

IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>

n. 11 - dicembre 2014

LA CORTE SUPREMA INDIANA FRA TRADIZIONE E GIUSTIZIA

Marco Seghesio

LA CORTE SUPREMA INDIANA FRA TRADIZIONE E GIUSTIZIA

Marco Seghesio

Dottorando di ricerca in “Diritto comparato e processi di integrazione” presso il Dipartimento di Scienze Politiche “Jean Monnet” della Seconda Università degli Studi di Napoli.

L'articolo 7 dell'Hindu Marriage Act, 1955, trattando di forma del matrimonio, non delinea una cerimonia univoca, valida per tutti i cittadini di religione Indù della Repubblica Indiana, bensì richiama il diritto consuetudinario, stabilendo che, affinché un'unione sia validamente celebrata, essa dev'essere solennizzata secondo gli usi proprî di uno dei nubendi. Il presente lavoro esamina le problematiche create dalla norma in parola, approfondendo la giurisprudenza in argomento della Corte Suprema, sottolineandone l'approccio teleologico ed offrendone una possibile analisi, anche alla luce delle innovazioni apportate dal Protection of Women from Domestic Violence Act, 2005.

Section 7 of the Hindu Marriage Act, 1955, concerning the formal validity of a marriage, does not prescribe a specific ceremony, valid for all Hindus living in India, but rather mandates that, for a marriage to be valid, it has to have been solemnised «in accordance with the customary rites and ceremonies of either party thereto». The present essay discusses the problems caused by this section, by examining the relevant case law of the Supreme Court and emphasising its teleological approach, also providing a possible explanation thereto, especially in light of the various innovations brought about by the recent enactment of the Protection of Women from Domestic Violence Act, 2005.

Sommario:

1. Introduzione
2. L'articolo 7 dell'Hindu Marriage Act
3. Conclusioni

1. Introduzione¹

Com'è noto, anche sotto il profilo giuridico, l'India contemporanea appare un sistema complesso, in cui si intersecano più sottosistemi od ordinamenti. Uno di questi è rappresentato dal diritto territoriale indiano, laico e di produzione statale, che si rivolge a tutti coloro che, a qualsiasi titolo, si trovino all'interno del territorio su cui lo Stato indiano esercita il proprio *imperium*. Per ragioni storiche, tuttavia, esso rimanda, nell'ambito dello statuto personale², ad una pluralità di diritti personali³, applicabili sulla

¹ Prima di cominciare, l'autore desidera cogliere l'occasione per ringraziare il Prof. Gabriele Crespi Reghizzi, per avergli trasmesso l'amore per l'India, il Prof. Gian Maria Piccinelli, Direttore del Dipartimento di Scienze Politiche "Jean Monnet", per l'interessamento, nonché il proprio Tutor, Prof. Andrea Borroni.

² Si tratta delle norme riguardanti lo stato e la capacità delle persone, il matrimonio, la filiazione, l'adozione, la tutela e le successioni: «*[t]hroughout India, questions regarding succession, inheritance, marriage and religious usages and institutions, are decided according to Hindu law, except insofar as such law has been altered by legislative enactment. Besides the matters referred to above, there are certain additional matters in which Hindu law is applied to Hindus, in some cases, by virtue of expressed legislation, and in others, on the principle of justice, equality and good conscience. These matters are adoption, guardianship, family relations, wills, gifts and partitions. As to these matters also, Hindu law is to be applied subject to such alterations as have been made by legislative enactment*» (DESAL, *Mulla's Principles of Hindu Law*, VIII ed., Nuova Delhi, 2010, 92-93).

³ E ciò malgrado l'articolo 44 della Costituzione statuisca che «*[t]he State shall endeavour to secure for the citizens a uniform civil code throughout the territory of India*». Sull'argomento, peraltro, così s'è vigorosamente espressa la Corte Suprema, in *Smt. Sarla Mudgal, President, Kalyani & ors. v. Union of India & ors.*, AIR 1995 SC 1531: «*"[t]he State shall endeavour to secure for the citizens a uniform civil code through-out the territory of India" is an unequivocal mandate under Article 44 of the Constitution of India which seeks to introduce a uniform personal law – a decisive step towards national consolidation. Pandit Jawahar Lal Nehru, while defending the introduction of the Hindu Code Bill instead of a uniform civil code, in the Parliament in 1954, said "I do not think that at the present moment the time is ripe in India for me to try to push it through". It appears that even 41 years thereafter, the Rulers of the day are not in a mood to retrieve Article 44 from the cold storage where it is lying since 1949. The Governments – which have come and gone – have so far failed to make any effort towards "unified personal law for all Indians". The reasons are too obvious to be stated. The utmost that has been done is to codify the Hindu law in the form of the Hindu Marriage Act, 1955. The Hindu Succession Act, 1956, the Hindu Minority and Guardianship Act, 1956 and the Hindu Adoptions and Maintenance Act, 1956 which have replaced the traditional Hindu law based on different schools of thought and scriptural laws into one unified code. When more than 80% of the citizens have already been brought under the codified personal law there is no justification whatsoever to keep in abeyance, any more, the introduction of "uniform civil code" for all citizens in the territory of India.*» (Per una breve analisi in lingua italiana del citato articolo si rimanda ad ACQUARONE, *Tra dharma, common law e WTO. Un'introduzione al sistema giuridico dell'India*, Milano, 2006, 94 ss.).

base dell'appartenenza del singolo ad una determinata comunità⁴. Fra queste, la più numericamente rilevante è quella indù, cui si applica il diritto indù e in cui si riconosce, a un dipresso, l'ottanta per cento della popolazione⁵. Si tratta di un ordinamento che vanta una storia millenaria ed i cui precetti tradizionali, denominati *dharma*, si rinvengono in una lunga serie di testi a carattere filosofico-sacrale prima che giuridico⁶.

Ad esso, tuttavia, gli Inglesi, nel corso del periodo coloniale, apportarono alcune modifiche, con il dichiarato intento d'ammodernarlo e di rimuoverne gli aspetti ritenuti maggiormente retrivi e che più urtavano la

⁴ Si tratta dei diritti indù, islamico, cristiano, parsi ed ebreo. Come scrive Lorenza Acquarone, «*Il diritto di famiglia indiano è un labirinto in cui può sembrare difficoltoso orientarsi. [...] Per individuare la disciplina che regola una controversia in materia matrimoniale occorre, innanzitutto, considerare a quale comunità appartengono le parti coinvolte. Diverse leggi disciplinano la fattispecie e sono applicabili su base personale, ossia a seconda della comunità di appartenenza: esiste una normativa sul matrimonio e sullo scioglimento dello stesso per gli hindu, una per i musulmani, una per i parsi ed, inoltre, una applicabile ai matrimoni tra appartenenti a comunità diverse o a coloro che hanno contratto solo matrimonio civile.*» (ACQUARONE, *op. cit.*, 91; una sintesi completa delle regole per determinare quale diritto si applichi si trova in P. DIWAN - P. DIWAN, *Family Law: Hindus, Muslims, Christians, Parsis and Jews*, IX ed., Faridabad, 2012, 2 ss.)

⁵ Peraltro, il diritto indù si applica, per espressa previsione normativa, anche ad alcuni gruppi religiosi diversi, segnatamente ai Sikh, ai Giainisti ed ai Buddisti. In relazione alla materia matrimoniale, v. il primo comma, lettera b) dell'articolo 2 dell'*Hindu Marriage Act*, che prescrive: «*[t]his Act applies [...] to any person who is a Buddhist, Jaina or Sikh by religion*». Inoltre, per effetto della successiva lettera c), tale diritto si applica anche a coloro che non sono membri delle comunità islamica, cristiana, parsi od ebraica, «*unless it is proved that any such person would not have been governed by the Hindu law or by any custom or usage as part of that law in respect of any of the matters dealt with herein if this Act had not been passed.*» (cfr. DESAI, *op. cit.*, 840).

⁶ Tuttavia, accanto a questi testi, si trovava la consuetudine, che aveva un'origine diversa ed una diversa legittimazione. Il *dharma*, infatti, era legge eterna ed immutabile, la condizione necessaria affinché l'ordine sociale potesse essere raggiunto; si trattava di regole che non erano state create dall'uomo, bensì da questo esclusivamente scoperte, poiché conseguenza del *Veda*, che non poteva avere origine in alcuna attività umana. Per converso, l'uso era prodotto dell'uomo, la sua forza derivava dal fatto che lo si fosse osservato per un tempo immemorabile; esso traeva, quindi, il suo vigore dalla propria antichità. Anche il loro oggetto era diverso: il primo indicava quale condotta tenere per procurarsi un beneficio spirituale, descrivendo condotte che avevano carattere religioso, la cui violazione comportava un peccato ed il rischio d'una *caduta* che solo determinate penitenze potevano evitare; la seconda, invece, conteneva delle prescrizioni che erano religiosamente neutre, potendo pure, in ipotesi, essere *adharmica*. In quest'ultimo caso, in virtù dell'età, al costume ci si sarebbe dovuti attenere e chi l'avesse rispettato non avrebbe potuto essere oggetto di biasimo; ciononostante, detta condotta, ove osservata al difuori del territorio in cui essa prevaleva, avrebbe continuato a costituire peccato. (cfr. LINGAT, *La tradizione giuridica dell'India*, Milano, 2003, 247 ss.).

loro sensibilità occidentale⁷; tale azione, inoltre, ebbe l'effetto d'enfatizzare l'importanza delle fonti scritte rispetto alle diverse consuetudini. Così, con la promulgazione del primo Codice di Procedura Civile del 1882, tutte le aree del diritto, ad eccezione dello statuto personale, si trovarono ad essere governate da codici, il che segnò l'inizio d'una secolarizzazione del diritto, soccorsa anche dal sistema di tribunali istituiti dagli Inglesi. Questa secolarizzazione raggiunse persino alcune pratiche religiose con leggi che regolavano il sistema castale e l'istituto matrimoniale. Contemporaneamente, il governo coloniale si servì altresì della diversità di culto come elemento di discriminazione al fine di strutturare il sistema giuridico. Per esempio, gli Inglesi adottarono una politica nota come «*the Islamization of Muslim law and the Sanskritization of Hindu law*». Tale politica condusse ad una svalutazione dell'importanza del diritto personale, limitato a ciò che era contenuto negli antichi testi sacri, in tal modo privilegiando l'interpretazione dell'esperienza religiosa locale da parte dei colonizzatori al reale sentire della popolazione. Non solo tale attività ermeneutica fu influenzata dalle categorie giuridiche inglesi, ma effetto della politica summenzionata fu anche che «*religion and personal laws [were established] as important signifiers of community identity, as the colonial legal structure administered a unified Muslim law hitherto unknown in India*».⁸

E tale spinta innovatrice⁹ non s'arrestò neppure a séguito dell'indipendenza – ma, anzi, acquistò ulteriore momento¹⁰; e, infatti, alla

⁷ Così, per esempio, fra i varî provvedimenti adottati dai colonizzatori si trovano norme volte a contrastare il fenomeno del *sati*, ossia il costume secondo cui era ritenuta meritevole di grande lode la vedova che si fosse immolata sulla pira funebre del marito, o dei matrimonî di fanciulli. Per quanto riguarda il primo, dapprima, gli Inglesi provarono a regolarlo, seguendo l'esempio degli imperatori Moghul, richiedendo che il rito fosse compiuto in presenza di pubblici ufficiali e secondo le consuetudini; nel 1827, però, il Governatore del Bengala emanò la *Sati Regulation, XVII*, con cui si criminalizzava il *sati* – e che fu confermata dal *Privy Council* nel 1832, a séguito d'un appello da parte di alcuni brahmani ortodossi locali, che s'erano associati per impugnare la validità di tale *Regulation* fino alla più alta corte. Con l'adozione dell'*Indian Penal Code* del 1860, poi, il *sati* fu proibito in tutto il *British Raj*. In quanto al secondo fenomeno, dapprima i colonizzatori si concentrarono sul regolare l'età minima per poter legalmente prestare il consenso all'atto sessuale – fissandola innanzitutto a dieci anni nel Codice Penale, per poi innalzarla a dodici, nel 1891, con l'*Age of Consent Act* – e solo in un secondo tempo legiferarono in tema di *impedimentum aetatis*: il *Child Marriage Restraint Act* del 1929 proibiva la celebrazione delle nozze, ove i nubendi fossero di età inferiore ai quattordici e diciotto anni, secondo che si trattasse, rispettivamente, della moglie e del marito.

⁸ YILDRIM, *Expanding Secularism's Scope: An Indian Case Study*, in *The American Journal of Comparative Law*, 2004.

⁹ Che fu, ad onor del vero, abbastanza timida, e peraltro ebbe l'effetto di causare un blocco nell'evoluzione naturale del diritto indù, come sottolineato dalla *Law Commission* che,

metà degli anni Cinquanta, il cosiddetto *Hindu Code* fu promulgato. Si tratta di quattro leggi diverse¹¹, promulgate fra il 1955 ed il 1956, che miravano a codificare e rendere certo il diritto indù in vigore oltre ad abrogarne talune previsioni¹², eliminando, per esempio, le discriminazioni sulla base del sesso che ancora vi si trovavano, così conferendo alle donne una posizione paritaria rispetto a quella degli uomini; sicché, per esempio, fu proibita la poligamia, fu attribuito alle mogli il diritto di succedere nel patrimonio del coniuge e fu ampliato il novero dei casi in cui è possibile agire per divorzio e mantenimento¹³.

nel Marzo del 1974, nel suo 59° rapporto, così commentò: «[t]he [...] constraint which stalled the progress of Hindu Law during the British regime, flowed from purely political considerations. As a foreign power ruling over a very large country, it was the declared policy of the British not to interfere with the customs, faiths and beliefs of the population over which it ruled and, naturally, the British Government frowned upon any effort to make radical changes in the provisions of the Hindu law, though Hindu reformers were agitating for such changes from time to time. No doubt, some laws were passed to meet the demand of social reform; but the efforts for changes in personal law were never positively encouraged and the steps taken in that direction were slow, halting and reluctant. That is how the growth of Hindu law was arrested during the whole of the British period in the history of India».

¹⁰ Come scrivono Vincenzo Varano e Lorenza Barsotti, infatti, «l'indipendenza dell'India, raggiunta nel 1947, non ha significato una rimessione in discussione delle concezioni radicatesi al tempo della dominazione britannica, né ha messo in pericolo l'opera di legislazione compiuta fino a quella data. Tagliando fuori dall'India le masse musulmane residenti in Pakistan e nel Bengala, l'indipendenza ha, innanzitutto, ridotto a due i grandi protagonisti della vita giuridica indiana: il diritto (a base legale) territoriale ed il diritto indù.» (VARANO - BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, Torino, 2010, 538)

¹¹ Segnatamente, si tratta dei già menzionati *Hindu Marriage Act*, *Hindu Succession Act*, *Hindu Minority and Guardianship Act* e *Hindu Adoptions and Maintenance Act*.

¹² Così Derret, uno dei massimi esperti di diritto indù, descrive il processo: il diritto indù in India è stato consolidato in quattro diverse leggi fra il Maggio del 1955 ed il Dicembre dell'anno successivo; tale processo, che è conveniente definire "consolidazione", «lacks some of the characteristics of a conventional code, since there remain important parts of the Hindu law which are either entirely or substantially untouched by the legislation.» E, tuttavia, quella porzione di sistema che è stata investita da quest'operazione è stata modificata in maniera così radicale da renderla quasi irricognoscibile, essendo stata «the culmination of a long process of modification and reform, both by way of judicial legislation and by statute, of the ancient legal system indigenous to India and known as the dharmaśāstra.» (DERRETT, *Statutory Amendments of the Personal Law of Hindus Since Indian Independence*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1958, 380).

¹³ Cfr., per esempio, R. SHARMA, *Indian Society: Institutions and Change*, Nuova Delhi, 2004, 121 e DERRETT, *op. cit.*, 381 ss.

2. L'articolo 7 dell'*Hindu Marriage Act*

Nella materia matrimoniale, dunque, i rapporti fra cittadini indiani di religione indù sono oggi regolati dall'*Hindu Marriage Act*, del 1955. Questa legge, tuttavia, non ha completamente escluso l'applicabilità del diritto classico, richiamandolo in alcune previsioni; un esempio di ciò è rappresentato dall'articolo 7 dello statuto che, in tema di forma del matrimonio, postulando l'irrelevanza d'un'eventuale trascrizione, attribuisce importanza alla sola celebrazione secondo un rito consuetudinario¹⁴. Pertanto, un matrimonio è valido se solennizzato in conformità alle liturgie ed alle cerimonie tradizionali di uno dei due nubendi¹⁵. Il termine

¹⁴ Varî sono i motivi che hanno indotto lo Stato indiano a regolare siffattamente il tema della validità formale: innanzitutto il desiderio di non interferire nella sfera religiosa degli Indù, atteso che nella tradizionale concezione di costoro, il matrimonio è considerato un importante sacramento che crea un vincolo indissolubile ed eterno, che è l'equivalente microcosmico dell'unione macrocosmica dell'universo come simbolizzata dal ciclo del sole e della luna – secondo il diritto indù, il matrimonio è un sacramento e non già un contratto; esso è uno dei riti religiosi obbligatori per ogni Indù. Secondo gli *shastra*, il dono della figlia ad uno sposo adeguato costituisce uno dei doveri sacri del padre che, ove osservato, gli procurerà grandi benefici spirituali (cfr. BUXBAUM, *Family Law and Customary Law in Asia: A Contemporary Legal Perspective*, L'Aja, 1968, 210). Altra, più pragmatica ragione è legata alla consapevolezza, da parte del legislatore, della probabile inutilità di un eventuale intervento in quest'ambito: in India gran parte della popolazione ancora vive in piccoli villaggi rurali, talvolta isolati e afflitti da un alto tasso di analfabetismo, sicché con l'imposizione di requisiti formali e la previsione normativa di una forma univoca di matrimonio potrebbero pericolarsi gli interessi di molte donne, che, celebrate le nozze secondo un rito tradizionale e confidando nelle tutele loro offerte dallo *status* di coniuge, rischierebbero di trovarsi prive (per una breve analisi di quest'aspetto, cfr. MENSKI, *Hindu Law. Beyond Tradition and Modernity*, Nuova Delhi, 2003, 319-321). Nelle parole di Desai, «[p]ersons belonging to different communities and different castes of Hindus have, in some places in India, different views respecting ceremonial observances and a different estimate of what are generally regarded as the essential rites and ceremonies which must accompany the performance of marriage. It is both just and reasonable, therefore, that the question of requisite ceremonies must be adjusted in accordance with the custom and usage followed by them or either of them.» (DESAL, *op. cit.*, 865).

¹⁵ Durante i lavori preparatori, era stato proposto di introdurre, per gli Indù, una cerimonia civile di celebrazione delle nozze alternativa a quella religiosa, ma questo progetto non ottenne grandi consensi. Nella versione originale dell'*Hindu Code*, infatti, erano previste due forme di matrimonio per gli Indù: accanto a quella religiosa, era prevista quella civile. Per contrarre matrimonio religioso, era necessario seguire le formalità previste dalla tradizione; per quello secolare, invece, era sufficiente che ciascuna parte dichiarasse, davanti a tre testimoni e ad un *marriage officer*, la propria intenzione di sposare l'altra parte, ripetendo “*I take thee to be my lawful wife (husband)*”. Questa seconda forma di matrimonio non incontrò, però, il favore del legislatore e fu, quindi, rimossa dalla versione finale dell'*Hindu Marriage Act*. In compenso, «*this form has been provided in the Special Marriage Act, 1954. Thus a*

“solemnise”, in tale contesto, significa «*to celebrate the marriage with proper ceremonies and in due form*». Quindi, salvo che le nozze siano celebrate seguendo i riti tradizionali e le forme imposte dalla consuetudine, esse non possono dirsi “solennizzate” in conformità alla norma. Il mero compimento di talune formalità accompagnato dalla volontà di unirsi in matrimonio non ha rilevanza per il diritto, se tali formalità non coincidono con quelle prescritte dagli usi¹⁶.

E, pur non richiedendo necessariamente il rito del *saptapadi*, l’articolo in parola soggiunge che, ove l’unione sia così celebrata, il matrimonio è perfetto col compimento del settimo passo¹⁷. Come si vede, non è concretamente prescritta alcuna cerimonia, ma bensì alle parti è lasciata libertà di scelta, purché essa sia esercitata in conformità con una consuetudine applicabile ad almeno uno dei nubendi. Tale previsione muove dal principio che, poiché il matrimonio è uno dei *samskara* per tutti gli Indù, esso deve essere officiato secondo il rito religioso appropriato, riconoscendo il fatto che questi riti mutino sia diatopicamente sia in relazione alla casta od alla comunità coinvolta¹⁸.

Ciò importa, pertanto, la necessità di accertare se una data pratica integri gli estremi di consuetudine. L’articolo 3 soccorre a tal fine, fornendo una definizione prescrittiva di uso come

«any rule which, having been continuously and uniformly observed for a long time, has obtained the force of law among Hindus in any local area, tribe, community, group or family;

Provided that the rule is certain and not unreasonable or opposed to public policy;

*and Provided further that in the case of a rule applicable only to a family it has not been discontinued by the family*¹⁹.»

Hindu who desires to marry in that form must have recourse to that Act and also face the consequences flowing from that Act». (P. DIWAN, The Hindu Marriage Act, 1955, in The International and Comparative Law Quarterly, 1957, 264

¹⁶ DESAI, *op. cit.*, 864. L’autore, in questo caso, accoglie e fa sua la *ratio decidendi* adottata dalla Corte Suprema in *Bhaurao Shankar Lokhande v. State of Maharashtra*, AIR 1965 SC 1564, per cui *v. infra*.

¹⁷ L’articolo 7 dell’*Hindu Marriage Act* stabilisce che «*[a] Hindu marriage may be solemnized in accordance with the customary rites and ceremonies of either party thereto. Where such rites and ceremonies include the Saptapadi (that is, the taking of seven steps by the bridegroom and the bride jointly before the sacred fire), the marriage becomes complete and binding when the seventh step is taken.*»

¹⁸ DESAI, *op. cit.*, 864.

¹⁹ Appare senz’altro curioso, agli occhi del giurista occidentale, che il legislatore indiano abbia deciso di riconoscere come vincolanti anche le sole consuetudini familiari. La Corte Suprema ebbe modo di esprimersi su tali usi in *Pushpavathi Vijayaram v. P. Visweswar*, AIR

In relazione a ciò, Desai commenta che laddove una casta sia riuscita a stabilire proprie usanze in tema di forma e di requisiti per la validità di un matrimonio, tali costumi sono «*transcendent law*» e, in quanto tali, vincolano non solo le parti, ma anche le corti, che non possono astenersi dal riconoscerle e darvi effetto²⁰.

Il citato articolo menziona, come visto, costumi praticati per lungo tempo, a differenza di quanto accadeva nel periodo coloniale, quando i giudici inglesi, ai fini del riconoscimento di un uso, chiedevano ch'esso fosse antichissimo e che fosse seguito da tempo memorabile. Questa differenza causò un serio problema di qualificazione giuridica: segnatamente, quale dovesse esser l'età di una consuetudine affinché soddisfacesse il cennato criterio. Ed è in relazione proprio all'articolo 7 che ciò ha assunto maggior rilevanza: innanzi alla Corte Suprema, infatti, sono frequentemente giunti appelli contro decisioni che affrontavano il tema della forma del matrimonio ed essa, dapprima, si è espressa nel senso di interpretare l'espressione «*observed for a long time*» alla maniera dei giudici inglesi, dando così prevalenza ai riti descritti negli *śāstra*, a detrimento delle nuove costumanze. Quest'approccio configgeva, però, coll'inerente flessibilità dell'Induismo, nonché coll'esigenza di tenere il passo col progresso della società e di tutelare l'affidamento di cui, in buona fede, si era conformato ad una norma che riconosceva come vincolante.

Esaminando la giurisprudenza della Corte Suprema, emerge come, sostanzialmente, le controversie in cui la detta questione acquista rilievo siano due: le impugnazioni contro le condanne per bigamia²¹ e le liti in materia di alimenti e mantenimento.

1964 SC 118, confermando che ad essi s'applicano le norme generali in tema di consuetudine; tuttavia, in considerazione della possibile esiguità di casi in cui essi sono concretamente applicati, per accertarne l'esistenza è opportuno considerare «*the consensus of opinion amongst the members of the family, the traditional belief entertained by them and acted upon by them, their statements, and their conduct*».

²⁰ DESAI, *op. cit.*, 651.

²¹ Malgrado il matrimonio, nella sua dimensione classica, fosse considerato un *samskāra*, un sacramento, e, come tale, per natura, monogamico – talché la poligamia era considerata una deviazione da questo ideale ed ammessa esclusivamente come eccezione; così, per esempio, nel trattato di Manu, IX.81, ciò era consentito la scelta di una nuova moglie avesse contribuito a preservare l'ordine universale ed assolvere il *dharma*, vale a dire per sostituire una donna sterile o che avesse partorito solo figli non vitali o figlie femmine o che, infine, *avesse parlato in maniera sgradevole* –, col passare del tempo si andò affermando una diversa consuetudine che considerava la poligamia diritto d'ogni Indù. Le ragioni di questo mutamento non sono chiare e sono state frequentemente oggetto d'indagine, senza, però, che sia stato possibile giungere ad una risposta univoca (cfr., *ex multis*, M. R. SHARMA, *Marriage in Ancient India*, Nuova Delhi, 1994, 113, MISHRA, *Ancient Hindu Marriage Law and*

Uno dei primi casi in cui si affronta l'interpretazione dell'articolo in parola è *Bhaurao Shankar Lokhande v State of Maharashtra*²². Il ricorrente era un uomo recentemente convertitosi al Neobuddhismo e ch'era stato tratto a giudizio per bigamia, avendo contratto matrimonio nel 1962, pur essendo già legato da precedente vincolo; costui impugnava la sentenza in cui era stato riconosciuto colpevole, argomentando che «*in law it [is] necessary for the prosecution to establish that [his] alleged second marriage [...] ha[s] been duly performed in accordance with the religious rites applicable to the form of marriage gone through*» e che, di conseguenza, poiché i riti essenziali per solennizzare le nozze non erano stati validamente osservati, il secondo matrimonio era formalmente imperfetto e l'impugnata sentenza doveva essere annullata. A questa conclusione si opponeva lo Stato del Maharashtra, sostenendo che i nubendi s'erano conformati all'uso prevalente presso la loro comunità per la celebrazione della forma *gāndharva*²³ di matrimonio e che, inoltre, ai fini della punibilità per il reato di bigamia, non era necessario che le nuove nozze della persona non libera di stato fossero valide e che, anzi, il reato previsto e punito dall'articolo 494 del Codice Penale Indiano era integrato pure quando il secondo matrimonio era nullo sulla base del diritto applicabile al soggetto in parola.

Practice, Nuova Delhi, 1994, 161 e MENSKI, *op. cit.*, 380-381); tuttavia, in conformità a tale tendenza, avanti la promulgazione dell'*Hindu Marriage Act*, la poligamia era quasi universalmente considerata lecita e fu solo con l'adozione di tale legge che il quadro giuridico mutò. Oggi, per effetto del combinato disposto degli articoli 5.1 e 17, il matrimonio contratto da chi non sia libero di stato è nullo (cfr. DESAI, *op.cit.*, 977) ed al bigamo si applicano le pene previste dagli articoli 494 – «*whoever, having a husband or wife living, marries in any case in which such marriage is void by reason of its taking place during the life of such husband or wife, shall be punished with imprisonment of either description for a term which may extend to seven years, and shall also be liable to fine.*» – e 495 – «*whoever commits the offence defined in the last preceding section having concealed from the person with whom the subsequent marriage is contracted, the fact of the former marriage, shall be punished with imprisonment of either description for a term which may extend to ten years, and shall also be liable to fine.*»

²² *Bhaurao Shankar Lokhande v. State of Maharashtra*, AIR 1965 SC 1564.

²³ Si tratta di una forma matrimoniale tradizionale propria del subcontinente indiano, basata sulla mutua attrazione fra un uomo ed una donna, caratterizzata dall'assenza di complesse cerimonie e dal fatto che, anche in tempi remoti, l'unione non era stata necessariamente combinata dai genitori. Riprovata da alcuni autori degli *śāstra* che la consideravano segno di promiscuità, era tuttavia considerata valida, soprattutto per i membri delle caste inferiori. Manu, che, al contrario, la considera preferibile per i membri di tutte le caste, eccetto i *brāhmana*, così la descrive: «*un'unione fra una fanciulla e il suo pretendente che sia voluta da entrambi va riconosciuta come gāndharva, basata sull'incontro sessuale e generata dal desiderio.*» (SQUARCINI - CUNEO (a cura di), *Il trattato di Manu sulla norma*, Torino, 2010, 48).

La Corte Suprema interpretò l'espressione «*whoever [...] marries*» nel testo della norma incriminatrice come «*whoever marries validly*»: infatti, se un matrimonio non è stato validamente celebrato, non vi è possibilità che il medesimo sia nullo perché contratto da persona non di stato libero. Il giudice continuò, asserendo che nemmeno il mero fatto della convivenza *more uxorio* fra un uomo ed una donna, anche laddove essi si fossero presentati alla comunità come consorti e fossero così percepiti dai consociati, era sufficiente a conferire lo *status* di coniuge. Passando, poi, all'esame della liturgia matrimoniale, fu accertato che i nubendi avevano seguito un rito semplificato, che comprendeva il reciproco scambio di ghirlande ed il tocco delle rispettive fronti; questo nuovo cerimoniale s'era andato diffondendo presso la loro comunità nel lustro precedente e differiva da quello tramandato dai locali usi. La Corte, ritenendo che «*the departure from the essentials cannot be said to have become a custom*», accolse il gravame, perché

«it is essential for the purpose of Section 17 of the Act, that the marriage [...] should have been celebrated with proper ceremonies and in due form. Merely going through certain ceremonies with the intention that the parties be taken to be married will not make the ceremonies prescribed by law or approved by any established custom.»

In *Kanwal Ram v Himachal Pradesh Administration*²⁴, una sentenza di poco successiva, questo principio fu confermato, quando la Corte, investita dell'appello contro una condanna per bigamia pronunciata nei confronti di un uomo sposato che aveva volontariamente contratto matrimonio con un'altra donna, iterò che la fattispecie criminalizzata dall'articolo 494 dell'*Indian Penal Code* era integrata solo quando i riti della tradizione fossero stati correttamente celebrati. Il collegio accertò che entrambi i nubendi appartenevano ad un villaggio dell'Himachal Pradesh ov'era diffusa una forma consuetudinaria di matrimonio conosciuta come *praina*²⁵. Tuttavia, avendo adottato un rigido approccio in tema di prova, che aveva ritenuta insufficiente persino la confessione da parte dell'imputato²⁶, la Corte

²⁴ *Kanwal Ram v. Himachal Pradesh Administration*, AIR 1966 SC 614

²⁵ Che la stessa Corte Suprema così descrisse: «*first some agnatic relation of the bridegroom goes to the bride's house and offers her "suhag". Thereafter, a relation of the bride who is called Prainu, brings her to the house of the bridegroom. There at the door of the house of the bridegroom coins are put in a pot and then Puja and Katha (reading of holy scriptures [sic]) are held. The bride then nicks up the pot and takes that to the family hearth and bows there. Then she makes obeisance to the father-in-law and the mother-in-law and other elders in the family. Lastly, with feasting the ceremonies end.*»

²⁶ La Corte in merito allo specifico punto in questione, precisò come fosse chiaro che, in diritto, una tale ammissione non potesse essere considerata come prova del fatto che un

Suprema assolse quest'ultimo, ritenendo nulle le seconde nozze, non essendo stato dimostrato che esse fossero state solennizzate in maniera conforme agli usi.

Si tratta, com'è evidente, di un approccio estremamente legalistico²⁷, giustificato dal desiderio di tutelare retroattivamente coloro che si trovavano ad avere più d'una consorte, in considerazione del fatto che, come accennato *supra*²⁸, prima della promulgazione dell'*Hindu Marriage Act*, la bigamia era stata lecita. Tuttavia, già verso la metà degli anni Ottanta, cominciarono a manifestarsi evidenti i difetti di quest'orientamento: tale rigore, quando applicato nei casi in cui si controverteva in tema non già di bigamia bensì di mantenimento, aveva come conseguenza di danneggiare gli interessi di mogli e figli, che si trovavano così privati della protezione e del sostentamento loro necessari.

La soluzione accolta dalla Corte Suprema, per porre rimedio a questo problema, rappresenta un esempio dell'arte inglese del *distinguishing*: da un lato, essa non rigettò apertamente la propria giurisprudenza precedente – che, anzi, è ancora seguita nei procedimenti penali per bigamia –, tuttavia, dall'altro, essa indebolì la propria intransigenza; e, così, a partire da *Sumitra Devi v. Bhikan Choudhary*²⁹, si può osservare un mutato orientamento, più favorevole verso le parti deboli del rapporto, che avrebbe condotto al riconoscimento di una presunzione di validità del matrimonio, che così può

secondo matrimonio era stato validamente celebrato, aggiungendo che, «*in a bigamy case, the second marriage is a fact, that is to say, the ceremonies constituting it, must be proved.*»

²⁷ Un approccio confermato anche nella successiva sentenza *Priya Bala Ghosh v. Suresh Chandra Ghosh*, AIR 1971 SC 1153, in cui la Corte Suprema confermò che, nei casi di bigamia, una confessione da parte dell'imputato non può essere trattata come prova del fatto che un secondo matrimonio abbia avuto effettivamente luogo: «*in such cases it must be proved by the prosecution that the second marriage as a fact has taken place after the performance of the essential ceremonies.*» Un simile orientamento, peraltro, è stato criticato da alcuni commentatori, come, per esempio, Anand, che sostiene che, nel frattempo, presso taluni gruppi sociali, la liturgia matrimoniale si è andata snellendo, fino a considerare come valida la mera manifestazione della volontà delle parti di prendersi, rispettivamente, come marito e moglie, espressa attraverso lo scambio di ghirlande o anelli in presenza di parenti ed amici; tali cerimonie semplificate dovrebbero, pertanto, essere riconosciute come valide anche dall'autorità. Dopotutto, secondo l'autore, molti dei riti precedentemente in voga sono stati superati: è il caso della recitazione dei mantra durante il *saptapadi*, che spesso viene velocizzata o direttamente omessa dall'officiante, dietro la corresponsione d'una somma di danaro. Concludendo, egli si domanda retoricamente perché mai il diritto non dovrebbe tenere il passo con la società e non riconoscere i nuovi riti che sono emersi nella società per celebrare le unioni (ANAND, *Let the maintenance jurisprudence have a heart*, in *Panjab University Law Review*, 1992, *passim*).

²⁸ V. nota 21.

²⁹ *Sumitra Devi v. Bhikan Choudhary*, AIR 1985 SC 765.

sintetizzarsi: quando è provato che un matrimonio è stato celebrato in fatto, la validità in diritto della celebrazione sarà presunta. Vi è, quindi, un evidente *favor matrimonii*, da cui consequenzialmente scaturisce anche una presunzione in favore della legittimità dell'eventuale prole, se dal momento della cerimonia le parti sono state considerate dai consociati come marito e moglie e sono state così descritte in documenti ufficiali o in occasioni pubbliche. In altre parole, tale presunzione si applica quando si controverte sul fatto che siano stati rispettati i requisiti formali di un valido matrimonio³⁰.

Come detto, questo nuovo approccio comincia, timidamente, a manifestarsi nella sentenza *Sumitra Devi v. Bhikan Choudhary*, un caso che riguardava un'azione per il riconoscimento del diritto agli alimenti. La ricorrente, risultata soccombente nel grado precedente, impugnava la sentenza dell'Alta Corte che le aveva dato torto, ritenendo che le nozze non fossero state validamente celebrate. La Corte Suprema scrisse

«there is no doubt that in order that there may be a valid marriage according to Hindu law, certain religious rites have to be performed. [...] It is equally true that there can be a marriage acceptable in law according to customs which do not insist on performance of such rites as referred to above and marriages of this type give rise to legal relationships which law accepts.»

Si assiste qui ad una critica dell'operato del giudice d'appello, che non aveva considerato diversi elementi, fra cui il fatto che per un decennio le parti avessero convissuto, che documenti pubblici – fra cui anche le liste elettorali – li descrivevano come coniugi e che diversi testimoni avevano

³⁰ Satyajeet A. Desai, *op. cit.* 650-651. La Corte Suprema, nel 2004, nella sentenza *Reema Aggarwal v Anupam & ors.*, 2004 (1) SCR 378, spiegò la *ratio* di questa presunzione, ricordando come, nella concezione indù, il primo matrimonio di una persona sia un sacramento, contratto per senso del dovere e non solo per gratificazione personale; sicché, *«when the fact of celebration of marriage is established it will be presumed in the absence of evidence to the contrary that all the rites and ceremonies to constitute a valid marriage have been gone through. [...] So also where a man and woman have been proved to have lived together as husband and wife, the law will presume, until contrary be clearly proved, that they were living together in consequence of a valid marriage and not in a state of concubinage.»* Più avanti, nella medesima sentenza, il collegio precisa, però, che la presunzione è esclusa quando l'uomo era già sposato o vi erano ostacoli insormontabili alla celebrazione del matrimonio. Tuttavia, quando una donna agisce per vedersi riconoscere il diritto agli alimenti, quanto statuito finora dev'essere interpretato a mente di quanto sostenuto in *K. Vimal v K. Veeraswamy* (1991) 2 SCC 375, ovvero sia che *«when an attempt is made by the husband to negative the claim of the neglected wife depicting her as a kept-mistress on the specious plea that he was already married, the court would insist on strict proof of the earlier marriage.»*

confermato che la ricorrente era riconosciuta come moglie del resistente presso la loro comunità. A tale riguardo, il Collegio commentò che tali fatti non avrebbero dovuto essere totalmente trascurati, perché è in generale possibile che, a causa di un errore da parte di uno degli avvocati, i testimoni non siano stati escussi in merito alla liturgia seguita all'atto di celebrare le nozze ovvero che il magistrato investito della causa possa aver omesso di registrare tali eventuali dettagli, limitandosi a riferire che generiche cerimonie ebbero luogo. Per questi motivi, la corte accolse il gravame, annullò con rinvio l'impugnata sentenza ed invitò il Giudice *ad quem* a rinnovare l'istruzione probatoria quanto al *factum* del matrimonio.

In questa sentenza, tuttavia, il processo era ancora, com'è evidente, allo stato embrionale. In *S.P.S. Balasubramanyam v. Suruttayan*³¹, invece, questo nuovo orientamento appare ormai affermato. Si trattava d'una complessa disputa immobiliare, in cui un uomo aveva sposato una donna, pur continuando a convivere con un'altra. Con quest'ultima aveva avuto dei figli e ad uno di questi aveva venduto la propria quota dell'eredità paterna; questa cessione era impugnata dagli altri eredi del *de cuius*. La Corte Suprema era qui chiamata a determinare lo *status* di tale figlio, poiché solo dalla sua legittimità poteva valutarsi la validità del negozio contestato, atteso che esso aveva ad oggetto alcuni beni di cui il titolare poteva disporre solo in maniera molto limitata, in quanto appartenenti alla peculiare categoria della *ancestral and coparcenary property*³². Il giudice di primo grado aveva argomentato che il cessionario non poteva godere dello *status* di figlio legittimo, perché la madre doveva essere considerata mera concubina del padre. Il figlio aveva, allora, interposto appello e nel secondo giudizio era stata, invece, applicata una presunzione di valido matrimonio, giacché i due genitori avevano convissuto come marito e moglie per lungo tempo – sin dal 1920 –; di conseguenza, il ricorrente era stato considerato figlio legittimo. Gli altri eredi avevano impugnato la sentenza innanzi all'Alta Corte di Madras, che aveva adottato l'approccio opposto, nuovamente qualificando il cessionario come figlio illegittimo³³. Per tale motivo, egli aveva presentato ricorso innanzi alla Corte Suprema. Il collegio richiamò la propria giurisprudenza,

³¹ *S.P.S. Balasubramanyam v. Suruttayan*, AIR 1994 SC 133.

³² Si tratta di un istituto proprio del diritto successorio secondo i dettami della scuola del *Mitākṣarā* e, che, purtroppo, non può essere approfondito in questa sede per ragioni di spazio; a tal proposito, si rimanda a P. DIWAN - P. DIWAN, *op. cit.*, 388 s. e DESAI, *op. cit.*, 332 s.

³³ A sostegno di tale conclusione, la corte aveva addotto che né il nome del giovane né quello della madre erano contenuti nel testamento del nonno o nell'atto con cui il padre e gli altri fratelli avevano suddiviso fra sé l'asse ereditario; infatti, secondo i giudici, se il figlio fosse stato da considerarsi legittimo, egli sarebbe certamente stato ivi menzionato.

ossia che quando due persone di sesso diverso abbiano convissuto *more uxorio* per un lungo periodo, sorge una presunzione *juris tantum* di valido matrimonio fra i due. Nel caso concreto, era stato accertato da tutte le corti sottostanti che il padre e la madre del giovane avevano convissuto a lungo, ma l'Alta Corte aveva, sulla base di meri elementi indiziari, ritenuto che tale presunzione fosse stata superata. La Corte Suprema s'interrogò se «*any of the circumstances taken individually or together were sufficient to warrant the finding that the presumption stood rebutted*» e raggiunse la conclusione che tali elementi non erano sufficienti a giustificare una disapplicazione della presunzione. Per tali motivi, la Corte Suprema, annullando l'impugnata sentenza, confermò quella precedente pronunciata dalla Corte di Appello.

In questo panorama ciò che appare curioso è che, quasi contemporaneamente, la stessa Corte Suprema, in *Surjet Kaur v Garja Singh*³⁴ giunse ad una conclusione diametralmente opposta³⁵. Si trattava di una causa ereditaria in cui i parenti superstiti di un uomo di religione sikh agivano contro la vedova del *de cuius*, la quale lo aveva sposato in forma *karewa* e, perciò, senza cerimonie religiose³⁶, a séguito del decesso del di lei primo marito. Il giudice di primo grado considerò il matrimonio valido e dichiarò soccombenti gli attori, che interposero appello; la sentenza fu confermata ed essi impugnarono nuovamente la decisione innanzi all'Alta Corte. Qui, il giudice ritenne che, non essendo state celebrate le cerimonie consuetudinarie, il matrimonio era nullo, così negando alla donna lo *status* di

³⁴ *Surjet Kaur v. Garja Singh*, AIR 1994 SC 135

³⁵ Ed è ancora più curioso se si considera che uno dei due membri del collegio che pronunciò la citata sentenza aveva anche fatto parte di quello che aveva deciso il caso *S.P.S. Balasubramanyam v. Suruttayan*.

³⁶ Il matrimonio *karewa* rappresenta una forma di levirato; conosciuta sotto il nome di *karewa*, *karao* o *chaddar andazi*, si tratta di una consuetudine che rimanda al rito del *niyog* descritto nel *Rigveda*, prevalente nelle regioni dell'Haryana e del Punjab ed associato ai più risalenti insediamenti ariani. Il *karewa*, ossia un lenzuolo bianco dai bordi colorati è posto dallo sposo sul capo della vedova, per mostrare che la accetta come moglie. Questa consuetudine dimostra il consenso dei consociati a che i due convivano come coniugi. È significativo che questa forma di seconde nozze non sia accompagnata da nessuna cerimonia religiosa: infatti, nessuna donna può sposarsi due volte in maniera rituale. Le donne sono ammesse a celebrare *biah* – il matrimonio religioso – una sola volta. Una volta sposatasi in maniera *karewa*, la donna può dismettere il lutto e riprendere ad indossare abiti colorati e gioielli. La coabitazione, qui, è talmente importante nella considerazione sociale, che, talvolta, essa è ritenuta sufficiente a legittimare l'unione ed a conferire lo status di coniugi. Si deve, però, trattare di convivenza presso la casa del marito; mere visite da parte della donna sono considerate condotta adulterina (CHOWDHRY, *Customs in a Peasant Economy: Women in Colonial Haryana*, In: S. SARKAR - T. SARKAR (a cura di), *Women and Social Reform in Modern India*, Bloomington 2008, 153).

erede. Avverso il provvedimento, ella aveva presentato ricorso avanti alla Suprema Corte, sostenendo che, nell'impugnata sentenza, il giudicante aveva ommesso di considerare che, nel caso di nuove nozze da parte d'una vedova, non sono richieste particolari cerimonie. A conferma di ciò, costei citava la sentenza *Charan Singh Harnam Singh v Gurdial Singh Hamam Singh*³⁷, in cui l'Alta Corte di Punjab e Haryana aveva sostenuto che «among Jats also no ceremonies are essential to a widow's re-marriage, but this is more specially the case where the second husband is the brother of the first» e che, di conseguenza, in questi casi per il solo fatto della coabitazione un uomo ed una donna acquisivano lo *status* di coniugi.

I resistenti, per converso, argomentavano che, innanzi al Giudice *a quo*, non era stata offerta prova della consuetudine prevalente nell'area in cui le parti avevano vissuto e che, pertanto, l'Alta Corte aveva raggiunto la corretta conclusione: dopotutto, continuavano, perché un uso potesse godere di applicazione giudiziaria, se ne dovevano provare l'antichità, la certezza e la ragionevolezza; inoltre, a mente di quanto statuito in *Bhaurao Shankar Lokhande v State of Maharashtra*, il mero fatto della convivenza di un uomo ed una donna non era sufficiente a conferire a costoro lo *status* di coniugi. Infine, pure dando per esistente tale consuetudine, poiché essa s'applicava solo ai casi di levirato, non sarebbe stata comunque applicabile al caso in questione, considerando che il secondo marito non era fratello del primo; di talché, le nozze in forma *karewa* non avrebbero potuto esser celebrate.

La Corte Suprema concordò con questi ultimi e confermò la sentenza³⁸, ripetendo che

³⁷ *Charan Singh Harnam Singh v. Gurdial Singh Hamam Singh*, AIR 1961 Punj 301.

³⁸ Questa decisione è stata oggetto di forti critiche. Menski, per esempio, scrive che in tale caso il giudice permise che fosse fatta un'ingiustizia; qui, secondo l'autore, le offese al decoro ed alla virtù di una donna sikh risposatasi, effettuate dagli altri eredi del marito al fine di privarla della sua quota di eredità, non colpirono i giudici come chiaro abuso del diritto (MENSKI, *Ancient and Modern Boundary Crossings Between Personal Laws and Civil Law in Composite India*, in NICHOLS, *Marriage and Divorce in a Multicultural Context: Multi-Tiered Marriage and the Boundaries of Civil Law and Religion*, Cambridge 2012, 241; commenti simili si possono ritrovare pure in altri testi ad opera del medesimo autore, cfr. *Hindu Law: Beyond Tradition and Modernity*, Nuova Delhi, 2003, 318 e *Comparative Law in a Global Context: The Legal Systems of Asia and Africa*, II ed., New York, 2006, 254). Per un'interessante confronto, cfr. *Shakuntalabai & anr. v. L.V. Kulkarni & anr.*, AIR 1989 SC 1359, ossia un'altra controversia successoria, in cui la Corte Suprema si trovò a dover decidere se fossero valide le seconde nozze di una donna, celebrate secondo un rituale semplificato. Si trattava, qui, della forma *serai udiki* di matrimonio, praticata presso i *vīraśaiva* e che consiste nell'annodare un *toli*, ossia una collana, intorno al collo di una donna; si tratta di un rito che può essere celebrato solo se il precedente vincolo matrimoniale è stato sciolto (VIRDI, *Grounds for Divorce in Hindu and English Law*, Nuova Delhi, 1972, 34-35). Il

«the bare fact of the man and woman living as husband and wife does not, at any rate, normally give them the status of husband and wife even though they may hold themselves out before the society as husband and wife and the society treats them as such.»

A riportare ordine in questa contraddittoria situazione concorre la già menzionata sentenza *Reema Aggarwal v. Anupam & ors.*, riguardante un grave caso di maltrattamenti in famiglia: un uomo, insieme con alcuni familiari, aveva somministrato alla convivente una sostanza venefica, perché i parenti di costei rifiutavano di corrispondergli una somma di danaro a titolo di dote; sicché, l'agente ed i correi erano stati tratti a giudizio con l'accusa di tentativo di omicidio e di maltrattamenti³⁹. Il processo di primo grado si era, poi, concluso con un'assoluzione. Ciò che in questa sede rileva è la motivazione addotta dal giudice per escludere la sussistenza del secondo reato: argomentava, infatti, costui come, sulla base del tenore letterale della norma incriminatrice, affinché il reato di maltrattamenti fosse integrato, era necessario che fra l'agente e la vittima dei soprusi intercorresse un rapporto di coniugio o di affinità; poiché, nel caso concreto, il matrimonio fra i due era nullo, essendo stato contratto da persona non libera di stato, il reato non poteva dirsi sussistente. L'accusa e la parte civile avevano distintamente interposto appello ed entrambe le impugnazioni erano state rigettate mediante brevissime ordinanze; per tale motivo, la parte civile s'era risolta a ricorrere innanzi alla Corte Suprema.

La sentenza è molto interessante, perché, in essa il collegio compilò una breve rassegna giurisprudenziale riguardante la presunzione di valido matrimonio. Il giudice relatore prese le mosse dalla già ricordata regola secondo la quale

«where a man and woman have been proved to have lived together as husband and wife, the law will presume, until contrary be clearly proved, that they were living together in consequence of a valid marriage and not in a state of concubinage [...]. Where a marriage is accepted as valid by relations, friends and others for a long time it cannot be declared as invalid.»

collegio, in questo caso, ritenne provata la consuetudine che riconosceva come valido tale matrimonio e soggiunse, inoltre, che, poiché la donna ed il *de cujus* avevano convissuto come coniugi per lungo tempo successivamente alle nozze e come tali erano considerati dalla propria comunità, *«there was therefore, no scope for declaring the marriage illegal posthumously.»*

³⁹ Si tratta dell'articolo 498-A del Codice Penale Indiano, che punisce *«whoever, being the husband or the relative of the husband of a woman, subjects such woman to cruelty.»*

E, prendendo in considerazione il già citato caso Lokhande⁴⁰, affermò che non vi era contraddizione fra tale presunzione e quanto sostenuto in detta sentenza. La Corte, infatti, riconobbe che mentre, di primo acchito, sarebbe stato possibile considerare che tali osservazioni contrastavano colla lunga catena di precedenti, tuttavia, ad un più attento esame, risultava come, in realtà, tale percezione fosse erronea. Di fatto, nel caso Lokhande, il tribunale si era trovato investito di una causa penale per bigamia; e, in questi casi, l'ingrediente essenziale è rappresentato dal contrarre nuove nozze da parte di chi non sia libero di stato. Qui, come correttamente rileva il collegio, «*the thrust is mainly "marrying" as against subjecting of the woman to cruelty in Section 498A.*»

Com'è evidente, la Corte Suprema adoperò il canone ermeneutico conosciuto come *mischief rule*⁴¹ e concluse che il fenomeno che il legislatore aveva voluto impedire erano i maltrattamenti in famiglia, un male che prescindeva dal rapporto intercorrente fra agente e vittima; di conseguenza, secondo il collegio, la nozione di *marito* poteva essere allargata fino ad includere anche chi «*contract marriages ostensibly and cohabit with [a] woman, in the purported exercise of his role and status as 'husband'*». Per tali motivi, l'impugnata sentenza fu annullata con rinvio.

Merita, a questo punto, di essere segnalato che, perlomeno per quanto riguarda i casi in cui si controverte in tema di alimenti e di maltrattamenti in famiglia, l'orientamento elaborato nell'ambito del formante giurisprudenziale è stato accolto dal legislatore nel *Protection of Women from Domestic Violence Act 2005*. Infatti, l'articolo 2(a) di tale legge definisce come *aggrieved person*, qualsiasi donna che sia o sia stata in una relazione domestica col convenuto e che lamenti di essere stata sottoposta ad atti di violenza da parte di quest'ultimo, mentre il successivo articolo 2(f) definisce come *relazione domestica*, una qualsivoglia relazione fra due persone che convivono o hanno, in un qualsiasi momento, convissuto, quando essi siano legati da vincolo di parentela o di coniugio, d'adozione, oppure da una relazione *in the nature of marriage* o, infine, siano membri di

⁴⁰ V. *supra*.

⁴¹ Si tratta di un canone ermeneutico formulato per la prima volta in Inghilterra nel celebre *Heydon's Case* [1584] 76 ER 637, secondo cui il giudice, come ausilio per interpretare correttamente il significato di una norma, può analizzare quale fosse il difetto del diritto previgente che il legislatore si era prefisso di correggere con la regola in questione. Per un'analisi dell'istituto, si vedano ZWEIGERT - KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato. Volume I: Principi fondamentali*, Milano, 1992, 322 e BURNHAM, *Introduction to the Law and Legal System of the United States*, St. Paul, 1995, 57.

una *joint family*⁴². La Legge, inoltre, tratta anche di abuso economico, definendolo come

«*deprivation of all or any economic or financial resources to which the aggrieved person is entitled under any law or custom whether payable under an order of a court or otherwise or which the aggrieved person requires out of necessity including, but not limited to, household necessities for the aggrieved person and her children, if any, stridhan, property, jointly or separately owned by the aggrieved person, payment of rental related to the shared household and maintenance.*»

La Corte Suprema, in uno dei primi casi in cui si è trovata a dover applicare la citata legge⁴³, ha lamentato l'assenza della definizione di relazione *in the nature of marriage*, per poi sostenere che

«*[i]n our opinion Parliament by the aforesaid Act has drawn a distinction between the relationship of marriage and a relationship in the nature of marriage, and has provided that in either case the person who enters into either relationship is entitled to the benefit of the Act. It seems to us that in the aforesaid Act of 2005 Parliament has taken notice of a new social phenomenon which has emerged in our country known as live-in relationship. [...] In our opinion not all live-in relationships will amount to a relationship in the nature of marriage to get the benefit of the Act of 2005. [...] If a man has a 'keep' whom he maintains financially and uses mainly for sexual purpose and/or as a servant it would not, in our opinion, be a 'relationship in the nature of marriage'.*»

In tal modo, la Corte Suprema, per quanto attenta al fenomeno sociale, dimostra di non voler svalutare l'istituto matrimoniale, né le forme di convivenza che danno diritto a forme di tutela a favore della parte economicamente debole del rapporto nei confronti di quella forte.

3. Conclusioni

Come emerge da questa rassegna di giurisprudenza, la Corte Suprema, investita del compito di interpretare l'articolo 7 dell'*Hindu Marriage Act*, ha ripetutamente adottato dei canoni ermeneutici miranti al raggiungimento

⁴² La *joint family* è un istituto tipico del diritto indù, che include tutte le persone che discendono in linea retta da uno stipite comune, comprendendone le mogli e le figlie non sposate – quando una ragazza si sposa cessa di far parte della propria *joint family* ed entra a far parte di quella del marito – e dotata di un patrimonio comune, oltreché di riti familiari. Per un'esauriente analisi, si rimanda a DESAI, *op. cit.*, 324 ss.

⁴³ *D. Velusamy v. D. Patchaiammal* 2010 (10) SCC 469.

della giustizia nel caso concreto, talvolta giungendo fino al punto di forzare il significato delle parole, come nell'appena esaminato caso *Reema Aggarwal v Anupam & ors.*

Commentando la sentenza *Sumitra Devi v. Bhikan Choudhary*, Menski loda l'approccio seguito dalla Corte Suprema nel decidere la controversia, ch'egli definisce postmoderno, ritenendo che essa correttamente abbia scelto di valorizzare le circostanze concrete del caso rispetto all'acritica adesione ai propri precedenti.

*«Justice, in other words, is more valuable than the formality of the law. [...] Here we see postmodern Indian social welfare law in action. But only if we understand the inherent principles of Hindu law are we able to recognize that the SC relied in this otherwise insignificant case not on a state-based modern form of legal regulation, but on the flexible traditional Hindu concept of self-controlled ordering – if necessary with a little push from the Courts.»*⁴⁴

Per meglio comprendere questa posizione, è bene ricordare che, dopotutto, al diritto indù tradizionale era ignota la categoria di *norma generale ed astratta*: tutte le regole del *dharma* erano flessibili per meglio permettere di ottenere la giustizia del caso concreto – né ha mai trovato piena applicazione, neppure durante il periodo della dominazione coloniale, il principio secondo cui è diritto tutto ciò che lo Stato identifica come tale. Da ciò discende la convinzione, ancora oggi presente, che sia impossibile prevedere regole di comportamento valide per tutti in ogni situazione e che, per questo, *«the equity of the situation and context-specific justice»* rimangano di capitale importanza⁴⁵.

Si tratta di un'interpretazione che, di certo, appare affascinante e, in parte, condivisibile: è, infatti, vero che la Corte Suprema ha dimostrato di essere in grado di adottare un approccio flessibile; tuttavia, secondo quest'autore è necessario guardarsi dall'attribuire un'eccessiva enfasi alla ricerca dell'equità tipica del diritto tradizionale indù, perché, così facendo, si rischia di sminuire l'influenza di altri elementi che un comparatista non può ignorare. Prima fra tutte, la considerazione che, ai sensi dell'articolo 142 della Costituzione, la Corte Suprema è vincolata, nell'esercizio della sua giurisdizione, ad adottare provvedimenti finalizzati al raggiungimento della *complete justice* in ogni controversia di cui si trovi a conoscere – di tale potere, espressamente lasciato indefinito, la Corte ha fatto uso in varie materie, *«such as grant of divorce not otherwise clearly covered by*

⁴⁴ MENSKI, *op. cit.*, 2003, 317.

⁴⁵ MENSKI, *op. cit.*, 2003, 30.

*legislation, [...] imposition of exemplary costs, payment of interim compensation to rape victim [and] compensation for illegal detention.»*⁴⁶

Né si può trascurare che – com'è anche riconosciuto dalla stessa Corte Suprema in *Reema Aggarwal v. Anupam & ors.* – l'adozione di diversi criteri ermeneutici è giustificata pure dal diverso oggetto del giudizio: la maggior parte dei casi in cui l'interpretazione tende ad essere letterale e restrittiva, infatti, riguardano persone tratte a giudizio per il reato di bigamia. Ebbene, in questo caso, la condotta repressa dalla norma incriminatrice è proprio l'aver contratto un matrimonio che sia nullo perché celebrato da persona non libera di stato⁴⁷; laddove il secondo matrimonio fosse nullo per un altro motivo, il requisito della tipicità non sarebbe integrato. E, inoltre, giusta i principî in tema di prova proprî del diritto penale, tutti gli elementi costitutivi del reato debbono essere provati oltre ogni ragionevole dubbio; sicché, una presunzione in quest'ambito non solo costituirebbe una violazione di tali principî, ma condurrebbe anche al realizzarsi di un inaccettabile *vulnus* al diritto di difesa dell'imputato.

Diversamente, in sede civile, quando una persona agisce perché sia dichiarato il suo diritto agli alimenti od al mantenimento, il fatto che essa sia legata al convenuto dal vincolo del coniugio, e, quindi, l'esistenza di un valido matrimonio, si pone come un mero *prius* logico-giuridico⁴⁸. In quest'ultima categoria di controversie, quindi, il giudice può liberamente applicare l'articolo 114 dell'*Indian Evidence Act*, in forza del quale è autorizzato a presumere «*the existence of any fact which it thinks likely to have happened, regard being had to the common course of natural events, human conduct and public and private business, in their relation to the facts of the particular case*»⁴⁹.

⁴⁶ SINGH, *V.N. Shukla's Constitution of India*, Lucknow, 2012, 526.

⁴⁷ Articolo 494 del Codice Penale, v. nota 21.

⁴⁸ Un *prius* logico-giuridico, peraltro, indebolito dall'equiparazione, effettuata dal legislatore nell'articolo 125 del Codice di Procedura Penale, della divorziata alla moglie: infatti, ai sensi della *explanation* dell'articolo in parola, «*“wife” includes a woman who has been divorced by, or has obtained a divorce from, her husband and has not remarried.*»

⁴⁹ Quanto alle differenze in tema di onere della prova fra giudizi civili e penali, la Corte Suprema, in *Narayan Ganesh Dastane v. Sucheta Narayan Dastane*, AIR 1975 SC 1534, ha ricordato che la regola normale che governa i primi è quella per cui «*a fact can be said to be established if it is proved by a preponderance of probabilities*». Tuttavia, quanto maggiore è l'importanza del fatto controverso tanto più attenta dovrà essere la valutazione della corte: «*important issues like those which affect the status of parties demand a closer scrutiny than those like the loan on a promissory note the nature and gravity of an issue necessarily determines the manner of attaining reasonable satisfaction of the truth of the issue.*» Al contrario, nei procedimenti penali, lo standard è quello della prova oltre qualsiasi ragionevole

Né, d'altra parte, può omettersi che la presunzione di valido matrimonio, che vediamo applicata dalla Corte Suprema in *Sumitra Devi v. Bhikan Choudhary*, lungi dal costituire un'innovazione all'interno del panorama giurisprudenziale indiano, sia bensì stata formulata, per la prima volta, dal *Privy Council* nel 1869, nella sentenza *Inderun Valungypooly v. Ramaswamy Pandia*⁵⁰, dove la corte s'interroga se, in presenza di un matrimonio in fatto, sussista anche un matrimonio in diritto e così risolve il problema

«when once you get to this, namely, that there was a marriage in fact, there would be a presumption in favour of there being a marriage in law. The Zemindar, according to the usage of his country and nation, on parting with his first wife, would be naturally desirous of marrying again and having male issue. It would be a most unlikely thing for a person of his caste to go through the ceremony of marriage if it was known that that marriage was a marriage which was invalid in law.»

Parimenti, l'approccio di Menski rischia di avere come conseguenza una svalutazione dell'influenza di istituti propri della tradizione di *common law*, nel cui solco il sistema indiano si situa e all'interno del quale i moderni interpreti spesso si sono formati⁵¹; è il caso, per esempio, della già menzionata *mischief rule*, che viene esplicitamente utilizzata nella recente sentenza *Chanmuniya v. Virendra Kumar Singh Kushwaha*⁵², nella quale la Corte Suprema, dovendo interpretare il termine "moglie" nel quadro dell'articolo 125 del Codice di Procedura Civile – l'articolo che conferisce il diritto agli alimenti –, asserisce che

«we are of the opinion that a broad and expansive interpretation should be given to the term 'wife' to include even those cases where a man and woman have been living together as husband and wife for a reasonably long period of time, and strict proof of marriage should not be a pre-condition for maintenance under Section 125 of the Cr.P.C, so as to fulfil the true spirit and essence of the beneficial provision of maintenance under Section 125.»

Similmente, neppure possono trascurarsi gli influssi comparatistici provenienti da diversi ordinamenti, come, per esempio, il concetto di *common-law marriage*, ossia un matrimonio «basato unicamente sul mutuo

dubbio, perché *«a criminal trial involves the liberty of the subject which may not be taken away on a mere preponderance of probabilities.»*

⁵⁰ 13 MIA 141.

⁵¹ Non è raro, infatti, notare, nelle sentenze dei Giudici indiani, richiami anche alle giurisprudenza e dottrina inglesi.

⁵² *Chanmuniya v Virendra Kumar Singh Kushwaha* 2011 (1) SCC 141.

*consenso e la convivenza*⁵³», o il recente emergere all'interno della giurisprudenza statunitense del cosiddetto *palimony*, ossia «*il mantenimento di persone non legate in virtù di vincolo matrimoniale*».⁵⁴

In conclusione tutti questi elementi e non solo il ricorso, anche solo inconscio, a categorie proprie del pensiero indù, prima ancora che del diritto, possono contribuire a spiegare questo composito quadro giurisprudenziale.

Ed è forse in questo senso che meglio può apprezzarsi la visione post-moderna del diritto indù in India, in quanto esso, anche nella sua epifania più tradizionale e pura, ossia la *personal law*, risulta comunque essere oggetto di contaminazioni non solo nell'ambito degli istituti, bensì anche in quanto alla mentalità giuridica dell'interprete, tanto che la stessa Corte Suprema è, appunto, riuscita a riplasmare, anche grazie al ricorso alla tecnica del *distinguishing*, il diritto vivente alla luce del mutato contesto sociale.

⁵³ SCHRAFFL, *Dizionario giuridico inglese-italiano: integrato con il lessico politico*, Milano, 2011, 196. L'istituto in parola è menzionato *D. Velusamy v D. Patchaiammal*. Si veda anche il dizionario dei termini giuridici pubblicato dalla Cornell University Law School, che offre questa definizione del concetto: «*a legally recognized marriage that can arise in some jurisdictions without a license or ceremony. Many states recognize a common-law marriage when two people capable of getting married live together as spouses and hold themselves out as such for a specified amount of time.*» (http://www.law.cornell.edu/wex/common-law_marriage).

⁵⁴ SCHRAFFL, *op. cit.*, 227. Si veda anche il dizionario dei termini giuridici citato nella nota precedente, in cui l'istituto così è definito: «*a nonlegal term coined by journalists to describe the division of property or an order for support – in the nature of alimony – paid by one member of an unmarried couple to the other after they break up.*» (<http://www.law.cornell.edu/wex/palimony>).