

FOCUS AFRICA

05 AGOSTO 2022

Popoli indigeni, legittimazione attiva e  
*mixed governance* in una recente sentenza  
della Corte Suprema namibiana

di Paola Pannia

Assegnista di ricerca di Diritto pubblico comparato  
Università degli Studi di Firenze

# Popoli indigeni, legittimazione attiva e *mixed governance* in una recente sentenza della Corte Suprema namibiana\*

**di Paola Pannia**

Assegnista di ricerca di Diritto pubblico comparato  
Università degli Studi di Firenze

**Abstract [It]:** Il caso deciso recentemente dalla Supreme Court namibiana prende avvio dal ricorso presentato da 8 membri della comunità indigena Hai||om che nel 2015 si sono rivolti alla High Court per essere autorizzati a rappresentare in giudizio la propria comunità di appartenenza (necessario step preliminare per poter rivendicare il diritto della popolazione indigena alla terra ancestrale). La sentenza non concerne solo la condizione di strutturale marginalizzazione subita dagli Hai||om fin dal periodo precoloniale, ma anche il sistema di mixed governance istituito dal governo namibiano con il Traditional Authorities Act 25 del 2000, che dispone la creazione e il riconoscimento governativo di alcuni enti giuridici: le Autorità Tradizionali. Il ricorso viene rigettato dalla Corte Suprema, che, tuttavia, esclude che l'Autorità Tradizionale degli Hai||om (HTA) abbia una legittimazione esclusiva ad agire in giudizio per la comunità. Questa conclusione viene motivata sulla base del primato della Costituzione e del potenziale conflitto di interessi della HTA, legata al governo da un rapporto di cooperazione, supporto e dipendenza.

**Title:** Indigenous people, representative standing and mixed governance in a recent judgement of the Namibian Supreme Court

**Abstract [En]:** The decision recently given by the Supreme Court of Namibia involves crucial issues concerning the rights of indigenous peoples, and in particular, of one of Namibia's ethnic groups, the Hai||om. The appellants asked the Court to authorize them to bring civil claims on behalf of the Hai||om people. Such case touches upon the Hai||om's right to ancestral land and the marginalization they have experienced since the precolonial dispossession. The judgment also discusses the mixed governance system set up by the Government of Namibia with the Traditional Authorities Act 25 of 2000, which provides the governmental recognition of legal bodies called Traditional Authorities. The Supreme Court dismissed the appeal of the applicants. However, the Court also held that the Hai||om Traditional Authority (HTA) does not have exclusive competence to act in litigation for the Hai||om community. The Court's reasoning is based on the supremacy of the Namibian Constitution over the common law and the potential conflict of interest of the HTA, which is required to enact governmental policies and cooperate with the government

**Parole chiave:** Corte Suprema della Namibia; popolazioni indigene; legittimazione attiva; pluralismo giuridico; mixed governance

**Keywords:** *Supreme Court of Namibia; indigenous peoples; representative standing; legal pluralism; mixed governance*

**Sommario:** 1. La controversa nozione di popolazioni indigene nel contesto africano e la giurisdizionalizzazione delle loro istanze. 2. La legittimazione a rappresentare in giudizio il popolo Hai||om: la vicenda al centro del caso. 3. La decisione della Supreme Court. "Standing is a matter both of procedure and substance" 4. Il sistema giuridico namibiano tra pluralismo giuridico e governo delle differenze 2. Il caso. 3. Alcune brevi riflessioni conclusive.

Nota a [Tsumib and Others v Government of the Republic of Namibia and Others \(SA 53 of 2019\) \[2022\] NASC 6 \(16 March 2022\)](#)

---

\* Articolo sottoposto a referaggio.

## 1. La controversa nozione di popolazioni indigene nel contesto africano e la giurisdizionalizzazione delle loro istanze

La sentenza in commento si iscrive all'interno del complesso rapporto individui-gruppi-stato, nel peculiare contesto della Namibia. Quale spazio, quale riconoscimento giuridico, all'interno di questo ordinamento, è assegnato al diritto tradizionale e alle rivendicazioni dei nativi?

Le popolazioni indigene, come documentato dal report dell'*African Commission on Human and Peoples' Rights* del 2006<sup>1</sup>, sperimentano da tempo numerose violazioni dei propri diritti umani all'interno del continente africano che ricomprendono, oltre alla mancanza di partecipazione politica e al difficile accesso ai diritti sociali, anche forme strutturali di discriminazione, tra cui i perduranti effetti che lo spopolamento delle proprie terre ha prodotto e continua a produrre non solo sul piano economico, ma anche su quello culturale e identitario.

Una delle ragioni che contribuisce a spiegare questa condizione di diffusa e persistente vulnerabilità va ricondotta al sospetto e alla resistenza che la stessa nozione di indigeno incontra in Africa. Sebbene non si possa dar conto, in questa sede, del vivace dibattito che involge il concetto, è necessario quantomeno far riferimento ad alcune delle critiche principali che vengono mosse contro di esso. Il principale connotato negativo che marchia il termine andrebbe ricondotto alla circostanza seguente: forgiato dall'occidente, esso veicolerebbe una prospettiva culturalmente viziata<sup>2</sup>. Tutti gli africani, infatti, sarebbero suscettibili di rientrare nella definizione di indigeno in quanto popolazione "originaria", sottoposta ad una condizione di dominio e subordinazione da parte del potere coloniale europeo<sup>3</sup>. Accanto a questa ragione, ve n'è poi un'altra che concorre a spiegare il carattere controverso del termine

---

<sup>1</sup> AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS (ACHPR), *Indigenous peoples in Africa: the forgotten peoples? The African Commission's work on indigenous peoples in Africa*, 2006, [https://www.achpr.org/public/Document/file/Any/achpr\\_wgip\\_report\\_summary\\_version\\_eng.pdf](https://www.achpr.org/public/Document/file/Any/achpr_wgip_report_summary_version_eng.pdf)

<sup>2</sup> Dà conto di questa e delle altre "misconceptions", l'AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS (ACHPR), *Indigenous peoples in Africa: the forgotten peoples? The African Commission's work on indigenous peoples in Africa*, cit., p. 11 ss.

<sup>3</sup> In particolare, l'unico strumento di diritto internazionale volto a tutelare i diritti delle popolazioni indigene con effetti vincolanti – the Indigenous and Tribal People Convention del 1989 (No. 169) – così definisce il termine "indigeno": "Peoples in independent countries who are regarded as indigenous on account of their descent from populations which inhabited the country, or a geographical region to which the country belongs, at the time of conquest or colonization or the establishment of present states boundaries and who, irrespective of their legal status, retain some or all of their own social, economic, cultural and political institutions." (art. 1(1)b). La definizione ricalca i criteri forniti da J. R. MARTINEZ COBO, *Study of the problem of discrimination against indigenous populations. Final report submitted by the Special Rapporteur*, 1981, <https://cendoc.docip.org/collect/cendocdo/index/assoc/HASH01a2/55590d02.dir/Martinez-Cobo-a-1.pdf>. In particolare Mr. José Martínez Cobo afferma "Indigenous communities, peoples and nations are those which, having a historical continuity with pre-invasion and pre-colonial societies that developed on their territories, consider themselves distinct from other sectors of the societies now prevailing on those territories, or parts of them. They form at present non-dominant sectors of society and are determined to preserve, develop and transmit to future generations their ancestral territories, and their ethnic identity, as the basis of their continued existence as peoples, in accordance with their own cultural patterns, social institutions and legal system" (par. 379).

indigeno nel continente africano: il timore che, dietro alla richiesta di differenziazione e di tutele e diritti speciali, si celi la minaccia separatista<sup>4</sup>.

Queste barriere culturali e concettuali sembrano riflettersi nel quadro apprestato a livello costituzionale e legislativo dei paesi africani. Salvo alcuni casi isolati<sup>5</sup>, infatti, gli ordinamenti giuridici africani rimangono silenti rispetto ai diritti dei nativi. La Namibia non fa eccezione a questa tendenza. Non vi sono leggi, infatti, che individuino espressamente le popolazioni indigene o gli individui ad esse appartenenti (che pure rappresentano circa l'8% della popolazione),<sup>6</sup> come titolari di diritti *ad hoc* da riconoscere, promuovere, tutelare.

Di fronte a questa situazione, non stupisce come, sempre più spesso, in Namibia, così come in tutto il continente africano, le popolazioni indigene si rivolgano alle corti per presentare le loro domande di tutela e di giustizia. Uno dei diritti più spesso invocati è il diritto alla terra ancestrale, anche in ragione della sua centralità nell'economia delle istanze indigene. Il diritto alla terra, infatti, si pone al crocevia di numerosi ulteriori diritti umani: esso non solo è alla base di un diritto alla sussistenza materiale, ma anche del diritto alla conservazione del proprio stile di vita e della preservazione della propria cultura e incrocia, inoltre, il diritto alla partecipazione politica. La rivendicazione di questo diritto, al tempo stesso, si accompagna ad una serie di questioni satellite, funzionali al suo esercizio, relative, ad esempio, ai criteri necessari ad ottenere la *membership* alla comunità, o alla legittimazione a rappresentare in giudizio la minoranza indigena, come nel caso qui in commento.

Questo articolo analizza la decisione della Corte Suprema namibiana recentemente intervenuta sul tema, con riferimento alla comunità Hai | | om. Dopo aver introdotto gli snodi più significativi del ragionamento giudiziale della decisione in esame, l'articolo illustra le principali questioni giuridiche che vengono in rilievo nel caso di specie.

---

<sup>4</sup> Dà conto di questo argomento W. ODENDAAL, *The role of constitutional and international law in the development of ancestral land rights claims in Namibia*, cit., che richiama l'opposizione portata avanti nel 2006 da Namibia, Botswana, Kenya e Nigeria all'adozione della Dichiarazione ONU sui diritti delle popolazioni indigene.

<sup>5</sup> In proposito, la Costituzione keniota riconosce i "gruppi storicamente discriminati" (cui appartengono, ai sensi dell'art. 260, anche le comunità indigene) apprestando una tutela specifica con riferimento a numerosi diritti (si vedano le seguenti previsioni costituzionali: art. 10(2)(b) "National values and principles of governance", art. 21(3) "Implementation of rights and fundamental freedoms", art. 56 "Minorities and marginalised groups", art. 91(1)(e) "Basic requirements for political parties", art. 100(e) "Promotion of representation of marginalised groups", art. 174(e) "Objects of devolution", art. 177(1)(c) "Membership of county assembly", art. 201(b)(iii) "Principles of public finance", art. 204(3)(b) "Equalisation Fund"; la Costituzione camerunense fa espresso riferimento alla tutela delle popolazioni indigene (art. 2); la costituzione del Burundi garantisce che la popolazione indigena dei Batwa sia rappresentata nell'Assemblea nazionale e in Senato (artt. 169 e 185), mentre la Repubblica del Congo nel 2010 ha adottato una legislazione che tutela e promuove i diritti delle popolazioni indigene.

<sup>6</sup> CULTURAL SURVIVAL, *The State of indigenous human rights in Namibia. Prepared for Committee on Economic, Social, and Cultural Rights (CESCR)*, 2016, <https://www.culturalsurvival.org/sites/default/files/media/namibiacescr2016.pdf>

## 2. La legittimazione a rappresentare in giudizio il popolo Hai | | om: la vicenda al centro del caso

Il caso deciso dalla Supreme Court namibiana (*Tsumib and Others v Government of the Republic of Namibia and Others*<sup>7</sup>) prende avvio dal ricorso presentato da 8 membri della comunità Hai | | om che nel 2015 si sono rivolti alla High Court per vedere riconosciuta la loro capacità a rappresentare in giudizio la propria comunità di appartenenza<sup>8</sup>. L'ordinamento namibiano, infatti, non prevede la possibilità di procedere con una *class action* e, d'altra parte, il riconoscimento della legittimazione ad agire in capo ai ricorrenti costituisce lo *step* preliminare necessario ad azionare i diritti vantati dalla comunità Hai | | om sulle terre dell'Etosha National Park (d'ora in avanti anche Etosha o parco) e sulle undici tenute nel Manghetti West. Come documentato dalla *expert evidence* di tipo storico-antropologico prodotta nel processo<sup>9</sup>, nella prima decade del XX secolo, a seguito della colonizzazione della Namibia da parte della Germania, gli Hai | | om furono progressivamente spossessati delle loro terre ancestrali, in parte assegnate ai colonizzatori, e in parte utilizzate per la costituzione della riserva di caccia dell'Etosha nel 1907. Ammessi a risiedere nella riserva, nel 1954 furono costretti a lasciare l'Etosha dall'amministrazione sudafricana (sotto la cui amministrazione fiduciaria la Namibia era passata nel 1919).<sup>10</sup> Gli Hai | | om non furono riammessi al possesso delle loro terre neppure dopo il 1990, quando la Namibia raggiunse l'indipendenza, con la conseguenza che queste terre risultano tuttora occupate dal governo, da società e da altri "dominant groups".<sup>11</sup>

Di contro a questa situazione fattuale, i ricorrenti si rivolgono alla High Court per vedere riconosciuti, contro il governo namibiano, i diritti della comunità Hai | | om sulle terre ancestrali. L'istanza al centro del ricorso ha un plurimo oggetto. Un primo *petitum* concerne il diritto di proprietà sul parco e sulle 11 tenute del Manghetti West che gli Hai | | om vogliono vedersi riconosciuto (in alternativa alla corresponsione del suo attuale valore di mercato) (*sub a*), cui si ricollega il riconoscimento di una serie di diritti di godimento, quali il diritto allo sviluppo del parco (*sub c*), al suo uso e occupazione (*sub d*) all'accesso ad esso in via principale per l'esercizio dei propri diritti culturali (*sub e*). Infine, vi è una richiesta di natura risarcitoria, in cui si chiede la compensazione per il mancato godimento e sfruttamento delle

---

<sup>7</sup> *Tsumib and Others v Government of the Republic of Namibia and Others* (SA 53 of 2019) [2022] NASC 6 (16 March 2022).

<sup>8</sup> Gli Hai | | om rappresentano il più numeroso gruppo etnico San in Namibia, che conta tra le 11.000 e le 18.000 persone. S. KOOT, R. HITCHCOCK, *In the way: perpetuating land dispossession of the indigenous Hai | | om and the collective action lawsuit for Etosha national park and Manghetti West, Namibia*, in *Nomadic peoples*, 23, 2019, p. 55.

<sup>9</sup> Sul ruolo della *expert evidence* all'interno dei processi si veda lo studio di L. HOLDEN (a cura di), *Cultural Expertise and Socio-Legal Studies. Special Issue Studies in Law, Politics, and Society*, Emerald Group Publishing, 2019.

<sup>10</sup> Fatta eccezione per 12 famiglie che vennero assunte a lavorare all'interno del parco, con paghe inferiori a quelle di mercato. Si veda W. ODENDAAL, *The role of constitutional and international law in the development of ancestral land rights claims in Namibia*, cit., p. 12.

<sup>11</sup> par. 22 della sentenza.

risorse naturali del parco (attualmente la principale attrattiva turistica del paese) (*sub b*) nonché per lo spossessamento e la conseguente marginalizzazione e discriminazione subita (*sub f*).

Prodromica a queste azioni rivendicatorie e risarcitorie è l'istanza che gli otto ricorrenti rivolgono alla High Court perché li investa del potere di rappresentare la popolazione Hai||om e di stabilire le procedure da seguire per portare avanti l'interesse della comunità<sup>12</sup>.

Questa istanza viene osteggiata dal governo namibiano che oppone all'azione dei ricorrenti due argomenti principali. Innanzitutto, i diritti proprietari degli Hai||om si sarebbero già estinti prima del raggiungimento dell'indipendenza namibiana e, d'altro canto, le riforme intervenute sulle “communal lands”<sup>13</sup> avrebbero definitivamente perfezionato questa estinzione: esse, infatti, non contengono alcun riferimento alla restituzione delle terre ancestrali<sup>14</sup>.

Inoltre, occorre tenere conto delle previsioni della legge approvata nel 2000 che attribuisce riconoscimento alla diversità etnica in Namibia. Si tratta del *Traditional Authorities Act* n. 25 del 2000 (d'ora in avanti anche TAA), ai sensi del quale si consente alle c.d. “comunità tradizionali”<sup>15</sup> di avere delle autorità tradizionali che, una volta ottenuto il riconoscimento governativo, esercitano giurisdizione sui membri della comunità. Godono, infatti, del potere, tra gli altri, di “supervise and ensure the observance of the customary law of that community by its members”,<sup>16</sup> che include, tra le funzioni più rilevanti, quelle di “administer and execute the customary law of that traditional community”,<sup>17</sup> “raise funds on behalf of its traditional community”,<sup>18</sup> “hear and settle disputes between the members of the traditional community” e “make customary law”<sup>19</sup>. Il Traditional Authority Act, prevede che qualora un gruppo di persone appartenenti alla comunità ponga in essere una delle azioni che spettano per legge all'autorità tradizionale l'atto sia da considerarsi nullo, e tali soggetti siano da considerarsi colpevoli di reato<sup>20</sup>. Sulla base di queste previsioni, pertanto, la domanda di riconoscimento di *locus standi* dei ricorrenti deve essere

---

<sup>12</sup> par. 26 della sentenza.

<sup>13</sup> Si vedano, ad esempio, i seguenti atti normativi: the Agricultural Communal Land Reform Act 6 of 1995 (as amended) and the Communal Land Reform Act 5 of 2002 (as amended).

<sup>14</sup> Come rilevato da W. ODENDAAL, *The role of constitutional and international law in the development of ancestral land rights claims in Namibia*, cit., peraltro, la National Land Policy del 1998, alla section 3.12, chiarisce espressamente che “Restitution of land rights abrogated by the colonial and South African authorities prior to Independence, will not form part of Namibia’s Land Policy”.

<sup>15</sup> Ai sensi del Traditional Authorities Act 2000 (disponibile in questa pagina web <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/nam66435.pdf>), l'appartenente ad una comunità tradizionale “means an indigenous homogeneous, endogamous social grouping of persons comprising of families deriving from exogamous clans which share a common ancestry, language, cultural heritage, customs and traditions, who recognises a common traditional authority and inhabits a common communal area, and may include the members of that traditional community residing outside the common communal area” (art. 1(a)).

<sup>16</sup> Art. 3(1) del TAA.

<sup>17</sup> Art. 3(1)(b) del TAA.

<sup>18</sup> Art. 3(3)(a) del TAA.

<sup>19</sup> Art. 3(3) rispettivamente b) e c) del TAA.

<sup>20</sup> Art. 3(4) del TAA. Ovviamente a patto che l'autorità tradizionale sia stata istituita.



respinta. L'autorità tradizionale, infatti, è l'unico ente legittimato a rappresentare la comunità Hai | | om e ad azionare in via esclusiva i diritti collettivi tanto degli Hai | | om, quanto delle altre comunità tradizionali in Namibia<sup>21</sup>.

Le medesime ragioni sono sostenute anche dall'Autorità tradizionale degli Hai | | om (d'ora in avanti anche HTA), anch'essa costituitasi in giudizio come parte resistente, che contesta l'azione promossa in giudizio dai ricorrenti come un tentativo illegittimo di usurpare le funzioni ad essa attribuite dalla comunità e riconosciute dal governo ai sensi della TAA.

A fronte di questa ricostruzione, i ricorrenti rilevano come la HTA manchi dell'indipendenza necessaria a rappresentare in giudizio gli interessi del popolo Hai | | om. Il *Traditional Authorities Act*, infatti, prevede un rapporto di cooperazione, supporto e di “dipendenza” delle autorità tradizionali rispetto al governo. Ai sensi dell'art. 16 del TAA, infatti, “A traditional authority shall in the exercise of its powers and the performance of its duties and functions under customary law or as specified in this Act give support to the policies of the Government, regional councils and local authority councils and refrain from any act which undermines the authority of those institutions”. Di conseguenza, le autorità tradizionali, agendo quali appendici governative, in flagrante conflitto di interessi, non sono idonee a tutelare il “best interest” della comunità, tanto è vero che nel caso di specie la HTA ha mancato di promuovere azioni volte a rivendicare i diritti degli Hai | | om e a migliorarne le condizioni<sup>22</sup>.

Alla base delle istanze presentate, i ricorrenti invocano il rispetto della costituzione namibiana e, nello specifico, il diritto ad un rimedio effettivo, garantito dall'art. 12(1)(a), il diritto di proprietà di cui all'art. 16 e il diritto di godere, praticare, professare, preservare e promuovere la propria cultura sancito all'art. 19. Accanto a questi riferimenti costituzionali, si richiama altresì il diritto internazionale, in particolare l'art. 2(3) del Patto Internazionale sui diritti civili e politici e l'art. 6 della Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale che affermano entrambi il diritto ad una tutela e ad un rimedio effettivo. Attraverso questi riferimenti, si rivendica il diritto all'autodeterminazione del popolo Hai | | om.

Il ricorso viene tuttavia respinto dalla High Court che aderisce *in toto* agli argomenti del governo namibiano e della HTA. Contro la sentenza viene proposto appello di fronte alla Supreme Court, che imposta il caso partendo dalla seguente questione: la decisione della High Court di attribuire alla HTA rappresentanza esclusiva ad agire in giudizio per la comunità Hai | | om è corretta oppure no?

---

<sup>21</sup> In proposito l'art. 18(1) della TAA stabilisce che “A traditional authority may with the consent of the members of its traditional community acquire, purchase, lease, sell, or otherwise hold or dispose of movable and immovable property in trust for that traditional community, and shall have such rights in respect of the acquisition and disposal of such property as may reasonably be necessary or expedient for the carrying out of its functions under this Act”.

<sup>22</sup> par. 20 e 21 della sentenza.

La Corte Suprema risponde negativamente al quesito appena posto, ribaltando la decisione della High Court sul punto, sulla base di un *reasoning* che ci si appresta ad analizzare.

### 3. La decisione della Supreme Court. “*Standing is a matter both of procedure and substance*”<sup>23</sup>

Il primo argomento presentato dalla Corte è l’evidente conflitto di interessi su cui riposa il rapporto tra la HTA e il governo: “it is the GRN [Government of the Republic of Namibia] which through the Government Attorney’s office pays for the traditional authority’s litigation costs and also bears financial responsibility for the proper functioning of the traditional authority”, afferma il giudice<sup>24</sup>. La dipendenza economica dell’HTA dal governo incide pesantemente sulla sua indipendenza. I finanziamenti governativi, infatti, inevitabilmente condizionano e limitano le azioni (anche giudiziarie) dell’Autorità tradizionale per la tutela e la promozione degli interessi degli Hai || om. Ciò è dovuto al fatto che, in caso di successo, l’azione promossa dagli Hai || om potrebbe generare un “effetto domino” e il governo si troverebbe a subire rivendicazioni del medesimo contenuto avanzate anche dalle altre popolazioni indigene che abitano il suolo namibiano e che rivendicano interessi affini.

Vi è un secondo importante argomento che la Supreme Court utilizza a supporto della sua conclusione. Affermare la capacità esclusiva della HTA ad azionare i diritti della comunità Hai || om potrebbe comportare un inaccettabile *vulnus* nel diritto all’accesso alla giustizia e ad un rimedio effettivo, tutelato costituzionalmente. Secondo la ricostruzione del governo, infatti, qualora la HTA mancasse di promuovere o tutelare gli interessi di uno o più membri della comunità Hai || om, questi ultimi potrebbero adire la Corte al fine di ottenere l’emissione di un ordine nei confronti dell’Autorità tradizionale perché promuova un’azione giudiziaria. Ciò, però, come osserva il giudice “limits rather than facilitates access to court”<sup>25</sup>. Inoltre, e più radicalmente, qualora si aderisse alla posizione governativa, il diritto all’accesso alla giustizia finirebbe per essere completamente sacrificato nel caso delle popolazioni indigene prive di un’autorità tradizionale riconosciuta a livello governativo. Queste considerazioni muovono, dunque, perché si preveda una legittimazione ad agire dell’HTA che non sia esclusiva ma complementare a quella di un qualsiasi individuo o ente della comunità.

Tuttavia, la conclusione della Supreme Court non conduce contestualmente all’accoglimento del ricorso. L’istanza dei ricorrenti – ovvero il riconoscimento giudiziale in capo ad essi della legittimazione ad agire in giudizio in nome e per conto della comunità Hai || om – richiede l’attivazione di un istituto inedito per l’ordinamento giuridico namibiano (al pari della *class action*). In questi casi, di conseguenza, prima di creare un rimedio sconosciuto al diritto esistente, il giudice deve accertarsi che non vi sia già qualche strumento

---

<sup>23</sup> par. 72 della sentenza.

<sup>24</sup> par. 58 della sentenza.

<sup>25</sup> par. 65 della sentenza.



che possa veicolare la domanda di giustizia avanzata. Una verifica di questo tipo, invero, risulta soddisfatta nell'ordinamento giuridico namibiano, che offre già dei dispositivi utili in tal senso<sup>26</sup>. D'altra parte, i giudici evidenziano come eludere questo passaggio preliminare rischierebbe di produrre un'ingente mole di azioni: oltre agli Hai | | om, anche altre popolazioni indigene potrebbero adire la Supreme Court perché decida non solo circa la titolarità della rappresentanza legale, ma anche su tutta una serie di aspetti contigui, quali, ad esempio, i criteri in base ai quali stabilire l'appartenenza o meno di un certo individuo alla comunità (da cui consegue la condivisione delle conseguenze derivanti da una particolare azione legale). Questa funzione, peraltro, è chiaramente rimessa dalla TAA all'Autorità tradizionale. Piuttosto che rischiare di usurparne le funzioni, dunque, la Corte preferisce mantenere e salvaguardare il suo ruolo di “court of review from decisions taken by such a body”<sup>27</sup>.

Per le ragioni di cui sopra, e poiché i ricorrenti hanno mancato sia di costituirsi quale ente dotato di soggettività giuridica separata e indipendente dall'HTA, sia di addurre criteri chiari e oggettivi volti a determinare l'appartenenza o meno alla comunità Hai | | om, l'appello deve essere rigettato.

#### **4. Il sistema giuridico namibiano tra pluralismo giuridico e governo delle differenze**

Il diritto alla terra delle popolazioni indigene – questione peraltro già affrontata da numerose giurisdizioni nel mondo<sup>28</sup> e dalla stessa Corte Suprema namibiana<sup>29</sup>, nonché oggetto finale del *claim* dei ricorrenti – resta sullo sfondo in questa sentenza, che invece vede al centro la questione preliminare della legittimazione a rappresentare in giudizio la comunità. Si tratta di un punto che, come sottolineato dalla Corte, esula dalla dimensione meramente procedurale per toccare importanti profili di diritto sostanziale, nonché questioni centrali del diritto costituzionale comparato.

Un primo profilo, nello specifico, attiene alla ricca e intricata costellazione di fonti che caratterizza il sistema giuridico namibiano. Nella decisione in commento, infatti, la Supreme Court è chiamata ad intervenire in merito all'interazione, e al rapporto gerarchico, tra i principi costituzionali e internazionali e le altre fonti del diritto (la common law, il Roman-Dutch Law e il diritto tradizionale)<sup>30</sup>. Nello specifico,

---

<sup>26</sup> A tal riguardo, la Supreme Court richiama, a titolo d'esempio, l'istituto giuridico della *universitas*, idoneo ad attribuire legittimazione ad agire e a resistere in giudizio ad un'associazione, anche informale, di soggetti. Secondo la Corte, inoltre, meccanismi volti a stabilire come e a chi attribuire la rappresentanza legale della comunità possono essere rinvenuti anche nel diritto tradizionale.

<sup>27</sup> par. 86 della sentenza.

<sup>28</sup> Per una comparazione del caso namibiano con altri landmark cases, si veda, tra gli altri, G. BARRIE, *The concept of “indigenous land tenure” surfaces in Namibia: a comparative overview*, in *Obiter*, 42, 1, 2021.

<sup>29</sup> Si tratta del caso deciso dalla Corte Suprema: Agnes Kahimbi Kashela v Katima Mulilo Town Council and Others (SA 15 of 2017) [2018] NASC 409 (16 November 2018).

<sup>30</sup> Si veda in proposito M. NICOLINI, *L'altra law of the land. La famiglia giuridica “mista” dell’Africa australe*, Bononia University Press, 2016, che parla in proposito di *Cape common law* o *Cape colonial law* per indicare la contaminazione del Roman-Dutch law con l'English common law intervenuta a seguito dell'occupazione coloniale britannica. Rispetto ad essa si prospetta la costruzione di un'autonoma famiglia giuridica “mista” nell’Africa australe, frutto “[del]l’innesto del

l'istituto del *locus standi*, mutuato dalla common law e tradizionalmente concepito in termini restrittivi, richiede che sussistano “sufficiency and directness of interest” e riconosce la capacità di stare in giudizio solo ai soggetti dotati di personalità giuridica, di cui, a differenza dell’HTA, i ricorrenti sono privi. Queste restrizioni procedurali, tuttavia, si pongono in contrasto con la Costituzione e il diritto internazionale, che nel diritto namibiano detengono un primato gerarchico. A sancire questa preminenza, in particolare, vi sono gli articoli 1(6) e 144 della Costituzione. Il primo afferma espressamente “This Constitution shall be the Supreme Law of Namibia”. L’art. 144, invece, incorpora nel diritto namibiano il diritto internazionale, seguendo i canoni monistici. Afferma, infatti, che “unless otherwise provided by this Constitution or Act of Parliament, the general rules of public international law and international agreements binding upon Namibia under this Constitution shall form part of the law of Namibia”. La gerarchia tra fonti è ribadita dall’art. 66(1) della Costituzione namibiana, che riconosce efficacia al diritto tradizionale nella misura in cui non confligga con la costituzione o con la legge.

Quest’ultimo riferimento consente di introdurre il secondo nucleo argomentativo richiamato dalla sentenza, ovvero la complessa questione del governo delle differenze e del modo in cui questa sia stata risolta nel peculiare contesto namibiano. In proposito, acquisisce particolare rilievo il sistema delle Autorità tradizionali, istituito con il *Traditional Authorities Act* del 2000. Esso rappresenta lo strumento con cui il governo attribuisce riconoscimento al diritto tradizionale e alle popolazioni indigene, sancendo così il mantenimento del pluralismo giuridico all’interno dell’ordinamento<sup>31</sup>. Questa norma si inserisce nello spirito del nuovo quadro costituzionale che costruisce l’unità del nuovo stato attorno alla tutela e al rispetto alle varie identità culturali, in linea con quanto afferma l’art. 19 della Costituzione “Every person shall be entitled to enjoy, practise, profess, maintain and promote any culture, language, tradition or religion subject to the terms of this Constitution [...]”<sup>32</sup>.

Contestualmente, il *Traditional Authorities Act* consente alla Namibia post-indipendentista di prendere definitivamente le distanze dalla separazione etnica che aveva caratterizzato il periodo coloniale prima e l’amministrazione sudafricana poi. Esso, introduce, infatti, un regionalismo totalmente sganciato da qualsiasi elemento che non sia quello puramente geografico. L’amministrazione viene quindi improntata ai criteri dettati dall’art. 102(2) della Costituzione namibiana: “The delineation of the boundaries of the regions and Local Authorities [...] shall be geographical only, without any reference to the race, colour

---

sistema processuale di common law su di un sostrato di tradizione romano-germanica”. Si vedano in particolare pp.18, 51 ss., 122 ss.

<sup>31</sup> Circa i rapporti tra pluralismo giuridico e ordinamento consuetudinario nell’Africa coloniale si veda E. ANDREOLI, (*segnalo che gli autori sono stati citati con caratteri diversi nel resto del contributo*), *Recognizing traditional marriages: pluralismo ordinamentale, diritto e giustizia nell’Africa coloniale*, in DPCE online, 2018/4, p. 1055 ss.

<sup>32</sup> Sul punto, V. CHLOUBA, *One Size Fits All: The Origins of Mixed Governance in Namibia*, in *The Journal of the Middle East and Africa*, 12:4, 445, 2021, p. 456.

or ethnic origin of the inhabitants of such areas”. Il *Traditional Authorities Act* si presenta come un meccanismo di raccordo tra il diritto (e il potere) statale e il diritto (e il potere) tradizionale, che interagiscono insieme nel governo del territorio. Si dà vita, così, ad una “mixed governance”, in cui i capi tradizionali vengono visti dal governo nazionale come partner preziosi nell’amministrazione<sup>33</sup>. Il TAA individua, inoltre, i luoghi e le modalità di questa cooperazione. In particolare, le autorità tradizionali – al di là del già citato art. 16 del *Traditional Authority Act*, ai sensi del quale devono intervenire in supporto delle politiche governative e astenersi da atti che possano inficiare l’autorità delle istituzioni – sono tenute a cooperare con la polizia e ad assistere il governo namibiano nell’implementazione delle sue politiche<sup>34</sup>. La legge prevede, inoltre, la creazione di un Community Trust Fund, in cui far confluire i fondi raccolti per la comunità<sup>35</sup>.

Il sistema appena delineato si presenta come una forma di integrazione tra le strutture statali e quelle tradizionali, in cui lo stato si dispone a riconoscere i capi tradizionali e la loro autorità come un prezioso ingranaggio della macchina statale, utile ai fini del controllo del territorio. Tuttavia, come evidenziato dai ricorrenti nella sentenza in commento, questo sistema di *mixed governance* non manca di presentare profili altamente problematici per le dinamiche non sempre equilibrate che si vengono a creare tra stato, autorità tradizionali e membri della comunità. Un aspetto controverso è, ad esempio, quello che concerne la nomina dei leader tradizionali, che l’art. 4 del *Traditional Authority Act*<sup>36</sup> rimette al diritto tradizionale, quale espressione paradigmatica di “autogoverno” della comunità. Tuttavia, non manca anche qui l’intervento governativo. La procedura di selezione del *chief* della comunità tradizionale, infatti, deve essere valutata e approvata da parte del Ministero dello sviluppo urbano e rurale. Quest’ultimo ha il potere di decidere, ad esempio, che non vi sono membri a sufficienza per istituire un’autorità tradizionale o che non vi sono i presupposti perché il gruppo di individui che ha inoltrato la richiesta possa essere riconosciuto come autonoma comunità tradizionale<sup>37</sup>. La procedura si conclude poi con la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale del capo della comunità tradizionale designato.

Il sistema di integrazione tra potere statale e potere tradizionale è reso ancora più problematico da un altro aspetto: si tratta di *mixed governance* delineata a livello legislativo solo nei suoi tratti generali. La scelta

---

<sup>33</sup> Ivi, dove si sottolinea “though the Namibian government possessed, even at independence, relatively more state capacity than many countries in sub-Saharan Africa, it too understood that keeping chiefs in place would be cheaper than erecting entirely novel rural governance structures”, p. 460.

<sup>34</sup> Nello specifico, ai sensi dell’art. 3(2), le autorità tradizionali devono “to assist the Namibian police and other law enforcement agencies in the prevention and investigation of crime and, subject to the provisions of the Criminal Procedure Act, 1977 (Act No. 51 of 1977), the apprehension of offenders within their jurisdiction” (a) e “to assist and co-operate with the Government, regional councils and local authority councils in the execution of their policies and keep the members of the traditional community informed of developmental projects in their area” (b).

<sup>35</sup> Art. 3(3) e art. 18(3) del *Traditional Authority Act*.

<sup>36</sup> V. CHLOUBA, *One Size Fits All: The Origins of Mixed Governance in Namibia*, cit., p. 459.

<sup>37</sup> Si vedano in proposito gli articoli 5 e 6 del *Traditional Authority Act*.

istituzionale operata dal governo, infatti, è quella di creare una disciplina unica, dai contorni estremamente flessibili, che possa inglobare al suo interno l'ampia gamma di strutture politiche e di variabili culturali, sociali e storiche che caratterizzano le comunità tradizionali presenti sul suolo namibiano. Il quadro normativo, dunque, risulta nebuloso e lacunoso. Esso manca, tra gli altri aspetti, di disciplinare sulla base di quali criteri si ottenga il riconoscimento governativo dell'autorità tradizionale, o quale sia il numero minimo di individui che permette ad una comunità tradizionale di essere qualificata come tale.<sup>38</sup> La vaghezza e genericità del *Traditional Authority Act* finisce col creare ampi spazi di discrezionalità governativa, e, al tempo stesso, favorisce rapporti ambigui e “clientelari” tra il governo centrale e le autorità tradizionali<sup>39</sup>.

Ciò ha generato e continua a generare una spirale di conflitti all'interno della triade individui-gruppi-stato che inevitabilmente aumenta il ricorso alle corti. Risulta ben consapevole di questo aspetto il giudice della Corte Suprema, che, nella sentenza in commento, rigetta la tesi governativa che propugna la legittimazione esclusiva dell'autorità tradizionale a rappresentare in giudizio i diritti della comunità. Osta a questa ricostruzione la natura parziale del congegno di governo della differenza previsto dallo stato namibiano: non tutte le comunità indigene, infatti, hanno richiesto o ottenuto il riconoscimento statale. Al di là di ciò, inoltre, la Corte censura il meccanismo di “cooperazione forzata” proprio di una legittimazione esclusiva, per evidenziare la presenza di dissidi che possono sorgere all'interno della comunità tra alcuni dei suoi membri e tra questi e le autorità tradizionali. Questi conflitti devono poter emergere nelle debite sedi giudiziarie, e, in particolar modo, di fronte alla Supreme Court, incaricata di verificare la conformità del diritto tradizionale, e non solo, ai principi costituzionali e di diritto internazionale. Il primato della Costituzione, e, in questo caso, dell'accesso alla giustizia e della salvaguardia dei diritti delle minoranze è alla base della decisione in commento. Tuttavia, al tempo stesso, la Corte sente anche il bisogno di preservare questo ruolo di “arbitro”, estremamente delicato, con una sentenza che si fonda anche su una ragione deflattiva delle controversie.

Questo stesso fine motiva il rigetto dell'appello anche rispetto ad un altro punto: i criteri necessari per ottenere la *membership* all'interno della comunità. La questione sarà qui trattata solo tangenzialmente anche perché i giudici namibiani non vi si soffermano, se non per rimandare completamente allo *statute* che regola il riconoscimento delle comunità e delle autorità tradizionali in Namibia (la TAA).

---

<sup>38</sup> V. CHLOUBA, *One Size Fits All: The Origins of Mixed Governance in Namibia*, cit. L'autore fa riferimento al fatto che vi sono comunità tradizionali che contano decine di migliaia di membri e altre che ne contano appena tremila. L'autore riferisce poi che alla data di novembre 2017 sono state riconosciute 51 autorità tradizionali e che, da un'intervista con un ufficiale governativo è emerso come ““there are not [sic] hard and fast rules” and that “having a historically relevant communal area matters for recognition but actual authority of traditional authorities” is also taken into consideration”, p. 461.

<sup>39</sup> Ivi, p. 463.

A tal proposito, nello specifico, i ricorrenti avevano proposto la creazione di un registro utile a raccogliere l'adesione volontaria da parte dei singoli individui. Se per un verso questa tecnica consente di valorizzare l'autonomia della minoranza indigena e di attrarre i soggetti più sensibili alla causa, dall'altro lato, rischia di escludere coloro che, pur appartenenti alla minoranza, non sono venuti a conoscenza dell'esistenza del registro (e dell'azione legale proposta). D'altra parte, la prospettiva di un risarcimento potrebbe far sì che anche soggetti non appartenenti alla comunità tentino un'iscrizione al registro, concretizzando così il rischio di "infiltrazioni".<sup>40</sup> Pur in presenza di questa evenienza, risulta estremamente difficile stabilire l'appartenenza alla comunità attraverso dei criteri oggettivi e universalmente validi che superino l'adesione spontanea. Ostono a questa opzione non solo il diritto all'autoidentificazione – caposaldo nel campo dei diritti della minoranza indigena – ma anche l'ontologica fluidità e dinamicità propria delle identità etniche, religiose, culturali e la coeva appartenenza dell'individuo a più marcatori identitari<sup>41</sup>. Questa "prova diabolica" contribuisce a spiegare perché la Corte preferisca evitare di pronunciarsi su una questione così delicata, strettamente connessa all'autonomia della minoranza, scegliendo di lasciare inevasi aspetti pure cruciali, come quello relativo ai criteri costituzionalmente conformi per ottenere la *membership* all'interno della comunità. Questo punto e l'intera decisione in commento mostrano, dunque, l'urgenza e la necessità di congegnare dispositivi giuridici di raccordo e coordinamento tra il diritto tradizionale e il diritto statale che siano più accurati, efficaci e rispettosi dei diritti delle popolazioni indigene.

---

<sup>40</sup> F. PALERMO, J. WOELK, *Diritto costituzionale comparato dei gruppi e delle minoranze*, CEDAM, 2021, p. 170 ss.

<sup>41</sup> *Ibidem*.