

JURA GENTIUM

Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale

Journal of Philosophy of International Law and Global Politics

<http://www.juragentium.org>

Segreteria@juragentium.org

ISSN 1826-8269

Vol. XI, numero monografico: *Pluralismo giuridico*, Anno 2014

Redazione

Luca Baccelli, Nicolò Bellanca, Orsetta Giolo, Leonardo Marchettoni (segretario di redazione), Stefano Pietropaoli, Katia Poneti, Ilaria Possenti, Lucia Re (vicedirettore), Filippo Ruschi (segretario organizzativo), Emilio Santoro, Sara Turchetti, Silvia Vida, Danilo Zolo (direttore)

Comitato scientifico

Margot Badran, Raja Bahlul, Richard Bellamy, Franco Cassano, Alessandro Colombo, Giovanni Andrea Cornia, Pietro Costa, Alessandro Dal Lago, Alessandra Facchi, Richard Falk, Luigi Ferrajoli, Gustavo Gozzi, Ali El Kenz, Predrag Matvejević, Tecla Mazzaresse, Abdullahi Ahmed An-Na'im, Giuseppe Palmisano, Geminello Preterossi, Eduardo Rabenhorst, Hamadi Redissi, Marco Revelli, Armando Salvatore, Giuseppe Tosi, Wang Zhenmin

Pluralismo giuridico in Somalia

Trascorsi storici e sviluppi recenti

Salvatore Mancuso

Abstract The issue of legal pluralism has in Africa one of its most evident manifestations. Despite the long-standing debate on the non-merely anthropological value of legal pluralism in Africa, the search for solutions that can lead to a more “operational” legal pluralism in African countries remains one of the most fascinating issues to be resolved by African legal scholars. Beyond the mere statements of principle, even at the constitutional level, the question of how to make legal pluralism officially operating remains unresolved. Somalia presents a particular situation with regard to legal pluralism. To the classic components of traditional and State law a strong religious component of Islamic law is added. A peculiarity of the whole of Somalia is the fact that the fall of the Siad Barre regime in 1991, with the subsequent decay of the state, led to dissolution of the official law layer that is only now – with difficulty – the new Somali state is trying to begin to rebuild. The epiphany of autonomist experiences determines an additional variable that is part of the already weak and at the same time varied, Somali legal framework. The paper will examine the ways in which the issue of legal pluralism has developed in Somalia, beginning with a brief analysis of the structure of Somali society to move to the colonial period. Then the way how legal pluralism was present in the Somali state will be observed, to analyze after the period of the failed state and the presence of a pluralistic phenomenon in the absence of a central state. Finally, the new provisional constitution of October 2012 will be considered, as a guiding instrument for the new Somali state and its approach to the issue of legal pluralism.

Keywords: legal pluralism; Africa; Somalia; Islamic law; colonial law

Introduzione

La questione del pluralismo giuridico vede in Africa una delle sue manifestazioni più eclatanti. Malgrado l’annoso dibattito sul valore non meramente antropologico del pluralismo giuridico in Africa, la ricerca di soluzioni che possano portare ad un approccio più “operativo” del pluralismo stesso nei Paesi africani rimane uno dei temi più affascinanti da risolvere per gli studiosi del diritto africano. Al di là di



mere dichiarazioni di principio, anche a livello costituzionale¹, il problema di come rendere il pluralismo giuridico formalmente operante rimane ancora irrisolta.

Dal fenomeno pluralista non è esclusa, ovviamente, la Somalia. Qui il pluralismo giuridico assume aspetti del tutto peculiari, date le caratteristiche del diritto tradizionale somalo e l'esperienza storica dello Stato – e più recentemente del non-Stato – somalo.

La caratteristica fondamentale del diritto tradizionale somalo (come del resto del diritto originariamente africano in generale) è rappresentata dalla sua estrema flessibilità; conseguentemente, il rapporto tra diritto ufficiale e tradizionale risulta alquanto complesso e dialettico. In linea con quanto avviene nel resto dell'Africa sub-sahariana, anche in Somalia il diritto statale influisce sulle tradizioni locali, sebbene, comunque, la norma tradizionale resista ai tentativi di erosione e tenda ad adattarsi alla nuova realtà². A ciò si aggiunge che in Somalia il sistema tradizionale di risoluzione delle controversie esercita, come si vedrà nel corso del presente lavoro, una forte influenza sull'esercizio del potere giurisdizionale ufficiale, influenza determinata dalla cronica debolezza dell'apparato statale³. Inoltre, va evidenziata l'importanza della cultura islamica in generale, e del ruolo del Corano e della *sharī'a* in particolare nei fenomeni di erosione dei principi cardine del diritto tradizionale (*xeer*)⁴. A tutto ciò si contrappone la ben nota, e già citata, debolezza del sistema politico ed amministrativo statale da cui emana (o

¹ L'esempio più famoso è, ovviamente, quello dell'Art. 4 della Costituzione mozambicana.

² Il fenomeno è ampiamente studiato e documentato. Tra i tanti si v. R. Sacco, *Il diritto africano*, Torino, UTET, 1995; M. Guadagni, *Il modello pluralista*, Torino, Giappichelli, 1995; M. Alliot, "Les résistances traditionnelles au droit moderne dans les Etats d'Afrique francophones et à Madagascar", in J. Poirier (a cura di), *Études de droit africain et de droit malgache*, Parigi, Cujas, 1965, pp. 235-256. Da parte mia ne ho dato conto, con riferimento al diritto di famiglia in una realtà lusofona, in "O direito da família num contexto pluralista: o caso de Moçambique", in D. Wei, O. Massarongo, *Contribuições jurídicas sobre a união de facto e direitos sobre a terra em Macau e Moçambique*, IEJA Universidade de Macau, 2011.

³ In argom. v. F. Battera, "State-building e diritto consuetudinario in Somalia", in S. Baldin (a cura di) *Diritti tradizionali e religiosi in alcuni ordinamenti contemporanei*, Trieste, EUT, 2005, pp. 27-47.

⁴ R. Sacco, *Introduzione al diritto privato somalo*, Torino, Giappichelli, 1973.



dovrebbe emanare) il diritto ufficiale ed il connesso esercizio della funzione giurisdizionale.

Il presente lavoro non intende affrontare l'argomento del pluralismo giuridico in generale. Piuttosto, si cercherà di descrivere come il fenomeno pluralista si sia presentato in una realtà, quella somala, che costituisce un esempio emblematico per quanto concerne la commistione fra diritto statale, tradizionale (*xeer*) e di derivazione religiosa, e che presenta situazioni particolari; il tutto per coglierne gli aspetti specifici e peculiari. Si cercherà, inoltre, di capire come uno stato che rinasce intende – se intende farlo – affrontare la questione del pluralismo.

Pluralismo e diritto tradizionale

È stato già osservato come la società somala rientrasse tra le cosiddette società a potere diffuso⁵.

Storicamente, la società somala è una società tribale e nomade, la cui forma di organizzazione sociale è costituita dalle cabile (clan) in cui la figura dell'individuo si fonde nella comunità, unico centro di decisione e di azione per tutti i suoi membri⁶. I gruppi che compongono il clan allargato spesso sono entrati in competizione per le scarse risorse, mentre, all'esterno, il clan esprime una vaga identità comune determinata da genealogie imprecise e dalla condivisione di tratti culturali comuni⁷. Anche gli atti di violenza non sono originati dal singolo, ma decisi dall'intera cabila quali atti di punizione, vendetta o rappresaglia. Tutti i Somali vivono in piccole comunità chiamate *rer* o, più comunemente *karia*, la parola araba per "villaggio". I *rer* Somali possono essere composti da una singola famiglia allargata, o da diverse famiglie imparentate tra loro che si riuniscono per garantirsi protezione comune. A differenza di gran parte del continente africano, il popolo somalo parla un'unica lingua, suddivisa in tre dialetti principali

⁵ M. van Notten, *The law of the Somalis: a stable foundation for economic development in the Horn of Africa*, Lawrenceville, The Red Sea Press, 2005.

⁶ I.M. Lewis, *A pastoral democracy: a study of pastoralism and politics among the northern Somali of the Horn of Africa*, Oxford, James Currey Publishers, 1999.

⁷ F. Battera, *op. cit.*, p. 29.



compresi ovunque, e non esistono lingue diverse tra i diversi clan che possono ostacolare la comunicazione.

Il sistema di regole dello *xeer* disciplinava la vita dell'intero gruppo clanico partendo dalle aggregazioni più ampie sino ad arrivare al singolo clan. Esso demandava a questi gruppi compiti di difesa collettiva e dei singoli membri, nonché, in caso di necessità, anche di rappresaglia ed offesa; regolava l'organizzazione del gruppo attraverso assemblee (*shir*) e l'attività dei capi (*suldaan, boqor, garaad, ugaas, islaan*) che sono chiamati a svolgere funzioni di mediazione, per le quali essi ricorrono al supporto di altri anziani verso cui la comunità nutre particolare rispetto per il loro *status* e la loro conoscenza del diritto tradizionale, mediato dalle regole della *sharī'a*. Il diritto tradizionale stabiliva che la risoluzione delle controversie avvenisse attraverso conciliazioni ed arbitrato; conteneva regole in materia di capacità giuridica basate sulla la contrapposizione tra uomo e donna, libero e schiavo, membro del gruppo e forestiero, e sulla posizione sociale mediante la suddivisione dei membri del gruppo in base all'occupazione e alla funzione economica di ognuno di essi. Lo *xeer* conteneva, inoltre, regole in materia di uso individuale (subordinato) e di gruppo (principale) della terra, dei pozzi e del bestiame. Esso prevedeva, ancora, regole specifiche per quanto riguarda le donazioni e gli adempimenti di natura patrimoniale anteriori al matrimonio, la famiglia e le successioni. Infine, stabiliva le regole per il risarcimento derivante da atti illeciti⁸.

Il sistema di regole appena accennato doveva necessariamente scontrarsi con l'introduzione di modelli giuridici di tipo occidentale a seguito della colonizzazione italiana⁹: il risultato è un complesso di soluzioni basate sul diritto

⁸ R. Sacco, *Introduzione al diritto privato somalo*, cit., p. 18.

⁹ Guglielmo Ciamarra, Giudice della Colonia in Somalia a partire dal 1910, così descrive perfettamente – ma sempre, chiaramente, con un approccio etnocentrico – questo incontro/scontro delle due culture giuridiche: “Le condizioni delle popolazioni della Somalia, specialmente nelle regioni di nuova occupazione, sono tuttora quelle di tribù primitive, fra le quali la situazione normale è lo stato di guerra. Ciò mentre da un canto porta una concezione diversa negli indigeni circa il rispetto della vita e dei beni altrui, d'altra parte imprime agli atti d'ostilità, compiuti dalle tribù in lotta, un carattere di solidarietà e per conseguenza di responsabilità collettiva. In queste contingenze è facile scorgere come l'autorità che sia investita del giudizio debba trovarsi di fronte a due gravissime difficoltà. L'una della impossibilità materiale dell'accertamento dei colpevoli, l'altra quella difficoltà anche maggiore della determinazione giuridica delle responsabilità



metropolitano mediate dalla considerazione della realtà locale. Così, la vendetta era del tutto incompatibile con la premeditazione e veniva punita con l'attenuante della provocazione¹⁰; la razzia non era considerata come rapina, ma doveva essere punita con minore gravità¹¹; il reato commesso in applicazione di una regola tradizionale perdeva – in generale – gran parte della sua gravità¹², sino ad arrivare all'assoluzione per difetto dell'elemento del dolo¹³. Spesso lo scontro si risolveva con la vittoria del più forte (il diritto metropolitano) sul più debole (lo *xeer*): così la *diya* (ossia il pagamento del prezzo del sangue, per effetto dell'applicazione del taglione) non venne più considerata come fattispecie estintiva degli effetti penali dell'atto illecito, sebbene gli effetti civili continuassero ad essere regolati su base tradizionale con responsabilità collettiva, allargata ai membri dell'intero gruppo¹⁴; l'istituzione del demanio coloniale e del regime delle concessione in favore dei

individuali. Giacché, mentre nelle nostre legislazioni civili manca ogni mezzo legale per colpire la collettività che ha la responsabilità maggiore di tali avvenimenti, troppo gravi e sproporzionate si presentano spesso le disposizioni di legge atte a reprimere il reato individuale, data la mentalità degli indigeni ed il modo come tali fatti si svolgono. Alla stregua delle nostre leggi questi fatti frequentissimi della vita indigena non possono che trovare una repressione inadeguata o l'impunità. [...] Non è possibile quindi applicare a questi fatti le nostre norme giuridiche, fondate sul principio della individuazione della colpa e della pena, perché l'individuo è scomparso nel seno del gruppo sociale, che a sua volta assurge, nei suoi rapporti esterni con altri gruppi, ad una spiccata unità economica e giuridica. Sparisce allora la questione della prevalenza dei nostri principi di diritto, che la legge di ordinamento della Somalia ha sancito, in confronto alle istituzioni indigene che maggiormente li contrastano, siano queste consacrate nella sceria o in determinate consuetudini. Innanzi a queste sopravvivenze di manifestazioni etiche di popoli primitivi si impone tutta una diversa valutazione dei fatti, da cui facilmente si desume che i nostri stessi principi di diritto retamente intesi, non consentono l'applicazione delle rigide sanzioni di legge a fatti che non ricorrono presso i popoli civili e richiedono invece maggiore elasticità e larghezza di repressione. Ciò importava che, oltre al sottrarre alla giurisdizione indigena il giudizio su questi fatti, l'intervento delle sanzioni di legge dovesse essere in tali contingenze libero dai legami di una rigida applicazione della legge stessa". Cit. in N. Papa, *L'Africa italiana*, Roma, Aracne Ed., 2009, pag. 106 e ss.

¹⁰ Assise Mogadiscio 1 marzo 1912 e Assise Mogadiscio, 15 luglio 1912, entrambe in G. Ciamarra, *La giustizia nella Somalia. Raccolta di giurisprudenza coloniale*, Napoli, R. Tip. F. Giannini & figli, 1914.

¹¹ Giudice della Somalia, sent. 20 marzo 1912, in G. Ciamarra, *La giustizia cit.*, p. 198.

¹² Giudice della Somalia, ord. 12 settembre 1912, in G. Ciamarra, *La giustizia cit.*, p. 249.

¹³ È questa l'interpretazione che ricava R. Sacco, in *Introduzione al diritto privato somalo*, cit., p. 19, dall'esame della giurisprudenza contenuta in G. Ciamarra, *La giustizia nella Somalia. Raccolta di giurisprudenza coloniale*, cit.

¹⁴ Il tutto ancora in R. Sacco, *Introduzione al diritto privato somalo*, cit. *ibidem*.



coloni assestò un duro colpo al sistema fondiario di matrice tradizionale¹⁵. A ciò va aggiunto il fatto che la struttura giudiziaria introdotta con la colonizzazione si limitava al riconoscimento del giudice islamico (*qadi*) senza prendere in considerazione l'applicazione in via ufficiale del diritto tradizionale, che, come visto in precedenza, veniva considerato come elemento integrativo nell'applicazione dei principi generali del diritto italiano laddove l'applicabilità del diritto metropolitano *sic et simpliciter* venisse giudicata inopportuna¹⁶, vedendosi tale diritto quindi ridotto al ruolo di formante nell'applicazione delle regole del diritto metropolitano.

Con la nascita dello stato indipendente prosegue il tentativo di demolizione dello *xeer*. La costituzione somala del 1960 introduceva il principio di uguaglianza¹⁷ (sebbene il richiamo ai principi della religione musulmana¹⁸ potesse essere interpretato nel senso di lasciare uno spiraglio alla sopravvivenza di qualche diversità), eliminando così tutte le discriminazioni fondate sull'applicazione dei principi tradizionali, e la legislazione successiva si è incanalata nella stessa direzione. Essa inoltre si preoccupava di vietare qualsiasi forma di pena collettiva¹⁹. La legislazione seguita alla rivoluzione socialista di Siad Barre si spinge oltre, abolendo espressamente le strutture claniche ed il diritto ad esse pertinente, sino ad arrivare a considerare come reato il compimento di atti tendenti a riportare in vita in qualsiasi forma le istituzioni claniche o che siano basati sui principi del diritto tradizionale²⁰, la cui applicazione rimane limitata ad alcuni aspetti particolari dei rapporti individuali²¹. La struttura giurisdizionale introdotta a seguito dell'indipendenza muta la denominazione del

¹⁵ Sul tema fondiario v. più ampiamente M. Guadagni, *Xeerka beeraha: diritto fondiario somalo*, Milano, Giuffrè, 1981.

¹⁶ App. Mogadiscio 25 maggio 1912 ed Assise Mogadiscio 16 gennaio 1913, entrambe in G. Ciamarra, *La giustizia nella Somalia. Raccolta di giurisprudenza coloniale*, cit.

¹⁷ Art. 23 Cost. del 1960.

¹⁸ Art. 1 comma 3 Cost. del 1960.

¹⁹ Art. 43 Cost. del 1960.

²⁰ Il provvedimento normativo al riguardo è la Legge 1 novembre 1970 n. 67 (denominata "legge sulla protezione e la prevenzione di taluni gravi delitti contro la vita, la sicurezza e la proprietà individuale", nota come "legge di protezione sociale").

²¹ R. Sacco, in *Introduzione al diritto privato somalo*, cit., p. 22.



qadi in “giudice distrettuale”, lasciando – di fatto – inalterata la situazione precedente.

Pluralismo e diritto religioso

I somali sono un popolo musulmano che ha sposato l’islam sunnita interpretato secondo il rito shafiita, accogliendo le regole della *sharī’a* (originariamente secondo l’interpretazione datale dal rito shafiita) e la giurisdizione del *qadi*²².

Il rapporto tra regola sciaraitica e norma tradizionale non è del tutto lineare. Se, da un lato, la prima ha generalmente prevalso sulla seconda, grazie anche alla diffusione sul territorio dell’attività dei *qadi*, d’altro canto la norma tradizionale ha talvolta mantenuto le sue caratteristiche principali, pur se a volte mediata da un certo grado di islamizzazione, soprattutto nell’ambito delle materie riguardanti lo statuto personale.

Così, in senso favorevole al diritto islamico, l’affermazione delle congregazioni religiose (*jamiica*), basate su rapporti di tipo associativo piuttosto che gentilizio, ha avuto influenze notevoli sul regime fondiario: le congregazioni si sono orientate verso attività sedentarie rigettando il nomadismo e hanno ottenuto in modo diverso diritti sulla terra che è stata – poi – suddivisa tra i membri della congregazione stessa. Se lo *xeer* considerava queste terre come una sorta di concessione dal gruppo tribale alla congregazione nel tentativo di continuare a riconoscere una signoria (seppur limitata) sulla terra in capo al gruppo, da parte sua la congregazione considerava la terra sottoposta al regime del *waqf* in applicazione dei principi musulmani, senza riconoscervi altri diritti concorrenti²³.

Dall’altro lato, ad esempio, l’esogamia ha mantenuto un ruolo fondamentale per determinare i confini dell’identità del gruppo (il clan), e nel caratterizzare ogni

²² G. Milesi, *Il diritto presso i somali*, Mogadiscio, Tip. Della Colonia, 1937; la necessità di insegnare agli studenti il diritto islamico praticato in Somalia portò alla realizzazione del volumetto *Corso di diritto islamico secondo la dottrina sciafeita*, Mogadiscio, Istituto Universitario della Somalia, 1960.

²³ R. Sacco, *Introduzione al diritto privato somalo*, cit., p. 27.



ambito della vita sociale, ivi inclusa la determinazione delle regole giuridiche²⁴. Quindi, se i matrimoni erano normalmente soggetti all'applicazione delle regole sciaraitiche, con conseguente centralità della figura del *wali*, l'intervento della regola tradizionale, attraverso istituti come il levirato e il sororato, serviva a ricondurre il matrimonio all'interno del gruppo esogamico, evitando così la possibile commistione tra gruppi diversi che la libertà insita nella regola musulmana avrebbe potuto causare.

Ancora, il diritto tradizionale – in contrasto con la *shari'a* – normalmente non ammetteva le donne alla successione, per evitare che le proprietà potessero fuoriuscire dal gruppo esogamico. Allo stesso modo, pur essendo consentita la proprietà privata, i beni considerati come essenziali per il gruppo (terra, bestiame) erano inalienabili al di fuori del gruppo stesso. Il diritto tradizionale ha modificato i principi sciaraitici in tema di responsabilità per atto illecito (la distinzione tra responsabilità civile e penale sembra essere ignota ai somali²⁵): questa non era individuale ma sorgeva in capo al gruppo²⁶; conseguentemente, la commissione di un atto illecito poteva determinare la vendetta del gruppo della vittima nei confronti di qualsiasi membro del gruppo cui apparteneva l'autore dell'illecito, vendetta che veniva spesso sostituita dal risarcimento (*diya*), concordato dalle assemblee dei rispettivi clan e pagabile dal gruppo dell'autore dell'illecito in favore del gruppo cui appartiene la persona offesa, in ossequio al principio tradizionale per cui “nessuno riceve o paga un risarcimento individualmente”²⁷.

²⁴ Attraverso l'esogamia si limita la possibilità di contrarre matrimonio all'interno del gruppo di appartenenza. Ogni clan si presenta come un blocco unico all'esterno e ha una leadership comune, sebbene, al suo interno, la competizione o il conflitto fra altri gruppi agnati – generalmente *diya-paying groups* (*jilib*) – sia spesso inevitabile. Cfr. I.M. Lewis, *A pastoral democracy*, cit.

²⁵ Questa difficoltà nel cogliere la differenza indicata nel testo sembra evincersi chiaramente dai lavori preparatori della Costituzione somala del 1960, ed in particolare in tema di rapporto tra *diya* e responsabilità penale personale, riportati nella sent. della Corte Suprema somala n. 2 del 16 maggio 1964, in *Journal of African Law*, 9 (1965), 3, p. 170 e ss.

²⁶ Il fatto che il diritto tradizionale abbia modificato i dettami della *shari'a* in questo delicatissimo argomento lo si trova espressamente riconosciuto nella sentenza n. 2 del 1964 appena citata.

²⁷ P. Contini, “The evolution of blood money for homicide in Somalia”, in *Journal of African Law* 15 (1971), 1, p. 78, il quale riferisce, inoltre, come il gruppo responsabile per il pagamento del risarcimento sia denominato *diya-paying group*, e la sua composizione vari da qualche centinaio a qualche migliaio di uomini. All'interno di esso ciascuno paga e riceve la *diya*, cosicché il gruppo diviene garante della protezione della vita e dei beni dei suoi membri, e ciascun membro



In generale, la fedeltà alla religione musulmana ha rappresentato un fattore essenziale nella costruzione dell'identità somala. Peraltro, a differenza di altre esperienze del mondo musulmano, in Somalia la sua importanza nel processo di formazione dello Stato risulta assai poco rilevante, data la forte caratterizzazione della società somala quale società nomade. Pertanto, l'assenza di una struttura statale accompagnata da istituzioni religiose competenti per l'applicazione del diritto sciaraitico induce a ritenere che la Somalia non fosse governata dalla *sharī'a* prima della colonizzazione europea, e che l'islam interagisse con le tradizioni locali senza però sostituirsi ad esse²⁸.

Il pluralismo in colonia

Alla fine del diciannovesimo secolo, l'Italia colonizzava i territori della Somalia meridionale²⁹, mentre gli inglesi acquisivano il controllo della parte settentrionale. Conseguentemente, nella prima fu introdotto un sistema di *civil law*, mentre nella seconda un sistema basato sul *common law* inglese.

Entrambe le potenze coloniali presero immediatamente coscienza della divisione clanica e della forza dello *xeer*, ed evitarono di introdurre cambiamenti drastici per non sovvertire la struttura della società somala, limitandosi ad intervenire in quei casi – fondamentalmente concentrati nelle aree urbane – in cui la pace e l'ordine venivano minacciati dai conflitti tra i diversi clan.

L'ordinamento giuridico della Somalia italiana ebbe un suo sviluppo autonomo. I cittadini italiani erano soggetti al diritto italiano, mentre le popolazioni locali erano sottomesse alle norme della *sharī'a* e dello *xeer*. Alla giurisdizione del *qadi* fu mantenuta la competenza in materia penale secondo le regole del diritto locale (tradizionale o religioso), e venne istituito un secondo grado di giurisdizione indigena, affidato al Tribunale Indigeno. Il principio di determinazione della legge applicabile in base alla provenienza dei soggetti trovò

acquista il ruolo di garante e di soggetto protetto. Il tema è sviluppato più ampiamente in I.M. Lewis, *A pastoral democracy*, cit.; ed in M. van Notten, *op. cit.*

²⁸ In tal senso v. F. Battera, *op.cit.*

²⁹ Sul processo di colonizzazione italiana della Somalia v. N. Papa, *op. cit.*, Cap. III.



una sua prima applicazione nell'Ordinamento Giudiziario del 1911, ispirato alla necessità di assicurare a tutti i cittadini italiani e stranieri un'amministrazione della giustizia basata sul sistema metropolitano adattato alla locale necessità di maggiore semplicità, di mantenere per la popolazione locale le istituzioni indigene nella misura in cui fossero compatibili con i principi generali del diritto italiano, di consentire il ricorso all'equo apprezzamento del giudice per adattare la norma tradizionale alle esigenze del diritto italiano qualora l'applicazione di quest'ultimo mal si adattasse alla realtà locale attraverso la giurisdizione dell'*indigenato* amministrata dai Tribunali Regionali. La cura con la quale i magistrati locali studiarono ed applicarono le tradizioni locali nel desiderio di comprendere la realtà locale sono un ulteriore segno dell'intenzione di adattare la regola tradizionale ai principi del diritto metropolitano.

I principi fondamentali previsti nell'Ordinamento Giudiziario del 1911 vennero ripresi nell'Ordinamento organico per l'Eritrea e la Somalia emanato con L. 6 luglio 1933, secondo il quale “I codici civile, commerciale e penale, di procedura penale, i codici penali per l'esercito penale marittimo, e le relative disposizioni complementari oggi in vigore nel Regno sono estesi di diritto all'Eritrea e alla Somalia e devono essere osservati per quanto è consentito dalle condizioni locali e salve le modificazioni che ad essi possono essere apportate con le norme speciali per l'Eritrea e per la Somalia Italiana”³⁰. Al Governatore era concessa la facoltà di introdurre nel diritto indigeno, con decreto motivato, le modificazioni necessarie a renderlo compatibile con i principi generali dell'ordinamento giuridico italiano. D'altro canto, le parti potevano provare con ogni mezzo l'esistenza della consuetudine della quale chiedevano l'applicazione, ed il giudice poteva disporre, anche d'ufficio, i mezzi più idonei ad accertarne l'esistenza.

Nello svolgere il proprio compito di amministrare giustizia, il giudice coloniale si trovò, quindi, alla continua ricerca di un punto di equilibrio tra le nozioni di diritto metropolitano apprese nelle università italiane e le regole giuridiche proprie della realtà somala. Egli non tardò molto ad accorgersi che il modello europeo – frutto di secoli di prove, errori, fallimenti ed aggiustamenti – non poteva essere

³⁰ Art. 37.



imposto come soluzione definitiva da accettarsi acriticamente, mancando, inoltre, la prova che la sua adozione avrebbe portato ad un miglioramento della situazione. Da qui la ricerca di soluzioni mediate che, mascherate da principi generali del diritto, equo apprezzamento del giudice o simili, divengono “una sorta di diritto naturale, che non si sa bene cosa sia, ma è comprensibile ed accettabile da tutti gli esseri umani”³¹.

Ne risultò lo sviluppo di un modello italiano che potremmo definire “atipico”. L’assenza di norme precise, unita all’assenza di raccolte organiche di tradizioni giuridiche locali richiedeva, quindi, uno sforzo “creativo” del giudice coloniale che si trovava a rendere giustizia utilizzando la sua personale conoscenza del diritto italiano mediata dall’importantissima, e personalissima, esperienza delle tradizioni giuridiche locali, maturata sul suolo somalo attraverso i casi a lui sottoposti. Il giudice era dunque chiamato a temperare le disposizioni codicistiche in ogni caso in cui egli le avesse giudicate incompatibili con le condizioni locali. Conseguentemente, sistema portava la magistratura coloniale ad essere essa stessa fonte del diritto, dal momento che i precedenti giurisprudenziali, nel citare una tanto ricca quanto diversa quantità di fonti, costituivano traccia per la conoscenza delle tradizioni giuridiche locali e guida per i giudici nell’applicazione della legge secondo le esigenze della colonia³².

Così, ad esempio, nel settore penale, l’introduzione del diritto metropolitano (tanto inglese, quanto italiano) non impedì che la *diya* continuasse ad esistere, venendo anzi addirittura incorporata nel diritto ufficiale³³. Ne derivò che – seppure su presupposti diversi (procedimenti separati, ufficiale per la prosecuzione del reato e tradizionale per gli effetti risarcitori, nel caso inglese; ricorso al principio della responsabilità solidale in quello italiano) – la *diya*

³¹ G. Marotta Gigli, *Giustizia sotto l’albero: taccuino di un giudice italiano in Somalia*, Roma, F.lli Palombi Ed., 1989, p. 35.

³² N. Papa, *op.cit.*

³³ S. Santiapichi, *Il prezzo del sangue e l’omicidio nel diritto somalo*, Milano, Giuffrè, 1963.



assunse il ruolo di strumento attraverso il quale vennero regolati quelli che il diritto europeo considerava gli effetti civili del reato³⁴.

D'altro canto, se il diritto occidentale riuscì a conciliare abbastanza agevolmente la punizione delle fattispecie che esso considerava come criminose senza intaccare nella sostanza il risarcimento secondo il diritto tradizionale, quest'ultimo si trovò in difficoltà nel comprendere le ragioni dell'intervento operato dal giudice metropolitano: la commissione di un atto illecito causava delle conseguenze che erano ben definite dal diritto tradizionale e che chiudevano ogni situazione derivante dall'atto illecito una volta raggiunto il componimento e pagato il risarcimento, per cui non era dato comprendere le ragioni per cui, malgrado la risoluzione (già completa) del caso effettuata secondo il diritto tradizionale, lo Stato continuasse a perseguire il colpevole per aggiungere un'ulteriore sanzione comminata dal giudice metropolitano³⁵. Più in generale, il principio di separazione dei poteri – cardine del modello giuridico metropolitano – male si conciliava con la concezione indigena secondo cui il capo che non amministra la giustizia non è un capo³⁶.

Di contro, il rapporto tra diritto coloniale e *sharī'a* è stato sostanzialmente tranquillo. Le amministrazioni coloniali (italiana e britannica) ne hanno riconosciuto l'applicabilità quale fonte giuridica esclusiva in materia di statuto personale per i musulmani, e, più in generale, nei rapporti tra musulmani qualora le regole applicabili non fossero contrarie ai principi di ordine pubblico del Paese colonizzatore.

In generale, l'introduzione del modello occidentale in Somalia (come, del resto, in Africa) ha determinato una situazione di "pluralismo fittizio" dove gli altri ordini giuridici presenti nel Paese (diritto tradizionale e/o religioso) erano riconosciuti a determinate condizioni, la più importante delle quali era quella di essere conformità con i principi generali dell'ordinamento giuridico

³⁴P. Contini, "The evolution of blood money for homicide in Somalia", cit.; S. Santiapichi, *op. cit.*

³⁵ P. Contini, "The evolution of blood money for homicide in Somalia", cit.; G. Marotta Gigli, *op. cit.*

³⁶ N. Papa, *op. cit.*, p. 183.



metropolitano, il che determinava, a volte, un adattamento della norma proveniente dagli ordini alternativi per addomesticarla al diritto di matrice europea. L'obiettivo finale era quello di dare una certa forma di riconoscimento a tali ordini giuridici – nella loro versione “diluata” attraverso il suddetto filtro di conformità – nell'ordinamento giuridico coloniale: il risultato fu la creazione di una sorta di “diritto tradizionale con caratteristiche europee”. Conseguentemente lo spazio per un reale pluralismo giuridico rimase – almeno ufficialmente – sostanzialmente nullo. La stessa definizione di “customary law” coniata durante il periodo coloniale, come “a residual category of local norms claiming tradition as legitimation that pertain to matters on which there has been no legislation or binding judicial rulings by the central state, yet which the state is willing to acknowledge and enforce”³⁷, presenta sostanziali differenze con la concezione tradizionale di “consuetudine” fondata sulla reale natura e sulle caratteristiche di questo particolare aspetto della realtà normativa africana.

In ogni caso, questo approccio positivista del legislatore coloniale non ha impedito al diritto tradizionale di continuare a mantenere il suo ruolo centrale all'interno delle società africane, malgrado il tentativo dell'ordinamento coloniale di assoggettarlo al suo controllo. Da qui il ben noto fenomeno della resistenza del diritto tradizionale africano e la conseguente continuazione (in forma sommersa) del pluralismo giuridico come coesistenza di ordini normativi del medesimo livello concorrenti tra loro³⁸.

Il pluralismo nel primo stato somalo

Nel 1960 i territori della Somalia italiana e di quella britannica divengono indipendenti e si uniscono nel nuovo Stato somalo.

La politica del nuovo governo somalo fu subito orientata a combattere qualsiasi forma di tribalismo, nel tentativo di prevenire ogni forma di divisione e

³⁷ S. Falk Moore, “History and the redefinition of custom on Kilimanjaro”, in J. Starr & J.F. Collier, *History and Power in the Study of Law: New Directions in Legal Anthropology*, Ithaca, Cornell University Press, 1989, pp. 277-301, a p. 300.

³⁸ J. Vanderlinden, “Les droits africains entre positivisme et pluralisme”, in *Bulletin des séances de l'Académie royale des sciences d'outre-mer*, 46 (2000), pp. 279-292.



favorire la formazione di una coscienza nazionale: da qui l'opposizione verso il diritto tradizionale di cui si è fatto cenno in precedenza.

Sotto il profilo giuridico l'unione delle due colonie portò alla creazione di un sistema³⁹ in cui i codici civile, commerciale e di procedura civile erano basati sulla tradizione giuridica di *civil law*, ed in particolare sul modello italiano, ad eccezione di quello civile basato sul codice egiziano (con qualche infusione proveniente dal codice italiano)⁴⁰. Nel settore penale, il codice di diritto sostanziale costituiva una copia pressoché identica del codice italiano del 1942, mentre il codice di procedura penale⁴¹ seguiva il modello inglese (attraverso l'omologo codice indiano), con qualche elemento mutuato dal codice italiano⁴².

La forza dello *xeer* era però tale da riuscire a reagire ai tentativi di marginalizzazione del diritto ufficiale. Rimanendo all'esempio della *diya*, forse il più rappresentativo (di certo il più studiato) del diritto somalo, il tentativo di sopprimere la responsabilità collettiva per il pagamento della *diya* operato in sede di redazione della carta costituzionale non ebbe successo⁴³. Le influenze del diritto tradizionale sul codice penale possono essere riscontrate nell'omissione della pena accessoria (prevista nel codice italiano) della perdita della patria potestà e della potestà maritale in omaggio al carattere patrilineare della società somala, e nella diminuzione di pena qualora le lesioni ad un bambino siano state causate dai suoi genitori⁴⁴; nonché nella previsione di un aggravante nel reato di

³⁹ Sui problemi di costruzione del sistema giuridico derivanti dall'unificazione delle due colonie v. P. Contini, *Integration of Legal Systems in the Somali Republic*, in 16 *Int'l & Comp. L. Q.*, 1967, pp. 1088-1105.

⁴⁰ Detti codici si trovano raccolti in un volume contenente la legislazione fondamentale nel settore privatistico curato da I. Hassan Sceek, *I codici e le leggi civili della Somalia*, Mogadiscio, 1978.

⁴¹ Decreto Legislativo 1 giugno 1963 n. 1, come modificato dalla Legge 12 dicembre 1972 n. 84.

⁴² P. Contini, *The Somali Republic: An Experiment in Legal Integration*, Londra, Frank Cass, 1969. Il codice venne commentato da I. Singh, M. Hassan Said, *Commentary on the Criminal Procedure Code*, Mogadiscio, 1978.

⁴³ Un'accurata descrizione dei lavori preparatori relativi all'argomento si trova nella sentenza della Corte Suprema n. 2 del 16 maggio 1964.

⁴⁴ M. R. Ganzglass, *The Penal Code of the Somali Democratic Republic*, New Brunswick, Rutgers University Press, 1971.



ingiuria quando l'offesa è portata attraverso l'uso di parole o atti che, secondo le tradizioni locali, sono idonee a provocare la reazione dell'offeso⁴⁵.

Di contro, il diritto tradizionale dovette adattarsi alla presenza del diritto statale e trovare spazio nelle maglie da esso lasciate aperte. Sempre in tema di *diya*, l'evoluzione del significato del risarcimento così pagato nel senso di rappresentare il risarcimento derivante dagli effetti civili dell'atto illecito trovava definitiva conferma nella giurisprudenza della Corte Suprema somala⁴⁶ la quale menzionava espressamente come l'evoluzione del diritto tradizionale somalo per effetto dell'introduzione del diritto occidentale avesse fatto divenire la *diya* un risarcimento della responsabilità civile⁴⁷, anche se resta sempre da vedere quanto per il somalo avesse senso una distinzione tra effetti penali e civili dell'illecito. Di più, la stessa corte dichiarava espressamente come il pagamento del risarcimento sotto forma di *diya* non fosse in contrasto con l'indirizzo politico dello Stato di costruire una società priva di divisioni tribali.

Nel discutere il rapporto tra diritto statale e diritto tradizionale, la stessa Suprema Corte si è spinta fino a dichiarare ammissibile l'uscita volontaria del singolo dal proprio *diya-paying group*, ricorrendo al principio costituzionale secondo cui nessuno poteva essere costretto a far parte di una qualsiasi forma di associazione⁴⁸.

Diritto ufficiale e *sharī'a* hanno – in questo periodo – un rapporto controverso.

Se la clausola di esclusione costituita dal rispetto dell'ordine pubblico costituiva, nel periodo coloniale, un escamotage per sfuggire all'applicazione dei principi della *sharī'a*, questa possibilità veniva meno con la nascita dello Stato sovrano. Riconoscere il limite dell'ordine pubblico avrebbe significato accettare

⁴⁵ Art. 451 secondo comma, lettera "c", c.p.

⁴⁶ Cfr. la sent. della Corte Suprema n. 2 del 16 maggio 1964 cit., nonché la sent. n. 7/1962 e la sent. n. 25/1964, entrambe cit. in P. Contini, "The evolution of blood money for homicide in Somalia", cit. In argom. v. anche R. Angeloni, *Codice penale somalo, commentato ed annotato in base ai lavori preparatori*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 22.

⁴⁷ Su *diya* e responsabilità civile si v. P. Cendon, "La responsabilità civile in Somalia", in *Resp. Civ.*, 1988, p. 157-193.

⁴⁸ Il principio si trova affermato nella sent. n. 25/1964, cit., la quale richiama espressamente il secondo comma dell'Art. 26 Cost.



l'esistenza di un ordinamento ulteriore e potenzialmente in conflitto con la *sharī'a*, circostanza, questa, inammissibile secondo i canoni del diritto islamico⁴⁹.

Nella Costituzione del 1960 l'Islam assumeva un ruolo centrale⁵⁰, rappresentando – tra l'altro – la fonte principale delle leggi dello Stato⁵¹, e le leggi successive si sono incanalate formalmente nella stessa direzione. Alcuni principi del diritto islamico sono stati incorporati dal legislatore nel codice penale somalo, per il resto largamente copiato dal codice italiano dell'epoca: valga per tutti l'esempio del mantenimento della pena di morte in caso di omicidio volontario⁵² e quello del reato di consumo e vendita di bevande alcoliche riservati entrambi ai cittadini musulmani⁵³. La presenza di giudici specializzati garantiva, poi, alla *sharī'a* la possibilità di trovare un'applicazione effettiva in sede giudiziaria.

Con la nascita dello Stato somalo il diritto musulmano veniva, quindi, recepito per la prima volta in forma ufficiale nel tessuto normativo dell'ordinamento, non solo quale fonte ultima per colmare lacune legislative, ma, soprattutto, per conferire legittimità al nuovo sistema istituzionale.

Si è già accennato come il ruolo formale del diritto tradizionale sia stato ulteriormente ridotto, per non dire annullato, con l'avvento al potere di Siad Barre: nella scelta dell'opzione socialista, con la necessità di creare uno Stato centrale fortemente dirigista, la Costituzione somala del 1979 eliminava ogni forma di tribalismo e la legislazione successiva doveva necessariamente svilupparsi in quest'alveo⁵⁴. Peraltro, l'impronta chiaramente clanica data da Siad Barre alla gestione del potere, in uno alla scarsa affermazione del diritto ufficiale, sono tra i fattori che permisero alla tradizione di mantenere la sua forza nella

⁴⁹ R. Sacco, *Introduzione al diritto privato somalo* cit., p. 28.

⁵⁰ Ad es., secondo l'Art. 71 comma 1, uno dei requisiti di eleggibilità del Presidente della Repubblica era quello di essere musulmano.

⁵¹ Art. 50 Cost. del 1960.

⁵² Art. 434 c. p. V. in tal senso, R. Angeloni, *op.cit.*, p. 56.

⁵³ Artt. 411 e 412 c.p.

⁵⁴ Sulla costituzione somala del 1979 v. G. Ajani, "The 1979 Somali Constitution: the Socialist and the African Patterns and the European Style", in *Review of Socialist Law*, 8 (1982), pp. 259-269.



gestione della vita quotidiana della società somala, nella quale lo Stato e il suo diritto riuscivano a penetrare solo superficialmente.

La Costituzione del 1990 – che Siad Barre aveva emanato nel tentativo di conservare il potere e di traghettare il Paese verso un sistema più moderno abbandonando l’opzione socialista – non riuscì a lasciare il segno: i forti disordini che si svilupparono a Mogadiscio e nel resto del territorio già alla fine di quell’anno impedirono alla nuova carta costituzionale di avere un qualsiasi impatto nella vita giuridica del Paese. In essa la *sharī’a* era definita “un’importante fonte normativa”⁵⁵ e i provvedimenti aventi valore di legge dovevano essere conformi ai “principi generali dell’Islam”, oltre che alla Costituzione⁵⁶. Nessun cenno, invece, in merito al diritto tradizionale⁵⁷.

Lo Stato scompare: il pluralismo atipico

Il 27 gennaio 1991 Siad Barre veniva rovesciato, e si apriva una lunga e sanguinosa fase caratterizzata dalla totale assenza di un Stato centrale e di organi in grado di esercitare il controllo sul territorio e le funzioni essenziali dello Stato (c.d. *failed state*), fase dalla quale solo adesso si cerca – assai faticosamente – di uscire⁵⁸. Se il sistema giuridico in vigore al momento della caduta di Siad Barre restava formalmente in vigore, la totale mancanza di strutture di esercizio delle attività legislative e giudiziarie ne determinava – di fatto – la scomparsa, a cui contribuivano significativamente la guerra civile, la chiusura dell’Università Nazionale Somala, la distruzione della gran parte delle fonti scritte sul diritto somalo a causa della guerra stessa.

Nel frattempo, nell’ambito giurisdizionale si sviluppava un modello di giustizia sostitutivo di quello ordinario, modello che si è rafforzato nel corso del tempo, quando il funzionamento di tutte le istituzioni è stato definitivamente

⁵⁵ Art. 3 Cost. 1990.

⁵⁶ Art. 113 Cost. 1990.

⁵⁷ Sulla costituzione somala del 1990 si v. A.A. Bootan, “La costituzione somala del 1990”, in E. Grande (ed.), *Transplants, innovation and legal tradition in the Horn of Africa*, Torino, L’Harmattan Italia, 1995.

⁵⁸ Sulla caduta del regime di Siad Barre e l’apertura della fase di *failed state* v. A.M. Issa-Salwe, *The collapse of the Somali state*, London, Haan Associates, 1994.



compromesso dal conflitto⁵⁹. Questo modello di giustizia alternativo, fondato su basi claniche, male si adattava, peraltro, a controversie (come quelle commerciali) che esulavano dal mero rapporto clanico e presentavano fattispecie sconosciute ai sistemi tradizionali⁶⁰.

Ne è risultato un sistema sviluppatosi su canoni completamente diversi da quelli ai quali un giurista occidentale è avvezzo, fondato su equilibri diversi, propri di una realtà in cui la componente rappresentata dallo Stato è del tutto assente. Valgano, per tutti, gli esempi che seguono. In assenza di organi preposti alla costituzione ed alla registrazione delle società, per lo svolgimento delle loro attività commerciali i somali hanno utilizzato società costituite all'estero (normalmente Dubai), importando regole e concetti di funzionamento delle società proprie di quei sistemi e che venivano praticate nel territorio somalo in mancanza di regole locali. Ancora, in assenza di qualsiasi governo funzionante dal 1991, sono nel frattempo apparse tre società per l'offerta dei servizi di telefonia fissa, mobile e di collegamento alla rete internet: l'assenza del filtro della licenza governativa per entrare nel mercato ha fatto sì che questo si sviluppasse sulla pura competizione di mercato con prezzi che sono risultati essere i più bassi di tutta l'Africa, mancando sia il controllo dello Stato sull'accesso al mercato (con il conseguente costo dell'ottenimento e del mantenimento delle licenze di esercizio, o il rischio di distorsioni causate dall'ingresso nel mercato di una società a controllo statale), sia, più in generale, l'esazione di tributi. Ma ciò che è più significativo è il fatto che, malgrado la totale assenza di un sistema di diritto ufficiale e di un sistema di corti funzionante, il livello di sofferenze e di inadempimento contrattuale erano praticamente inesistenti, essendo i pagamenti e l'adempimento contrattuale assicurati attraverso i sistemi tradizionali di risoluzione delle controversie e di responsabilità di tipo solidale⁶¹.

⁵⁹F. Battera, *op. cit.*, p. 27.

⁶⁰ Cfr. T. Nemova & T. Hartford, *Anarchy and Invention. How Does Somalia's Private Sector Cope without Government?*, The World Bank Group – Private Sector Development Vice-Presidency, November 2004, note number 280.

⁶¹J. Winter, *Telecoms thriving in lawless Somalia*, BBC News (19 November 2004), disponibile all'URL: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/africa/4020259.stm> (visionato il 13 gennaio 2012).



In questa fase storica il diritto religioso permane e si rafforza, tra osservanza spontanea e derive fondamentaliste. Corti religiose più o meno ortodosse amministrano la *shari'a*, a volte nelle sue forme interconnesse con le regole tradizionali, altre in una forma che si vorrebbe pura e strettamente osservante dei soli principi provenienti dalla lettura delle sacre scritture.

Durante il periodo del *failed state* si è, quindi, sviluppata una forma di pluralismo che potremmo definire atipico⁶². Atipico se si considera che il concetto classico di pluralismo giuridico sottintende l'esistenza di uno o più ordini giuridici concorrenti ed alternativi tra loro, di cui uno è quello statale; in questo caso manca, invece, proprio l'ordine normativo statale.

Il discorso pluralistico si è sviluppato su binari parzialmente differenti – e, se si vuole, più in linea con i canoni classici del pluralismo giuridico – nel territorio dell'ex Somaliland britannico. Dopo il disfacimento dello Stato somalo, la necessità di prevenire l'instabilità in quel territorio venne immediatamente avvertita. Si tenne quindi a Borama (una città del Somaliland) una conferenza tra i vari clan del territorio per discutere del futuro del territorio. Il 18 maggio 1993 il Somaliland si autoproclamava Stato indipendente e sovrano, la Repubblica del Somaliland⁶³, ma il nuovo Stato non ha ottenuto il riconoscimento internazionale⁶⁴.

Qui il mancato riconoscimento internazionale non ha impedito il sorgere di strutture statali che hanno applicato, ed applicano tuttora, un sistema giuridico composto dal diritto religioso, da quello tradizionale, dal diritto somalo pre-1991 e da quello successivamente emanato dal Somaliland, in un coacervo di regole scritte e non scritte nel quale è assai difficile districarsi, in cui la caratteristica

⁶² Un esempio in G. Woodman, "A survey of customary law in Africa in search of lessons for the future", in J. Fenrich, P. Galizzi e T. Higgins (a cura di), *The future of African customary law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 11

⁶³ Sul processo che ha portato il Somaliland all'autoproclamazione dell'indipendenza, e sulla storia recente del territorio, v. I.M. Lewis, *Understanding Somalia and Somaliland*, Londra, Hurst, 2008.

⁶⁴ Sulla questione del mancato riconoscimento internazionale della Repubblica del Somaliland v. Government of Somaliland, *Briefing Paper. The Case for Somaliland's International Recognition as an Independent State*, Hargeisa, Ministry of Foreign Affairs, 2007.



essenziale è data dall'istituzionalizzazione delle componenti del diritto tradizionale all'interno del sistema ufficiale⁶⁵.

Cosa succede adesso?

L'esistenza del problema del pluralismo è ben nota. Basti citare il fatto che la necessità di armonizzare i vari ordini normativi esistenti viene considerata come il problema fondamentale da risolvere per lo sviluppo del sistema giuridico del Somaliland⁶⁶.

L'intenzione per il futuro del nuovo Stato somalo è quella di formare uno Stato federale. L'obiettivo è chiaro: oltre 20 anni di assenza totale dello Stato centrale hanno determinato l'epifania di forme autonomistiche più o meno spinte, la cui forza centrifuga mal si concilierebbe, in ogni caso, con la loro riduzione all'interno di uno Stato unitario centralizzato.

In attesa della realizzazione dello Stato federale, la Regione Autonoma del Puntland ha approvato, nell'aprile 2012, una costituzione che inquadra il territorio quale Stato autonomo della futura Repubblica Federale Somala. Qui la *sharī'a* assurge al ruolo di principio guida sul quale è basato il sistema politico del Puntland⁶⁷, mentre la religione islamica è l'unica ammessa nel territorio dello Stato autonomo⁶⁸. Ciò che, però, appare più significativo ai fini del presente studio è la previsione dell'Art. 101, intitolata "Riconoscimento delle norme e degli usi tradizionali". La norma si apre con la declamazione secondo la quale la Costituzione riconosce le regole tradizionali che non siano in contrasto con la *sharī'a*, la stessa Costituzione e le leggi del Puntland (richiamando, per certi aspetti, la clausola di conformità dei temi coloniali), e con l'espresso

⁶⁵ S. Mancuso, "Short Notes on the Legal Pluralism(s) in Somaliland", in corso di pubblicazione in S.P. Donlan, L. Heckendorn Urscheler (a cura di), *Concepts of Law: Comparative, Jurisprudential, and Social Science Perspectives*, Londra, Ashgate.

⁶⁶ B. Hart e M. Saed, "Integrating Principles and Practices of Customary Law, Conflict Transformation, and Restorative Justice in Somaliland", in *Africa Peace and Conflict Journal*, 3, (2010), 2, pp. 1-17; S. Mancuso, *op. cit.*

⁶⁷ Art. 3 comma 6. Il suo primato nella gerarchia delle fonti legislative lo desumiamo dal primo comma dell'Art. 101, ove viene indicata quale primo strumento normativo cui le norme tradizionali devono essere conformi.

⁶⁸ Art. 8.



riconoscimento che gli anziani legittimati (secondo le regole tradizionali) considerati come i depositari dell'autorità tradizionale⁶⁹. Il ruolo centrale riservato all'autorità tradizionale lo si riscontra facilmente nei tre commi successivi: in caso di dispute o “malintesi” (la norma recita “misunderstanding”) che possano minacciare la pace tra i clan o i sub-clan, gli anziani devono essere chiamati (“will be called”) per dare un parere o trovare una soluzione pacifica. La decisione raggiunta dagli anziani applicando le norme ed i metodi tradizionali viene riconosciuta come valida da qualsiasi autorità, che deve fornire il proprio supporto per l'esecuzione della decisione; la decisione presa dagli anziani secondo i principi del diritto tradizionale deve inoltre essere registrata presso la *Magistrate Court* (giudice di primo grado) del distretto nel quale il caso è stato risolto. Se si considera che, secondo le regole tradizionali, sostanzialmente tutte le controversie sono a livello di relazioni tra clan o sub-clan, appare immediatamente chiaro l'impatto che la norma in questione può – potenzialmente – avere nell'ambito della risoluzione delle controversie.

Una situazione simile, del resto, la si registra anche in Somaliland. Lì la Costituzione (volta al riconoscimento del territorio come Stato indipendente) riconosce la *sharī'a* come la fonte suprema del diritto alla quale anche la stessa Costituzione è chiamata a conformarsi⁷⁰. Anche in assenza di una previsione a livello costituzionale simile a quella vista in precedenza per il Puntland, gli anziani spesso richiedono al giudice ordinario di risolvere direttamente le controversie, e sono gli stessi giudici a favorire questa soluzione di tipo stragiudiziale basata sul consenso delle parti. Nel settore civile ciò può avvenire in qualsiasi grado del giudizio, e l'*escamotage* cui si ricorre è l'utilizzo, a seconda del grado del giudizio, degli Articoli 117 e 239 del Codice di Procedura Civile somalo. Secondo i citati Articoli, mutuati dal codice italiano, il giudice può invitare le parti a trovare una soluzione extragiudiziale della controversia; l'interpretazione data a questi articoli è stata sempre nel senso di consentire alle

⁶⁹ Al fine di preservarne l'imparzialità e la dignità, la norma vieta loro di far parte di associazioni o partiti politici.

⁷⁰ Art. 5 Cost. Somaliland.



parti di trovare una soluzione della controversia applicando regole e metodi del diritto tradizionale. Qui non è il giudice ad applicare il diritto tradizionale: egli si limita a prendere atto dell'avvenuta soluzione della controversia in applicazione del diritto tradizionale da parte delle autorità competenti in materia. Le parti registrano l'intervenuto accordo presso il giudice ufficiale al mero fine della chiusura del fascicolo, essendo la stessa esecuzione dell'accordo lasciata ai meccanismi previsti dal diritto tradizionale. Lo stesso fenomeno si verifica anche nel settore penale. Qui i giudici considerano questa modalità di soluzione delle controversie un'applicazione del principio di diritto islamico secondo il quale la persona offesa (o i suoi eredi) hanno diritto di scegliere se l'autore del fatto illecito debba essere punito personalmente, o se la questione debba essere risolta attraverso il pagamento della *diya* attraverso il risarcimento. In tal caso, il giudice accetta la decisione extragiudiziale assunta dagli anziani, imponendo una pena simbolica che rappresenta la punizione dell'offesa contro lo Stato.

Va, inoltre, menzionata la Costituzione dello Stato dello Jubaland (l'Oltre Giuba del periodo coloniale italiano), anch'esso considerato come Stato della futura Repubblica Federale Somala. Anche in questo documento la *sharī'a* assurge a fonte suprema della legge cui tutti gli atti normativi – Costituzione compresa – sono chiamati ad essere conformi⁷¹. Ciò che è interessante osservare è il riconoscimento centrale dato al diritto tradizionale, quale fonte sulla quale la Costituzione è basata, unitamente alla *sharī'a*⁷².

La Costituzione provvisoria della nuova Repubblica Federale Somala dell'1 agosto 2012 ribadisce il primato della religione islamica e della *sharī'a* quale fonte suprema alla quale tutti i provvedimenti normativi dello Stato devono essere conformi⁷³, ed alla quale la stessa Costituzione è dichiarata essere conforme e subordinata⁷⁴. Di contro, alle donne deve essere riconosciuto il diritto di essere

⁷¹ Artt. 2 e 3 Cost. Jubaland.

⁷² Art. 2 comma 2 Cost. Jubaland.

⁷³ Art. 2 Cost. provv. È interessante osservare come, sebbene il secondo comma dell'Art. 2 cit. (confermato dal secondo comma dello stesso Art. 17) non consente di propagandare alcuna religione diversa da quella islamica nel Paese, il primo comma dell'Art. 17 prevede la libertà religiosa e di credo, in conformità alla Costituzione del 1960 (Art. 29).

⁷⁴ Artt. 3 comma 1, e 4 comma 1 Cost. provv.



ammesse a ricoprire cariche pubbliche⁷⁵, e, più in generale, la Costituzione provvisoria conferma il principio di uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge senza discriminazioni basate – tra l’altro – su sesso o religione⁷⁶.

Con riguardo alle norme tradizionali, non esistono disposizioni specifiche. La Costituzione provvisoria si limita a sancire un generale riconoscimento delle “tradizioni positive e pratiche culturali del popolo somalo”, impegnandosi a rimuovere quelle che possano influire negativamente sull’unità ed il benessere della popolazione⁷⁷. Nell’ottica del tema del pluralismo giuridico è inoltre necessario segnalare il disposto dell’Art. 139, il quale prevede il principio di continuità di applicazione delle leggi in vigore anteriormente all’entrata in vigore della Costituzione provvisoria. Se la norma può sembrare quasi ovvia da un punto di vista puramente tecnico, le conseguenze applicative sono al momento assolutamente imprevedibili, se si considera che le norme a cui la regola costituzionale fa riferimento sono quelle del primo Stato somalo (dopo la caduta di Siad Barre e la dissoluzione dello Stato centrale nessuna autorità poteva legittimamente intervenire per modificarle), con tutti i problemi di ricostruzione del tessuto normativo ed interpretativo facilmente immaginabili; e che i territori del Somaliland e del Puntland hanno proceduto ad attività legislative autonome la cui sorte è tutta da stabilire, nel contesto di uno Stato federale somalo ancora tutto da costruire.

Se la centralità della *shari’a* non viene, formalmente, messa minimamente in discussione (le caratteristiche del nuovo Stato somalo ci diranno la centralità effettiva che la stessa assumerà), più controverso sembra essere, a prima vista, il ruolo del diritto tradizionale. Se, come appena visto, le carte “costituzionali” di Somaliland, Puntland e Jubaland riconoscono – seppure in forma diversa – la centralità della tradizione, lo stesso non avviene nella nuova costituzione provvisoria somala. Non vi è dubbio che, al di là del mero riconoscimento formale (occorrerà vedere cosa prevederà – se lo prevederà – al riguardo la costituzione

⁷⁵ Art. 3, quinto comma, Cost. provv.

⁷⁶ Art. 11 Cost. provv.

⁷⁷ Art. 31 Cost. provv.



definitiva), l'essenzialità della tradizione è nei fatti della vita quotidiana delle genti somale. Il tema sarà, dunque, come affrontare praticamente la questione del pluralismo, e la necessità di ricostruire il sistema giuridico della nuova Somalia potrebbe rappresentare un'occasione unica, pur nella coscienza della mancanza di soluzioni che possano magicamente risolvere definitivamente il problema.

Di certo, la stratificazione delle fonti e il pluralismo giuridico in atto potrebbero considerarsi una risorsa importante per lo sviluppo istituzionale e giuridico della Somalia. Peraltro, ciò dipenderà in gran parte sia dalla capacità della *shari'a* di ritagliarsi uno spazio centrale, ma non oppressivo, degli altri sistemi normativi, sia dal ruolo che ricoprirà il diritto tradizionale e la misura in cui ne sarà possibile un'integrazione nel sistema giuridico ufficiale in una prospettiva di lungo periodo, ed in una forma dinamica nella quale i meccanismi di interazione dei vari ordini normativi si sviluppino in senso cooperativo e non conflittuale nella ricerca della soluzione migliore possibile per ogni singolo caso.