

DOMENICO FRANCAVILLA

*Il diritto hindu e il ruolo del giudice nell'adattamento interculturale
del diritto familiare*

POSTPRINT

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Giudici e diritto hindu in India. 3. Giudici e diritto hindu in Europa. 4. Una prospettiva interculturale. 5. Osservazioni conclusive.

1. Introduzione

Diritti religiosi e diritti statali interagiscono in diversi modi. Uno dei momenti più importanti di questa interazione si ha nel giudizio delle Corti, dove i valori e gli interessi messi in gioco dall'adattamento interculturale emergono con maggiore chiarezza e concretezza. Il giudice ha quindi un ruolo molto importante nell'interpretare e applicare il diritto in modo inclusivo, pur nel rispetto dei vincoli che gli sono propri e con le difficoltà inerenti a questa attività di traduzione interculturale.

Il diritto hindu viene applicato oggi in India, principalmente in materia di famiglia e successioni, da Corti statali laiche in cui siedono giudici le cui credenze religiose non sono rilevanti. L'applicazione agli hindu di un diritto, che pur essendo stato oggetto di interventi di riforma legislativa da parte dello Stato, conserva il suo carattere personale e il legame con l'appartenenza comunitaria e religiosa, rappresenta un interessante ambito di analisi per comprendere il ruolo del giudice in questo contesto. Non bisogna dare per scontato che l'applicazione nelle Corti del diritto hindu non sia problematica nella stessa India. Il ruolo svolto dai giudici indiani nell'evoluzione del diritto hindu contemporaneo è decisivo. Si può ad esempio osservare che nella giurisprudenza indiana l'applicazione del diritto hindu, in particolare con riferimento alle consuetudini, viene guidata dai principi costituzionali e che il diritto hindu applicato nelle Corti è soggetto a un fenomeno di trasformazione e uniformazione, riducendo la potenziale distanza tra diritto religioso e diritto statale in un orizzonte di

riconoscimento ufficiale del diritto hindu che lascia però importanti aree di diritto non-ufficiale seguito e applicato all'ombra del diritto statale¹.

Se si considera il quadro dell'interazione tra diritto hindu e diritto statale al di fuori dell'India, si può osservare come un adattamento interculturale possa realizzarsi attraverso soluzioni giuridiche che riconoscano credenze, principi e istituti che le comunità hindu della diaspora portano con sé, quando non siano violati valori essenziali dell'ordinamento. Con riferimento agli hindu in Europa le questioni più problematiche sorgono in caso di pratiche che non possono trovare legittimazione negli ordinamenti europei, come i matrimoni forzati, e in particolare quelli di minori, ma è significativo che problemi di adattamento interculturale si siano posti nelle Corti anche con riferimento a questioni apparentemente meno complesse come la celebrazione e registrazione del matrimonio.

Considerando l'interazione di diritto statale e religioso dal punto di vista del giudice religioso, bisogna osservare che esistono sia in India che in altre parti del mondo fori non statali di soluzione delle controversie che svolgono una funzione di mediazione dei conflitti in specifiche comunità hindu. Con riferimento a questi fori si può porre la questione della recezione di principi e regole dell'ordinamento statale secondo forme di ibridazione e di avvicinamento, che costituiscono un'ulteriore manifestazione della varietà delle interazioni tra diritto statale e diritto religioso nell'esperienza concreta degli ordinamenti.

Il terzo paragrafo è invece dedicato all'analisi di alcuni aspetti del ruolo del giudice nell'applicazione del diritto hindu in Europa. Il diritto hindu è un diritto a carattere personale che si applica agli hindu in quanto appartenenti a una comunità religiosa e culturale indipendentemente dal territorio in cui si trovano. Esso trova la sua manifestazione principale in India ma, proprio per il suo carattere personale, assume forme diverse in altri paesi. Così esistono, ad esempio, un diritto hindu nepalese e un diritto hindu pakistano e bengalese, che si differenziano da quello indiano per alcune peculiarità riconducibili ai diversi contesti in cui esso si è

¹ In questo articolo le espressioni “diritto ufficiale”, “diritto non-ufficiale” e “postulati giuridici”, o i loro equivalenti in inglese, sono utilizzati nel senso di Chiba. Per *official law* Chiba intende il diritto statale, nel senso di diritto applicato da organi statali, visto che possono essere ufficiali anche diritti non prodotti ma solo riconosciuti dallo Stato; *unofficial law* è il diritto non riconosciuto dallo Stato ma sancito nella pratica dal consenso di determinate parti della società; i *legal postulates* sono i principi, i sistemi di valore collegati a un determinato diritto ufficiale o non ufficiale. Si veda CHIBA M. (a cura di), *Asian Indigenous Law in Interaction with Received Law*, KPI, London-New York, 1986.

sviluppato². Esistono anche manifestazioni del diritto hindu al di fuori dell'Asia, ad esempio in Africa orientale o Canada. Per quel che ci riguarda più strettamente, la significativa presenza degli hindu in Europa può essere alla base di nuove manifestazioni del diritto hindu, quelle appunto europee.

In conclusione, torneremo sulla centralità dell'adattamento interculturale nelle Corti. Sul piano formale un determinato diritto statale e un determinato diritto religioso possono essere analizzati in termini astratti e positivistici e lontani dalla vita reale delle persone. Nelle Corti gli interessi concreti e i valori specifici diventano più visibili e rilevanti. Il ruolo svolto dai giudici diventa decisivo.

2. Giudici e diritto hindu in India

Nel modello giuridico hindu tradizionale precoloniale, uno dei ruoli più importanti del sovrano è l'amministrazione della giustizia. Il sovrano ha il compito eminente ma non esclusivo di risolvere le controversie. Alle Corti regie si affiancano fori di casta, famiglia, gruppo sociale, dai caratteri più o meno informali. Nei testi sul *dharma* la parte dedicata alla soluzione delle controversie è il *vyavahāra*³. Nelle Corti regie figura di spicco era quella del brahmano esperto del *dharma*, che forniva il proprio parere sulla base della propria conoscenza del corpus normativo, al re o ai funzionari reali. Questa figura è stata poi ripresa con esiti fallimentari dalle Corti coloniali⁴.

Nell'elaborazione del diritto tradizionale grande importanza ha avuto l'istituzione della *pariṣad*, vale a dire un consiglio di esperti del *dharma* e delle scienze vediche, che aveva il compito di pronunciarsi su punti interpretativi dubbi. I *dharmaśāstra* raccolgono molte di queste decisioni. Molto importante è anche il *pañcāyat*, un consiglio istituzionalizzato a livello di casta e di villaggio che può decidere le controversie e prendere decisioni che riguardano la collettività.

Il diritto hindu ufficiale si applica oggi in India nelle materie rientranti nel diritto di famiglia e delle successioni. Dopo l'Indipendenza sono state

² Il diritto hindu in Pakistan e Bangladesh è il diritto di una minoranza della popolazione in un contesto ampiamente islamico. Al contrario il diritto hindu nepalese ha goduto di una posizione privilegiata derivante dal fatto che, almeno fino al 2006, il Nepal è stato l'ultimo regno hindu.

³ Si vedano in generale R. LINGAT, *La tradizione giuridica dell'India. Dharma, diritto e interpretazione*, Giuffrè, Milano, 2003 e W.F. MENSKI, *Hindu Law: Beyond Tradition and Modernity*, Oxford University Press, Delhi, 2003.

⁴ In particolare sulle deformazioni coloniali del diritto hindu, si veda W.F. MENSKI, *Hindu Law: Beyond Tradition and Modernity*, cit.

subito adottate quattro leggi di riforma e semplificazione del diritto hindu preesistente, tra le quali particolare importanza riveste l'*Hindu Marriage Act*, 1955⁵.

Il sistema attuale delle fonti del diritto hindu è molto complesso e in esso fonti religiose come i Veda interagiscono con fonti laiche come la legge. Come già osservato, il diritto hindu ufficiale è applicato da giudici che possono non essere hindu, e in ogni caso la loro appartenenza religiosa non rileva nell'esercizio delle loro funzioni. Sempre sul piano delle fonti, si osserva che nel periodo coloniale è stato introdotto in India il principio del precedente vincolante, anche per il diritto hindu. Come osserva Diwan, sono due gli aspetti importanti della dottrina del precedente vincolante nel diritto hindu. Il primo è che «practically all the important principles and rules of Hindu law have now been embodied in case law. In such matters, recourse to original sources is not necessary. Reference to leading decision is enough. In this sense, precedent or case law is the source, by and large, of most of the rules and precedents of Hindu law»⁶. Si può quindi osservare che a partire dal periodo coloniale i precedenti tendono a limitare il ricorso ai testi tradizionali e alla loro complicata esegesi e che anche le consuetudini vengono conosciute dalle Corti attraverso sentenze precedenti.

Un secondo aspetto evidenziato da Diwan è che «precedent is a source of law in the sense that by the process of judicial interpretation, doctrines, principles and rules of law stand modified or altogether new principles, doctrines and rules have been introduced in the body of Hindu law. For these principles, doctrines and rules, the source of authority is precedent»⁷. Per questa via, diversi principi di *common law* sono entrati a far parte del diritto hindu.

Un altro aspetto interessante dell'assetto moderno delle fonti riguarda le consuetudini. L'ampio riconoscimento delle consuetudini nel diritto hindu ufficiale è stato temperato dalla definizione legale delle consuetudini, che pone dei limiti alla loro applicabilità. L'art. 3 dell'*Hindu Marriage Act* del 1955 dispone:

In this Act unless the context otherwise requires: (a) the expressions “custom” and “usage” signify any rule which, having been continuously

⁵ Sulle riforme del diritto hindu dopo l'Indipendenza si vedano W.F. MENSKI, *Hindu Law: Beyond Tradition and Modernity*, cit., e D. FRANCAVILLA, *Il diritto nell'India contemporanea. Sistemi tradizionali, modelli occidentali e globalizzazione*, Giappichelli, Torino, 2010.

⁶ P. DIWAN, *Modern Hindu Law*, Allahabad Law Agency, Allahabad, 2004, p. 52.

⁷ *Ibidem*.

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.

La valutazione dell'antichità della consuetudine può variare, ma non è richiesto che una norma consuetudinaria abbia un'origine immemorabile. In secondo luogo, la consuetudine deve essere stata osservata senza interruzioni e deve essere certa. Inoltre, non deve essere irragionevole, immorale, o contraria ai principi dell'ordinamento. L'onere della prova dell'esistenza della consuetudine ricade sul soggetto che intende avvalersene. È significativo che, secondo lo stesso *Hindu Marriage Act*, le consuetudini possano essere locali, e quindi avere un riferimento territoriale, o essere proprie di tribù, comunità, gruppi e famiglie. Ciò mostra l'ampiezza del riconoscimento, anche culturale, delle norme consuetudinarie, per quanto possa variare a seconda dei casi. Ad esempio, è molto ampio nel caso delle forme di celebrazione del matrimonio, dove viene operato un rinvio in blocco alle consuetudini, mentre in altri casi, come quello delle norme relative ai requisiti del matrimonio con riferimento alla parentela, la tecnica legislativa utilizzata è quella di prevedere una regola legislativa e lasciare spazio alle consuetudini difformi, sempre però nei limiti di riconoscimento da parte del giudice posti all'art. 3. Si può anche osservare che l'art. 3 in qualche misura rimanda al principio del diritto hindu classico per cui il sovrano, nel giudicare una controversia, doveva in primo luogo accertare quali fossero le regole, in larga parte consuetudinarie, seguite dalle parti.

Considerati tutti questi aspetti, il diritto hindu è senz'altro una componente ufficiale del diritto indiano, pur essendo in misura significativa non prodotto dallo Stato, o perché la legislazione si è limitata a recepire norme che erano già presenti nel diritto tradizionale dottrinale, o perché si dà applicazione a norme consuetudinarie, che per definizione non sono prodotte dallo Stato.

Per la comprensione del diritto hindu nel suo complesso non ci si può però limitare alla sola disciplina ufficiale indiana, perché esiste nella stessa India una dinamica complessa tra diritto hindu ufficiale e diritto non ufficiale. Affianco al diritto hindu ufficiale esiste infatti una serie di diritti hindu non ufficiali che prevedono regole diverse su vari aspetti del diritto di famiglia e delle successioni. Così, se la struttura monogamica del matrimonio hindu, che è prevalente nella tradizione hindu, è stata resa dal

diritto ufficiale uniforme per tutti gli hindu, esistono forme poligamiche hindu non ufficiali. Altro esempio è quello del matrimonio di bambini. Nonostante il fatto che il matrimonio dei bambini sia vietato in India, esso rimane una pratica diffusa a cui si ricollegano importanti conseguenze per il diritto che vengono alla luce nel momento giurisdizionale⁸.

In questo quadro complesso di interazione di fonti, il ruolo del giudice è particolarmente delicato. Pur operando nel quadro costituzionale, ed essendo inevitabilmente la Costituzione la guida dello sviluppo del diritto hindu attuale, gli aspetti più propriamente religiosi e comunitari, alcuni dei quali potenzialmente in conflitto coi valori costituzionali, emergono continuamente nella giurisprudenza indiana. È da osservare che, come rimarca Menski, le Corti nell'interpretazione delle leggi relative al diritto hindu, sempre affiancate dai precedenti vincolanti o persuasivi, hanno spesso preoccupazioni di *welfare* più che di carattere strettamente religioso, ad esempio nella complessa materia del mantenimento o dei diritti successori delle donne, casi in cui si possono verificare divergenze tra diritto hindu ufficiale e diritto hindu non ufficiale che il giudice tenderà ad avere ben presente per decidere la causa, anche per evitare che per una eterogenesi dei fini le norme di diritto hindu ufficiale finiscano, nel quadro complesso delle relazioni sociali, per sfavorire proprio le parti più deboli, normalmente donne o bambini. Esiste un fenomeno di *forum shopping* per cui, ad esempio in materia di scioglimento del matrimonio in seguito a conversione, si possono verificare casi di sfruttamento di un sistema che tende a offrire molte soluzioni diverse a seconda che si tratti di un percorso istradato sulla linea del diritto ufficiale, e quindi della tutela nelle Corti, o del diritto non ufficiale, e della corrispondente tutela in fori non statali, di casta o più genericamente di comunità.

Uno dei compiti più difficili svolti dalla giurisprudenza indiana in materia di diritto hindu, così come del resto anche per gli altri diritti religiosi applicati in India su base personale, è quello di garantire soluzioni giuste nei casi concreti al tempo stesso facendo evolvere il diritto hindu in modo coerente, nel rispetto dei principi costituzionali e nel riconoscimento della vasta rete di credenze e prassi hindu, evitando che si verifichi una scissione tra diritto ufficiale e non ufficiale e la creazione di sistemi separati e paralleli.

Che il giudice sia hindu o meno, una sensibilità nei confronti dei fenomeni socio-religiosi sembra essere presente nel modo di procedere dei

⁸ Sulla poligamia e sui matrimoni di bambini nelle Corti si veda W.F. MENSKI, *Hindu Law: Beyond Tradition and Modernity*, cit.

giudici indiani. Ma in un sistema così complesso è facile che si verifichino fenomeni di deformazione o disconoscimento. Il rischio che ciò accada è forte soprattutto quando i giudici indiani si trovano a dover affrontare problemi come la definizione di “hindu” ai fini della stessa applicazione del diritto hindu, o a delimitare alcune pratiche religiose in termini di *essential practice*⁹. Anche nei casi in cui il giudice sia hindu, non è garantita una capacità di riconoscimento interculturale per due motivi principali. Il primo è che l’induismo è un insieme di religioni e pratiche socio-culturali molto differenziate. Il secondo è che, per quanto sia difficile identificarli, possono verificarsi dei casi di pregiudizio nei confronti di alcuni gruppi marginali nell’induismo. Qui il giudice può giudicare in base a precomprensioni non criticamente vagliate derivanti dal suo background socio-culturale.

In un laboratorio di multiculturalismo come quello indiano, non bisogna sottovalutare il ruolo della preparazione del giudice. Se si auspica che i giudici europei abbiano maggiore conoscenza, eventualmente integrata anche nel loro percorso formativo, delle manifestazioni giuridiche dei fenomeni religiosi, sarebbe erroneo dare per scontata questa competenza nel contesto indiano, sia per una prevalenza di una impostazione positivista nello studio del diritto hindu sia per l’oggettiva difficoltà dell’acquisizione di una competenza culturale che sia anche criticamente vagliata da chi l’ha acquisita secondo le modalità di trasmissione proprie del proprio gruppo di appartenenza.

4. Giudici europei e applicazione del diritto hindu

Alcuni autori come Menski ritengono che si possa parlare di un *angrezi dharma*, vale a dire di un *dharma* inglese, di un diritto hindu in Inghilterra distinto da quello indiano, così come, d’altra parte, si potrebbe parlare di un *angrezi shariat*¹⁰. L’intuizione alla base di queste nuove definizioni è che il

⁹ Si vedano, F. ALICINO, “Libertà religiosa e principio di laicità in India”, in D. AMIRANTE, C. DECARO e E. PFOESTL (a cura di), *La Costituzione dell’Unione indiana. Profili introduttivi*, Giappichelli, Torino, 2013 e V.R. SCOTTI, “The ‘Essential Practice of Religion’ Doctrine in India and its Application in Pakistan and Malaysia”, *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 5/2016.

¹⁰ Si vedano W.F. MENSKI, “Legal pluralism in the Hindu marriage”, in R. BURGHART (a cura di), *Hinduism in Great Britain*, Tavistock, London, 1987, pp. 180-200; ID., “Asians in Britain and the question of adaptation to a new legal order: Asian laws in Britain”, in M. ISRAEL, N.K. WAGLE (a cura di), *Ethnicity, identity, migration: The South Asian context*, University of Toronto, Toronto, 1998, pp. 238-268; P. SHAH, *Legal Pluralism in Conflict: Copying with Cultural Diversity in Law*, London, The Glass House Press, 2005.

diritto hindu, una volta trapiantato in nuovi ambienti, non perde la sua vitalità e conserva quindi una sua capacità di sviluppo autonomo. In effetti, l'interazione con un ambiente completamente nuovo influenza necessariamente la forma che il diritto hindu assume in Europa, anche se esso rimane nell'alveo della tradizione.

Il concetto di *angrezi dharma* sintetizza gli aspetti giuridici del dibattito sull'induismo europeo e permette di dare una nuova prospettiva al discorso sulle nuove generazioni che, nate in Europa, devono elaborare la propria identità tra la cultura delle loro famiglie e la cultura della società in cui sono nati. In linea teorica ci si potrebbe attendere che l'induismo in Europa assuma forme progressiste, abbandonando le pratiche che sono già combattute in India, come ad esempio il matrimonio di bambini o la discriminazione basata sull'appartenenza castale. Ma, d'altra parte, proprio la condizione di minoranza degli hindu in Europa e la mancanza di riconoscimento culturale per l'induismo, se non addirittura un attivo disconoscimento e avversione¹¹, possono portare l'induismo europeo, o meglio alcune sue parti, ad assumere forme più reazionarie che in India.

Le comunità della diaspora tendono a riprodurre nel nuovo territorio le proprie regole e i propri principi. Non ci si può realisticamente aspettare che queste comunità si spoglino del tutto e subito delle loro regole. Non si tratta però di sistemi statici; esiste un'interazione tra regole e principi che, con una certa approssimazione, possiamo chiamare tradizionali e il diritto statale della comunità politica. Ci possono essere diversi atteggiamenti. Tra gli estremi di una semplice non conoscenza del diritto dello Stato in cui si vive e l'adesione totale ad esso, nella maggior parte dei casi le comunità cercano una sorta di ricostruzione del loro universo giuridico integrando elementi culturali e religiosi nel quadro statale. Altre volte possono però decidere consapevolmente di muoversi in territori totalmente separati.

La descrizione del diritto hindu europeo, vale a dire delle regole giuridiche seguite dalle comunità hindu in Europa, non si trova naturalmente in nessun testo o documento ufficiale. Se nella stessa India, dove il diritto hindu è una componente ufficiale dell'ordinamento, una semplice descrizione delle regole di diritto hindu riconosciute dall'ordinamento statale non permetterebbe una comprensione piena delle questioni, in Europa la questione diventa ancora più complessa. Il diritto degli hindu in Europa combina aspetti di diritto ufficiale indiano ed europeo

¹¹ Si veda in particolare per questo aspetto P. SHAH, *Against Caste in British Law: A Critical Perspective on the Caste Discrimination Provision in the Equality Act 2010*, Palgrave Macmillan, London, 2015.

e di diritto non-ufficiale. Fuori dal contesto indiano il diritto di una determinata comunità hindu si troverà ad interagire non con un diritto di famiglia hindu riconosciuto dallo Stato ma con diritti statali che non riconoscono il principio dell'applicazione del diritto di famiglia su base personale. Inoltre, lo stesso diritto hindu ufficiale indiano può assumere rilevanza in Europa, oltre che nel caso del diritto internazionale privato, nei casi in cui le sue regole vengono seguite da una comunità pur essendo diverse da quello del diritto dello Stato europeo dove si trova. In altri termini il diritto ufficiale indiano può divenire non-ufficiale in Europa. Ad esempio, sino al 2006 il matrimonio di bambini, pur essendo sanzionato penalmente, era considerato valido nello stesso diritto ufficiale indiano. Pertanto, ogni comunità ricostruisce in modo originale il suo universo giuridico.

La gestione di questa diversità culturale e religiosa che diventa diversità di regole giuridiche è molto complessa. Può essere il legislatore a preoccuparsene. Nel contesto europeo, in cui il principio di un unico diritto territoriale applicabile a tutti è fermamente radicato e non si ammette un sistema di diritti personali differenziato in alcune materie a seconda della comunità di appartenenza, questa diversità difficilmente viene accettata a livello legislativo. Ciononostante esiste, e il carico dell'adattamento interculturale ricade sui giudici, che nel caso concreto possono interpretare e applicare il diritto statale in modo più o meno inclusivo, mostrando una maggiore o minore sensibilità verso l'accomodamento della diversità culturale e religiosa all'interno del diritto statale.

Non bisogna pensare necessariamente a casi estremi, come i matrimoni di bambini. La difficoltà può porsi anche rispetto a casi meno problematici, come quello della celebrazione e registrazione del matrimonio.

Per gli hindu il matrimonio è un fatto totalmente religioso e comunitario su cui lo Stato, secondo le concezioni tradizionali prevalenti non ha nulla da dire. La celebrazione consuetudinaria dei matrimoni può essere vista come la forma più diffusa di celebrazione dei matrimoni in tutte le minoranze etniche africane e asiatiche¹². Agli occhi degli appartenenti a una comunità hindu o sikh l'esistenza del matrimonio dipende non dalla sua registrazione formale ma dalla consapevolezza all'interno della comunità che un matrimonio è stato celebrato secondo i riti necessari. In definitiva, ciò che garantisce l'esistenza del matrimonio è il suo carattere sociale e la pubblicità dei rituali.

¹²

Si veda R. Jones, W. Gnanapala, *Ethnic minorities in English law*, Trentham Books, Stoke-on-Trent, 2000.

Per comprendere la rilevanza di questo fenomeno, è importante osservare che in India, anche nei termini del diritto hindu ufficiale, la registrazione del matrimonio non è obbligatoria ai fini della validità del matrimonio, anche se la mancanza di registrazione può essere sanzionata. Più in particolare, la sez. 8 dell'*Hindu Marriage Act*, dopo aver dettato delle norme per la predisposizione dei registri, stabilisce che in nessun caso la mancata registrazione può essere causa di invalidità del matrimonio. In questo senso il diritto ufficiale in India realisticamente prende atto della percezione sociale del matrimonio. Bisogna anche osservare che per quel che riguarda la celebrazione del matrimonio, la sez. 7(1) dispone che "A Hindu marriage may be solemnized in accordance with the customary rites and ceremonies of either party thereto". Ciò significa che sono ammesse molte forme di celebrazione a base consuetudinaria. La pluralità di forme ammesse e la mancanza dell'obbligo di registrazione hanno come conseguenza che anche in India può essere molto difficile accertare l'esistenza di un matrimonio.

I diritti europei circondano il matrimonio di una serie di formalità e, pertanto, non sono preparati a riconoscere i matrimoni consuetudinari hindu. Questi matrimoni, validi agli occhi della comunità di appartenenza, sono inesistenti per l'ordinamento statale. Si tratta di una questione molto importante perché riguarda l'esistenza stessa del vincolo matrimoniale e di conseguenza praticamente tutte le controversie in materia di diritto di famiglia che richiedono l'accertamento preliminare dell'esistenza del vincolo matrimoniale.

Che effetti possono essere riconosciuti a un matrimonio non registrato quando è stato celebrato in Europa? Un esempio dell'attitudine dei giudici può essere fornito, relativamente all'Inghilterra, dal caso *Chief Adjudication Officer v. Bath*, 2000 [1] FLR 8[CA]. Il caso riguarda una coppia sikh sposatasi nel 1956 in un tempio non registrato. La coppia aveva sempre coabitato e il marito aveva regolarmente versato i contributi previdenziali dichiarando di essere sposato. Alla morte del marito, la moglie si vide rifiutare la pensione con la motivazione che non poteva essere considerata una vedova, visto che non c'era nessuna prova del fatto che ci fosse stato un matrimonio. Alla fine il caso venne risolto favorevolmente applicando un principio di common law, per cui in caso di coabitazione, quando ci si è sposati irregolarmente in buona fede, il matrimonio deve essere riconosciuto. Nonostante l'esito positivo questo caso mostra bene che tipo

di problemi possono verificarsi attorno alla celebrazione del matrimonio hindu o sikh¹³.

I matrimoni consuetudinari non registrati possono porre problemi anche se celebrati all'estero. Infatti, un matrimonio validamente celebrato in India e non registrato corre il rischio di non essere riconosciuto. La mancanza di registrazione significa che non è producibile un certificato di matrimonio, procurabile attraverso l'autorità consolare. In India, in mancanza di registrazione, l'accertamento è giudiziario. In altri termini, il matrimonio che non è stato registrato può essere comunque valido per il diritto hindu indiano, ma una Corte deciderà la questione della sussistenza di un vincolo matrimoniale. Questo tipo di accertamento è molto complesso, perché nell'esperienza delle Corti indiane richiede soprattutto una conoscenza delle regole di una particolare comunità. La conoscenza delle regole espressamente previste dallo *Hindu Marriage Act* non è certo sufficiente, visto che, come abbiamo visto, queste sostanzialmente operano un rinvio alle consuetudini delle parti. Nel caso di una questione di diritto matrimoniale sollevata in Europa, se una delle parti mette in discussione l'esistenza stessa del vincolo matrimoniale, la questione diventa quindi particolarmente complessa in caso di assenza di registrazione formale in India. Nell'esperienza inglese si ricorre al parere di un esperto, che sarà in ogni caso difficile da ottenere vista la pluralità di modi di celebrazione del matrimonio a seconda delle zone e delle comunità¹⁴.

Se questo è il quadro, quali sono gli adattamenti? Il primo adattamento è quello della doppia celebrazione per cui gli hindu in Inghilterra si sposano due volte¹⁵. Ai loro occhi l'unico vero matrimonio è quello tradizionale, ma nella serie di rituali che vengono compiuti nel corso di più giorni viene anche integrata la parte civile. Questa normalmente viene anticipata. Menski solleva anche il problema che in teoria una coppia validamente sposata in India, non vedendo riconosciuto il proprio valido matrimonio in Inghilterra, possa essere costretta a risposarsi in Inghilterra.

Esistono pertanto diversi aggiustamenti, raggiunti attraverso vari strumenti, ma resta il problema dei matrimoni che verranno comunque celebrati solo a livello consuetudinario. In che limiti riconoscerli? Una prima prospettiva è che l'obbligo di registrazione del matrimonio non è in

¹³ Si osservi che ai sikh in India si applica ufficialmente il diritto hindu, così come ai buddhisti e ai jainisti.

¹⁴ Sull'importanza dei pareri esperti nei casi riguardanti le minoranze etniche e sull'atteggiamento dei giudici nei confronti di questi pareri si veda P. SHAH, *Legal Pluralism in Conflict: Copying with Cultural Diversity in Law*, cit.

¹⁵ Si veda W.F. MENSKI, "Legal pluralism in the Hindu marriage", cit.

conflitto con la vita religiosa delle comunità hindu e pertanto è legittimo richiedere su questo punto un adattamento. Se esiste un conflitto, questo è riportabile a un *legal postulate*, come tale difficile da modificare, per cui nella mentalità hindu gran parte dei rapporti possono essere regolati senza nessun intervento dello Stato. Diverso è il caso, sempre possibile, che alcuni matrimoni non vengano registrati proprio per sfuggire ad alcuni effetti giuridici.

Ma si potrebbe adottare anche una prospettiva inversa. Se esiste ed è chiaramente riconoscibile questo aspetto del modello giuridico hindu, un giudice che voglia giudicare con senso di giustizia non potrà semplicemente pensare che la questione non è di suo interesse. Ciò lo porrebbe in conflitto con il suo ruolo. Nel riconoscimento dell'esistenza del matrimonio di una coppia non sono in gioco questioni complesse come quelle che si verificano nel caso dei matrimoni forzati. Ciononostante si può, a mio avviso, rimarcare la violenza istituzionale che si verifica quando si dice a una donna legittimamente sposata nel suo sistema di riferimento che dal punto di vista del diritto del paese dove ha vissuto per molti anni quel matrimonio non esiste. Naturalmente, come mostra lo stesso caso Bath, gli strumenti già a disposizione del giudice nel suo diritto interno sono stati utilizzati per raggiungere un risultato finale di tutela, ma non subito. Se il risultato è stato raggiunto, ciò è avvenuto grazie a un'esigenza di riconoscimento interculturale che ha spinto il giudice a trovare la soluzione più appropriata con gli strumenti che gli sono propri.

4. Una prospettiva interculturale

L'importanza e problematicità del ruolo dei giudici nell'adattamento interculturale può essere considerata ulteriormente facendo un esempio che, pur riferito a una questione patrimoniale, assume rilevanza sotto il profilo del riconoscimento o meno da parte del giudice di alcune concezioni della soluzione delle controversie riconducibili al concetto di *vyavahāra*, visto in precedenza, che non è solo hindu ma in generale sud-asiatico.

Una sentenza significativa da questo punto di vista è *Khan v Khan*, sentenza della Court of Appeal del 2007¹⁶. I dettagli del caso sono complessi e possono essere qui riportati succintamente. La controversia

¹⁶

Si veda R. BALLARD, "The status of coparcenaries in English law", 2010 <http://www.casas.org.uk/training/comment.html>.

riguarda due fratelli Khan, originari del Pakistan, i quali conducono assieme una serie di attività imprenditoriali e sono comproprietari di alcuni beni immobili. A un certo punto sorge un conflitto sui relativi *assets*. I due fratelli litigano. Interviene il resto della famiglia, in particolare le sorelle, per aiutarli a trovare una soluzione al loro conflitto. Viene organizzata una riunione di famiglia che si tiene nel 2002, da cui si esce, almeno apparentemente, con un accordo per cui in sostanza i fratelli si dividono alcuni appartamenti e decidono di proseguire le proprie attività commerciali autonomamente. L'accordo viene formalizzato subito con una serie di lettere operative, ad esempio lettere alle banche per modificare le intestazioni dei conti.

È molto significativo che la riunione si concluda con festeggiamenti e anche con una dichiarazione scritta delle sorelle nella quale si afferma che sono soddisfatte che i fratelli abbiano risolto tutti i loro dissidi negli affari e abbiano finalmente ritrovato l'armonia.

Uno dei due fratelli dopo non molto tempo avanza però delle pretese nei confronti di altri beni, in particolare di quote della società. Pertanto fa causa all'altro fratello e contesta che con quell'accordo del 2002 si sia raggiunta una definizione complessiva dei loro rapporti, sostenendo che prima della riunione aveva detto che c'erano altre questioni da risolvere, di cui poi effettivamente non si era parlato nel corso della riunione. L'altro fratello oppone che l'accordo era inteso a regolare tutte le questioni pendenti e a regolare complessivamente i loro interessi reciproci, sostenendo che mai avrebbe raggiunto quell'accordo se non sul presupposto che con quella divisione tutte le altre questioni cadessero.

Il punto controverso è questo: con quell'accordo i due fratelli hanno inteso definire in modo completo e conclusivo tutte le questioni aperte o hanno inteso risolvere solo alcune questioni? Uno dei due fratelli ha riconosciuto la proprietà di alcuni immobili all'altro sul presupposto che con questo si chiudesse tutto il contenzioso o lo ha fatto per risolverne solo una parte?

E su questo procedimento informale di soluzione della controversia si deve pronunciare il giudice statale, nel caso particolare la Court of Appeal. Si osservi che il giudice inferiore aveva ritenuto che l'accordo fosse strettamente limitato ai beni espressamente presi in considerazione, seguendo in questo la normale impostazione del giudice inglese. Nel giudicare, la Court of Appeal pone innanzitutto un principio generale di grande importanza: "Nell'interpretazione di un contratto bisogna prendere in considerazione la condotta regolarmente adottata della parti. Quando le parti sono membri di una particolare comunità, la corte deve avere ben

presente che esse possono osservare tradizioni e pratiche diverse da quelle della maggioranza della popolazione e deve prendere adeguatamente in considerazione queste differenze”.

Si osservi anche che secondo il giudice ciò deriva dalla CEDU, che ha tra i suoi valori quello del pluralismo, implicante il riconoscimento del fatto che diversi gruppi nella società possono avere diverse tradizioni, diverse pratiche, diversi atteggiamenti. Viene fatto un riferimento al caso *Kokkinakis v. Greece*, deciso dalla Corte di Strasburgo nel 1994.

Il principio è chiaro, ma è a suo modo rivoluzionario. Il giudice non può non tenere conto dei codici culturali delle parti. Applicare il principio nella pratica non è però facile. La Corte infatti finisce con il rigettare l'appello sostenendo che da nessun elemento è chiaramente desumibile che le parti volevano regolare tutti i rapporti. In particolare ritiene significativo il fatto che non sia stata adottata una formula per rendere chiaro che le parti intendevano risolvere in quel modo tutti i rapporti pendenti, ma non ritiene significativo il fatto che le sorelle scrivano alla fine della riunione una dichiarazione per cui sono soddisfatte che i fratelli abbiano regolato tutti i loro affari, che l'armonia familiare sia restaurata e che ognuno possa andare avanti autonomamente con il proprio lavoro. Il giudice non ritiene neanche significativo una serie di comportamenti come i festeggiamenti successivi alla riunione, che vengono ritenuti compatibili con l'aver risolto i problemi più pressanti e non necessariamente tutti. Pertanto i rapporti non espressamente regolati vengono considerati non affrontati.

Secondo Ballard, che è uno dei principali antropologi inglesi che operano come esperti per le Corti, Lady Justice Arden ha impostato bene il principio ma ha sbagliato ad applicarlo¹⁷. In altri termini, dalla prospettiva dell'antropologo specializzato in comunità sud-asiatiche, quella serie di comportamenti e parole non erano ambigue. Chiaramente le parti intendevano regolare tutti i loro rapporti. Altrimenti non si sarebbe potuto parlare di raggiunta armonia. Inoltre, e questo è un punto ancora più delicato, la riunione di famiglia doveva essere considerata una forma di mediazione, un *vyavahāra*, vale a dire, come abbiamo visto, una modalità di soluzione delle dispute.

Su questo caso specifico si possono avere opinioni diverse, ma il punto che ci interessa è che il giudice deve poter interpretare quei comportamenti secondo il codice comunicativo delle parti. Se un tipo di accordo per quelle parti significa *x*, mentre in un altro codice significa *y*, il giudice nell'applicare il diritto deve dire: significa *x*. Altrimenti può succedere che

¹⁷

Si veda R. BALLARD, “The status of coparcenaries in English law”, cit.

una parte si avvantaggi sull'altra in modo ingiusto, e più in particolare che si verifichi la situazione per cui una parte riesca a sfruttare un deficit di comprensione da parte del giudice per spogliare l'altra di un suo diritto.

Che si tratti di diritto di famiglia o che si tratti di accordi patrimoniali, l'incontro del nostro diritto con le altre culture deve essere guidato non solo dall'esigenza di riconoscimento degli altri ma anche dalla consapevolezza del fatto che in questi casi si possono verificare situazioni in cui qualcuno può cercare di sfruttare a proprio vantaggio la situazione ricorrendo al giudice statale. Si tratta naturalmente di un compito molto difficile da realizzare nella pratica. Il giudice non può avere in partenza gli strumenti necessari per valutare tutti questi casi ma può essere dotato di una disponibilità a riconoscere l'importanza di queste questioni¹⁸.

4. Osservazioni conclusive

Abbiamo visto brevemente alcune delle questioni che possono sorgere dall'interazione tra diversi sistemi di norme, ufficiali e non ufficiali, statali e comunitarie nel momento del giudizio. Il diritto è un fenomeno in evoluzione. Cambiano i diritti europei e cambiano anche il diritto hindu in India e in Europa. I mutamenti in uno di questi ordini normativi possono influenzare un altro ordine normativo e, in questo senso, è possibile parlare di una co-evoluzione che avviene attraverso una dinamica di reciproci adattamenti. Il risultato di questi adattamenti dipende però dalla capacità dei sistemi coinvolti di organizzare una maggiore complessità. Infatti, quei diversi diritti possono coesistere di fatto senza che si verifichi un significativo riconoscimento reciproco.

I diritti statali possono declassare i diritti delle minoranze etniche e religiose disconoscendone le regole e le concezioni che si accompagnano a queste regole. Reciprocamente, i diritti di queste minoranze possono essere seguiti in chiara contrapposizione ai diritti statali, con un fenomeno inverso di disconoscimento. L'aspetto quantitativo delle interazioni è importante

¹⁸ Un esempio di un modo diverso di ragionare, in questo caso di un giudice indiano, si ha in *Hari Shankar Singhania and Others v. Gaur Hari Singhania and Others* (2006) [4 SCC 658]: "43. The concept of 'family arrangement or settlement' and the present one in hand, in our opinion, should be treated differently. Technicalities of limitation, etc. should not be put at risk of the implementation of a settlement drawn by a family, which is essential for maintaining peace and harmony in a family. Also it can be seen from decided cases of this Court that, any such arrangement would be upheld if family settlements were entered into to allay disputes existing or apprehended and even any dispute or difference apart, if it was entered into bona fide to maintain peace or to bring about harmony in the family".

perché, se i diritti delle comunità della diaspora in Europa rimangono separati da quelli statali europei, i loro adattamenti sono più lenti, ma è l'aspetto qualitativo quello più delicato. Che determinate questioni vengano portate dinanzi alle Corti statali è di per sé un fenomeno di positiva interazione sul piano quantitativo. È però dall'atteggiamento dei giudici che emerge l'aspetto qualitativo di queste interazioni, che naturalmente può finire con l'avere effetto anche sull'aspetto quantitativo, in un senso o nell'altro.

La difficoltà nel riconoscere la diversità culturale nel diritto può tradursi in una sostanziale negazione dei diritti e ciò può porre gli ordinamenti europei, che parlano il linguaggio dei diritti, in conflitto con se stessi. Gran parte delle riserve che vengono fatte nei confronti di alcune pratiche seguite dalle comunità hindu sono basate sulla considerazione che esse realizzano una violazione di diritti fondamentali. Ma in alcuni casi è proprio dal disconoscimento di alcune di quelle pratiche che può derivare una violazione dei diritti.

La legislazione per sua natura ha difficoltà a entrare nella regolamentazione di questioni così sfumate. In linea di principio, potrebbero essere previsti dei regimi differenziati, e in questo caso i diversi sistemi di norme seguiti in Europa potrebbero avere un riconoscimento ufficiale. Ma ciò è in conflitto con uno dei *legal postulate* dei diritti europei. Infatti un sistema di diritto di famiglia impostato su base personale come in India non sembra praticabile non solo per gli eventuali profili sostanziali di conflitto con i diritti europei ma anche per una ragione più generale, che dipende dalla cultura dell'uguaglianza e dell'unità del soggetto di diritto che è alla base dei diritti europei moderni.

Da un'altra prospettiva si potrebbe però osservare che proprio il riconoscimento ufficiale dei diritti religiosi potrebbe avviare una dinamica evolutiva, come accade in India, dove il diritto hindu, e anche il diritto islamico, vengono applicati nelle corti statali ma nel quadro dei principi generali dell'ordinamento. Peraltro nella stessa India l'atteggiamento nei confronti del superamento dei diritti personali è oscillante. Periodicamente – e in modo particolarmente intenso nel periodo attuale - ritorna il dibattito sulla promulgazione di un codice civile uniforme indiano che superi i regimi differenziati in materia di famiglia e successioni. Questo codice è previsto in un articolo di carattere programmatico della Costituzione, l'art. 44, collocato nella parte sui *Directive Principles of State Policy*. Proprio le Corti superiori hanno spesso invitato il legislativo a dare attuazione all'art. 44, ed è in uno dei casi più famosi decisi dalla Corte Suprema indiana in

materia di diritti personali, il caso Shan Bano (1985), che si trova questa famosa dichiarazione della Corte:

A common Civil Code will help the cause of national integration by removing disparate loyalties to laws, which have conflicting ideologies. It is the State which is charged with the duty of securing a uniform civil code for the citizens of the country and, unquestionably, it has the legislative competence to do so. A beginning has to be made if the Constitution is to have any meaning. Inevitably, the role of the reformer has to be assumed by the courts because it is beyond the endurance of sensitive minds to allow injustice to be suffered when it is so palpable. But piecemeal attempts of courts to bridge the gap between personal laws cannot take the place of a common Civil Code.

Il gap cui fa riferimento la Corte nel testo citato è quello tra diritti personali, ma, come emerge dalla stessa sentenza, anche quello tra diritto personale e norme di diritto statale territoriale. Se non si parte da un diritto religioso e un diritto statale descritti positivisticamente come sistemi coerenti, ma si parte invece dal basso e dalla ricerca di soluzioni giuridiche per i mutevoli e complessi casi concreti, si può osservare che questo gap, che è divario, ma anche lacuna, spazio vuoto, e anche crepa, deve essere realisticamente colmato principalmente dal giudice.