Occidente come centro di elaborazione di tradizioni giuridiche) e di prospettiva (da "coloniale" a "non eurocentrica"), destinato ad attivare un processo reinvenzione interno alle comunità del continente. L'approccio metodologico valorizza il superamento dei lasciti "coloniali" ancora insiti negli studi sul costituzionalismo africano, mutando – come s'è appena detto – la prospettiva d'indagine e *spostando il punto di osservazione* all'interno del continente africano per completarne il "disengagement from the whole colonial syndrome"⁸.

2. - Nel rimeditare le transizioni costituzionali come processi di reinvenzione delle tradizioni, converrà muovere dal significato usualmente assegnato a tale espressione. La locuzione, *bonne à tout faire*, è riempita di significati differenti in ragione dei criteri di classificazione adottati⁹. Pur nella polisemia

⁶ T. RANGER, *The Invention of Tradition in Colonial Africa*, in E. HOBSBAWN, T. RANGER (eds.), *The Invention of Tradition*, Cambridge, 1983, p. 211. 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*, Basingstoke, 1993, pp. 62 ss.

⁷ B.A. GEBEYE, *A Theory of African Constitutionalism*, Oxford, 2021, p. 10.

⁸ E. HULM, *Including America*, in *ARIEL: A Review of International English Literature*, 1995, p. 120.

⁹ Sulla polisemia del termine cfr., fra i molti, A. SPADARO, *La transizione costituzionale. Ambiguità e polivalenza di un'importante nozione di teoria generale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Antonino Pensavecchio Li Bassi*, Torino, 2004, pp. 1313 ss.; V. TEOTONICO, *Riflessioni sulle*

che la connota, la stessa ha un significato capace di orientare i giuristi nella mappatura delle ondate costituzionali registrate sul continente. Come ricordato nel paragrafo introduttivo, la locuzione denota *fasi e procedimenti che scandiscono* i processi di *constitution-making*, con ciò riflettendo le preoccupazione – diffusa fra i cultori del diritto costituzionale – di giuridicizzare il politico riportando le transizioni *costituzionali* al concetto di momento (e processo) costituente¹⁰. Di quelle, in definitiva, valorizza il “formal constitutional change”¹¹ e, pertanto, le discontinuità che si registrano con l’adozione (o revisione) di costituzioni o a seguito di sentenze a tal punto trasformative da essere qualificate “di revisione costituzionale”¹².

La definizione ha il pregio di riportare le variabili extragiuridiche che popolano le transizioni a regolarità giuridica, individuando della costituzione un atto “puntuale nel tempo”, ma allo stesso tempo *la formula di compendio* del più ampio *constitution-building process*¹³.

Per il comparatista che vuole emancipare il continente africano dalla prospettiva coloniale, tuttavia, tale significato non è particolarmente remunerativo. Esso, al contrario, riafferma il carattere tipicamente occidentale del fenomeno, che difficilmente consente autonome formulazioni (africane, per quanto qui interessa) nell’ambito dei processi di transizione costituzionale.

Infatti, tale significato riflette la dimensione eurocentrica e coloniale del

transizioni. Contributo allo studio dei mutamenti costituzionali, in *Rivista AIC*, n. 3/2014, pp. 5 ss.

¹⁰ L’impostazione si ritrova in S. LABRIOLA, *Costituzione materiale e transizione*, in A. CA-TELANI, S. LABRIOLA (a cura di), *La Costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un’idea*, Milano, 2001, p. 241. Nella letteratura comparatistica v. almeno L. MEZZETTI, *Teoria e prassi delle transizioni costituzionali, e del consolidamento democratico*, Padova, 2003, p. 5 e p. 10; E. CECCHERINI, *Transizioni e processi costituenti*, in R. ORRÙ, S. SCIANNELLA (a cura di), *Limitazioni di sovranità e processi di democratizzazione*, Torino, 2004, pp. 75 ss.

¹¹ D.M. OKUBASU, *Democratic*, cit., p. 137.

¹² O “creative di ‘nuove’ norme costituzionali”: così lo scolio in A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2019, p. 193. Tale accezione ampia di transizione si ritrova, ad es., nei contributi raccolti in *Il costituzionalismo africano nel XXI secolo: una nuova “ondata” dei processi di Constitution-building? / African Constitutionalism in the XXI Century: A New “Wave” of Constitution-building Processes?*, in *Federalismi.it*, n. 21/2022.

¹³ Il momento dell’adozione di un testo costituzionale da parte degli stati di recente indipendenza è sempre stato visto come il momento che ne segna il “debut into the society of sovereign nations” (G.T. HESSEBON, *The Fourth*, cit., p. 186). Sulla costituzione atto e processo v. A. SPADARO, *Dalla Costituzione come “atto” (puntuale nel tempo) alla Costituzione come “processo” (storico). Ovvero dalla continua “evoluzione” del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. Cost.*, 1998, pp. 343 ss.

concetto di transizione, elaborato muovendo dalla prima ondata di democratizzazione realizzatasi in America ed Europa tra il 1820 e il 1920¹⁴. Ancora, esprime il verso impresso al mutamento politico-costituzionale. Le transizioni sono sempre “democratiche” ed espressive di una progettualità “migliorativa” del sistema politico-istituzionale. Di qui l’adozione di testi aventi contenuti coerenti con (e funzionali a) tale progettualità¹⁵. La separazione dei poteri, l’autonomia e l’indipendenza del potere giudiziario e la tutela dei diritti diventano contenuti indefettibili del testo costituzionale che chiude la transizione, veri e propri *benchmarks* alla luce dei quali effettuare l’*assessment* del testo adottato con il *figurino* (occidentale) di democratizzazione del sistema politico.

Non mancano *benchmarks* dettati appositamente per il continente africano – ma forgiati sulle tradizioni costituzionali dell’Occidente giuridico¹⁶. Fra i numerosi *reports*, basti qui richiamare quello sull’Africa Sub-sahariana della World Bank, pubblicato nel 1989 in occasione della terza ondata di transizioni. Vi si ripete quanto il movimento di *law and development* aveva predicato dalla decolonizzazione in poi: il problema dello sviluppo economico in Africa è ricollegabile a una “*crisis of governance*” a sua volta determinata dall’assenza di una “*dedicated leadership*”¹⁷, la cui presenza al contrario consentirebbe di costruire “*a pluralistic institutional structure, a determination to respect the rule of law, and vigorous protection of the freedom of the press and human rights*”¹⁸. A tali *benchmarks* si aggiungono la *good governance* e la *rule of law*, che gli investitori promuovono con la finalità di massimizzare l’attrattività dello stato per investimenti (e profitti): l’utilizzo esclusivo di risorse e mercati, la libera circolazione delle merci e capitali, la protezione per gli investitori stranieri, un assetto di democratico-liberale che assi-

¹⁴ HUNTIGTON, *Democracy’s*, cit., p. 12.

¹⁵ Cfr. *supra*, § 1.

¹⁶ O. AREWA, *Disrupting Africa: Technology, Law, and Development*, Cambridge 2021, p. 11.

¹⁷ WORLD BANK, *Sub-Saharan Africa: from Crisis to Sustainable Growth. A Long-Term Perspective Study*, Washington (DC), 1989, p. 61. V. altresì H. HUNTIGTON, *Democracy’s*, cit., pp. 30 ss.

¹⁸ WORLD BANK, *Sub-Saharan Africa*, cit., p. 61. Su *law and development* in relazione all’Africa subsahariana v., in termini generali, K.E. DAVIS, M. TREBILCOCK, *The Relationship between Law and Development: Optimists versus Skeptics*, in *Am. Journ. ComLaw*, 66, 2008, pp. 895 ss. L.-PIRON, *Time to Learn, Time to Act in Africa*, in T. CAROTHERS (ed.), *Promoting the Rule of Law Abroad: In Search of Knowledge*, Washington (DC), 2006, pp. 275 ss.; M.A. BADERIN, *Law and Development in Africa: Towards A New Approach*, in *NIALS Journal of Law and Development*, 2011, pp. 1 ss.

curi anche a livello politico la *predictability* degli investimenti e la protezione degli IPRs. Si tratta di principi a tal punto penetrati nella sfera pubblica, da essere ormai espressivi di un “Emerging Right to Democratic Governance” da adottate nella transizione democratica a garanzia dell’attrattività degli investitori stranieri¹⁹.

In tali ipotesi, la *reformatio in melius* che segna il verso della transizione poggia sulla *geopolitica degli investimenti*, il cui nesso con le transizioni è evidente in Malawi. Dall’indipendenza e per circa trent’anni (1964-1994), le politiche anticomuniste del regime a partito unico di Hastings Kamuzu Banda assicurarono il supporto degli *international donors* e dell’Occidente²⁰. Non stupisce che il Malawi fosse “the only African state which maintained full and cordial diplomatic relations with the apartheid government of South Africa”²¹. Negli anni Novanta del secolo scorso, i *winds of change* conseguenti alla fine della Guerra Fredda e alla caduta del muro di Berlino spinsero investitori e donatori internazionali a esercitare pressioni sul regime, che consentì la celebrazione di un referendum istituzionale nel 1993. La transizione democratica culminò con la costituzione del 1994²².

Pure la nozione sudafricana del *transformative constitutionalism* è riportabile a tali *benchmarks*. Intesa come progetto per costruire una società più giusta ed egualitaria²³, anch’essa predetermina il “verso” (migliorativo) della

¹⁹ T.M. FRANCK, *The Emerging Right to Democratic Governance*, in *Am. Journ. Int. Law*, 86, 1992, p. 50. Cfr. altresì M. NICOLINI, *The Constitutional Implications of Democracy in Governing Complex Societies*, in *Rev. gen. der. públ. comp.*, 21, 2017.

²⁰ Nella Costituzione del 1966, più volte modificata, il Malawi Congress Party (MCP) era l’unico partito legalmente riconosciuto; la sez. 9 proclamava Banda presidente a vita (F.E. KANYONGOLO, *Law, Power and the Limits of Liberal Democratic Constitutionalism in Malawi*, in *Malawi LJ*, 6, 2021, p. 3). Inoltre, ai sensi della sez. 2(1), *unity, loyalty, obedience and discipline*, e i *party slogans* erano le quattro fondamenta del governo e della nazione. Cfr. T.P.C. CHIMIMBA, *The Search for Identity and Legitimacy: the Evolution of Malawi’s Constitution*, *ivi*, pp. 19 ss.

²¹ N. PATEL, *Consolidating Democratic Governance in Southern Africa: Malawi*, EISA Research Report No. 33, Johannesburg, 2007, p. 7.

²² Cfr. riassuntivamente, 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, pp. 243-257. Quanto alle pressioni esterne, nel 1992 la World Bank Consultative Group “froze all aid to Malawi, citing the Banda government’s poor human rights record and widespread political repression” (J. CHIKAYA-BANDA, *Constitutional and law reform in Malawi*, in *Policy voices series - Africa Research Institute*, 2012, p. 9).

²³ K.E. KLARE, *Legal Culture and Transformative Constitutionalism*, in *S. Afr. Journal on Human Rights*, 14, 1998, pp. 146 ss.; M.E. KIBET, C.M. FOMBAD, *Transformative constitution-*

transizione, prescrivendo ulteriori *benchmarks*. Non basta la predisposizione di istituti democratico-rappresentativi; il *transformative constitutionalism* richiede un ruolo proattivo dei giudici, cui la *transformative Constitution* assegna “the ultimate responsibility to justify their decisions not only by reference to authority, but by reference to ideas and values”²⁴. Non è un caso che sia proprio una corte di vertice africana a saldare in un’unica narrazione decolonizzazione, transizione e democraticità. In *Swaziland Independent Publishers (Pty) Ltd and Another v King*, la Corte Suprema di eSwatini rintraccia gli effetti trasformativi del costituzionalismo africano e l’avvento della *open and democratic society* nel discorso tenuto dal Primo Ministro inglese Harold McMillan a Città del capo nel 1960: “The wind of change is blowing through this continent. Whether we like it or not, this growth of national consciousness is a political fact”²⁵.

In definitiva, la nozione “occidentale” di transizione richiede che la discontinuità democratica sia formalizzata in costituzione: che si esca dal periodo coloniale, da un regime autoritario o da una democrazia non consolidata l’esito è (deve essere) sempre democratico. Alternative non ve ne sono; la transizione replica narrazioni già praticate con l’avvento delle democrazie nel *Global North*.²⁶

Il “dream” dell’emancipazione democratica è, in buona sostanza, “manufactured in Europe not Africa”²⁷.

L’assenza di alternative non esclude fallimenti nelle transizioni, che saranno comunque valutate alla luce dei *benchmarks* – quindi, dei contenuti – che i testi costituzionali devono necessariamente avere. In tale prospettiva, la quarta ondata di costituzioni/revisioni di Kenya (2010), Tanzania (2011), Sud Sudan (2011), Zimbabwe (2013) e Zambia (2016) sono pur sempre dei

alism and the adjudication of constitutional rights in Africa, in *Afr. Human Rights LJ*, 17, 2017, pp. 340 ss.

²⁴ P. LANGA, *Transformative constitutionalism*, in *Stellenbosch LR*, 17, 2006, p. 353. Cfr. altresì D. MOSENEKE, *Transformative Adjudication*, in *S. Afr. Journal on Human Rights*, 18, 2002, pp. 309 ss.; C.M. FOMBAD, *Strengthening constitutional order and upholding the rule of law in Central Africa: reversing the descent towards symbolic constitutionalism*, in *Afr. Human Rights LJ*, 14, 2014, pp. 412 ss.

²⁵ (74/13) [2014] SZSC 25 (30 May 2014), § 5.

²⁶ Sul rispetto di tali *benchmarks* v. F. VENTER, *Voluntary infusion of constitutionalism in Anglophone African constitutions*, in D. LANDAU, H. LERNER (eds), *Comparative Constitution Making*, Cheltenham-Northampton, 2019, pp. 530 ss.

²⁷ M. CROWDER, *Whose Dream was It Anyway? Twenty-Five Years of African Independence*, in *African Affairs*, 86, 1987, p. 10.

tentativi di migliorare le manchevolezze del *constitution-making* della terza ondata²⁸. Le ragioni del fallimento di un esito democratico che è dato per scontato risiedono, in ultima analisi, nella mancata metabolizzazione del costituzionalismo occidentale da parte delle comunità africane. Metabolizzazione, si aggiunga, spesso ostacolata dalle specificità del contesto sociale, politico e culturale nonché dalla perdurante applicazione di concezioni non occidentali di diritto che appaiano difficilmente conciliabili con il costituzionalismo occidentale²⁹.

3. - Sono evidenti le ricadute metodologiche dell'applicazione della nozione "occidentale" di transizione. La prima è determinata dalla griglia epistemologica che rilegge (e costringe) la realtà giuridica del continente entro griglie classificatorie che, seppur valide per le transizioni occidentali, non lo sono anche per le transizioni africane. Ciò consente di dettare un'*agenda di riforme costituzionali* africane coerente con gli interessi del *Global North* e condivisa dagli attori della *governance* politica, economica e finanziaria transnazionale.

La seconda ricaduta cela un'ulteriore insidia dell'eurocentrismo. Ragionare di *constitutionalism as constitution making guideline* significa predeterminare il verso della transizione (necessariamente democratico), scandirne le fasi (anche imponendo un cronoprogramma), indicarne i contenuti e valutarne l'implementazione alla luce della (presunta) superiorità del diritto occidentale. L'agenda va realizzata anche a costo di forzare la realtà: non solo il sogno è stato "manufactured in Europe", ma esso "took no cognisance either of contemporary African realities, nor, more important and less forgivable, of the legacy of colonial rule"³⁰.

La terza ricaduta segue la sottovalutazione del contesto, accentuata dall'accezione giuridico-formale della nozione occidentale di transizione. Certo, è apprezzabile il tentativo di giuridicizzare le variabili extragiuridiche; risolvere le transizioni *costituzionali* nel momento costituente, tuttavia, favorisce lo scambio concettuale tra costituzione come *atto* e come *processo*, determinando l'assorbimento del secondo nella prima. Valorizzare il "formal

²⁸ G.T. HESSEBON, *The Fourth*, cit., p. 189. Cfr. altresì J.A. WISEMAN (ed.), *The New Struggle for Democracy in Africa*, Aldershot, 1996.

²⁹ G. DE VERGOTTINI, *Le transizioni costituzionali. Sviluppi e crisi del costituzionalismo alla fine del XX secolo*, Bologna, 1998, pp. 209 ss.

³⁰ M. CROWDER, *Whose Dream*, cit., p. 10.

constitutional change” come manifestazione di discontinuità tra valori, forme di stato e testi costituzionali pre e post transizione significa ricercare un accadimento, un momento ben preciso nel tempo, in cui la transizione è costituzionale perché giuridicamente *visibile*. Questo momento non può che essere quello in cui l’organo straordinario del potere costituente risolve sé (e il processo di transizione) nell’adozione di un testo costituzionale valutabile alla luce dei *benchmarks* dell’*African dream manufactured in Europe*.

Le transizioni diventano così *luoghi* in cui contesto e *postcolonial discourses* incontrano il potere costituente. Essi sono luoghi, cioè, dove è possibile apprezzare i procedimenti di formazione e d’applicazione delle *regole operazionali* generate dall’interazione, dalla frattura e dal disallineamento dei formanti attivi dell’ordinamento in transizione. Più che la formale adozione di testi costituzionali, esse sottendono una logica *fuzzy*, che li colloca in una posizione liminare negli studi giuridici, dove il diritto costituzionale interseca la società e genera nuove tradizioni.

Nell’ambito delle transizioni è tutto un susseguirsi di gradazioni e processi di *legal syncretism* fra passato coloniale, esigenze di individuare compromessi fra gli attori politico-istituzionali, necessità di integrare o reinventare le tradizioni (anche giuridiche) delle popolazioni africane, anche per decretare la definitiva emancipazione delle stesse dalle eredità della dimensione eurocentrica.

Non è un caso che, in un processo dai contorni *fuzzy*, la reinvenzione delle tradizioni acquisisca una dimensione postcoloniale. Il che non significa negare l’importanza dell’eredità europea. Sarebbe invero impossibile: come cancellare le *invented traditions* create dagli europei per le popolazioni africane? Lo confermano gli studi di africanistica: “Vouloir ignorer le chapitre colonial de l’histoire du droit africain serait aussi vain que d’en vouloir ignorer le chapitre pré-colonial”³¹. A rilevare è la rimozione del pre-giudizio di superiorità della tradizione (culturale e giuridica) euro-atlantica, che aveva sospinto ai margini gli apporti dei diritti e delle tradizioni locali.

In quanto *postcolonial discourse*, le transizioni generano tradizioni che sono il prodotto della contaminazione tra diritto europeo e diritto africano. Non è più rilevante chi abbia trasmesso alle comunità africane istituti e concetti quali stato, cittadinanza, confini, rappresentanza politica, quanto il punto di vista africano adottato per la loro rielaborazione e narrazione – un pun-

³¹ Così J. VANDERLINDEN, *À propos de quelques ouvrages récents de droit africain*, in *Africa: Journ. Int’l. Afr. Inst.*, 1966, p. 365.

to di vista che, dunque, assume un centro d'irradiazione tutto interno alla dimensione africana.

4. - La definizione di *legal syncretism* formulata da Gebeye e richiamata in apertura del contributo è di notevole utilità nel tratteggiare i processi di reinvenzione delle tradizioni africane. Il suo *theoretical framework* è coerente con la metodologia della comparazione che vede nelle transizioni il luogo non delle declamazioni costituzionali formali, bensì delle *regole operazionali* generate dal processo di *legal syncretism* che *reinventa "diverse and seemingly opposite legal rules principles, and practices" e generati istituti nuovi*³².

Per il comparatista, il *legal syncretism* ha un ulteriore profilo d'interesse: nella fucina della transizione, anche l'eredità europea è ripensata e rielaborata. Gebeye ci ricorda che la tradizione giuridica africana è incorporata "*into a constitutional state*"; e che tale incorporazione ne comporta la commistione "*with imperial or colonial legacies*"³³. È un'apertura di credito verso soluzioni sperimentate durante gli imperi formali per assicurare una *governance* per le popolazioni africane³⁴, che rivaluta nozioni e istituti che, pur "coloniali", sono riletti autonomamente e in chiave postcoloniale.

Se si conserva una prospettiva eurocentrica e coloniale sulle transizioni, i risultati del processo di reinvenzione appaiono contraddittori e paradossali.

Si pensi, ad esempio, alla questione dei confini statali. La problematica è stata centrale per la formazione degli stati africani: assieme alla denominazione, i confini rappresentano la manifestazione più immediata della loro identità territoriale. Come ci insegnano gli africanisti, l'idea di confine è estranea alla concezione del diritto e dell'organizzazione politico-giuridica delle società africane. Ciò non impedì alle potenze coloniali di ignorarne i *borderless arrangements* e riorganizzarle separando e aggregando in modo arbitrario gruppi e comunità in nuove realtà territoriali (le colonie e i protettorati) i cui confini erano tracciati secondo "astronomic" e "mathematical lines"³⁵. A seguito della decolonizzazione, ci si sarebbe attesi una rivitalizzazione della dimensione precoloniale. Ciò non accadde: e le ripartizioni terri-

³² B.A. GEBEYE, *A Theory*, cit., p. 10. V. *supra*, § 1.

³³ *Ibid.*

³⁴ Cfr. H.J. SHARKEY, *African Colonial States*, in R. REID, J. PARKER (eds.), *The Oxford Handbook of Modern African History*, Oxford, 2013, pp.152 ss.

³⁵ I confini tracciati seguendo elementi geografici rappresentavano solo il 26% del totale: G. ABRAHAM, *Lines upon Maps: Africa and the Sanctity of African Boundaries*, in *Afr. Journ. Int. ComLaw*, 15, 2007, p. 163.

toriali divennero, anche in forza della successione tra stati, “international boundaries”³⁶. Quando i rappresentanti degli stati africani di recente indipendenza si riunirono ad Addis Abeba nel 1963 per costituire l’Organizzazione dell’Unità Africana (OAU; ora Unione africana), questi confermarono senza esitare lo *status quo*.³⁷

È un insolito intreccio tra arbitrarietà dei confini coloniali e loro stabilità espressiva di un *postcolonial discourse*. In termini di identità statale e politico-costituzionale, le transizioni hanno effettivamente confermato l’impostazione per cui i confini coloniali sono “the only possible borders for the continent”. Ciò assicurò alle *élites* che avevano guidato le transizioni il contenimento delle tensioni e minacce provenienti dal *borderless pluralism*: a fronte di un “potentially large number of groups that wanted to secede”, le *élites* “would have the international community’s support in defeating the rebel group”³⁸. Si situa qui uno dei più singolari paradossi delle transizioni: la frattura generata dalla transizione poggia su di una continuità con i vecchi stati coloniali che non riflette l’“eurocentric dream for an independent Africa”, bensì una progettualità costituzionale che è tutta interna al continente e alla sua classe politica³⁹.

Tale progettualità si salda con un’altra reinvenzione di concetti ereditati dall’epoca coloniale. Basata su confini certi, l’identità statale si alimenta anche di altri istituti occidentali. Se una delle tipiche inventate *traditions* coloniali è la tribù, Terrence Ranger ci rammenta altresì come essa esprima la dimensione identitaria del gruppo non più solo in termini culturali, ma di cittadinanza: “People defined themselves politically – as subjects of a particular chief – rather than linguistically, or culturally, or ethnically”⁴⁰. È, questa, una forma di “social engineering”, di modernizzazione e trasformazione

³⁶ Cfr., ad es., i confini “coloniali” tra Egitto e Sudan, tra Tanganika (poi Tanzania) e Kenya, tra Botswana e Africa Sudoccidentale (poi Namibia) e tra Tanzania e Malawi.

³⁷ Cfr. S. TOUVAL, *The Organization of African Unity and African Borders*, in *International Organization*, 21, 1967, pp. 102 ss.; R.H. JACKSON, C.G. ROSBERG, *Sovereignty and Underdevelopment: Juridical Statehood in the African Crisis*, in *Journ. Modern African Studies*, 24, 1986, pp. 1 ss., L.J.M. SEYMOUR, *Sovereignty, territory and authority: boundary maintenance in contemporary Africa*, in *Critical African Studies*, 5, 2013, pp. 17 ss. Il principio è ora ribadito dall’art. 4.b del *Constitutive Act of the African Union* del 2000.

³⁸ J. HERBST, *The Creation and Maintenance of National Boundaries in Africa*, in *International Organization*, 43, 1989, p. 673.

³⁹ M. CROWDER, *Whose Dream*, cit., p. 11.

⁴⁰ T. RANGER, *The Invention of Tribalism in Zimbabwe*, Gweru (Zimbabwe), 1985, p. 4.

delle comunità indigene introdotta dagli europei⁴¹ e poi applicata dai *leaders* politici per integrare nella tribù politica dei nuovi stati africani il *borderless pluralism* e renderlo “popolo” in senso occidentale.

La nozione di cittadinanza diviene il nuovo vincolo tra i componenti delle comunità tradizionali all'interno di una “nuova” tribù, di matrice politico-giuridica e rappresentata dallo Stato. A cementarne il legame contribuisce l'elaborazione di quella tradizione che è stata felicemente qualificata come “democrazia unanimistica”⁴². Il fallimento delle transizioni democratiche africane della seconda ondata segna l'abbandono degli istituti democratico-rappresentativi di derivazione coloniale e un'ampia sperimentazione di modelli autoritari. Le dittature militari, il socialismo africano, i regimi a partito unico si caratterizzano per l'accentramento, in favore del capo dello stato, del potere politico espressivo di una funzione costituzionale che replica il ruolo, di epoca coloniale e precoloniale del capotribù di diritto tradizionale⁴³. La rimodulazione (se non il rifiuto) degli istituti di democrazia liberale da parte delle classi politiche africane è anche rigetto della dimensione individualistica legata ai diritti fondamentali della persona in favore di una dimensione sociale di tipo collettivo. La cura della stessa è assegnata al capo dello stato/*leader* politico perché solo depositario della *customary wisdom* e unico interprete della comunità all'interno della quale si risolvono necessariamente le individualità dei suoi componenti.

La società statale è, in definitiva, rielaborazione in chiave politica della struttura sociale del diritto tradizionale africano e degli istituti del costituzionalismo occidentale. Certo, l'utilizzo di questi si è rivelato strumentale all'instaurazione di modelli non conformi con il figurino occidentale di transizione. I *leaders* politici africani hanno “turned the democratic ideals and institutions of their masters against them and asked why they espoused democracy at home and denied it abroad”⁴⁴.

Si tratta di un ulteriore esito paradossale delle transizioni, difficilmente spiegabile alla luce della nozione occidentale di transizione democratica ma

⁴¹ A. ALLOTT, *Law in the New Africa*, in *African Affairs*, 66, 1967, p. 55; S.N. EISENSTADT, *Social Change and Modernization in African Societies South of the Sahara*, in *Cahiers d'études africaines*, 19, 1965, p. 453.

⁴² Con tale locuzione R. ORRÙ, *I Paesi dell'Africa subsabariana*, in A. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G.F. FERRARI (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari 2014, pp. 574-575, qualifica gli ordinamenti costituzionali in cui il partito unico rappresenta la comunità tradizionale.

⁴³ B.A. GEBEYE, *A Theory*, cit., pp. 35 ss.

⁴⁴ M. CROWDER, *Whose Dream*, cit., p. 19.

pienamente comprensibile (ma non giustificabile) nella prospettiva della comparazione, in cui coesistono in maniera paradossale elementi di continuità e discontinuità ordinamentale, in un'insolita rilettura degli istituti propri delle democrazie liberali.

5. - L'“invenzione” delle comunità statali africane si situa nell'ambito di un processo di *social engineering* iniziato in epoca coloniale e portato a compimento durante le ondate costituzionali e le *reverse waves* che, in molti casi, hanno rovesciato il verso delle transizioni (da democratiche ad autoritarie). Analogamente, profili di continuità hanno riguardato l'evoluzione del diritto tradizionale nelle aree geogiuridiche del continente⁴⁵.

La decolonizzazione ne ha comportato la rivitalizzazione come parte del programma politico (prima ancora che giuridico) di elaborazione delle identità dei nascenti stati africani. La narrazione – postcoloniale – del diritto tradizionale mira a incrinare le certezze eurocentriche guardando la storia africana (anche giuridica) attraverso gli occhi delle periferie dei vecchi imperi coloniali. In definitiva, il testo della costituzione diventa postcoloniale “in the sense that it engages in the criticism of colonial discourse”⁴⁶.

La reinvenzione della tradizione ha inflitto duri “colpi” al *legal imperialism* della tradizione occidentale⁴⁷. La dimensione etnocentrica dei sistemi giuridici è a tal punto egemonica che considera il diritto pratica squisitamente euro-atlantica. Non a caso Mauro Bussani ragiona di “Occidente giuridico” e di “cura per le modalità e gli argomenti con cui l'Occidente, artefice massimo [del] diritto globale, si confronta con le altre esperienze e tradizioni giuridiche”, muovendo “dal presupposto che il diritto ce l'abbiamo solo noi, mentre gli altri si arrabattano cercando di imitarci o, scioccamente, di resisterci”⁴⁸.

⁴⁵ Sulla nozione di aree geogiuridiche africane v. M. NICOLINI, *Disengaging*, cit., pp. 492 ss. Per la classificazione delle stesse (aree africane araba, tropicale, australe e malgascia) v. M. NICOLINI, *African Legal Traditions*, cit., pp. 290 ss. Sulla trasformazione del *customary law* v. B.A. GEBEYE, *A Theory*, cit., pp. 35 ss., pp. 63 ss.

⁴⁶ J. PETZOLD, *André Brink's Magical History Tour: Postmodern and Postcolonial Influences in 'The First Life of Adamastor'*, in *English in Africa*, 2000, p. 52.

⁴⁷ L. PEGORARO, *Blows against the empire. Contro la iper-costituzione coloniale dei diritti fondamentali, per la ricerca di un nucleo interculturale condiviso*, in *Ann. dir. comp. st. legisl.*, 2020, pp. 447 ss.

⁴⁸ Così, esemplarmente, M. BUSSANI, *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Torino, 2010.

Il processo di valorizzazione del diritto africano passa per la rivalutazione dell'eredità occidentale. Nuovamente, la discontinuità postcoloniale cela continuità politico-costituzionali, comportando l'applicazione di istituti coloniali per dare nuova forma al diritto tradizionale. Lo conferma la circostanza per cui il *revival* del diritto tradizionale passa per la "metabolizzazione" delle forme di pluralismo giuridico introdotto dagli Europei nel governo delle società coloniali. Per un verso, si conservano i sistemi di *civil law* e *common law* importati in epoca coloniale. Per altro verso, il diritto tradizionale rivalutato dalle élites africane è il frutto della modernizzazione, semplificazione e unificazione dei diritti tradizionali, nonché del *social engineering* che avevano caratterizzato in epoca coloniale il *restatement* del *customary law* e ora funzionali all'"invenzione" della comunità statale africana⁴⁹. In Madagascar (1957), Senegal (1961), Tanganyika (1961), Kenya (1968-1969) e Malawi (1970-1971), ad esempio, le attività di *restatement* hanno mutato il *native customary law*, apportando innovazioni (ad es., diritti individuali, liberalismo economico, rimozione di taluni *status* e forme di discriminazione nei confronti delle donne ecc.) ritenute compatibili con la creazione di un costituzionalismo specificamente africano.

Ciò è evidente nelle scelte adottate in sede di redazione dei testi costituzionali. In Africa australe, si è provveduto a costituzionalizzare il formante sostrato rappresentato dal diritto misto *Roman-Dutch law/common law*⁵⁰. Analogamente, in Africa tropicale e malgascia, il sostrato tradizionale è richiamato in numerosi testi costituzionali come espressione di un pluralismo giuridico, che rimane "debole" come in epoca coloniale: la conservazione del diritto ctonio presuppone sempre che il *living customary law* sia conforme con i principi costituzionali⁵¹.

Nelle questioni di diritto fondiario, le reinvenzioni del diritto tradizionale attraversano il *public-private divide*. In epoca precoloniale, la terra veicolava la dimensione sacrale del diritto africano, essendone la proprietà assegnata al gruppo e assoggettata a un regime di co-gestione concordato con le entità sovranaturali. "Importato" con il dominio coloniale, il *Western possessive individualism* ha drasticamente ridotto la sfera di applicazione del sistema

⁴⁹ M.W. PRINSLOO, *Restatement of Indigenous Law*, in *ComInt. Law Journ. Southern Africa*, 20, 1987, p. 411.

⁵⁰ Ad es., sezz. 252(1) Cost. eSwatini, 156 Cost. Lesotho e 140 Cost. Namibia.

⁵¹ R. TONIATTI, *La razionalizzazione del "pluralismo giuridico debole": le prospettive di un nuovo modello giuridico e costituzionale nell'esperienza africana*, in M. CALAMO SPECCHIA (a cura di), *Le trasformazioni costituzionali del secondo millennio. Scenari e prospettive dall'Europa e dall'Africa*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2016, pp. 463 ss.

fondiaro tradizionale perché incompatibile con un sistema economico liberale⁵². La decolonizzazione ha conservato il regime dominicale occidentale ma ha rielaborato la legislazione coloniale delle terre di diritto tradizionale, adattandone lo statuto al contesto africano; e le *communal lands* sono state convertite in proprietà pubblica.

Nelle ex-colonie britanniche, la gestione delle terre replica gli schemi di *common law*. In Inghilterra e nei sistemi da questo derivati il dominio eminente è della Corona, rimanendo il dominio utile basato sulla creazione di *interests in land* secondo il sistema feudale della *tenure*⁵³. Tale regime venne esteso alle colonie⁵⁴ e ripreso durante le transizioni. Le legislazioni di Tanzania, Kenya e Lesotho, ad esempio, attribuiscono la terra alla nazione, assegnando al Presidente (al Re in Lesotho) il ruolo di *trustee on behalf of all citizens*. Analogamente dispongono le legislazioni degli stati della Nigeria; in Ghana, le sezz. 255(1) and 167(1) Cost. prevedono che “All public lands in Ghana shall be vested in the President on behalf of, and in trust for, the people of Ghana.” Discorso analogo si applica alle “stool lands”, terre assegnate dall’entità sovrannaturale (*stool*) al gruppo “on behalf of, and in trust for, the subjects of the stool in accordance with customary law and usage”⁵⁵. È, questa, una notevole reinvenzione del sovrannaturale, che rimane integrato nel diritto dello stato.

In Madagascar, il *revival* del diritto tradizionale (*fomba*) riguarda i più rilevanti atti giuridici (matrimonio, divorzio, adozione, tutela, accettazione dell’eredità e acquisto di diritti sui beni, ecc.). Questi sono validi e vincolanti se perfezionati davanti all’intera comunità. Il Preambolo della Costituzione del 2010, richiama sia i consigli di villaggio (*Fokon’olona*), sia quelli che riuniscono uomini e donne che discendono da uno stipite comune e vivono nello stesso territorio (*Fokon’tany*). La comunità esercita funzioni di tipo notarile: mediante il *rule-making process* a livello locale (*Dina*) assicura con la pro-

⁵² S.F. JOIREMAN, *Entrapment or Freedom: Enforcing Customary Property Rights Regimes in Common-Law Africa*, in J. FENRICH et al. (eds), *The Future of African Customary Law*, Cambridge, 2010, p. 298.

⁵³ A.W.B. SIMPSON, *A History of the Land Law*, Oxford, 1986.

⁵⁴ “The waste lands of the vast Colonial possessions of the British Empire [were] held by the Crown, as Trustee for the inhabitants of tea Empire at large”: H.E. EGERTON, *A Short History of British Colonial History*, London, 1897, p. 285.

⁵⁵ URT, *Land Act* (No. 4), sec. 7 and URT, *Village Land Act* (No. 5), sec. 8(1), 12(1) (Tanzania); sez. 62(2) e (3) Cost. Kenya; sez 107–108 Cost. Lesotho. Sul sovrannaturale v. M. HAMER, “Stool Rights” and Modern Land Law in Ghana: A Geographical Perspective on the Transformation of Tradition, in *Africa Spectrum*, 33, 1998, p. 311.

pria presenza la validità degli atti, che vengono collettivamente trasmessi alle future generazioni⁵⁶.

Non da ultimo, anche il carattere transnazionale del diritto tradizionale è oggetto di reinvenzione: il *borderless pluralism* dello stesso è infatti valorizzato dalle norme di diritto uniforme delle organizzazioni sovranazionali in Africa subsahariana. Tale *African transnational law* è promosso dall'*Organisation for the Harmonisation in Africa of Business Law* (OHADA), unione sovranazionale fondata nel 1993 dagli stati africani francofoni, i cui *Uniform Acts on Contract Law and on General Commercial Law* richiamano la consuetudine (*rectius*, al *customary law*) come fonte di rapporti obbligatori⁵⁷.

6. - Il processo di rivitalizzazione (e reinvenzione) del diritto tradizionale africano ha altresì ricadute sull'organizzazione costituzionale dello stato in transizione.

Le costituzioni hanno poi incorporato “the institution, status and role of traditional leadership, according to customary law” che – come recita la sez. 211(1) Cost. Sudafrica – “are recognised, subject to the Constitution” nella forma, dunque, del pluralismo giuridico debole⁵⁸. Spesso, poi, tale riconoscimento comporta l'incorporazione dei capi tribù nell'organizzazione statale; così, in Botswana, il *Bogosi Act 2008* assegna ai capi tribù (*Digkosi*) funzioni amministrative e giurisdizionali⁵⁹. A tali capi è riconosciuto lo *status* di *civil servants*, passibili di *disqualification* ove ricorrano i presupposti stabiliti dalla Costituzione e dalla legge⁶⁰. Pratiche non dissimili si davano già in Nigeria, dove il potere coloniale selezionava i capi tribù e le altre *native authori-*

⁵⁶ X. BLANC-JOUVAN, *Development of a New Law Code in Madagascar*, in *Africa Today*, 11, 1964, p. 7; L. MOLTE, *Sources et Tendances du Droit Moderne à Madagascar*, in *Canadian Journal of African Studies/Revue Canadienne des Études Africaines*, 1, 1967, p. 123.

⁵⁷ Art. 194 OHADA Uniform Act on Contract Law and Arts 238-239 e OHADA Uniform Act on General Commercial Law.7

⁵⁸ Cfr. *supra*, § 5.

⁵⁹ Il *Bogosi Act 2008* – la cui sez. 29 ha abrogato il *Chieftainship Act 1988* – disciplina le competenze dei Capi alla sez. 17 ss. Sul ruolo della *chieftainship* in Botswana cfr., per tutti, G. BAREI, *The decline in the role of chieftainship in elections*, in *Botswana Journal of African Studies*, 14, 2000, pp. 65 ss.

⁶⁰ Cfr. D.S. JONES, *Authority and State Administration in Botswana*, in *The Journal of Modern African Studies*, 1983, 21, pp.133 ss. Anche in Lesotho i *Chiefs* sono *salaried public servants*: cfr. F.K. MAKOA, *Lesotho*, in *The South African Journal of International Affairs*, 2005, p. 64.

ties⁶¹. In Namibia, la sez. 3(3)(c) del *Traditional Authorities Act 25 of 2000* assegna alle autorità tradizionali il potere di “make customary laws”.

La reinvenzione del diritto tradizionale guarda anche all’organizzazione territoriale del potere. Non solo, in Sudafrica, la sez. 212(1) abilita la legislazione a convertire la “traditional leadership” in una istituzione locale “on matters affecting local communities”⁶². Nella Repubblica Democratica del Congo, l’assetto quasi federale ivi previsto inserisce le *chefferies* tra le entità territoriali decentrate, rinviando a una legge organica la disciplina della composizione, organizzazione e funzionamento⁶³.

Il riferimento alla Repubblica Democratica del Congo introduce al federalismo come strumento giuridico di governo del pluralismo etico, linguistico e religioso africano⁶⁴. Se, in Occidente, questo limita verticalmente l’esercizio del potere politico mediante la creazione di più centri di produzione normativa in funzione oppositiva al livello centrale, la loro reinvenzione ha trasformato i *federal arrangements* in strumento di *governance* del *borderless pluralism* per conseguire più equilibrati meccanismi di power-sharing fra le differenti componenti etnico-religiose che caratterizza le comunità africane tradizionali.

In Nigeria, ad esempio, la ridefinizione della ripartizione territoriale ha generato una transizione a carattere strutturale, continuata senza soluzione di continuità da prima dell’indipendenza⁶⁵. Dalle tre regioni create nel 1946 – ben prima dell’indipendenza del 1960, dunque⁶⁶ – sono stati tratti via via nuovi stati. I tre già esistenti erano divenuti 4 nel 1963, poi 12 nel 1967; divenuti 19 nel 1976, essi furono elevati a 21 nel 1987, poi ancora a 30 nel 1991,

⁶¹ O. AREWA, *Disrupting Africa*, p. 26.

⁶² A. DIRRI, *Il local government nell’Africa Subsahariana tra costituzionalismo e Traditional law*, in *DPCE Online*, 2022, pp. 1596 ss.

⁶³ Art. 3 Cost. e LO n. 08/016 del 7 Ottobre 2008. L’art. 3 Cost. assegna loro personalità giuridica: “administered by ... local organs”, tali enti “enjoy free administration” e godono di “autonomy of management of their economic, human, financial and technical resources”. Cfr. J.K. YETILO, *La sous-administration territoriale en République démocratique du Congo. Etat des lieux et perspectives*, in *Pyramides*, 19, 2010, pp. 105 ss.

⁶⁴ A. FISEHA, *Federalism, devolution and territorially based cleavages in Africa*, in R. DIXON et al. (eds.), *Comparative Constitutional Law*, cit., pp. 157 ss.

⁶⁵ Così R. SUBERU, *Nigeria’s Permanent Constitutional Transition. Military Rule, Civilian Instability, and the Unending Search for Democratic “True Federalism” in a Deeply Divided Society*, in M. ANDERSON, S. CHOUDHRY (eds), *Territory and Power in Constitutional Transitions*, Oxford, 2019, pp. 181 ss.

⁶⁶ H.E. ALAPIKI, *State Creation in Nigeria: Failed Approaches to National Integration and Local Autonomy*, in *African Studies Review*, 2005, p. 5.

e infine a 36 nel 1999. Si badi: il *territorial readjustment* è sintomo di una sistematica reinvenzione del federalismo nigeriano nella transizione tra forme di stato liberali e autoritarie. Non è un caso che soprattutto i regimi autoritari hanno promosso variazioni delle entità substatali per raggiungere la convivenza tra i (ed evitare secessioni dei) numerosi e conflittuali gruppi etnici esistenti entro i confini nazionali.

Analoga finalità è stata conseguita in un altro ordinamento federale multi-etnico, l'Etiopia. La collocazione di ciascun gruppo in seno al sistema ha seguito un differente processo di reinvenzione, poggiante sull'utilizzo della seconda camera federale – la Camera della Federazione – come strumento per rappresentare a livello centrale, come stabilisce l'art. 61 Cost. – le “Nazioni, Nazionalità e i Popoli” insediati nei nove Stati membri elencati all'art. 47, c. 1, Cost.⁶⁷. In Etiopia, le istanze e gli interessi rappresentati nella seconda camera federale non sono quelli degli stati, bensì del mosaico etnico dei *constituent people*: appunto, nazioni, nazionalità e popoli. Gli interessi “soggettivati” sono quelli del *borderless pluralism* delle etnie: sono infatti le Nazioni, i Popoli e le Nazionalità ad avere diritto ad almeno un rappresentante nella Camera della Federazione⁶⁸. Il loro interessi vengono solo veicolati dagli Stati membri della Federazione, i quali – chiamati a eleggere i rappresentanti dei gruppi etnici in seno alla seconda camera federale – li rendono idonei a essere immessi nelle sedi di rappresentanza istituzionale⁶⁹.

L'uso di camere rappresentative del *borderless pluralism* trova applicazione anche al di fuori degli ordinamenti federali per immettere nei processi di decisione politico-normativa nazionali gli interessi delle comunità tradizionali ove vengano in rilievo *tribal issues*. In alcuni casi, essa è la seconda camera del legislativo statale (Lesotho⁷⁰); altrove si tratta seconde camere

⁶⁷ Cfr. A. HABTU, *Ethnic Pluralism as an Organizing Principle of the Ethiopian Federation*, in *Dialectical Anthropology*, 28, 2004, pp. 101 ss.; Id., *Multiethnic Federalism in Ethiopia: A Study of the Secession Clause in the Constitution*, in *Publius*, 35, 2005, pp. 313 ss. Per una valutazione di sintesi sull'etnofederalismo etiope v. J. ISHIYAMA, *Does Ethnic Federalism Lead to Greater Ethnic Identity? The Case of Ethiopia*, in *Publius*, 53, 2023, pp. 82 ss.

⁶⁸ Art. 61, c. 2, Cost. «Ogni Nazione, Nazionalità e Popolo ha diritto a un rappresentante ulteriore per ogni milione di abitanti». Fermo restando il rispetto dell'*equal representation* fra gruppi etnici – gli stati membri multinazionali hanno un numero superiore di rappresentanti in seno alla seconda camera.

⁶⁹ Nel senso che la Camera della Federazione sia «the house of ethnic groups, not regional states» cfr. A. HABTU, *Multiethnic*, cit., p. 330.

⁷⁰ Per il Lesotho cfr. gli artt. 55 ss. Cost. In letteratura, cfr. F. K. MAKOA, *Lesotho*, in *The South African Journal of International Affairs*, 2005, 12(1), pp. 61 ss.

“non parlamentari”: è il caso della *Ntlo ya Dikgosi* del Botswana (sezz. 77 ss. Cost.); della *House of Chiefs* dello Zambia (sez. 165 Cost.); del *Council of Traditional Leaders* della Namibia (sez. 102(5) Cost. e *Council of Traditional Leaders Act* 1997); del *National House of Traditional Leaders* del Sudafrica (sez. 212 Cost.) e del *Council of State* del Ghana (art. 89 ss.)⁷¹.

I componenti – che possono anche avere carattere ereditario⁷² – sono spesso affiancati da membri nominati dal sovrano (Lesotho) o eletti in rappresentanza delle circoscrizioni territoriali in cui è ripartito lo Stato medesimo (Botswana)⁷³. Il sistema di rappresentanza degli interessi tribali replica le ineguaglianze fra le tribù insite nel diritto tradizionale, con uno scarto rispetto alla “moderna” rappresentanza politica, che dovrebbe operare tra eguali⁷⁴. In Botswana, in particolare, si distingue tra membri di diritto (ed ereditari) e membri elettivi della *Ntlo ya Dikgosi*. La Costituzione del 1966 sanciva la prevalenza di membri di diritto⁷⁵, cui se ne affiancavano quattro eletti, rispettivamente, dai *Sub-Chiefs* dei distretti Chobe, North East, Ghanzi e Kgalagadi; tre *Specially Elected Members* cooptati, in forza di elezione, dai membri di diritto e dagli *Elected Members*. Il *Constitution (Amendment) Act no. No. 9 of 2005* ha in parte modificato la composizione della *Ntlo ya Dikgosi*: i membri di diritto sono ora 12, individuati come *Dikgosi* “according to the established norms and practices” delle relative aree; 5 membri sono di nomina presidenziale e 20 eletti da un “Regional Electoral College ... composed of Paid Dikgosana” della regione di riferimento (sez. 77 e 78 Cost.).

Gli assetti rappresentativi coniugano i sistemi di governo tribale retti dalla *customary law* e i meccanismi rappresentativi. La reinvenzione assicura l’organizzazione degli interessi “tradizionali” applicando un modello “occidentale” – la “moderna” rappresentanza politica, che opera tra eguali – su di

⁷¹ Sulla *Ntlo ya Dikgosi* (Camera dei Capi) del Botswana cfr. A. NORTON, *How Many Bicameral Legislature Are There?*, in *The Journal of Legislative Studies*, 10, 2004, pp. 2 ss. Sul *Council of State* del Ghana cfr. K.O. KUFUOR, *The Ghanaian Council of State as a Constitutional Second Chamber*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 43, 1994, pp. 934 ss.

⁷² Cfr., ad es. la sez. 78(1) Cost. Botswana e la sez. 55 Cost. Lesotho.

⁷³ Cfr. le sezz. 77(2) e 79 Cost. Botswana; la sez. 55 Cost. Lesotho. Cfr. altresì *infra*, par. 4.

⁷⁴ R. WERBNER, *Introduction: Challenging Minorities, Difference and Tribal Citizenship in Botswana*, in *Jour. Southern Afr. Studies*, 28, 2002, p. 677.

⁷⁵ Cfr. la sez. 77 (prima della revisione costituzionale del 2005): la *House of Chiefs* si componeva di otto “persons ... for the time being performing the functions of the office of Chief in respect of the Bakgatla, Bakwena, Bamalete, Bamangwato, Bangwaketse, Barolong, Batawana and Batlokwa Tribes, respectively”.

un sostrato (il sistema tribale) appartenente a una differente famiglia giuridica e che conosce anche le istanze di gruppi che si assumono differenti nei reciproci rapporti di forza.

7. - Con tale contributo ci si proponeva di indagare le problematiche (sostantive e metodologiche) generate negli studi di diritto comparato dalla nozione di “transizioni costituzionali africane”. Ci si prefiggeva, in particolare, di rimeditare, nella complessità del contesto africano. Il contributo ne ha riletto significato e applicabilità articolandola attorno alle seguenti coordinate: la localizzazione “africana” dei processi di transizione; l’uso del *postcolonial discourse* a integrazione dell’attitudine critica e sovversiva della comparazione; l’attenzione al contesto africano, irriducibile alle griglie epistemologiche spesso adottate per delinearne una narrazione *à l’européenne*.

Si sono evidenziate le difficoltà conseguenti l’applicazione del concetto (occidentale e formale) di transizione in sede di elaborazione di autonomie tradizioni giuridiche africane. Mentre la definizione occidentale privilegia il dato formale, un’indagine comparativa ricostruisce le transizioni come il luogo di formazione delle *regole operazionali* generate dai processi di reinvenzione, secondo un approccio metodologico non dissimile da quello che Berihun Adugna Gebeye riporta al *legal syncretism*.

S’è pertanto qualificata l’“invenzione” delle tradizioni africane come parte del più ampio processo di *social engineering* delle comunità statuali iniziato in epoca coloniale e portato a compimento sia da *democratic*, sia dalle *reverse waves* che hanno interessato (e ancora oggi interessano) il continente. Se la nozione occidentale di transizione comporta necessariamente dinamiche ordinamentali di tipo migliorativo (l’esito delle stesse è sempre democratico), Nell’esperienza africana, le transizioni sono un susseguirsi di reinvenzioni e processi di *legal syncretism* fra passato coloniale, esigenze di individuare compromessi e – perché no – di soluzioni che orientano deliberatamente l’evoluzione del sistema verso esiti che la costituzionalistica occidentale non esita a definire di *constitutional degradation*⁷⁶.

Le *élites* che hanno guidato le transizioni o che – a seguito di queste – hanno instaurato regimi autoritari, militari e/o socialisti hanno variamente

⁷⁶ M. TUSHNET, *The Degradation of Constitutional Discourse*, *Geo. L.J.*, vol. 81, 1992, pp. 251 ss. Cfr. nella letteratura italiana, P.L. PETRILLO, *A Global Comparative Perspective on Constitutional Degradation. An Introduction*, in T. GROPPi et al. (eds), *Framing and Diagnosing Constitutional Degradation: A Comparative Perspective*, Genova, 2022, pp. 51 ss.

reinterpretato l'eredità tradizionale e coloniale rovesciando il verso delle transizioni (da democratiche ad autoritarie). Si situa qui una peculiarità della nozione di transizione applicata all'Africa: questa non riflette l'“Eurocentric dream for an independent Africa”, bensì una progettualità costituzionale tutta interna al continente e alla sua classe politica⁷⁷. Lo conferma la Costituzione dello Zimbabwe del 2013. Lungi dall'essere stata una “people-driven democratic constitution”, essa è stata approvata in base a una procedura partecipativa rigidamente controllata dai tre principali partiti che avevano sottoscritto il *Global Political Agreement* (GPA) il 15 settembre 2008⁷⁸.

Ne esce stravolta l'idea – coltivata dal sogno euroamericano – che il verso delle transizioni sia sempre predeterminato e migliorativo. Affermarne l'intrinseca democraticità si scontra con una realtà giuridica ben più complessa. La degradazione dei contenuti costituzionali coerenti con (e funzionali a) alla progettualità democratica può, infatti, utilizzare il *formal constitutional change* per mascherare processi deliberatamente regressivo⁷⁹. Come dimostrano le transizioni regressive di Polonia e Ungheria, il potere politico ben può determinare verso e contenuti conformativi delle transizioni, rileggendo in termini di democrazia autoritaria i *benchmarks* applicati fini di *constitutional assessment*⁸⁰.

Il potere giudiziario rappresenta la cartina di tornasole per valutare il “verso” – migliorativo o regressivo – che la reinvenzione della tradizione può far assumere alle transizioni, metabolizzando nel costituzionalismo africano gli istituti di derivazione europea e/o coloniale, che assicurano la tutela dei diritti di libertà mediante la partecipazione delle comunità ai processi di decisione politico-normativa.

A tale riguardo, il continente africano può davvero stupire l'Occidente.

⁷⁷ M. CROWDER, *Whose Dream*, cit., p. 11.

⁷⁸ Si tratta dello *Zimbabwe African National Union-Patriotic Front* (ZANU-PF) controllato da Mugabe, il *Movement for Democratic Change-Tsvangirai faction* (MDC-T) e il *Movement for Democratic Change-Mutambara faction* (MDC-M). Cfr. W. ZEMBE, O.C. MASUNDAWERE, *The Global Political Agreement (GPA) Constitution in Zimbabwe: A New People-Driven Constitution or a Misnomer?*, in J. DE VISSER et al. (eds.), *Constitution-Building in Africa*, Baden Baden, 2015, 19 ss.

⁷⁹ Per ipotesi di transizioni deliberatamente a verso c.d. regressivo deliberatamente cfr. R. ORRÙ, *Africa subsahariana*, cit., pp. 4109 ss.; V. CARLINO, *L'involutione democratica nel continente africano. Quali indicazioni dall'emblematico caso del Benin?*, in *Federalismi.it*, n. 21/2021.

⁸⁰ G. HALMAI, *The making of “illiberal constitutionalism” with or without a new constitution: the case of Hungary and Poland*, in D. LANDAU, H. LERNER (eds.), *Comparative Constitution Making*, cit., p. 302 ss.

Si pensi alle problematiche connesse alle dinamiche elettorali e alle forme partecipative “africane”⁸¹. Nella manifestazione del suffragio, i rischi di manipolazione delle *free and fair elections* sono invero elevate, così come spesso è difficile tracciare una linea discretiva tra forme di democrazia inclusiva (africana) e democrazia autoritaria o “unanimista”⁸². In alcune limitate – ma rilevanti – occasioni, il potere giudiziario ha rielaborato i principi del costituzionalismo per individuare un’autonoma tradizione costituzionale. Si pensi alle note sentenze applicative della *unconstitutional constitutional amendments doctrine*⁸³; o le decisioni della *High Court* del Malawi e della Corte suprema del Kenya *anche* di annullamento dei risultati delle competizioni elettorali presidenziali⁸⁴. Le decisioni sono state adottate da corti coraggiose, che Lord Denning avrebbe qualificato come “*bold spirits*”; esse assicurano un’effettiva garanzia giurisdizionale alla democrazia costituzionale. Le decisioni sono poi coerenti con la *Charter on Democracy, Elections and Governance* del 2007 (in vigore dal 2012). Esprimendo la tensione all’autogoverno mediante la partecipazione della società africana⁸⁵, essa è ricognitiva di tradizioni costituzionali africane; certo, la *Charter* “[absorbs] lessons on democracy promotion and consolidation from other regions, most notably the

⁸¹ Si vedano i contributi raccolti in T. ABBIATE *et al.* (eds), *Public Participation*, cit. e A. SAATI, *Public participation, representative elites and technocrats in constitution-making processes: Nigeria, Uganda, South Africa and Kenya*, in R. DIXON (eds.), *Comparative*, cit., p. 16 ss.

⁸² R. ORRÙ, *I Paesi dell’Africa subsahariana*, cit., p. 555.

⁸³ Supreme Court of Kenya, *The Attorney General & 2 Others V. David Ndi & 79 Others*, Sc Petition No. 12 of 2021; Cour constitutionnelle de RCA, *Decision N°009/CC/22 du 23 Septembre 2022*, sur les recours afin de constat de l’impossibilité de l’organisation d’une revision de la constitution ou d’un referendum constitutionnel et en inconstitutionnalité.

⁸⁴ High Court of Malawi, *Chilima & Anor. v Mutharika & Anor. (Constitutional Reference 1 of 2019)* [2020] MWHC 2 (3 February 2020); *Raila Amolo Odinga and another v. Independent Electoral and Boundaries Commission and Others* presidential petition No. 1 of 2017, KESC 42 (KRL), 2017; *Odinga & 16 others v Ruto & 10 others; Law Society of Kenya & 4 others (Amicus Curiae)* (Presidential Election Petition [2022] KESC 56 (KLR) (26 September 2022) (Judgment). Cfr. sul punto G. RIGOBELLO, *Questioni digitali e analogiche: la “digital democracy” nuovamente alla prova della Corte Suprema del Kenya*, in *Dir. informazione e dell’informatica*, n. 2/2023, 363-375 ricorda come “L’intervento del potere giudiziario in ambito elettorale sembra ormai essersi consolidato come prassi nello Stato africano”.

⁸⁵ *Candler v Crane, Christmas & Co* [1951] 2 KB 164, 178 citata da M. BÖCKENFÖRDE, *Constitutional Review in Africa*, in R. DIXON (eds.), *Comparative Constitutional Law*, cit., p. 87.

Americas”, ma converte “the received wisdom into a framework specifically targeted at the problems and issues prevailing in Africa”⁸⁶.

Tali decisioni sono espressive della nozione formale di transizione costituzionale mediante un *atto* che è di *formal constitutional change*. Fin qui, nulla di nuovo: una coerente applicazione delle supposte categorie universali del costituzionalismo euroatlantico. Ciò che meravaglia il costituzionalista comparatista occidentale, tuttavia, è che *anche* in Africa si riescano ad avere transizioni migliorative, in cui la tradizione giuridica incorpora principi, valori e concetti che promuovono lo sviluppo dell’esperienza giuridica comunitaria africana lungo direttrici pienamente rispettose di quelle eurocentriche e coloniali.

Ma il continente africano può anche far riflettere l’Occidente.

Varrà, a tale riguardo, menzionare la sentenza *Derrick Chitala* della Corte Suprema dello Zambia nel 1995⁸⁷, che si situa nel processo di transizione costituzionale. Il ricorrente chiedeva agli organi giurisdizionali l’emanazione di un *writ of mandamus* nei confronti del Presidente della Repubblica per convocare un’assemblea costituente e redigere una Costituzione da ratificarsi con *referendum*. Il Presidente aveva già nominato una commissione; ma la proposta di costituzione da questa elaborata era stata respinta. Il ricorrente aveva così chiesto l’annullamento di tale decisione presidenziale, che avrebbe portato a una costituzione redatta da un Parlamento saldamente controllato dal Capo dello Stato⁸⁸.

La Corte non si sofferma sulle problematiche di diritto costituzionale – l’importanza delle quali è tuttavia evidenziata in più luoghi della decisione. Essa, piuttosto, scruta la questione preliminare di rito connessa all’interesse ad agire del ricorrente. Per la Corte, l’interesse è sussistente, ma non praticabile poiché potrebbe interferire con le attribuzioni costituzionali di un Presidente che non ha ancora dismesso le vesti del garante della “democrazia unanimitica”, ove partito unico e negazione del dissenso sono gabellati come espressione del diritto tradizionale.

La Corte dimostra di voler far aderire l’esperienza giuridica africana all’eredità europea e dall’accezione (occidentale e formale) della transizione

⁸⁶ Cfr. P.J. GLEN, *Institutionalizing Democracy in Africa: A Comment on the African Charter on Democracy, elections and Governance*, in *Afr. J. Legal Stud.*, 2012, pp. 160 ss.

⁸⁷ *Derrick Chitala (Secretary of the Zambia Democratic Congress) v Attorney General* (S.C.Z. Judgment No. 14 of 1995) [1995] ZMSC 32 (1 November 1995).

⁸⁸ Cfr. J. SANGWA, *Constitution-Making and Experience with Constitutional Rule in Zambia Since 1990*, in *Transnat’l L. & Contemporary Problems*, n. 10, 2000, pp. 483 ss.

costituzionale come atto (e non come processo). In una decisione ineccepibile in punto di diritto processuale, il giudice afferma come non sia possibile applicare i principi del costituzionalismo e formulare, sulla base di questi, un'autonoma tradizione costituzionale per la semplice ragione che non vi è alcunché – per il momento – da dichiarare.

La transizione è, cioè, ancora governata dal Presidente della Repubblica e i principi del costituzionalismo non sono stati ancora immessi nell'ordinamento costituzionale. Non si saprebbe che altro significato attribuire alla *dismissal* della richiesta di *leave of the Court* – se non la determinazione di un verso peggiorativo dei contenuti conformativi delle transizioni, rileggendo in termini di democrazia autoritaria i *benchmarks* elaborati per l'Africa dal *Global North*.

Ironicamente, la giurisdizione costituzionale di uno Zambia ancora autoritario altro non può fare se non ricorrere, pur di contenere la transizione, al diritto occidentale e alla tradizione di *common law*, reinventandoli per congelare *sine die* lo stato di eccezione su cui poggiano le democrazie autoritarie.

Questo esito – un'applicazione “pedante” del concetto di transizione – dovrebbe far riflettere il comparatista. Alla formalistica imitazione dell'occidente – di per sé in grado di far degradare le democrazie africane –, è da preferire la spesso disinvolta reinvenzione delle tradizioni secondo direttrici autonome (ma migliorative) elaborate dal continente per il continente medesimo. È questione di autonomia e maturità nella scelta dei *benchmarks* più adatti al contesto africano e, quindi, di riorganizzazione del corpo politico reinventando tradizioni e percorrendo transizioni senza sentirsi più – si spera – subalterni all'Occidente giuridico.