

MASSIMO BRUTTI
ALESSANDRO SOMMA (EDS.)

Diritto: storia e comparazione

Nuovi propositi per un binomio antico

Matteo Nicolini

Insidie “coloniali”, rappresentazione cartografica e processi di
delimitazione delle aree geogiuridiche africane | 323–358



MAX PLANCK INSTITUTE
FOR EUROPEAN LEGAL HISTORY

ISBN 978-3-944773-20-9
eISBN 978-3-944773-21-6
ISSN 2196-9752

First published in 2018

Published by Max Planck Institute for European Legal History, Frankfurt am Main

Printed in Germany by epubli, Prinzessinnenstraße 20, 10969 Berlin, <http://www.epubli.de>

Max Planck Institute for European Legal History Open Access Publication
<http://global.rg.mpg.de>

Published under Creative Commons CC BY-NC-ND 3.0 DE
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/de>

The Deutsche Nationalbibliothek lists this publication in the Deutsche Nationalbibliographie;
detailed bibliographic data are available on the Internet at <http://dnb.d-nb.de>

Cover illustration:

Christian Pogies, Frankfurt am Main

(Illustration shows a fresco in the Sala delle Ballerine of the Dipartimento di Giurisprudenza,
Università di Ferrara)

Cover design by Elmar Lixenfeld, Frankfurt am Main

Recommended citation:

Brutti, Massimo, Somma, Alessandro (eds.) (2018), *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*. Global Perspectives on Legal History, Max Planck Institute for European Legal History Open Access Publication, Frankfurt am Main, <http://dx.doi.org/10.12946/gplh11>

Insidie “coloniali”, rappresentazione cartografica e processi di delimitazione delle aree geogiuridiche africane

1. Storia e comparazione: quale contributo alla sistemologia delle tradizioni giuridiche africane?

Storia e comparazione: il binomio « antico » è di applicazione costante negli studi sistemologici. Per un verso, le classificazioni di famiglie e sistemi presuppongono un'intensa *conversation* tra studi storico-giuridici e proposte tassonomiche:¹ vere *diachronic narratives*, che restituiscono al diritto positivo la profondità della dimensione storica. Per altro verso, come già evidenziava Maitland, « History involves comparison and the... lawyer who knew nothing and cared nothing for any system but his own hardly came in sight of the idea of legal history ».²

Non minore rilievo ha il binomio quando l'interprete voglia nuovamente riflettere su sistemi collocati « al di là dell'Occidente », come tali non pienamente riconducibili (o solo parzialmente riportabili) alla *Western Legal Tradition*.³

Le riflessioni che si propongono sono limitate e parziali. *Limitate*, perché guardano a una rappresentazione del mondo per aree geo-giuridiche. Non s'intende aggiornare il *Theatrum Legale Mundi* di Leibniz: il tentativo, perseguito da numerosi studiosi,⁴ ci esporrebbe alla critica di riproporre l'etno-

1 Più complessa la problematica negli studi costituzionalistici: v. PALADIN (1997).

2 MAITLAND (1888), 11 poi discusso da PLUCKNETT (1951). Una ricostruzione del dibattito è ora in CRISCUOLI, SERIO (2016) 51 ss.

3 AMIRANTE (2015).

4 Cfr. LEIBNIZ (1667) § 28. Sul punto v. SIEMS (2014) 72 ss., HUSA (2015) 251. Ulteriori rappresentazioni in WIGMORE (1928), WIGMORE (1929), DE SOUSA SANTOS (1987), EASTERLY (1977) 213 ss. e TWINING (2009) 63 ss.

centrismo sotteso agli studi sistemologici tradizionali.⁵ Le riflessioni sono poi *parziali*, perché concernono i sistemi a meridione del deserto del Sahara, cui, su impulso degli europei,⁶ si riservano i designati di « (famiglia) di diritto africano »⁷ e « Africa sub-sahariana ».⁸

Il comparatista si confronta con la storia su più fronti. Considera le proposte di *Theatrum Legale* già acquisite alla comunità scientifica; tiene conto di un *trend* storiografico che, alternativamente: ricolloca le classificazioni *del passato* nella temperie che ne ha visto l'elaborazione; ne denuncia le invarianti metodologiche (e ideologiche). Sono operazioni che non si sottraggono a obiezioni: la ri-contestualizzazione delle classificazioni restituisce una concezione « museale » della sistemologia e la svuota di attitudine prescrittiva; la ricerca delle invarianti dimentica che ogni tentativo di « ordinare » la realtà giuridica, complessa e cangiante, poggia su criteri di classificazione che riflettono il crittòtipo (egemonico o eurocentrico che sia) del sistemologo e il *legal environment* in cui è venuta *storicamente* a maturare la proposta classificatoria.⁹

Detto altrimenti: le letture retrospettive sottopongono le classificazioni a processi di de-storicizzazione. Queste vengono, per così dire, « schiacciate » sul tempo presente e valutate alla stregua del criterio assunto dall'interprete. Anche detto criterio sarà debitore e del crittòtipo e del *legal environment* del sistemologo; ma sarà di sicuro più pertinente, perché all'etnocentrismo e ai pregiudizi che viziavano la sistemologia tradizionale avrà sostituito *criteri moderni* nei quali l'etnocentrismo, mercé « dell'umana gente/le magnifiche sorti e progressive », potrà fregiarsi di un maggior grado « scientificità ».¹⁰

Quanto ai sistemi africani, altri « lasciati » storici determinano le tendenze storiografiche indicate. L'eredità del diritto e della geopolitica coloniali assumono l'Europa come centro di irradiazione giuridica: l'etnocentrismo giuridico occidentale ancora dispiega su tali ordinamenti l'immagine di un'area collocata alla « periferia del diritto occidentale ».¹¹ Non tutte le opere

5 Ad es., MONATERI (2013) 25, PONCIBÒ (2014) 204 ss., SOMMA (2014) 70 ss., SOMMA (2015). Per l'origine del termine etnocentrismo SCARCIGLIA (2016) xiv.

6 HARRINGTON, MANJI (2003) 111 nota 6.

7 Ad es. M'BAYE (1976) 138 ss., ALLOTT (1968) 131 ss., SACCO (2006) e FOMBAD (2013), 48 ss.

8 Ad es. GAMBARO, SACCO (2009) 413, SACCO (2012) 313 ss.

9 Ad es. MATTEI, MONATERI (1997) 54 ss. e HUSA (2014), 69.

10 Su progresso e comparazione v. SACCO (2016). I versi sono in LEOPARDI (1845) 50–51.

11 SOMMA (2015) 11, ove l'espressione è riferita al diritto latinoamericano.

sistemologiche dedicano sezioni ai sistemi africani o li elevano a famiglia giuridica;¹² altre riservano loro una collocazione residuale.¹³

A denotarne la « perifericità » contribuiscono problemi di metodo, posto che per l'esame dei sistemi africani va assunto un « concetto di diritto » non più solo occidentale.¹⁴ Ciò spinge detti diritti ai margini delle ricerche comparatistiche; per la carenza di un adeguato strumentario metodologico, lo studio è scoraggiato dal contatto tra diritto europeo e diritti tradizionali, che genera fenomeni di *legal pluralism*.¹⁵

Notevole è poi l'influenza delle maggiori tradizioni giuridiche occidentali: il *common law* e il *civil law*. Lo stesso concetto di diritto africano poggia su elaborazioni europee: la « similarity of several Third World and Western legal systems is in most cases due to the colonial history of these countries ». ¹⁶ Non a caso vi sono tassonomie che collocano gli ordinamenti africani nella famiglia giuridica della vecchia potenza coloniale: le ex-colonie francesi, portoghesi, italiane, spagnole, belghe saranno di *civil law*; quelle inglesi di *common law*; altre sono *mixed jurisdictions* dovute a *colonial transfers*, come i sistemi dell'Africa australe, di Mauritius e Seychelles.¹⁷

L'influenza si manifesta nella terminologia giuridica. Ulteriore lascito coloniale è, ad esempio, la circostanza per cui *common law of the land* è espressione riservata ai sistemi che hanno radice nell'*English common law*, senza curarsi che in Africa australe tutti i formanti la applicano per definire l'ibridazione, ivi realizzatasi, tra diritto della potenza coloniale (il diritto inglese) e il diritto romano-olandese:¹⁸ la « “common-law tradition” (Afrikaans “gemeenregelke tradisie”)... is not to be confused with English common-law tradition ». ¹⁹ Nella gerarchia tra i sistemi elaborata dalla geopolitica coloniale europea, infatti, la *common law of the land* dell'Africa australe si è sviluppata all'ombra del diritto della Madrepatria britannica.

12 Ezzo non si rinviene, ad es., né in ZWEIGERT, H. KÖTZ (1996), né in GLENN (2014).

13 Oltre agli autori citati *supra*, note 7 e 8 v. DAVID, JAUFFRET SPINOSI (2002), AJANI, PASA (2013) e MAZZA (2016).

14 PEGORARO (2014) 24 e SIEMS (2014) 36.

15 RAUTENBACH (2014) 3 ss.

16 HUSA (2014) 69.

17 Così ZIMMERMANN, VISSER (1996) 7–8 e SIEMS (2014) 42.

18 Ad es. NICOLINI (2016a) 20 nota 13.

19 VAN DER WALT (2006) 7 nota 11.

Non meno egemonico è il *common law* nel generare mutamenti ordinali nel continente africano, in particolare nella disciplina delle relazioni commerciali. Si pensi all’Africa australe, dove la decisione *Seaville v Colley* (1891) 9 S.C. 39 « spiazzò » la *Lex Anastasiana* perché « it interfered with commerce, and was unknown to English law »;²⁰ o la *querelle* sulla sostituzione della *redelyke oorzaak* (la *iusta causa* romanistica) con la *consideration* nel diritto dei contratti. Vi pose rimedio la *Appellate Division* con la decisione *Conradie v. Rossouw*, 1919 A.D. 279, che compose il contrasto giurisprudenziale e conservò la soluzione originaria perché più aderente alla tradizione romano-olandese.²¹

In ogni caso, l’incidenza del diritto commerciale inglese è decisivo, anche perché il Regno Unito per primo avviò una *commercial colonial policy* mediante l’emanazione della *Navigation Ordinance* 1651 e la creazione di un sistema di *Law Merchant* omogeneo e unitario, imposto alle colonie a tutto beneficio della Madrepatria.²² Ciò generò un processo di globalizzazione *ante litteram*: nelle colonie « commercial law [was] transformed and replaced by Anglo-American commercial law, because of pressure to conform to the norms of the dominant economy ».²³

L’adesione al diritto commerciale britannico fu infatti spontanea. La portata globalizzante del lessico²⁴ e del diritto commerciale inglese – la cui elaborazione, da parte di Lord Mansfield, muove dallo *ius gentium* romanistico – contribuirono a generare una disciplina dei traffici mercantili e finanziari neutri rispetto a identità storiche e valori delle comunità coloniali, eludendo gli ostacoli culturali che, in altri settori del diritto (famiglia e successioni, in particolare) si erano opposti all’anglicizzazione del sostrato giuridico.²⁵ Tali ostacoli apparivano difficilmente opponibili al potere economico globale (inglese): la liquidità del territorio, l’adesione spontanea al modello dominante e la permeabilità delle norme che ivi regolavano assetti proprietari, traffici e dinamiche commerciali non erano, forse, la più elevata *performance* che poteva essere richiesta a un ordinamento al fine di corrispon-

20 WESSELS (1908) 390.

21 LEE (1930) 41, HUTCHINSON, PRETORIUS (2012) 13 e DU PLESSIS (1999) 110 ss.

22 EGERTON (1897) 2 e WHITE, HUSSEY (1958) 198. Sul processo di radicamento del *common law* nel processo di creazione del *global commercial law* v. NICOLINI (2017a).

23 PALMER (2012) 79.

24 LONATI (2012) 7, MUGGLESTONE (2015) 133 e HANCOCK (2000) 3 ss.

25 WESSELS (1908) 391.

dere alle esigenze della *governance* economica mondiale che andava de-localizzandosi? Non a caso, ancora oggi è sul crittòtipo del *common law* che poggia l'ordine giuridico preferito dal capitalismo finanziario che rilascia lo stesso mercato ai rapporti di *forza* tra gli attori della globalizzazione economica.²⁶

La proposta di mappatura su base « areale » muta la prospettiva d'indagine. Ciò significa *spostare il punto di osservazione* dall'Europa all'interno delle aree geogiuridiche da delimitare e portare a compimento il « disengagement from the whole colonial syndrome ». ²⁷ Non si tratta di esaminare sistemi « periferici », ma di proporre una dislocazione degli spazi giuridici capace di registrare variazioni spesso notevoli rispetto alle narrazioni coloniali.

Tali aree non saranno « zonizzazioni » meramente descrittive di ambiti territoriali. Al contrario, esse vanno intese in un'accezione giuridicamente rilevante: si delimitano aree geografiche, compatte e omogenee, in grado di elaborare, sotto forma di *legal narratives*, tradizioni giuridiche autonome rispetto a quelle coloniali ed eurocentriche. Si deve pertanto recidere la « parentela » che, metaforicamente, lega i diritti (coloniali) africani alle famiglie giuridiche occidentali: non a caso, lo schema di rappresentazione « parla di famiglie, parentele, genealogie e di *tratti*, come se [ciascun sistema] veramente nascesse e morisse e lasciasse eredi ». ²⁸

I criteri tradizionali di classificazione, non più sufficienti, vanno integrati con dei nuovi. Ai fini della delimitazione assumerà rilievo il criterio « storico-giuridico » (l'Africa è *recipient* della dominazione coloniale europea). Non minor peso avrà l'interazione fra i formanti – in particolare, fra quello costituzionale (il più rilevante formante « dinamico » ²⁹ per la comparatistica giuspubblicistica) e i formanti-sostrato caratteristici delle aree geogiuridiche da delimitare: il *Cape colonial law*, il diritto tradizionale, il *droit coutumier malgache*.

Lungo la direttrice che collega formante-sostrato e costituzione si situa una delle acquisizioni della ricerca: il contributo che la comparazione giuspubblicistica può offrire allo studio delle famiglie giuridiche, in generale, e alla delimitazione dei sistemi africani, in particolare. L'indagine sulla loro

26 SOMMA (2014) 87 ss. e NICOLINI (2017a).

27 HULME (1995) 120.

28 MONATERI (2013) 9.

29 PEGORARO (2014) 20.

constitutional implication – in primo luogo, quella originata dall'interazione tra sostrato d'area e costituzione –, non intende soppiantare la *dissemination* dell'eredità europea e dei principi del costituzionalismo in queste aree del globo, ma solo rimuovere il pregiudizio di superiorità della tradizione (culturale e giuridica) euro-atlantica, che aveva relegato ai margini delle ricerche gli apporti dei diritti e delle tradizioni locali.

Qui, forse, si dà il contributo più rilevante alla sistemologia del binomio storia del diritto-comparazione giuridica: la elaborazione di un *legal historical discourse* che, nelle aree geogiuridiche africane, sappia coniugare l'eredità europea e il diritto tradizionale emancipando l'una e l'altra dalle insidie coloniali e favorire autonome narrazioni dell'esperienza giuridica del continente africano.

2. Delimitare le aree geogiuridiche africane: problemi di metodo e insidie coloniali

Si tratta ora di individuare, mediante nuovi criteri di mappatura, una nozione giuridicamente rilevante di aree geogiuridiche africane.

La letteratura sistemologica non sembra prestare particolare attenzione alle problematiche di *demarcation* delle aree geo-giuridiche, in generale, e africane, in particolare.³⁰ Al più, essa si è dedicata a ritagliare, entro il più ampio cerchio del diritto degli Stati africani, un cerchio ulteriore, di *diritto africano*, coincidente con i sistemi a meridione del Sahara.³¹

Altri propone di utilizzare l'espressione per descrivere un'area territoriale nella quale ripartire i vari sistemi. Così, vi è chi suddivide il diritto africano in macro-aree: l'Africa settentrionale o islamica; l'Africa sub-sahariana occidentale; l'Africa sub-sahariana centro-occidentale; l'Africa australe; l'Africa orientale.³²

Ragionamento analogo riguarda le ripartizioni geogiuridiche interne al continente africano. Ad esempio, l'Africa australe è concepita come l'insieme degli « Anglophone Commonwealth countries of eastern and southern Afri-

30 Con alcune eccezioni: AJANI (1993) 1–22 (area *ex-socialista*), OLIVIERO (2011) 885 ss., NICOLINI (2016a) (Africa australe), NICOLINI (2017b) (Africa tropicale).

31 DAVID, JAUFFRET SPINOSI (2012), SACCO (2006) 3 ss. e ORRÙ (2014) 555 ss.

32 VIMBORSATI (2011) 316.

ca » (*ESA States*)³³ o come gruppo di ordinamenti con i quali l'Unione europea intrattiene rapporti nell'ambito della politica commerciale comune.³⁴ Tuttavia, mentre la prima proposta delimita per eccesso l'area – gli *ESA States* sono tutti gli ordinamenti costituzionali dell'Africa sudorientale membri del *Commonwealth of Nations* –, la seconda sovrappone zonizzazioni giuridiche e politiche commerciali.

La delimitazione è ancora più complessa in Africa nera. Mentre le ricerche precedenti suddividevano il continente in due aree geogiuridiche (*Tropical Africa* e Africa australe³⁵), ora se ne aggiunge una terza: quella di *droit coutumier malgache*. A sancire l'autonomia del Madagascar rispetto alla *Tropical Africa* – da altri unificati in un'unica famiglia³⁶ – stanno l'insularità dell'isola, le ascendenze socio-linguistico-culturali asiatiche e la persistenza del formante-sostrato tradizionale, ora *entrenched* nel preambolo della Costituzione del 2010 e oggetto di *restatement* ben prima della colonizzazione francese.³⁷ Si tratta di un elemento discreitivo rispetto al diritto continentale africano e a quello di altri Stati insulari dell'Oceano indiano, dove – come a Mauritius e nelle Seychelles – l'ibridazione tra *civil law* e *common law* a seguito dei *colonial transfers* da Francia e Regno Unito (1810) ha eclissato le tradizioni giuridiche locali.³⁸

Conviene, dunque, ragionare di « Afriche ».³⁹

Se, in ragione dell'insularità del Madagascar, è facile delimitare l'area geogiuridica *malagasy*, meno agevole è individuare i confini per le aree del continente. Non si possono utilizzare criteri solo geografici o etnici. Certo, le popolazioni sub-sahariane si differenziano da quelle dell'Africa mediterranea per la loro « negro-africanité »;⁴⁰ e il criterio linguistico divide i territori sub-sahariani da quelli del Sahel e le lingue niger-kordofaniane e nilo-africane da quelle afroasiatiche.⁴¹ Ma non si tratta di criteri *di per sé* giuridicamente

33 HATCHARD, NDULO, SLINN (2010) 2–4.

34 <http://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/regions/esa>.

35 Rispettivamente NICOLINI (2016a) e NICOLINI (2017b).

36 DAVID, JAUFFRET SPINOSI (2012).

37 MOLET (1967). V. altresì *infra*, § 3.

38 Per le Seychelle v. TWOMEY (2015) 55 ss.; per Mauritius v. PALMER (2012).

39 WOODMAN (2010) 10.

40 M'BAYE (1976) 139; WOODMAN (2010) 9.

41 SACCO (2006) 49.

rilevanti. Lo conferma la labilità del criterio geografico. Il Sahara separa l’Africa araba da quella tropicale, ma la linea di demarcazione tra Sahel e Africa sub-sahariana non ha impedito al diritto africano di conservarsi presso i berberi – che abitano aree islamizzate ma non arabizzate del Sahara – o al diritto islamico di penetrare fino in Somalia.⁴² Nessuna reale discontinuità geografica separa poi l’Africa tropicale da quella australe. Solo la dominazione coloniale attribuì un significato giuridico al concetto di frontiera, che da geografica divenne strumento di demarcazione amministrativa, prima, e di ripartizione politica tra Stati, poi: sono gli « ostensibile “margins” of former ... colonies ».⁴³

Non rimane che integrare i criteri etnico-geografici con quelli giuridici e apprezzare la prima forma di interazione tra costituzione e formante-sostrato. È l’apposizione di confini il primo lascito della colonizzazione europea che delimita territorialmente i vari formanti-sostrato. L’intersezione tra formanti e forma del potere politico è, infatti, l’unico criterio che dota di prescrittività la « frontiera sahariana »; e che spiega perché il diritto romano-olandese nella variante ricevuta dalla Colonia del Capo sia sostrato in Zimbabwe, ma non in Zambia e Malawi. Posto che il Malawi (già Nyasaland) fu protettorato dal 1891 al 1953, anno in cui venne federato alla Rhodesia del Sud (Zimbabwe) e del Nord (Zambia) nella Federazione di Rhodesia e Nyasaland (sciolta nel 1963), ciò che esclude Malawi e Zambia dall’area geo-giuridica africana australe è la loro estraneità al centro d’irradiazione della *Cape colonial law* assicurata da un confine già tracciato in epoca coloniale.⁴⁴

A nulla vale affermare che, nella delimitazione delle aree geogiuridiche, il « focus on states disregards the role of non-state law ».⁴⁵ La formazione di unità territoriali in epoca coloniale (i futuri Stati africani) è dato storicamente ineludibile; all’interno di questi, si sono combinati gruppi di etnie diverse (o, viceversa, i confini hanno spesso reciso l’unità di molti gruppi ora ripartiti fra più Stati);⁴⁶ infine, *non-state law* è concetto relazionale, definito *in negativo* rispetto al diritto di fonte politica e statale.

42 SACCO (2006) 112 ss.; BERNARDI (1998) 135 ss.

43 GILMARTIN, BERG (2007) 120.

44 NICOLINI (2015).

45 SIEMS (2014) 35.

46 ALLOTT (1967) 60; WA MUTUA (1994–1995) 1114 e 1119.

Non a caso, la nozione di *non-state law* lascia impregiudicata la natura del diritto tradizionale oggetto di *restatement*:⁴⁷ una procedura, questa, contrastante con il pluralismo africano e la realtà sociale e giuridica perché origina un nuovo diritto tradizionale omogeneo e «razionalizzato»,⁴⁸ nel quale cessano di ricevere applicazione istituti che, in forza delle *repugnancy clauses* ivi contenute, siano «contrary to justice and humanity».⁴⁹

3. «Insidie coloniali» e prospettive etnocentriche di mappatura nella rappresentazione cartografica dell’Africa

Il riferimento ai confini statali come lasciti della dominazione coloniale e i processi di *restatement* del diritto tradizionale introducono una problematica ulteriore: l’incidenza della radice ideologica dell’etnocentrismo negli studi sistemologici tradizionali. La radice è evidente nell’analisi dei processi di mutamento del pluralismo giuridico africano indotti dal *restatement*. Non è un caso che la scrittura esalti l’oralità dello stesso pluralismo giuridico africano e accentuandone l’inferiorità rispetto al diritto scritto e razionale europeo.⁵⁰

La sistemologia – che si propone di mettere ordine nella realtà e nel pluralismo – si espone nuovamente alla critica etnocentrica sottesa alla classificazione dei sistemi giuridici.⁵¹ Non diversamente dal periodo coloniale, ancora oggi la rappresentazione dell’Africa – spesso deformata – assume l’Europa come *il* centro d’irradiazione per la rappresentazione delle manifestazioni del fenomeno giuridico.

È la conservazione di una prospettiva, geografica e giuridica, che ben potrebbe definirsi «coloniale» a qualificare le rappresentazioni cartografiche tradizionali.⁵² Qui l’aggettivo *coloniale* denota la circostanza per cui «Decolonisation has not dismantled the legal-historical effect of colonisation, which continues to be seen today in all the States that were under the colonial power».⁵³ Non solo le proposte classificatorie sono modellate sulla

47 PRINSLOO (1987) 411.

48 WOODMAN (2010) 12.

49 CHANOCK (2001) 282.

50 ALLAN (1985) 253 e 257.

51 Cfr. *supra*, § 1.

52 HARRISON CHURCH (1948) 18–19; POWER, SIDAWAY (2004) e MAHMUD (2010) 64 ss.

53 HUSA (2014) 167.

geografica politica disegnata dalle potenze europee e consegnata agli Stati africani affrancatisi dalla colonizzazione; ma tali classificazioni poggiano ancora sulle acquisizioni della geografia coloniale e realizzano una *geopolitica occidentale* degli spazi giuridici.

Lo conferma la classificazione che unifica Africa continentale, australe e Madagascar (come se l’Africa fosse omogenea socialmente e giuridicamente) senza considerare la diversità fra formanti-sostrato dell’area tropicale, australe e malgascia. Ad analoghe conclusioni si perviene considerando le classificazioni degli *ESA States* e quella che poggia sulla proiezione della politica commerciale dell’Unione europea. Nel primo caso, il criterio di delimitazione è rappresentato dal lascito coloniale britannico; nel secondo si proietta sulla mappa che raffigura il continente africano la *governance* dei traffici commerciali globali che fanno capo all’Unione – come tali riferibili al complesso delle vecchie potenze coloniali europee.

Si replicano le coordinate ideologiche già tracciate dalla Conferenza di Berlino (1884–1885): è lo « scramble for Africa »⁵⁴ (ora di natura economica) nel quale « el racismo y la idea de misión civilizadora asumirían un papel protagónico en [un] contexto de imposición política »,⁵⁵ mediante una « clearly defined hierarchical society in which Europeans commanded and Africans accepted commands ».⁵⁶

Il metodo giuridico applicato agli studi sistemologici conserva un carattere coloniale. Lo prova il ricorso alla rappresentazione cartografica⁵⁷ mediante la quale emergono nuovi assetti giuridici (anche dei possedimenti d’Oltremare).

Non è un caso che tale propensione cartografica si sviluppi presso la più importante potenza coloniale, il Regno Unito. Già nell’alto medioevo, l’Inghilterra – cuore della potenza coloniale britannica – fu la prima entità politica a tracciare una propria geografia degli spazi giuridici con il Trattato di Wedmore (878 d.C.), sottoscritto dal Re danese Guthrum e da Alfredo il Grande, Re del Wessex: esso disegna, in forma reciprocamente escludente, la relazione di dominio intessuta con le comunità e i relativi territori dai due sovrani. È il cosiddetto *Danelaw*, che, al contempo, indica la comunità e il

54 GJERSØ (2015) 831 ss. Sulla Conferenza di Berlino ad es. DE MARTENS (1886) 244 ss.

55 ROCCA RIVAROLA (2012) 93–94.

56 RANGER (1983), 220–221.

57 Ad es. LANGHANS-RATZBURG (1928) e MERK (1926).

territorio soggetti al Re e alla legge danese⁵⁸ ma pure il confine che corre da Chester a Londra.⁵⁹

Sempre l'Inghilterra usa la *graphic way* per definire il concetto di nazione: « to circumscribe the nation is to map it ». ⁶⁰ Ancora, è l'Inghilterra a produrre le prime rappresentazioni cartografiche nazionali (il *Domesday Book*⁶¹ e le quattro mappe contenute nelle *Chronica Majora*, *Historia Anglorum* e *Abbreviatio Chronicorum* dello storico medievale inglese Matthew Paris⁶²), sia coloniali. Si pensi alla prima rappresentazione del *colonial rule* inglese dopo la conquista Anglo-Normanna dell'Irlanda (1169–1172). Ciò indusse a mappare e delimitare i nuovi possedimenti: vi accinse Gerald of Wales nella *Topographia Hibernica* e nella *Expugnatio Hibernica* anche al fine di imporre il modello coloniale al sostrato celtico-irlandese.⁶³

La rappresentazione cartografica poggia sull'idea occidentale che la complessità giuridica del mondo possa essere semplificata mediante classificazioni dei sistemi (le manifestazioni del diritto) entro più vaste aree la cui consistenza (territoriale, personale e di tradizione giuridica) è ancora tracciata secondo confini immutabili voluti dai centri di potere coloniale ed economico-giuridico – confini pur sempre smentibili ove se ne ravvisi l'opportunità per ragioni, appunto, di geopolitica degli spazi giuridici. Il tutto è tenuto assieme da un principio di diritto internazionale tipicamente europeo: *uti possidetis*, a tal punto essenziale da essere confermato, in piena decolonizzazione, dagli Stati africani, dall'Assemblea Generale dell'Onu e dell'Organizzazione dell'Unità Africana (Oua) sin dalla sua fondazione (1963).

I sistemi africani subiscono così la supremazia – giuridica, storica e sociale – dei sistemi occidentali europei, come se il diritto fosse pratica squisitamente euro-atlantica.⁶⁴

Dal punto di vista *europeo* sul diritto, la perifericità dei sistemi africani si deve alla contiguità con il diritto tradizionale. È, questa, la ragione della sua irregolare inclusione nella rassegna dei sistemi o delle tradizioni giuridiche

58 BAUGH, CABLE (2013) 89.

59 STENTON (1992) 14–15.

60 TURVILLE-PETRE (1996) 1.

61 MAITLAND (1987), DARBY (1954–1967) e FLEMING (2003).

62 TURVILLE-PETRE (1996) 1 nota 2.

63 NICOLINI (2016b).

64 Così BUSSANI (2010).

comparate già indicata: vuoi perché impone di adottare una concezione non « giuspositivistica »; vuoi perché il diritto africano tradizionale incontra, nei differenti ordinamenti costituzionali, diritti di diversa provenienza: il diritto romano olandese, la *common law*, il diritto religioso.

Vi concorre anche il metodo stratigrafico. Il diritto africano si caratterizza per « recezioni di modelli caratterizzate da vistose reazioni di substrato ». ⁶⁵ A contatto fra loro, i « reagenti » – i diritti tradizionale, religioso, coloniale e dell'indipendenza – originano nuovi « composti », da tenere rigorosamente separati, posto che « la cultura africana deve essere studiata cogliendo ordinatamente gli strati che si sono sovrapposti » – e ciò « è ancora più evidente nel mondo del diritto ». ⁶⁶

Tuttavia, la riflessione sulla scomposizione dei substrati pone rilevanti questioni di metodo. Se riguardata dalla prospettiva della comparazione, la ricerca sui singoli strati acquista i tratti della *monodimensionalità*. Non tanto perché si preferisce un metodo *top-down* – interno, cioè, a ciascuno degli strati esaminati –; ma perché, nel discendere da strato a strato, l'intarsio tra i formanti che vi sono sottesi si appiattisce su di un'elegante attività di esegesi, dalla quale emerge una visione museale del diritto tradizionale, che misura la distanza tra le varie impostazioni dottrinali di esso ricostruttive e non quella che le separa dai materiali interpretati.

L'opzione stratigrafica deve confrontarsi sia con il metodo della comparazione giuridica, sia con la circostanza che, nell'ambito dei singoli ordinamenti, si dà un contatto tra lascito coloniale e diritto tradizionale, e ne va valutata la capacità di resistere a incisioni del diritto occidentale.

In definitiva, dietro l'impostazione occidentale, museale e stratigrafica si nasconde la principale insidia dell'etnocentrismo: la (presunta) superiorità gerarchica della *Western legal tradition* determina il punto di vista di osservazione dell'interprete, esterno agli ordinamenti esaminati ma ritenuto valido per il nesso che instaura tra « civiltà » e « diritto ricostruito nei suoi elementi determinanti » ⁶⁷ – si aggiunga, tra civiltà e *metodo giuridico razionale*.

65 SACCO (2006) 4 e 56.

66 GAMBARO, SACCO (2009) 415.

67 SOMMA (2014) 82.

4. La comparazione nel diritto pubblico e la sistemologia: *colonial policies ...*

Nel classificare le famiglie giuridiche, gli studi sistemologici indagano in misura maggiore il formante-sostrato. La ragione è evidente: lì si radica la disciplina prima degli istituti privatistici, cui tradizionalmente guardano con interesse i comparatisti privatisti.

Se ne trae conferma dalle narrazioni delle tre aree geogiuridiche africane. In quella australe la narrazione *iure privatorum* muove dall'approdo degli olandesi al Capo di Buona Speranza (1652); esamina l'estensione del *Rooms-Hollands Regt* agli insediamenti boeri;⁶⁸ prosegue con l'occupazione inglese (1795) e il *colonial transfer* (1806), che determinano l'incontro tra sostrato romano-olandese e *common law*.⁶⁹ L'influsso del *common law* fu enorme nel diritto privato e processuale nel XIX secolo al Capo e financo nelle Repubbliche Boere del Transvaal e dell'*Orange Free State*, dove le sentenze citavano *auctoritates* e diritto inglesi e si applicava *stare decisis*.⁷⁰ È il sistema giuridico misto della Colonia del Capo (*Cape colonial law* o *Cape common law*) dal quale trae origine la famiglia giuridica mista estesa all'Africa australe. In un primo momento, è il sostrato tre Repubbliche boere; successivamente, è confermato dagli inglesi che, con la prima guerra boera, annettono il Natal alla Colonia del Capo (1843–1856) per poi erigerlo ad autonoma *Crown colony*. Ancora, il *Roman-Dutch law* si conferma sostrato vitale a conclusione della seconda guerra boera (1902): la *debellatio* dello Stato Libero dell'Orange e della *Zuid-Afrikaansche Republiek*, la loro ammissione nell'Impero britannico in qualità di colonie poi entrate a far parte dell'*Union of South Africa* nel 1910 non ne comporta il *repeal*. Gli inglesi estendono il diritto romano olandese agli *High Commission Territories* di Basutoland (Lesotho) nel 1884, Bechuanaland (Botswana) nel 1891 e Swaziland (1905); ma anche alla Rhodesia del Sud (Zimbabwe) nel 1891 e alla Namibia (1919).⁷¹

68 VAN LEEUWEN (1656). Sull'estensione del diritto romano-olandese v. VAN DER MERWE (2012) 93.

69 LEE (1915) 10 e MORICE (1903) 1–2.

70 WESSELS (1908). VINDEK (1901) 158 richiama la decisione della *High Court* di Bloemfontein e Pretoria *Hay v The African Gold Recovery 13 Company*, in: *Cape Law Journal* del novembre 1896.

71 NICOLINI (2016a) 62 ss.

In Africa tropicale la narrazione guarda al pluralismo giuridico e sociale africano, alle interazioni fra diritto e soprannaturale, all'assenza di un linguaggio giuridico verbalizzato, a un diritto differenziato per *status* personali (età, casta e genere), in cui la dimensione comunitaria assorbe quella individuale.⁷²

C'è poi la narrazione « malgascia », fondata su di un diritto che la letteratura seguita a qualificare come « consuetudinario », ma che forse appare più corretto designare come tradizionale.⁷³ Esso venne codificato dal 1828, vale a dire prima della colonizzazione europea. In ciò si esprime la volontà dei sovrani malgasci, che ricorsero a un sistema ortografico tratto dalla linguistica europea e rielaborato secondo un'autonoma tradizione insulare.⁷⁴ L'elemento differenziale rispetto alle aree geogiuridiche del continente è la presenza di una stabile organizzazione del potere pubblico: nel 1824 il Madagascar si eleva a Regno indipendente; il processo di unificazione dell'isola, avviato già nel XVI secolo, sarà interrotto dalla dichiarazione del protettorato francese nel 1885 e dalla trasformazione in colonia nel 1896. Con il che la distinzione « continentale » tra società con « centralised forms of authority » e società acefale non pare applicabile alla tradizione malgascia.⁷⁵

Ed è proprio in relazione all'organizzazione del potere che si situa il maggior contributo della comparazione giuspubblicistica alla sistemologia. Un ruolo, quello del diritto pubblico comparato, certo non assente, ma solitamente di « sfondo » nella manualistica e nella riflessione scientifica. O, forse, la presenza del diritto pubblico comparato è semplicemente « data per scontato »: vuoi perché il ruolo del pubblico potere è implicitamente richiamato nello studio della genesi dei sistemi giuridici, vuoi perché esso viene spesso sospinto ai margini delle ricerche anche sull'*enforcement* e sull'applicazione degli istituti di diritto privato sostanziale. Ma non è un caso che, nel fluire diacronico dell'ordinamento, la narrazione degli istituti privatistici sia tradizionalmente modellata proprio dalle *policies* coloniali, uno dei luoghi di più intensa rappresentazione del potere sovrano.

72 M'BAYE (1976) e SACCO (2006).

73 THÉBAULT (1951).

74 MOLET (1967) 125.

75 DAANNA (1994) 61 ss.

Ciò è di tutta evidenza nelle colonie inglesi. Il « riconoscimento » (più precisamente, la conferma) del diritto previgente – sia esso il sostrato romano-olandese o quello tradizionale – nelle colonie dell’Impero è retto da un principio, tipico del *common law* e affidato al formante giurisprudenziale. Con le motivazioni che Lord Mansfield stese in *Campbell v Hall*, « The laws of a conquered country continue in force, until they are altered by the conqueror »:⁷⁶ si tratta di una vera « British constitutional practice ».⁷⁷

Si sono così preservati il diritto tradizionale e la *Law of Holland*, fatti appunto salvi gli interventi del potere pubblico necessari per « far prevalere le norme del diritto inglese disciplinanti il governo del Regno Unito sulla colonia ».⁷⁸

Il ricorso al formante giurisprudenziale nella costruzione dei sistemi giuridici dell’Impero britannico non solo affida al precedente vincolante la possibilità di irrigidire e conservare soluzioni tratte dal formante-sostrato e da imporre ai giudici che dovranno in futuro applicare la medesima *ratio decidendi*. La « dichiarazione » di conservazione del diritto preesistente, proprio perché si tratta di un meccanismo ripetibile in ogni area geo-giuridica dell’Impero, poggia su criteri giuridici, ma questi fanno velo a ragioni politiche, se non addirittura le legittimano.

Le ragioni politiche sono quelle che in termini moderni indicheremmo come meccanismi di *preservazione* del consenso presso le popolazioni entrate a far parte dell’Impero e di *opportunità* nella conservazione della disciplina previgente; vuoi, più pragmaticamente, per ragioni di continuità ordinamentale, vuoi per rafforzare la legittimazione del nuovo potere politico.

In altri termini, è questione di *policy* nella *governance* coloniale. La decisione è dunque politica, quand’anche espressa in forma giuridica. Il fatto è che la *doctrine* altro non è che l’espressione di una *royal will* politicamente qualificata. Lo prova la circostanza – già richiamata – per cui « the laws remain until they are altered by the conqueror »,⁷⁹ ma che nulla vieta al potere politico imperiale – nella forma della legge del Parlamento sovrano dell’Impero – di revocarla o modificarla.

76 (1774) 1 Cowp. 204 at 209, 98 ER 1045 at 1047. Ad es. LEE (1915) 8–9 e WHITE, HUSSEY (1958) 203.

77 ERASMUS (1990) 349.

78 ORTINO (1994) 378.

79 PEREIRA (1901) 1.

Non è, infatti, il Parlamento il potere supremo? E non è forse detta supremazia a impedire al *King in Parliament* di trasformarsi in un potere politico arbitrario? Il Parlamento, infatti, è tale perché è un *potere supremo consentito*: « the *Liberty of Man, in Society*, is to be under no other Legislative Power, but that established, by consent, in the Commonwealth, nor under the Dominion of any will, or Restraint of any Law, but what the legislative shall enact, according to the Trust put in it ». ⁸⁰ Il Parlamento è il *garante politico* delle libertà dei sudditi dell'Impero e legittimato, ove se ne diano le circostanze o l'opportunità, a modificare le leggi delle aree geo-giuridiche che vi sono soggette.

5. ... e invented traditions

Il contributo della comparazione giuspubblicistica alla sistemologia è evidente nel dialogo tra formante-sostrato e costituzione. In Africa australe si è così proposto di articolare l'indagine lungo due distinte narrazioni: quella « privatistica » che guarda all'irradiazione del *Cape colonial law* alle altre aree australi acquisite dagli Inglesi; la seconda, che esamina l'incidenza dell'identità *Afrikaner* e dell'*apartheid* nella costruzione della famiglia giuridica mista. ⁸¹

Le narrazioni sono intrecciate sin dall'edificazione del sistema. Anche la narrazione dell'*apartheid* offre un contributo « pubblicistico » agli studi sistemologici. Sostrato romanistico e *apartheid* sono ritenuti *intrecciati*. Da un lato, il XIX secolo vede la « rinascita » del *Roman-Dutch law* in corrispondenza della formazione di un nazionalismo *Afrikaner*. ⁸² Dall'altro, una « misplaced connotation with the policy of apartheid » ha da sempre congiunto diritto privato (romano-olandese) e diritto pubblico in Sudafrica. ⁸³ A conferma del prestigio del *Cape colonial law* nonostante l'*apartheid*, poi, va ricordato che esso è tuttora il sostrato in Botswana, Swaziland e Lesotho che, a differenza di Sudafrica, Namibia e Zimbabwe, non hanno conosciuto o praticato il sistema dell'*apartheid*.

80 LOCKE (1988) Cap. IV, 22.

81 NICOLINI (2016a) 62 ss.

82 LOVELL (1956) 308 ss. V. anche DU TOIT (1970) 534.

83 SANDERS (1981) 330.

In Africa tropicale e Madagascar il potere pubblico si manifesta nella forma della consolidazione scritta (*restatement*) del diritto tradizionale. A fronte del pluralismo normativo e istituzionale dell’Africa sub-sahariana, in particolare, il potere pubblico coloniale ha promosso forme di razionalizzazione semplificazione del *customary law*.⁸⁴

Ciò che qui rileva è la finalità di tale *colonial policy*: la semplificazione, razionalizzazione e scrittura di un diritto tradizionale unitario è funzionale alla edificazione e conservazione della geopolitica europea. La realizzazione di tale *policy* si proponeva di sradicare l’esperienza giuridica plurale dell’Africa tropicale: nella concezione coloniale ed egemonica occidentale « variations between different customary laws are believed to be unjustifiable »; e « differences in social organization and tradition are not allowed to stand in the way of this legal unification ».⁸⁵ Il lascito innerva a tal punto i sistemi africani, che, in epoca postcoloniale, è divenuto parte della politica di *state-building*: si convertono il pluralismo sociale e tribale in unità politica, le strutture tradizionali in categorie più vicine al lascito occidentale, la società tradizionale pluralistica in una società tradizionale *nazionale*, politicamente e culturalmente omogenea. Non è un caso che, in piena decolonizzazione, le *élites* locali ottennero l’indipendenza per i propri Stati sviluppando « ideologically motivated policies throughout the whole range of governmental institutions ».⁸⁶

Influssi pubblicistici si danno anche a livello di organizzazione istituzionale del potere. Non solo gli Stati europei dotarono le colonie di forme di governo differenziate; non solo si praticarono forme di *direct* o *indirect rule*;⁸⁷ ma gli europei estesero alle aree geogiuridiche africane i principi del costituzionalismo liberale – questi, certamente, in grado di conformare il formante-sostrato tipico di ciascuna area.

A ben vedere, le potenze coloniali manifestarono atteggiamenti contrastanti rispetto alla *governance* coloniale; e l’applicazione dei principi del costituzionalismo liberale variava da colonia a colonia. Vi contribuivano ragioni ideologiche: adottare il tritico liberale rivoluzionario (libertà, eguaglianza,

84 M’BAYE (1976) 150 ss.

85 ALLOTT (1967) 59.

86 ALLOTT (1967) 55–56.

87 LUGARD (1922) 192–213, WHITTLESEY (1937) 363; KILLINGRAY (1986) 416, MANN, ROBERTS (1991) 20 e O’PLOT (1992) 91–92.

fraternità) in Africa significava, ad esempio, estenderlo anche alle colonie del Regno Unito, diffidente verso la rivoluzione e i principi che ne erano scaturiti.⁸⁸ Ma anche la recezione dei principi rivoluzionari francesi era stata asimmetrica in Europa: in Spagna, la *colonial policy* rifletteva il silenzio serbato dalla Costituzione di Cadice e dalle costituzioni del XIX sul principio di eguaglianza con contestuale conservazione della schiavitù.⁸⁹ Il Portogallo distingueva i cittadini metropolitani dai *forros* (nobiltà creola) e dagli schiavi africani.⁹⁰ Non mancavano poi forme di interferenza – la politica coloniale inglese contrastava quella spagnola a Fernando Poo (oggi Bioko, in Guinea Equatoriale) a tutela degli interessi economici imperiali nei Caraibi.⁹¹ L'abolizione della schiavitù verso le colonie inglesi (1807) non impedì infatti la tratta di schiavi lungo la direttrice Africa occidentale-Antille, alla quale rispose energicamente la Francia a tutela dei propri interessi e del trittico liberale.⁹² Si tratta di esempi di politica di potenza i cui lasciti sono tuttora evidenti nella geografia coloniale ed eurocentrica degli spazi giuridici ed economici: non richiede la politica commerciale comune europea una disciplina (geografica e giuridica) che assicuri provviste finanziarie e mezzi nella dimensione globale? La *colonial policy* è funzionale all'acquisizione delle provviste e « à faciliter aus nations civilisées et commerçantes l'accès de l'intérieur de l'Afrique ».⁹³

Quanto all'estensione all'Africa dei principi del costituzionalismo liberale: se si legge la retorica della missione civilizzatrice europea in favore dei popoli africani mediante diffusione di principi universali e superiori⁹⁴ alla luce del « trittico coloniale » (politica di potenza, egemonia commerciale, controllo geopolitico), ne viene che detta estensione non è fine della politica coloniale, ma strumento per la sua realizzazione. Non vi è poi estranea la « politica religiosa » degli Stati europei, posto che il cristianesimo « incarna la religio que correspon a a questa civilització superior ».⁹⁵ Nuovamente, il

88 BURKE (1968).

89 Sul costituzionalismo spagnolo ad es. TORRES DEL MORAL (2012) 167 ss. e VERA SANTOS (2012) 798 ss. Per l'assenza di riferimenti all'eguaglianza nella Costituzione di Cadice v. CANOSA USERA (2011) 156 e 159.

90 VARELA (1997) 291 ss.

91 LYNN (1990) 191 ss.

92 GREEN (1974) 247–259 e JENNINGS (1978) 201 ss.

93 DE MARTENS (1886) 249.

94 CREUS (1994) 104.

95 MANN, ROBERTS (1991) 3 e NDONGO BIDYOGO (1998) 115.

potere pubblico si affida al patrimonio costituzionale europeo per incidere sul formante-sostrato e sugli istituti privatistici che in esso trovano la propria disciplina. Così, l'estensione del soggetto unico di diritto alle colonie funzionalizza i principi di libertà ed eguaglianza alla politica economia coloniale.

Che senso ha, infatti, emancipare gli schiavi sull'isola di Fernando Poo, se il « Reglamento de trabajo indígena » del 1906 « pretendía facilitar de paso, tanto al gobierno de la colonia como a propietarios y comerciales, la mano de obra necesaria para realizar sus actividades »? Se, cioè, la missione civilizzatrice spagnola solo difendeva « los intereses del indígena, no tanto por su dignidad sino más por su “escasa cultura” »?⁹⁶

Ancora, « None but Frenchmen should go to the colonies of 'Liberty, Equality, and Fraternity'; for there is Little Liberty, less Equality, and no Fraternity in the French colonies for Whites or Blacks ». ⁹⁷ Il Portogallo, poi, elaborò un sistema giuridico « de consagración y reproducción de desigualdad y derechos, especialmente entre colonos portugueses y la población nativa ». ⁹⁸ La Spagna – s'è detto – mediante le costituzioni ottocentesche disciplinava l'acquisizione della cittadinanza da parte degli « originarios de África »⁹⁹ e i progetti di codice civile (1821, 1836, 8141) ancora prevedevano la schiavitù. ¹⁰⁰ In definitiva, solo il Regno Unito « non rivoluzionario » si risolse a dare limitata applicazione ai principi del costituzionalismo nelle colonie. ¹⁰¹ Anche l'estensione della cittadinanza ai sudditi coloniali (colonie francesi: 1946; Congo belga: 1908) conferma la funzionalizzazione del costituzionalismo alla politica coloniale e a una politica assimilazionista che scalza il sostrato giuridico tradizionale e impone « the superior civilization upon the inferior civilization ». ¹⁰²

Considerazione merita poi il sistema di governo nelle colonie a *indirect rule*. Il riconoscimento del diritto tradizionale in realtà cela una pericolosa insidia: una visione gerarchica ed etnocentrica delle relazioni tra europei e africani. La cooptazione dei capi tradizionali nel governo delle colonie educa

96 SANT GISBERT (2009) 68–69.

97 OKOTH (2006) 328.

98 ROCCA RIVAROLA (2012) 92–93.

99 TEROL BECERRA (2012) 222.

100 NAVARRO AZCUE (1987).

101 Ad es. NICOLINI (2016a) 71 per l'estensione del principio di eguaglianza senza distinzioni di razza, sesso e religione al Capo in forza della *Ordinance 50 of 1828*.

102 ADAMS GIBBONS (1916) 281.

gli africani alla dogmatica del costituzionalismo liberale, trasforma il formante-sostrato e genera delle tradizioni giuridiche africane: « Under these conditions, they utilized existing institutions of local leadership, i.e., kings, emirs, chiefs and obas, and created new ones, i.e., warrant chiefs, wherever such institutions did not exist ». ¹⁰³ Si situa qui la una continuità tra epoca coloniale e periodo dell'indipendenza: la partecipazione degli africani a una « tradition of [colonial] governance » offre la possibilità di « make use of European neo-tradition » e, dunque, di utilizzare strumenti di politica coloniale per la creazione di autonome tradizioni giuridiche africane in piena decolonizzazione. ¹⁰⁴

Ciò che accomuna tali esperienze è sempre la funzionalizzazione del costituzionalismo europeo da parte delle potenze coloniali, quale che sia la famiglia giuridica di appartenza. Il patrimonio costituzionale è comune a tutte le colonie perché espressivo di (superiori) valori eurocentrici.

Se, dunque, i principi del costituzionalismo liberale non sono fine ma mezzo della politica coloniale, spetterà al comparatista individuare le opzioni ideologiche che ne giustificano l'applicazione nelle colonie. L'indole sovversiva della comparazione come scienza critica rivela come, acquisito il dominio sul territorio e impiantato il trittico coloniale, la *colonial policy* converta la geopolitica in controllo politico-costituzionale. Si dà un « social engineering », mediante la quale le tradizioni costituzionali europee incidiranno sul formante-sostrato d'area, inducendo la « social transformation of indigenous African society ». ¹⁰⁵ L'amministrazione coloniale europea ricorre, a tal fine, a numerose « invented traditions », che « distorted the past [and] became in themselves realities through which a good deal of colonial encounter was expressed ». ¹⁰⁶

La creazione di tradizioni coloniali africane incise ampiamente sugli istituti privatistici tradizionali. Nella prospettiva europea, l'interazione non è tra costituzionalismo liberale e diritto tradizionale, ma tra costituzionalismo liberale e un diritto africano coerente con una narrazione giuridico-costituzionale coloniale.

103 RANGER (1983) 220–221. Le citazioni sono in OPLLOT (1992) 91–92.

104 RANGER (1983) 220 e 237.

105 ALLOTT (1967) 55.

106 RANGER (1983) 211 e 212.

6. Mutamento di prospettiva e spostamento del centro d'irradiazione: verso il *disengagement from the colonial syndrome*?

Problemi di metodo e insidie coloniali gravano pertanto i tentativi di offrire una delimitazione giuridicamente rilevante delle tradizioni africane. È peraltro evidente che, fra i compiti del giurista comparatista, v'è quello di accertare quando è tempo di *mutare prospettiva* nella lettura dei fenomeni giuridici.¹⁰⁷

È evidente, infatti, che i problemi metodologici (la prospettiva di osservazione europea) sono in grado di condizionare gli stessi esiti delle proposte di delimitazione. Non diversamente, l'etnocentrismo incide sulla scientificità del metodo giuridico applicato negli studi sistemologici.

D'altra parte, impostazione coloniale degli studi geografico-giuridici riguardanti l'Africa e concezioni etnocentriche popolano anche gli studi postcoloniali. Per un verso, si continua a legittimare il ricorso a metodi di ricerca – tra tutti, quello cartografico e stratigrafico – che esaminano le differenti aree-geogiuridiche mondiali conservando prospettive d'indagine esterne alle aree geo-giuridiche esaminate. Per altro verso, i geografi di formazione coloniale si sono appropriati degli studi postcoloniali, il che « reinforces forms of colonial epistemologies and colonial hierarchies ».¹⁰⁸ Infine, non è difficile ricadere in insidie coloniali negli stessi studi giuridici, laddove l'esame dei sistemi africani sia condotto con metodi variamente qualificabili come neocoloniali.¹⁰⁹

È il caso, ad esempio, delle condizionalità apposte dagli *international donors* (Fondo Monetario e Banca Mondiale, fra tutti) ai finanziamenti per la cooperazione e lo sviluppo. Si tratta di condizionalità che chiedono mutamenti ordinamentali ove il formante-sostrato non si riveli compatibile con le concezioni ideologiche e le esigenze di « sviluppo » della globalizzazione giuridica e economica.

Anche la riflessione postcoloniale cela, dunque, numerose insidie sistemologiche. Ciò, tuttavia, non impedisce d'individuare un metodo che sappia soddisfare le finalità alle quali tende la presente ricerca: la delimitazione,

107 Ad es. AMIRANTE (2014) 15–30.

108 GILMARTIN, BERG (2007) 120.

109 Così HUSA (2014) 42. Un'esame delle insidie (neo)coloniali in Africa è in NICOLINI (2017b).

giuridicamente rilevante, delle aree geogiuridiche africane. Così come accade per gli studi geografici, anche le indagini sistemologiche che vogliono emanciparsi dalle insidie etnocentriche devono poggiare su solide fondamenta metodologiche.

Senza revocare in dubbio l'incidenza del tradizione giuridica occidentale in Africa, la prospettiva d'indagine guarda al ruolo che comunità politiche e, più in generale, gli interpreti possono rivestire in sede di costruzione delle aree geogiuridiche africane. È questione di punti di osservazione: la prospettiva è di una « periferia » che guarda alla propria delimitazione geografica. Di rilievo è poi la valutazione della percezione che tali società hanno del diritto di cui sono destinatarie – nell'intento di prevenire (quanto meno, ridurre) sul piano metodologico la deformazione delle mappe e dei concetti della tradizione giuridica indagata. Non è, cioè, una mera questione cartografica – di spostamento del centro d'irradiazione giuridica –; delimitare l'Africa australe pone invero un problema ulteriore, che può qualificarsi di « locating postcolonialism ». ¹¹⁰ Detto altrimenti, si richiede che l'interprete dia risposta al seguente interrogativo: « How does a writer, snugly at home in his own European literary environment, deal with African experience »? ¹¹¹

Il mutamento di prospettiva si consegue, sul piano metodologico, utilizzando il concetto di narrazione, concetto che s'è visto applicato dagli europei per l'elaborazione delle *invented traditions* africane. Dette difficoltà sembrano potersi superare ricorrendo a quei meccanismi che qualificano la narrazione come *postcolonial discourse*.

È sul piano metodologico che si manifesta un non indifferente punto di contatto con gli studi comparatistici: se la narrazione postcoloniale tende alla « creation of historical data and fictionality of the historical narrative » incrinando le certezze eurocentriche mediante la « subjectivity of history », ¹¹² gli studi comparatistici si propongono come « scienza critica » con « finalità conoscitive autonome ». ¹¹³ È dunque l'attitudine sovversiva di entrambe le metodologie (postcoloniale e comparatistica) a favorire l'applicabilità del meccanismo di narrazione letteraria agli studi giuridici: ¹¹⁴ « the

110 GILMARTIN, BERG (2007) e SHARP (2009).

111 GRAY (1977) 2.

112 PETZOLD (2000) 52.

113 SOMMA (2014) 45 e PEGORARO, RINELLA (2007) 23.

114 MUIR WATT (2012) 286.

text is postcolonial in the sense that it engages in the criticism of colonial discourse ». ¹¹⁵

Si tratta di acquisizioni che sono maturate mutando la prospettiva d'indagine, ora collocata nelle aree geogiuridiche africane delimitate secondo gli indicati criteri geografici, sociali, giuridici e postcoloniali. Nella delimitazione delle aree e nella loro narrazione ciò che rileva è l'autonomia delle tradizioni giuridiche ora espresse dalle comunità africane, non da quelle coloniali europee. ¹¹⁶ Il che pone al riparto dalle insidie metodologiche coloniali: sia perché il « centre of gravity » si sovrappone con il centro d'irradiazione giuridica delle tre aree geogiuridiche dell'Africa; sia perché si crea una « narrazione » autonoma da quella eurocentrica.

V'è, poi, una strategia che previene insidie metodologiche eurocentriche: in coerenza con i *post-colonial studies*, la storia va riguardata attraverso gli occhi delle periferie degli imperi coloniali: « postcolonial writing will often try to construct those people objectified in colonial encounters and marginalized by colonial histories as subjects of the stories of their own past ». ¹¹⁷ Con il dare voce a coloro che sono solitamente posti ai margini della storiografia ufficiale, viene così by-passata la tradizione coloniale.

Ancora, la narrazione postcoloniale non soppianta l'eredità europea. Ciò che rileva è la sola 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.

E, forse, il punto di contatto più rilevante tra metodo comparato e *post-colonial discourse* risiede nella idoneità dell'una e dell'altra narrazione a elaborare nuove, autonome tradizioni per le aree geogiuridiche dell'Africa, tradizioni dotate di solide fondamenta e autorevoli tanto quanto quelle radicate nelle *policies* coloniali europee.

La narrazione, ovviamente, assume come prospettiva d'indagine la comparazione giuridica. Certo, altre prospettive possono assumere rilievo – tra tutte, quella antropologica, imprescindibile quando ci si accosti a tradizioni non eurocentriche ¹¹⁸–; ma lo « scambio » tra metodo giuridico e antropologico, da un lato, non rende indistinguibili i ruoli dell'africanista e del

115 PETZOLD (2000) 46.

116 GRAY (1977) 17.

117 PETZOLD (2000) 47.

118 PEGORARO, RINELLA (2017) Cap. I, § 6.3.

giurista.¹¹⁹ Cela, cioè, ulteriori insidie eurocentriche e coloniali, proprio poiché gli antropologi « saw law in Africa as a reflection of law in the early stages of Western civilization. The more or less hidden assumption was that, given the right conditions, African law and society could achieve progress in the manner assumed to be true of the West ». ¹²⁰ Infine, gli antropologi non esaminano i processi di elaborazione delle autonome narrazioni giuridiche africane; essi, al più, si limitano a rassegnare i tratti differenziali dell'esperienza delle varie Afriche – ma sono tratti che si lasciano apprezzare solo se si assume nuovamente a parametro il diritto occidentale, eurocentrico e coloniale.

7. Oltre le *colonial policies*: l'elaborazione di autonome delle tradizioni giuridico-costituzionali e il *disengagement* delle aree geogiuridiche africane

La proposta di rilettura dell'eredità europea nel contatto con la dimensione africana poggia, dunque, su di un mutamento del centro d'irradiazione (non più solo l'Europa come centro di elaborazione di tradizioni giuridiche) e di prospettiva (da « coloniale » a « non eurocentrica ») che è tale rovesciare le narrazioni tradizionali emancipandole dall'egemonia occidentale.

S'è già fornito un esempio di tale rovesciamento: la tradizione *malagasy* ha saputo originare un'autonoma tradizione linguistica, la quale si è rivelata funzionale alle prime compilazioni di diritto malgascio già in epoca pre-coloniale, come testimoniano i « codici » di *droit coutumier* scritti in malgascio nel 1868, 1878 e 1881.¹²¹

Ciò non nega l'influenza di *colonial policies* e costituzionalismo europeo sul processo di creazione di autonome tradizioni giuridico-costituzionali africane (l'aggettivo composto ribadisce il contributo della comparazione nel diritto pubblico alla sistemologia). Queste beneficiano della particolare reattività dei formanti-sostrato d'area rispetto a impulsi e influenze esercitate da altre aree geogiuridiche.¹²² Da un lato, siffatte reazioni si danno nel momento del contatto fra formante sostrato e formante costituzionale: lo

119 PRINSLOO (1987) 411.

120 HARRINGTON, MANJI (2003) 113.

121 MOLET (1967) 125. V. *supra*, § 3.

122 SACCO (2006) 2.

conferma la creazione di *constitutional inventend traditions* anche in sede di decolonizzazione; lo ribadiscono le numerose (e articolate) transizioni democratiche che hanno interessato gli Stati africani a far data dagli anni Novanta del secolo scorso. Di tali transizioni rilevano gli strumenti cui si è ricorso per saggiare « genuinità » della volontà popolare in sede d'avvio del momento costituente: si pensi, ad esempio, alle conferenze nazionali in Benin, Gabon, Mali e Togo attivate tra il 1990 e il 1991,¹²³ ai referendum tenutisi in Malawi tra il 1993 e il 1994, alla *constitutional dispensation* sudafricana e quella della Namibia.¹²⁴

Sono esperienze nelle quali si manifesta un evidente « participatory spirit », ¹²⁵ che sembra replicare il crittòtipo sotteso alla visione comunitaria e inclusiva della società africana. Infatti, la partecipazione della società ai procedimenti costituenti mira a « take into account the concerns of the widest possible segment of the population, must be transparent in its work, and to make such consultations meaningful, must properly structure its methods of consultation ». ¹²⁶

Non è un caso che tali processi partecipativi, qualificati come strumenti di « seeking the people's views », ¹²⁷ caratterizzino anche transizioni più recenti: il *participatory spirit* ha caratterizzato – con differenti gradi di democraticità – le transizioni in Kenia e Madagascar (2010), Zimbabwe (2013), Zambia e Costa d'Avorio (2016) e i tentativi di riforma della costituzione in Tanzania (2015).

Saggiare la volizione popolare nelle forme della democrazia diretta, semi-diretta o partecipativa sembra aver generato un'autonoma tradizione costituzionale – o, più correttamente, costituente – africana. Da almeno trent'anni si sperimentano forme innovative di *public participation* nel processo di redazione di testi costituzionali; a differenza dell'Africa, poi, in Europa il concetto di costituzioni partecipate si è affacciato solo negli dieci ultimi anni. ¹²⁸ Sono strumenti che « saggiano », in forma giuridicamente rilevante,

123 ORRÙ (2014) 580.

124 NICOLINI, TRETTEL (2017).

125 SLINN (1991), REYNIJENS (1991), HATCHARD, NDULO, SLINN (2010) 22 e RICHARD (1989), 363 ss.

126 HATCHARD, M. NDULO, P. SLINN (2010) 34.

127 HATCHARD, NDULO, SLINN (2010) 29.

128 BAGNI (2012b), TUSHNET (2014), TRETTEL (2015), ABBIATE (2016); ABBIATE, BÖCKENFÖRDE, FEDERICO (2018).

la volontà del corpo elettorale, secondo modelli deliberativi analoghi a quelli utilizzati dalla comunità tradizionale.

La stessa Costituzione del Madagascar, approvata a seguito di *referendum* nel 2010 a conclusione di una complessa transizione democratica, costituzionalizza le tradizioni *malagasy*. Il modello è analogo a quello sperimentato dal *nuevo constitucionalismo* andino in Ecuador e Colombia o dal Bhutan.¹²⁹ Il preambolo della Costituzione del Madagascar richiama concezioni controegemoniche e visioni comogoniche proprie del popolo malgascio: la credenza in Dio, Supremo Creatore (*Andriamanitra Andriananabary*); le strutture di governo, che valorizzano « la richesse et [...] dynamisme de ses valeurs culturelles et spirituelles à travers le “*fanaby maha-olona*” » (principio di esistenza), e che esprimono « son originalité, son authenticité et sa malgachéité [...] en conservant ses valeurs et principes fondamentaux traditionnels basés sur le *fanaby malagasy* qui comprend *ny fitiavana, ny fibavanana, ny fifanajàna, ny fitandroana ny aina* ». Assumono giuridico rilievo tradizioni come il *fomba*, parzialmente già richiamate nel preambolo della Costituzione del 1959, come « l'ensemble des usages sociaux acceptés dans un groupe, enseignés de la plus petite enfance et que le groupe considère comme sa loi naturelle ». Vi rientra ciò che si deve fare (*fanao*), ciò che è conveniente fare (*mety*) e ciò che è vietato (*tsy fanbao*).¹³⁰

Non manca, infine, il richiamo alle strutture comunitarie di base, i consigli (*Fokonolona*) organizzati in villaggi (*Fokontany*), vere sedi deliberative nelle quali, peraltro, la comunità approva molti atti legati allo *status* delle persone e ai diritti reali. Una notevole dimostrazione di come l'organizzazione del potere (anche tradizionale) sappia incidere su istituti privatistici che hann radice nel formante-sostrato.

Le tradizioni del costituzionalismo africano metabolizzano così istituti di diretta derivazione europea e/o coloniale: la libertà diviene forma di partecipazione ai processi di decisione politico-normativa; la partecipazione, poi, è su di un piano di eguaglianza, senza discriminare in base al sesso, all'età o alle condizioni sociali degli individui. Non si vogliono nascondere le difficoltà che ciò comporta circa la coerenza rispetto al modello occidentale delle forme « africane » di manifestazione del suffragio, i rischi di manipolazione delle *free and fair elections*, né le preoccupazioni che detto modello parteci-

129 BAGNI (2012a).

130 MOLET (1967) 124.

pativo può generare: è spesso difficile tracciare una linea che sappia distinguere con precisione forme di democrazia inclusiva (africana), da un lato, e democrazia autoritaria o « unanimita », dall'altro.¹³¹ I principi che fondano detta autonoma tradizione costituzionale africana sono poi compendiate nella *Charter on Democracy, Elections and Governance* del 2007 (in vigore dal 2012) ed esprimono la tensione all'autogoverno che, mediante la partecipazione, la società africana intende conseguire. Il che esclude che detta tradizione possa ritenersi come costitutiva di una geopolitica neocoloniale e conferma la bontà dell'impostazione, qui coltivata, che punta ad assumere un punto di osservazione coerente con la prospettiva postcoloniale.¹³²

Anzi, guardando alle interazioni tra diritti africani e costituzionalismo, l'autonomia di tali tradizioni giuridico-costituzionali origina un vero e proprio tritico liberale « africano ». Ciò è evidente, ad esempio, in relazione al principio di fraternità e alla sua applicazione in Africa australe. In verità, i filoni di ricerca sono molteplici e le problematiche non riguardano soltanto l'immissione di principi, istituti e tecniche normative europee nella trasformazione del diritto africano. Certo, in ambiti come il matrimonio, il diritto di famiglia e delle persone il contatto ha generato un nuovo diritto tradizionale;¹³³ ma destano più interesse le reazioni intervenute nel sostrato di diritto romano-olandese a seguito della costituzionalizzazione del diritto africano desumibile, ad esempio, dalla sez. 211 Cost. sudafricana. Ciò non implica una mera riproposizione, pur costituzionalmente orientata, degli istituti tradizionali, ma impone di rileggere istituti del diritto occidentale alla luce dei valori della tradizione africana e di valutare, in particolare, la capacità di quest'ultima e della sua dimensione *communitarian* di incidere sul *Cape common law* in ambiti strettamente privatistici. È evidente che un tono costituzionale s'irradia sugli istituti di diritto privato: il diritto tradizionale è oggi a tal punto *rooted* nella Costituzione che questo ha « infused » la propria *public policy* nello stesso diritto romano-olandese.¹³⁴

Nella formazione di un'autonoma tradizione africana australe, il dato giuridico occidentale incontra il più poderoso degli elementi autoctoni, comune a tutta l'Africa: *l'ubuntu*.¹³⁵ Si tratta di un concetto tipicamente

131 ORRÙ (2014).

132 SIDAWAY (2000) 591 ss.

133 MNISI WEEKS (2014).

134 SUTHERLAND (2008) 395.

135 HIMONGA, BOSCH (2000) 311 ss. e HIMONGA, TAYLOR, POPE (2013).

africano: richiamato dalla Costituzione provvisoria del 1993, non è espressamente enunciato nella Costituzione del 1996. Ciò nonostante, esso è stato definito dal formante giurisprudenziale nell'attività di *infusion* dei valori-principi costituzionali nel sistema giuridico sudafricano.

Nella definizione che ne dà la Corte costituzionale sudafricana¹³⁶ si esalta l'elemento solidaristico e *communitarian* insito nel concetto di *ubuntu*. Esso *addolcisce* gli istituti di diritto romano-olandese, rigidamente infomati alle nozioni di « freedom and sanctity of contract ... rooted in the political and economic philosophies of laissez-faire liberalism and individualism ». ¹³⁷ E accantonta « the typical Western conception of society as a collection of atomistic individuals ». ¹³⁸

L'*ubuntu* delinea un concetto africano di fraternità, che converte il trittico liberale da strumento a finalità della *postcolonial public policy* nelle aree geogiuridiche africane. Consente, inoltre, di elaborare una nuova tradizione giuridica in cui il *postcolonial discourse* incorpora principi, valori, concetti del diritto tradizionale secondo narrazioni che sono certamente à l'*européene*, ma che promuovono lo sviluppo dell'esperienza giuridica comunitaria africana lungo direttrici autonome rispetto a quelle eurocentriche e coloniali.

Bibliografia

- ABBIATE, TANIA (2016), La partecipazione popolare ai processi costituenti. L'esperienza tunisina, Napoli
- ABBIATE, TANIA, MARKUS BÖCKENFÖRDE and VERONICA FEDERICO (2018), Public Participation in African Constitutionalism, Abington and New York
- ADAMS GIBBONS, HERBERT (1916), The New Map of Africa (1900–1916). A History of European Colonial Expansion and Colonial Diplomacy, New York
- AJANI, GIANMARIA (1993), Fonti e modelli nel diritto dell'Europa orientale, Trento
- AJANI, GIANMARIA, BARBARA PASA (2013), Diritto comparato. Casi e materiali, Torino

136 Ad es. *S v Makwanyane and Another* (CCT3/94) [1995] ZACC 3; 1995 (6) BCLR 665; 1995 (3) SA 391; [1996] 2 CHRLD 164; 1995 (2) SACR 1 (6 June 1995). Bennett (2011).

137 HUTCHINSON, PRETORIUS (2012) 23 e BHANA, PIETERSE (2005).

138 Corte costituzionale sudafricana, *Port Elizabeth Municipality v Various Occupiers*: (CCT 53/03) [2004] ZACC 7; 2005 (1) SA 217 (CC); 2004 (12) BCLR 1268 (CC) (1 October 2004), § 37.

- ALLAN, TREVOR R. S. (1985), Rethinking African Customary Law, in: *Modern Law Review*, 51, 252–258
- ALLOTT, ANTHONY N. (1965), Towards the Unification of Laws in Africa, in: *International and Comparative Law Quarterly*, 14, 368–378
- ALLOTT, ANTHONY N. (1967), Law in the New Africa, in: *African Affairs*, 66, 55–63
- ALLOTT, ANTHONY N. (1968), African Law, in: DERRETT, DUNCAN J.M. (a cura di), *An Introduction to legal systems*, London, 131–156
- AMIRANTE, DOMENICO (2014), *Lo Stato multiculturale. Contributo alla teoria dello Stato dalla prospettiva dell'Unione indiana*, Bologna
- AMIRANTE, DOMENICO (2015), Al di là dell'Occidente. Sfide epistemologiche e spunti euristici nella comparazione 'verso Oriente', in: *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 17, 1–35.
- BAUGH, ALBERT C., THOMAS CABLE (2013), *A History of the English Language*, 6. ed., London
- BAGNI, SILVIA (2013a), Dallo Stato del bienestar allo Stato del buen vivir. Innovazione e tradizione nel costituzionalismo latino-americano, Bologna
- BAGNI, SILVIA (2013b), Procesos constituyentes participados y forma del estado, in: *Revista general de derecho público comparado*, 13, 1–24
- BENNETT, TOM W. (2011), An African Doctrine of Equity in: *South African Public Law*, in: *Loyola Law Review*, 57, 709–726
- BHANA, DEEKSHA, MARIUS PIETERSE (2005), Towards a reconciliation of contract law and constitutional Values: Brisley and Afrox revisited, in: *The South African Law Journal*, 122, 865–895
- BERNARDI, BERNARDO (1998), *Africa. Tradizione e Modernità*, Roma
- BURKE, EDMUND (1968), *Reflections on the Revolution in France*, London
- BUSSANI, MAURO (2010), *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Torino
- CANOSA USERA, RAÚL (2011), Derechos y Libertades en la Constitución de 1812, in: *Revista de Derecho Político*, 82, 147–192
- CHANOCK, MARTIN (2001), The Making of a Legal Culture, 1902–1936: Fear, Favour and Prejudice, Cambridge, <https://doi.org/10.1017/CBO9780511495403>
- CREUS, JACINT (1994), Guinea Equatorial, 1883–1911: la invenció d'una identitat, in: *Recerques: història, economia, cultura*, 30, 103–119
- CRISCUOLI, GIOVANNI, MARIO SERIO (2016), *Nuova introduzione allo studio del diritto inglese. Le fonti*, Milano
- DAANNA, Henry Seidu (1994), The Acephalous Society and the Indirect Rule System in Africa. British Colonial Administrative Policy in Retrospect, in: *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 34, 61–85
- DARBY, HENRY CLIFFORD (1954–1967), *The Domesday Geography of England*, vol. 5, Cambridge
- DAVID, RENÉ, CAMILLE JAUFFRET-SPINOSI (2002), *Le grands systèmes de droit contemporains*, 11. ed., Paris

- DE MARTENS, FREDERIC (1886), La conférence du Congo à Berlin et la politique coloniale des États modernes, in: *Revue de Droit International et de législation comparée*, 18, 244–280
- DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA (1987), Law: A Map of Misreading – Toward a Post-modern Conception of Law, in: *Journal of Law and Society*, 14, 279–302, <https://doi.org/10.2307/1410186>
- DU PLESSIS, JACQUES (1999), Some Thoughts on Consideration, in: *Stellenbosch Law Review*, 10, 110–116
- DU TOIT, BRIAN M. (1970), Afrikaners, Nationalists, and Apartheid, in: *The Journal of Modern African Studies*, 8, 531–551
- EASTERLY III, ERNEST S. (1977), Global Patterns of Legal Systems: Notes toward a New Geojurisprudence, in: *Geographical Review*, 67, 209–220
- EGERTON, HUGH EDWARD (1897), *A Short History of British Colonial Policy*, London
- ERASMUS, HENDRIK JOHANNES (1990), The Interaction of substantive and procedural law: The Southern African Experience in Historical and Comparative Perspective, in: *Stellenbosch Law Review* 1, 348–371
- FLEMING, ROBIN (2003), *Domesday Book and the Law*, Cambridge
- FOMBAD, CHARLES MANGA (2013), *The Botswana Legal System*, Durban
- GAMBARO, ANTONIO, RODOLFO SACCO (2009), *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 2009
- GILMARTIN, MARY, LAWRENCE D. BERG (2007), Locating postcolonialism, in: *Area*, 39, 120–124
- GJERSØ, JONAS FOSSLI, (2015), The Scramble for East Africa: British Motives Reconsidered, 1884–95, in: *The Journal of Imperial and Commonwealth History*, 43, 831–860
- GLENN, PATRICK (2014), *Legal Traditions of the World*, 5. ed., Oxford
- GRAY, STEPHEN (1977), The Myth of Adamastor in South African Literature, in: *Theoria: A Journal of Social and Political Theory*, 48, 1–23
- GREEN, WILLIAM A. (1974), The West Indies and British West African Policy in the Nineteenth Century – A Corrective, in: *The Journal of African History*, 15, 247–259
- HANCOCK, DAVID (2000), “A World of Business to Do”: William Freeman and the Foundations of England’s Commercial Empire, 1645–1707, in: *The William and Mary Quarterly*, 57, 1645–1707, <https://doi.org/10.2307/2674357>
- HARRINGTON, JOHN A., AMBREENA MANJI (2003), The Emergence of African Law as an Academic Discipline in Britain, in: *African Affairs*, 102, 109–134
- HARRISON, CHURCH J. (1948), The Case for Colonial Geography, in: *Transactions and Papers (Institute of British Geographers)*, 14, 17–25
- HATCHARD JOHN, MUNA NDULO, PETER SLINN (2010), *Comparative Constitutionalism and Good Governance in the Commonwealth: An Eastern and Southern African Perspective*, Cambridge
- HIMONGA, CHUMA, CRAIG BOSCH (2000), The Application of African Customary Law under the Constitution of South Africa: Problems Solved of Just Beginning?, in: *South African Law Journal*, 117, 306–341

- HIMONGA, CHUMA, MAX TAYLOR, ANNE POPE (2013), Reflections on judicial views of ubuntu, in: *Potchefstroom Electronic Law Journal*, 16, 369–427
- HULME, PETER (1995), Including America, in: *A Review of International English Literature*, 26, 117–123
- HUSA, JAAKKO (2015), *A New Introduction to Comparative Law*, Oxford and Portland (OR)
- HUTCHINSON, DALE, CHRIS PRETORIUS (2012), (a cura di) *The Law of Contract in South Africa*, Cape Town
- JENNINGS, LAWRENCE C. (1978), French Reaction to the ‘Disguised British Slave Trade’: France and British African Emigration Projects, 1840–1864 (*Les réactions françaises à la ‘traite déguisée’ britannique: la France et les projets anglais d’émigration africaine, 1840–1844*), in: *Cahiers d’Études Africaines*, 18, 201–213
- KILLINGRAY, DAVID (1986), The Maintenance of Law and Order in British Colonial Africa, in: *African Affairs*, 85, 411–437, <https://doi.org/10.1093/oxfordjournals.afraf.a097799>
- LANGHANS-RATZEBURG, MANFRED (1928), *Begriff und Aufgaben der geographischen Rechtswissenschaft (Geojurisprudenz)*, Berlin-Grünwald
- LEE, ROBERT WARDEN (1915), *An Introduction to Roman-Dutch Law*, Oxford
- LEE, ROBERT WARDEN (1930), What Has Become of Roman-Dutch Law?, in: *Journal of Comparative Legislation and International Law*, 12, 33–43
- LEIBNIZ, GOTTFRIED (1667), *Nova Methodus Discendae Docendaeque Iurisprudentiae*, Francofurti
- LEOPARDI, GIACOMO (1845), *La ginestra, o il fiore del deserto*, in: *Opere*, Firenze
- LOCKE, JOHN (1988), *The Second Treatise on Government*, in: *Two Treatises on Government*, edited by P. Laslett, Cambridge, <https://doi.org/10.1017/CBO9780511810268.006>
- LONAI, ELISABETTA (2012), “Riches; Money, or Precious Goods”: The Lexis of Wealth in Modern English, in: FACCHINETTI, ROBERTA (a cura di), *English Dictionaries as Cultural Mines*, Newcastle upon Tyne, 7–34
- LOVELL, COLIN RHYS (1956), Afrikaner Nationalism and Apartheid, in: *The American Historical Review*, 61, 308–330
- LUGARD, Frederick John Dealtry (1922), *The Dual Mandate in British Tropical Africa*, Edinburgh
- LYNN, MARTIN (1990), Britain’s West African policy and the island of Fernando Poo, 1821–43, in: *The Journal of Imperial and Commonwealth History*, 18, 191–207, <https://doi.org/10.1080/03086539008582815>
- MAHMUD, TAYYAB (2010), Law of Geography and the Geography of Law: A Post-Colonial Mapping, in: *Washington University Jurisprudence Review*, 3, 64–106
- MAITLAND, FREDERIC WILLIAM (1888), *Why the History of English Law is Not Written: An Inaugural Lecture delivered in the Art School at Cambridge on 13th October 1888*, Cambridge

- MAITLAND, FREDERIC WILLIAM (1987), *Domesday Book and Beyond: Three Essays in the Early History of England*, Cambridge
- MANN, KRISTIN, RICHARD ROBERTS (1991), *Law in Colonial Africa*, Portsmouth (NH)-London, 1991
- MATTEI, UGO, PIER GIUSEPPE MONATERI (1997), *Introduzione breve al diritto comparato*, Padova
- MAZZA, MAURO (2016), *Paesì Africani*, in: NEGRI, ALBA (a cura di), *Sistemi giuridici del mondo*, 2. ed., Torino, 283–321
- M'BAÏE, KÉBA (1976), *The African Family of Legal Systems*, in: *International Encyclopedia of Comparative Law*, II, 1, Tübingen, 138–151
- MERK, WALTHER (1926), *Wege und Ziele der Geschichtlichen Rechtsgeographie*, Berlin
- MNISIS WEEKS, SINDISO (2014), *Historical Overview of Customary Law*, in: HIMONGA, CHUMA, THANDABANTU NHLAPO (a cura di), *African Customary Law in South Africa. Post-Apartheid and Living Law Perspectives*, Cape Town, 3–29
- MOLET, LOUIS (1967), *Source et Tendances du Droit Moderne à Madagascar*, in: *Canadian Journal of African Studies/Revue Canadienne des Études Africaines*, 1, 123–128, <https://doi.org/10.2307/483526>
- MONATERI, PIER GIUSEPPE (2013), *Geopolitica del diritto. Genesi, governo e dissoluzione dei corpi politici*, Roma, Bari
- MORICE, GEORGE THOMAS (1903), *English and Roman-Dutch Law, Being a Statement of the Differences Between the Law of England and Roman-Dutch Law as Prevailing in South Africa and Some of the Other British Colonies*, Grahamstown, Cape Colony
- MUGGLESTONE, LYNDY (2015), *Samuel Johnson and the Journey into Words*, Oxford, 2015, <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199679904.001.0001>
- MUIR WATT, HORATIA (2012), *Further terrains for subversive comparison: the field of global governance and the public/private divide*, in: MONATERI, PIER GIUSEPPE (a cura di), *Methods of Comparative Law*, Cheltenham-Northampton, 270–288
- NAVARRO AZCUE, CONCEPCION (1987), *La abolición de la esclavitud negra en la legislación española (1870–1886)*, Madrid
- NDONGO BIDYOGO, DONATO S. (1998), *España en Guinea. La construcción del desencuentro*, Madrid
- NICOLINI, MATTEO (2015), « *When Southern African Courts Join Judicial Conversation* »: considerazioni introduttive a una ricerca sugli attori del dialogo costituzionale, in: AA. VV., *Rischi e potenzialità del dialogo costituzionale globale. Per la costruzione di un 'itinerario' geo-giuridico mediante la comparazione nel diritto pubblico*, Napoli, 81–133
- NICOLINI, MATTEO (2016a), *L'altra Law of the Land. La famiglia giuridica "mista" dell'Africa australe*, Bologna
- NICOLINI, MATTEO (2016b), *Narrators of Fables or Framers of the Constitution? The Acallam na Senórach Beyond Time, Place, and Law*, in: CARPI DANIELE,

- MARETT LEIBOFF (a cura di), *Fables of the Law. Fairy Tales in a Legal Context*, Berlin, 137–168
- NICOLINI, MATTEO (2017a), «Benefitting the Commerce of the Mother Country»: paradigmi ‘coloniali’, law merchant e globalizzazione politica, in: *Annuario di diritto comparato e di studi legislative*, 439–473
- NICOLINI, MATTEO (2017b), Política colonial y creación de una tradición jurídico-constitucional: el triptico liberal en África subsahariana, in: *Revista General de Derecho Público Comparado*, 20, 1–43
- OKOTH, ASSA (2006), *A History of Africa: African societies and the establishment of colonial rule, 1800–1915*, Nairobi, Kampala, Dar es Salaam
- OLIVIERO, MAURIZIO (2011), *Forme di Stato e forme di governo nei Paesi islamici: profili di metodo e tendenze costituzionali*, in: PAPA, MASSIMO, GIAN MARIA PICCINELLI, DEBORAH SCOLART (a cura di), *Il libro e la bilancia. Studi in memoria di Francesco Castro*, 2, Napoli, 883–892
- OPLLOT, EJAKAIT J. S. E. (1992), The Resilience of the British Colonial Police Legacies in East Africa, Southern Africa, and West Africa, in: *Police Studies: The International Review of Police Development*, 15, 90–99
- ORRÙ, ROMANO (2014), I Paesi dell’Africa subsahariana, in CARROZZA, PAOLO, ALFONSO DI GIOVINE, GIUSEPPE FRANCO FERRARI (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, I, Roma, Bari, 555–573
- ORTINO, SERGIO (1994), *Diritto costituzionale comparato*, Bologna
- PALADIN, LIVIO (1997), La questione del metodo nella storia costituzionale, in: *Quaderni fiorentini*, 26, 243–264
- PALMER, VERNON VALENTINE (2012), A Descriptive and Comparative Overview, in: PALMER, VERNON VALENTINE (a cura di), *Mixed Jurisdictions. The Third Legal Family*, 2. ed., Cambridge, 19–92, <https://doi.org/10.1017/CBO9781139028424.005>
- PEGORARO, LUCIO (2014), *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*, Bologna
- PEGORARO, LUCIO, ANGELO RINELLA (2007), *Diritto pubblico comparato. Profili metodologici*, Padova
- PEGORARO, LUCIO, ANGELO RINELLA (2017), *Sistemi costituzionali comparati*, Torino
- PEREIRA, JAMES CECILE WALTER (1901), *Institutes of the laws of Ceylon, founded on, and following the arrangement of, the late Mr. Justice Thomson’s work bearing the same title*, I, Colombo
- PETZOLD, JOCHEN (2000), André Brink’s Magical History Tour: Postmodern and Post-colonial Influences in ‘The First Life of Adamastor’, in: *English in Africa*, 27, 45–58
- PLUCKNETT, THEODORE FRANK THOMAS (1951), Maitland’s View of Law and History, in: *Law Quarterly Review*, 67, 1951, 179–194
- PONCIBÒ, CRISTINA (2014), *Diritto comparato e geografia: una prima esplorazione*, in: *Rivista critica del diritto privato*, 32, 187–218
- POWER, MARCUS, JAMES D. SIDAWAY (2004), The Degeneration of Tropical Geography, in: *Annals of the Association of American Geographers*, 94, 585–601

- PRINSLOO, MARK W. (1987), Restatement of Indigenous Law, in: *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 20, 411–420
- RANGER, TERENCE (1983), *The Invention of Tradition in Colonial Africa*, in: HOBBSBAWM ERIC, TERENCE RANGER (a cura di), *The Invention of Tradition*, Cambridge, 211–262
- RAUTENBACH, CHRISTA (2014), The Phenomenon of Legal Pluralism, in: RAUTENBACH, CHRISTA, JAN CHRISTOFFEL BEKKER (a cura di), *Introduction to Legal Pluralism in South Africa*, 4. ed., Durban, 3–16
- REYNTJENS, FILIP (1991), The Winds of Change. Political and Constitutional Evolution in Francophone Africa, 1990–1991, in: *Journal of African Law*, 35, 44–55
- RICHARD, JOSEPH (1989), Democratization in Africa after 1989: Comparative and Theoretical Perspectives, in: *Comparative Politics*, 29, 363–382
- ROCCA RIVAROLA, MANUEL (2012), ¿Quiénes son “los otros”? La cuestión étnica en la lucha por la liberación de Mozambique, in: *Estudios de Asia y Africa*, 47, 89–118
- SCARCIGLIA, ROBERTO (2016), *Metodi e comparazione giuridica*, Padova
- SACCO, RODOLFO (2006), *Il diritto africano, con la collaborazione di GUADAGNI, MARCO, ROBERTA ALUFFI BECK-PECOZ, LUCA CASTELLANI*, Torino
- SACCO, RODOLFO (2012), The sub-Saharan legal tradition, in: BUSSANI, MAURO, UGO MATTEI (a cura di), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge, 313–343
- SACCO, RODOLFO (2016), Il diritto nel futuro, in: BAGNI SILVIA, MATTEO NICOLINI, ELISABETTA PALICI DI SUNI, LUCIO PEGORARO, ANTONINO PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, MARIO SERIO (a cura di), *Giureconsulti e giudici. L’influsso dei professori sulle sentenze*, vol. 1, Le prassi delle corti e le teorie degli studiosi, Torino, 79–83
- SANT GISBERT, JORDI (2009), El modelo económico colonial y sus contradicciones: Fernando Poo (1900–1936), in: *Afro-Hispanic Review*, 28, 57–80
- SANDERS, ANTHONY J.G.M. (1981), The characteristic features of Southern African law, in: *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 14, 328–335
- SHARP, JOANNE P. (2009), *Geographies of postcolonialism*, London
- SIDAWAY, JAMES D. (2000), Postcolonial Geographies: an Exploratory Essay, in: *Progress in Human Geography*, 24, 591–612
- SIEMS, MATHIAS (2014), *Comparative Law*, Cambridge
- SLINN, PETER (1991), A Fresh Start for Africa? New African Constitutional Perspectives for the 1990s, in: *Journal of African Law* 35, 1–7
- SOMMA, ALESSANDRO (2014), *Introduzione al diritto comparato*, Roma, Bari
- SOMMA, ALESSANDRO (2015), Le parole della modernizzazione latinoamericana. Centro, periferia, individuo e ordine, in: POLOTTO, MARIA ROSARIO, THORTSEN KEISER, THOMAS DUVE (a cura di), *Derecho Privado y Modernización. América latina y Europa en la primera mitad del siglo XX*, Frankfurt M., 11–46

- STENTON, FRANK MERRY (1942), Presidential Address: The Historical Bearing of Place-Name Studies. The Danish Settlement of Eastern England, in: *Transactions of the Royal Historical Society*, 24, 1–24
- SUTHERLAND, PHILIP J. (2008), Ensuring Contractual Fairness in Consumer Contracts After *Barkhuizen v Napier* 2007 5 SA 323 (CC) – Part I, in: *Stellenbosch Law Review*, 19, 390–414
- TEROL BECERRA, MANUEL JOSÉ (2012), Españoles y ciudadanos ante la ley en la Constitución de 1812, in: *Revista de Derecho Político*, 82, 193–238
- THÉBAULT, EUGÈNE PIERRE (1951), *Traité de Droit Civil Malgache. Les Lois et Coutumes Hovas*, Tananarive – Paris
- TORRES DEL MORAL, ANTONIO (2012), El inicio del constitucionalismo español, in: *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, 26, 163–190
- TRETTEL, MARTINA (2015), The politics of deliberative democracy: A comparative survey of the “law in action” of citizen participation, in: *Revista de derecho político*, 94, 85–114
- TURVILLE-PETRE, THORLAC (1996), *England the Nation. Language, Literature, and National Identity 1290–1340*, Oxford, 1996, <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198122791.001.0001>
- TUSHNET, MARK (2014), *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*, Cheltenham-Northampton
- TWINING, WILLIAM (2009), *General Jurisprudence. Understanding Law from a Global Perspective*, Cambridge
- TWOMEY, MATHILDA RACHEL (2015), The Parts That Make a Whole? The Mixity of the Laws of Seychelle, in: PALMER, VERNON VALENTINE, MOHAMED Y. MATTAR, ANNA KOPPER (a cura di), *Mixed Legal Systems, East and West*, Farnham–Burlington (VT), 55–73
- VAN DER MERWE, CORNELIUS (2012), The Origin and Characteristics of the Mixed Legal Systems of South Africa and Scotland and Their Importance in Globalisation, in: *Fundamina*, 18, 91–114
- VAN DER WALT, ANDRÉ J., (2006), Legal History, Legal Culture and Transformation in a Constitutional Democracy, in: *Fundamina*, 12, 1–47
- VAN LEEUWEN, SIMON (1956), *Paratitla iuris novissimi, dat is een Kort Begrip van het Rooms-Hollands Regt*, Leiden
- VARELA, HILA (1997), Entre sueños efímeros y despertares: la historia colonial de São Tomé y Príncipe (1485–1975), in: *Estudios de Asia y África*, 32, 289–321
- VERA SANTOS, JOSÉ MANUEL (2012), ‘Que veinte años no es nada ...’ o de las evidentes semejanzas existentes entre la Constitución francesa de 1791 y la Constitución española de 1812, in: AA.VV. *Constitución y democracia: Ayer y Ahoy. Libro Homenaje a Antonio Torres del Moral*, vol. 1, Madrid, 791–816
- VIMBORSATI, ANNA CHIARA, (2011), La giustizia costituzionale in Africa, in: MEZZETTI, LUCA (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, vol. 2, Padova, 309–321
- VINDEX (1901), The suggested repeal of Roman-Dutch Law in South Africa, in: *South African Law Journal*, 18, 153–162

- WA MUTUA, MAKAU (1994–1995), Why Redraw the Map of Africa: A Moral and Legal Inquiry, in: *Michigan Journal of International Law*, 16, 1113–1176
- WESSELS, JOHANNES WILHELMUS (1908), *History of the Roman-Dutch Law*, Grahamstown, Cape Colony
- WHITE, LESLIE WILLIAM, WILLIAM DOUGLAS HUSSEY (1958), *Government in Great Britain, The Empire, and the Commonwealth*, Cambridge
- WHITTLESEY, DERWENT (1937), British and French Colonial Technique in West Africa, in: *Foreign Affairs*, 15, 362–373
- WIGMORE, JOHN HENRY (1928), *A Panorama of the World's Legal Systems*, Saint Paul
- WIGMORE, JOHN HENRY (1929), A Map of the World's Law, in: *Geographical Review*, 19, 114–120
- WOODMAN, GORDON (2009), A Survey of Customary Laws in Africa in Search of Lessons for the Future, in: FENRICH, JEANMARIE, PAOLO GALIZZI, TRACY E. HIGGINS (a cura di), *The Future of African Customary Law*, Cambridge, 9 ss.
- ZIMMERMANN, REINHARD, DANIEL VISSER (1996), Introduction. South African Law as a Mixed Legal System, in: ZIMMERMANN, REINHARD, DANIEL VISSER (a cura di), *Southern Cross: Civil Law and Common Law in South Africa*, Oxford, 1–30
- ZWEIGERT, KONRAD, HEIN KÖTZ (1996), *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3. ed., Tübingen

Indice

- 1 | Massimo Brutti, Alessandro Somma
Introduzione
- 5 | Alfons Aragoneses
La memoria del derecho. La construcción del pasado en los discursos jurídicos
- 31 | Eliana Augusti
Quale storia del diritto? Vecchi e nuovi scenari narrativi tra comparazione e globalizzazione
- 49 | Massimo Brutti
Sulla convergenza tra studio storico e comparazione giuridica
- 81 | Antonello Calore
“Cittadinanza” tra storia e comparazione
- 95 | Salvatore Casabona
Solidarietà familiare tra mito e realtà: note minime su comparazione giuridica e microanalisi storica
- 111 | Tommaso dalla Massara
Sulla comparazione diacronica: brevi appunti di lavoro e un’emplificazione
- 149 | Thomas Duve
Storia giuridica globale e storia giuridica comparata. Osservazioni sul loro rapporto dalla prospettiva della storia giuridica globale

- 187 | **Giuseppe Franco Ferrari**
Law and history: some introductory remarks
- 207 | **Tommaso Edoardo Frosini**
Diritto comparato e diritto globale
- 219 | **Mauro Grondona**
Storia, comparazione e comprensione del diritto: Tullio Ascarelli, “Hobbes e Leibniz e la dogmatica giuridica”
Un esercizio di lettura
- 245 | **Luigi Lacchè**
Sulla Comparative legal history e dintorni
- 267 | **Pier Giuseppe Monateri**
Morfologia, Storia e Comparazione. La nascita dei “sistemi”
e la modernità politica
- 291 | **Edmondo Mostacci**
Evoluzione del capitalismo e struttura dell’*ordine giuridico*:
verso lo Stato neoliberale?
- 323 | **Matteo Nicolini**
Insidie “coloniali”, rappresentazione cartografica e processi
di delimitazione delle aree geogiuridiche africane
- 359 | **Luigi Nuzzo**
Rethinking eurocentrism. European legal legacy and Western
colonialism
- 379 | **Giovanni Pascuzzi**
La comparazione giuridica italiana ha esaurito la sua spinta
propulsiva?
- 389 | **Giorgia Pavani**
El papel de la historia del derecho en la formación del
“criptotipo centralista” en América latina

- 419 | **Giovanni Poggeschi**
Il rapporto fra lingua e diritto nel prisma della comparazione fra linguistica e teoria del diritto
- 457 | **Giorgio Resta**
La comparazione tra diritto e storia economica: rileggendo Karl Polanyi
- 477 | **Roberto Scarciglia**
Storia e diritto globale. Intersezioni metodologiche e comparazione
- 491 | **Mario Serio**
L'apporto della letteratura alla formazione storica del diritto inglese: l'impareggiabile opera di Charles Dickens
- 509 | **Alessandro Somma**
Comparazione giuridica, fine della storia e spoliticizzazione del diritto
- 541 | **Bernardo Sordi**
Comparative legal history: una combinazione fruttuosa?
- 551 | **Emanuele Stolfi**
Problemi e forme della comparazione nella storiografia sui diritti antichi
- 575 | **Vincenzo Zeno-Zencovich**
Appunti per una "storia giudiziaria contemporanea"
- 589 | **Contributors**