

Il ruolo delle Corti Supreme in India e Pakistan nell'interpretazione delle norme di natura religiosa tra pluralismo giuridico e uguaglianza di genere

di Fulvia Abbondante

Abstract: The role of Supreme Courts in India and Pakistan in the interpretation of religious laws between legal pluralism and gender equality – The paper focuses on the conflicted relationship between religion and gender equality in India and Pakistan. Starting from the cultural scenario in which equality clauses are laid down in the Constitutions of these countries, the fundamental role played by the Courts in interpreting religious texts and practices was analysed, in particular from the perspective of the “essentiality test doctrine”. The study of the protection of women rights in these legal systems shows, as argued, the complexity of gender issues in multicultural contexts.

Keywords: Gender equality; Religious pluralism; Islamisation; Essentiality test; Multiculturalism.

*Ed è per questo
per predicare giusto che io ogni tanto mando giù qualcuno.
Ma poi alla gente piace interpretare...
G. Gaber, Io se fossi Dio, 1978*

1. La condizione delle donne nel subcontinente indiano: esotismo e falsi miti

Per il giurista appartenente alla *western legal tradition* è oltremodo complicato addentrarsi nell'articolato mondo del pensiero giuridico dell'India e del Pakistan, vuoi per una certa presunzione intellettuale, che porta a considerare le tradizioni diverse da quelle occidentali meno evolute e poco inclini ad un'autonoma concezione del diritto¹, vuoi per la limitata

¹ In senso analogo ma con una più ampia argomentazione D. Amirante, *Eguaglianza e diversità nel costituzionalismo democratico dell'Unione Indiana*, in 20 *Revista General de Derecho Público Comparado* 1, 2 (2017). L'A. sottolinea opportunamente come «Con tali atteggiamenti preconcentrati si rischia quindi di perdere di vista il contributo originale che l'affermazione ed il radicamento del sistema costituzionale democratico più grande al mondo (in termini numerici) può offrire oggi al costituzionalismo, non solo in termini di arricchimento scientifico e culturale, ma anche in termini di soluzioni istituzionali utili per affrontare i problemi della

conoscenza del contesti culturali di tali paesi che rende difficile la comprensione profonda di esperienze così lontane e diverse dalle nostre.

Uno dei *cliché* più ricorrenti ed abusati, per sottolineare la distanza fra il sistema giuridico indiano e quelli euro atlantici, è relativo alla condizione femminile, considerata arretrata rispetto agli standard di emancipazione dei paesi del vecchio continente e dell'area nordamericana, come se l'universo delle donne, nella democrazia più grande del mondo, fosse uniforme, omogeneo, immutabile, rigido².

Eppure, i dati fattuali ci rimandano un'immagine parzialmente diversa dallo stereotipo consolidato. Da anni il dibattito nelle democrazie mature si è concentrato sull'assenza delle donne nelle assemblee rappresentative e nelle cosiddette "stanze del potere". Ebbene già nell'Assemblea costituente della nascente India era presente una componente femminile e, nel corso della storia recente, una donna ha ricoperto la carica di Primo Ministro e una è stata Presidente della Lok Sabha. Ciò non significa, evidentemente, che l'intera categoria abbia raggiunto la parità ma è il segno di un'evidente maggiore apertura di questo ordinamento rispetto al modello storico dei paesi della tradizione liberal-democratica.

Proprio la questione della discriminazione di genere può essere, dunque, un punto di osservazione particolarmente interessante per lo studioso di diritto comparato per penetrare una realtà, come quella del subcontinente indiano, caratterizzata da un'altissima ed intrinseca complessità, determinata da fattori storico-politici e dalla presenza di una peculiare concezione del mondo, veicolata dalla tradizione induista.

Uguaglianza, giustizia sociale, pluralismo, diversità, secolarismo, assi portanti del progetto costituzionale dell'India indipendente, sono le parole chiave per comprendere non una generica condizione della donna, quanto per analizzare "le condizioni delle donne" indiane. La parità di genere è, insomma, condizionata, ancor più che in altri paesi, dall'intersezione di diversi fattori: sociale, economico³, religioso, territoriale⁴.

Quello che emerge – in generale ma soprattutto rispetto al tema dell'uguaglianza tra i sessi – è un quadro giuridico estremamente composito, nel quale la ricerca da parte del legislatore (federale e statale) e dei giudici di un faticoso bilanciamento fra *equality*, *social justice*, *pluralism*, *diversity* ci restituisce l'immagine di un ordinamento dinamico ed in continua evoluzione.

Forse ancor più carico di pregiudizi è l'approccio del giurista della

democrazia in società globalizzate e multiculturali.».

² C. Talpade Mohanty, *Under Western Eyes: Feminist Scholarship and Colonial Discourses*, in C. Talpade Mohanty, A. Russo, L. Torres (Eds), *Third World Women and the Politics of Feminism*, Bloomington, 1991, 51-56.

³ Sul ruolo che gioca la povertà si v. B. Cossman, *Women and Poverty in India: Law and Social Change*, in 6 *Canadian Journal of Women and the Law* 278 (1993).

⁴ A. Liddle, R. Joshi, *Daughters of Independence: Gender, Caste and Class in India*, New Delhi, 1986.

tradizione occidentale rispetto all'altro ordinamento dell'Asia meridionale: il Pakistan.

Un paese che dopo la *partition* dell'India si è dato una delle poche Costituzioni in cui è riconosciuta una confessione di Stato. L'Islam, dunque, ispira la Carta Fondamentale e impregna tutto il tessuto costituzionale senza rinnegare del tutto principi e valori della tradizione liberal-democratica, tanto che tale ordinamento può essere definito una "teocrazia costituzionale"⁵.

L'intrinseca contraddizione delle filosofie che orientano il testo fondamentale⁶ pakistano, ha prodotto una legislazione abbastanza variegata in materia di parità fra i sessi, influenzata dal contesto politico estremamente turbolento e dalla prevalenza al potere dell'ala più conservatrice o progressista dell'islamismo, ciascuna portatrice di una diversa ed antitetica concezione del rapporto fra generi e della tolleranza religiosa⁷. Contribuiscono peraltro ad aggravare i processi di discriminazione anche la diffusa povertà, l'appartenenza territoriale e il lento sviluppo economico che rendono il Pakistan un paese che si colloca tra i livelli più bassi quanto all'emancipazione femminile⁸.

In entrambi gli ordinamenti un ruolo di primo piano è stato svolto – anche se in modo non sempre lineare – dalle Corti Supreme che, anche attraverso una rilettura di pratiche e principi religiosi in chiave costituzionale, hanno espunto norme palesemente discriminatorie riducendo i margini della disparità di trattamento fra uomo e donna.

È necessario, dunque, approfondire l'analisi del sistema giuridico e culturale di questi ordinamenti per cogliere l'originalità di alcune scelte operate per ridurre la discriminazione fra uomo e donna. Soluzioni che rispondono a logiche e problemi in parte coincidenti ma, per altro verso, differenti da quelli presenti nei paesi della *western legal tradition*.

⁵ E. Giunchi, *Il concetto di sovranità divina nella Costituzione pakistana: uno strumento per espandere o limitare i diritti fondamentali?* in A. Pallotti, M.S. Pagnoni (a cura di), *L'Africa tra vecchie e nuove potenze*, in 1-2 *Afriche e Orienti. Rivista di studi ai confini fra Africa mediterranea e Medio Oriente* 139 (2018).

⁶ Come opportunamente rileva W. Menski, *Comparative Law in a Global context. The Legal Systems of Asia and Africa*, Cambridge, 2006, 365, che evidenzia «On Independence 14 August 1947, «it was clear that its historically grown legal structures, contained by colonial intervention and local customs, were confused about whether God's law or mans' law was supreme and raised critical question on Islamisation.».

⁷ Una puntuale ricostruzione in chiave storica è contenuta in D. Abenante, *Islamizzazione e statuto delle minoranze religiose nelle costituzioni del Pakistan*, in *Diritti tradizionali e religiosi in alcuni ordinamenti contemporanei* 65, 67-76 (2005).

⁸ Secondo il *Global Gender Gap Report 2020*, il Pakistan si colloca al 151° posto su 153 paesi analizzati. L'intero documento è reperibile in www.weforum.org/reports/gender-gap-2020-report-100-years-pay-equality.

2. L'uguaglianza uomo-donna nella Costituzione più lunga del mondo

L'India non è un paese per donne. Uno slogan ricorrente che, tuttavia, ha un fondo di verità.

Dalla lettura del testo costituzionale del 1950 il termine donna compare 16 volte, mentre a seguito di tutte le revisioni intervenute negli ultimi settantuno anni, i riferimenti salgono a 20. Eppure, l'apparente esiguità dei richiami, in quella che è la costituzione più lunga del mondo, non deve trarre in inganno. La questione femminile fu, senza dubbio, al centro delle riflessioni dei due padri fondatori dell'India moderna Ambedkar e Gandhi (sebbene con accenti molto differenti e sicuramente, sotto certi aspetti, contrapposti) ma il tema venne affrontato dalla prospettiva di un complessivo mutamento del modello diseguale e gerarchizzato della società indiana derivato dalla suddivisione in caste e dall'esistenza di una categoria sociale ai margini della realtà: gli intoccabili⁹. Il motore di tale radicale trasformazione non poteva che essere l'uguaglianza e la giustizia sociale; ciò che peraltro fu subito chiaro ai padri fondatori è che l'affermazione di una parità formale fosse un presupposto indispensabile ma non sufficiente a scardinare gli squilibri insiti nella realtà politica, economica e sociale del paese. Solo dotando lo Stato di strumenti in grado di compensare le passate ineguaglianze sarebbe stato possibile un concreto ed effettivo cambiamento delle dinamiche oppressive presenti nella società indiana¹⁰.

⁹ Il primo convinto che, solo con l'abolizione delle caste, sarebbe stata possibile un'effettiva trasformazione sociale. Il modello rigido e statico dell'appartenenza castale – che condanna gli esseri umani ad un destino immutabile – è irragionevole ed ingiusto, perché inadatto a valorizzare le capacità e i talenti che pure appartengono ad ogni essere umano, indipendentemente dalla nascita e dal genere. Sulla posizione di Ambedkar sulla condizione femminile si veda, fra i molti, il recente R. Datta, *Emancipating and Strengthening Indian Women: An Analysis of B. R. Ambedkar's Contribution* in *journals.sagepub.com/home/vod*, February 22, 2019, 25-31. Il secondo, partendo dalla necessità di mantenere la dialettica unità/differenza, ammette la suddivisione gerarchica della collettività, funzionale ad una ripartizione del lavoro e a un corretto svolgimento dell'organizzazione sociale ma nell'ottica della medesima appartenenza del genere umano allo stesso spirito. Il modello castale non è, nell'idea del Mahatma, di per sé discriminatorio ma tiene conto delle diversità insite nelle capacità umane. La disuguaglianza scaturisce dallo sfruttamento e dalla prevaricazione e dunque il *focus* riformatore va individuato nello scardinamento del modello oppressivo e non nell'annullamento di tutte le distinzioni e differenze. Quanto alla condizione femminile – che è stata oggetto di una specifica riflessione – Gandhi teorizza la classica differenziazione fra ruolo pubblico e domestico in nome della incontrovertibile diversità biologica. Pur non facendo leva sul concetto di inferiorità femminile, tant'è che riconosce del diritto al voto alle donne, ripropone un modello asimmetrico di relazione fra i sessi. Un'interessante ricostruzione del pensiero di Gandhi sul tema delle donne è contenuta in S. Patel, *Costruzione e ricostruzione della donna in Gandhi*, in 37 DEP - *Deportate, esuli, profughe, Rivista telematica di studi sulla memoria femminile* 161 (2018). In particolare l'Autore, pur riconoscendo il ruolo fondamentale svolto da Gandhi nel dare soggettività alle donne e valorizzare la loro posizione all'interno della famiglia e del matrimonio, sottolinea che la sua spinta innovatrice non arriva fino a individuare le cause profonde dell'oppressione nei confronti del genere femminile.

¹⁰ V. Verma, *Non discrimination and equality in India*, London-New York, 2012, 46-56, ma anche

La necessità di realizzare questo intento ha portato – nella stesura definitiva del testo – ad una disciplina dell'uguaglianza, che oltre ad abbracciare tutte le sue possibili declinazioni, viene configurata come vero e proprio diritto giustiziabile davanti alla Corte Suprema, attraverso l'accesso diretto ex art. 32¹¹.

Più in dettaglio dalle letture delle singole disposizioni emerge che l'art. 14 contiene un generico riferimento all'eguaglianza formale e sostanziale; mentre l'art. 15, nel primo comma, esordisce con l'affermazione del divieto di discriminazione per ragioni di religione, razza, casta, sesso, luogo di nascita e, nel secondo comma, sancisce l'interdizione di specifici comportamenti discriminatori molto diffusi nella società indiana.

Degni di particolare attenzione sono, senz'altro, il terzo e il quarto comma della medesima disposizione che introducono, rispettivamente, la possibilità per il legislatore statale o federale di utilizzare meccanismi promozionali per alcune categorie specifiche di soggetti¹², tra cui donne e minori, o per gruppi storicamente discriminati (definiti all'interno della Costituzione *Scheduled Caste* e *Scheduled Tribes*, indicati ora innanzi con l'acronimo SC ed ST) e per le *Other Backward Classes* (OBCs, ossia i cittadini arretrati da un punto di vista sociale o dell'istruzione). Tale ultima categoria è stata introdotta con un successivo emendamento del 1951¹³. Nel 2005 un ulteriore ed importante emendamento ha esteso l'utilizzo delle azioni positive agli istituti di educazione privata non finanziati dallo Stato¹⁴.

da G. Mahajan, *India. Political ideas and the making of a democratic discourse*, London, 2013, 12-40, che ripercorre anche le radici autoctone del pensiero indiano sulla questione dell'eguaglianza/ineguaglianza nate durante la dominazione britannica e che condizioneranno tutto il dibattito successivo all'Indipendenza.

¹¹ Ancora D. Amirante, *La democrazia dei superlativi. Il sistema costituzionale dell'India e del Pakistan*, Napoli, 2019, 160.

¹² Le *reservation policies* peraltro risalgono già al periodo coloniale per rompere il monopolio delle classi privilegiate nei servizi governativi. La relativa facilità con cui gli strati sociali inferiori otterranno risposta alle loro richieste possono essere spiegate dalla convergenza di due circostanze: in primo luogo, con l'ascesa del sistema democratico nelle province e la fine del dominio britannico varie organizzazioni politiche erano alla ricerca di sostegno; in secondo luogo, la incombente presenza delle *upper caste* nel lavoro pubblico era stata causa di un forte disagio sociale in parte dovuto anche al diffuso nepotismo e corruzione, che mettevano in discussione la loro autorità. Sul punto si v. F. de Zwart, *The Logic of Affirmative Action: Caste, Class and Quotas, in India*, in 43 *Acta Sociologica*, 3, 243 (2000).

¹³ Si tratta del Primo Emendamento della Costituzione Indiana.

¹⁴ In tal caso l'ampliamento della disposizione costituzionale venne realizzata con il Novantatreesimo Emendamento. Quest'ultimo fu il frutto di una precisa volontà politica e un cambio di rotta rispetto ai Governi precedenti che avevano avuto attenzione solo per la crescita economica degli strati medio alti della popolazione. Molte furono le critiche al Governo per l'introduzione di questa nuova previsione. L'introduzione di meccanismi preferenziali nell'istruzione avanzata poteva minare il criterio meritocratico. Inoltre vi era il serio rischio di sovrapposizione fra interventi promossi dallo Stato Centrale e quelli attivati dagli Stati membri. Sull'evoluzione e successiva applicazione del Novantatreesimo Emendamento si v. D. Amirante, *Azioni positive, 'quote riservate' e società multiculturale. Il Novantatreesimo emendamento e la 'politica delle quote' nell'ordinamento indiano*, in IV *Diritto*

L'art.16, seguendo lo schema del precedente articolo, sancisce il diritto alle pari opportunità e per garantirne l'effettività consente al legislatore di introdurre quote o riserve di posti, per tutte le categorie di cittadini svantaggiati nell'ambito del pubblico impiego.

La disciplina a tutto tondo è caratterizzata anche per l'ampiezza del modello di misure diseguali applicabili: sia azioni positive che incidono sull'elemento quantitativo, sia interventi che agiscono sulle cause strutturali della discriminazione.

Norme di chiusura sono contenute nell'art. 17, che abolisce la categoria dell'intoccabilità, e l'art. 18 che stabilisce la cancellazione dei titoli.

L'assoluta originalità del modello ha, peraltro, nel tempo mostrato alcuni limiti.

L'introduzione delle OBCs, che può essere considerata come un elemento in grado di non irrigidire e limitare eccessivamente lo spazio di azione del legislatore, ampliando la platea dei soggetti destinatari delle misure diseguali, ha creato non pochi problemi sul piano applicativo trattandosi di una categoria di difficile identificabilità.

In assenza di puntuali specificazioni contenute nel testo fondamentale, sul finire degli anni Settanta venne costituita una Commissione – nota come Commissione Mandal – con il compito di individuare e dare contenuto all'espressione "altre categorie svantaggiate". Attraverso l'utilizzo di diversi indicatori (quali l'appartenenza alla casta, il reddito, il grado di istruzione) la Commissione ritenne che alle OBCs fosse necessario riservare il 27% ¹⁵ di posti nell'ambito del settore pubblico cui si andava ad aggiungere il 22,5 % delle SC e ST¹⁶.

pubblico comparato ed europeo, 1599, 1609-1610 (2007).

¹⁵ Le rilevazioni effettuate accertarono che il totale complessivo della popolazione da ricomprendere nelle OBCs era del 52%, percentuale altissima in considerazione del fatto dal conteggio venivano escluse le SC e ST. Per tale ragione in un primo momento la Commissione intendeva proporre l'attribuzione integrale della quota alle OBCs. Peraltro tale conclusione contraveniva le indicazioni fornite la Corte Suprema nel caso *M.R. Balaji vs State of Madras*, 1963 *Supp (1) SCR*, che limitava ad un massimo del 50% di riserva dei posti a favore delle categorie svantaggiate trattandosi di norma eccezionale, rispetto alla regola generale dell'eguaglianza delle opportunità, e dunque si scelse di individuare una soglia più bassa che rispettava la decisione dei giudici costituzionali. Una dettagliata analisi della vicenda è contenuta in N. Yadav, *Other Backward Classes: Then and Now*, in 37 *Economic and Political Weekly*, 44/45 4495 (2002).

¹⁶ L'implementazione delle *reservation policies* sulla base delle indicazioni della *Mandal Commission* venne avviata solo agli inizi negli anni Novanta. I giudici costituzionali sono intervenuti in più occasioni per individuare in maniera ancora più precisa i soggetti destinatari delle misure preferenziali nelle *Other Backward classes*. In particolare nel *leading case Indra Sawhney vs Union of India*, 1992 *Supp (3) SCC 217*, la Corte indicò alcuni parametri che erano indice dell'assenza di *backwardness* e che determinavano l'esclusione di quei soggetti dall'applicazione della riserva di posti (cd. *creamy layer doctrine*). In particolare i giudici supremi ritennero che l'arretratezza economica e la povertà erano rilevanti solo quando derivavano da altri fattori sociali e che lo svantaggio finanziario di per sé non potesse essere l'unico criterio di identificazione di una classe svantaggiata. La ratio di tale scelta era quella di evitare che

Nei primi anni dopo l'entrata in vigore della Costituzione, le donne rimasero "in ostaggio" delle regole di diritto privato, di cui si dirà meglio in seguito, e dunque il processo di emancipazione femminile fu lento e generalmente limitato all'interno degli strati sociali più agiati; sul finire degli anni Settanta del secolo scorso anche la questione di genere comincia a farsi strada nell'agenda politica indiana

Indubbio il ruolo fondamentale della Corte Suprema che, in molte occasioni, ha chiarito la portata del principio di *equality before the law* segnando un'importante tappa anche di natura culturale. Partendo dalla premessa che l'eguaglianza è un concetto dinamico che va calato dunque in una dimensione concreta (caso *E.P. Royappa v. State of Tamil Nadu*, AIR 1974 SC 555), l'uguaglianza dinanzi alla legge è quella che vieta distinzione arbitrarie (*State of Karnataka v. B. Suvarna Malini* AIR 1992 SC 677) e presuppone non l'identità dei soggetti, impossibile nella realtà fattuale, ma ricalcando una formula cara al giudice costituzionale italiano, «equality before the law does not mean that the things which are different shall be treated as though they are same».

In virtù di tali presupposti i giudici supremi sono intervenuti per sanzionare alcune pratiche discriminatorie: quali il licenziamento a causa di matrimonio o il divieto di assunzione per le donne sposate (*C.B. Muthumma v. Union of India* AIR 1979 SC 1868), il divieto di gravidanza durante la vigenza del contratto di lavoro (*Air India v. Nargish Meerza and Others*, AIR 1981 SC 1829), il principio del riconoscimento alle donne della medesima competenza rispetto ai colleghi uomini.

Quanto all'applicazione delle pari opportunità, l'intervento chiarificatore della Corte è stato sicuramente un incentivo all'adozione dei *preferential treatments* nei confronti del genere femminile. Nella decisione *State of Andhra Pradesh v. P.V.B. Vijoykumar* (AIR 1995 SC 1648) i giudici costituzionali, in applicazione dell'art 15, hanno sancito che lo Stato può attribuire precedenza alle donne nei servizi governativi qualora abbiano medesimi requisiti e capacità, aggiungendo che, nel caso in cui l'assunzione non possa essere garantita a tutti i partecipanti, al genere femminile spetti la priorità¹⁷.

Il legislatore ha limitato l'uso delle misure diseguali, nella fase di prima applicazione della Costituzione, alle sole SC e ST; l'idea è che essendo il genere femminile trasversale (facente parte anche dei gruppi storicamente svantaggiati), all'interno della percentuale assegnata a tali categorie, una

si creassero forme di indebito vantaggio all'interno della categoria sfavorita. Tale limitazione peraltro non fu estesa anche alle SC e ST. Un'analisi anche degli effetti della sentenza è contenuto in D.D. Basu, *Introducion to the Constitution of India*, Lexis Nexis, Twentieth Edition, 97.

¹⁷ Un'analisi molto dettagliata della giurisprudenza costituzionale in tema di uguaglianza uomo - donna è contenuta in S. Kumar Chakraborty, *Women's Rights in India: A Constitutional Insight*, in papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3688004.

parte sarebbe comunque stata coperta dalle donne. Stante il fallimento di tale approccio¹⁸, negli anni Ottanta, sono state avviate *reservation policies* specifiche per il genere femminile nei consueti tre settori: nomina e promozioni nei servizi governativi, nell'istruzione e nella rappresentanza politica.

Quest'ultimo ambito di intervento merita un discorso a parte. In coincidenza con il dibattito avviato a livello globale sulla scarsa presenza delle donne nel contesto politico, anche in India la questione delle *gender quotas* è stata oggetto di accese discussioni. L'art. 243-D - oggetto di apposita revisione costituzionale¹⁹ - ha, dunque, previsto una riserva di seggi alle donne per un complessivo 33% e un'ulteriore sub-quota di 1/3 dei seggi, all'interno di quelli riservati alle SC e ST nei Panchayat (consigli dei villaggi) e nelle municipalità, assegnati peraltro attraverso un particolare meccanismo di rotazione. Questa sub-quota ha lo scopo di favorire quella fascia di donne che subisce una doppia emarginazione: derivante dall'appartenenza ad alcune categorie sfavorite quali le SC e ST e, dunque, ad un contesto socioculturale arretrato ed in quanto donne.

Dagli anni Novanta del secolo scorso pende una proposta di Emendamento costituzionale, il *Women's Reservation Bill*, ovvero *The Constitution (108th Amendment) Bill, 2008*, che però non è stato ancora approvato, il cui fine è l'introduzione di una riserva di seggi a favore delle donne nella camera bassa e nelle assemblee legislative degli Stati federati pari al 33%²⁰.

Accanto a tali misure forti, si affiancano politiche governative (*Schemes*), tendenti ad incidere sulle cause strutturali della discriminazione. Tra le più significative vanno ricordati i piani di sensibilizzazione contro l'aborto selettivo femminile, l'apertura e il sostegno di centri antiviolenza, e di centri di accoglienza per donne in difficoltà; corsi di formazione per ampliare l'offerta di occupazione femminile; supporto all'imprenditoria femminile.

L'analisi della complessa articolazione del diritto all'uguaglianza non è esauriente se non viene completato dalla lettura della Parte IV della Costituzione - i *Directive Principles of State Policy* - che contiene un'enumerazione dei diritti sociali, formulati sia come obiettivi (art. 38 che promuove il *welfare* di tutti i cittadini e ancora, più specificamente, l'art. 39 che prevede che lo Stato debba attuare politiche in grado di assicurare un adeguato tenore di vita nonché la parità salariale fra uomo e donna) ovvero

¹⁸ Come risulta da una recente statistica dell'*All India Survey on Higher Education (AISHE) Report 2018-19*, su un totale di insegnanti donna pari al 7,94 %, solo il 2,93 dell'intero corpo docente è rappresentato dal genere femminile appartenente alle *lower castes*.

¹⁹ Tale articolo è stato introdotto con l'Ottantatreesimo Emendamento

²⁰ Il *Women's Reservation Bill* è stato inizialmente presentato in Parlamento il 12 settembre 1996 e di nuovo nel 1998. Decaduto una prima volta è stato reintrodotta nel 1999, nel 2002 e nel 2003, nel 2008 ed infine nel 2010 è stato approvato nella *Rajya Sabha* ed attualmente deve ancora essere approvato nella *Lok Sabha*.

come doveri²¹. Tali principi non sono giustiziabili con ricorso diretto dinanzi alla Corte Suprema, così come espressamente previsto dall' art. 37, che peraltro precisa ulteriormente «it shall be the duty of the State to apply these principles in making laws».

La loro funzione non è tuttavia meramente decorativa, ma l'inserimento in Costituzione della parte IV ha uno scopo morale e educativo nei confronti del legislatore²².

Del resto, la stessa Corte Suprema ha chiarito che i Principi Direttivi – benché non *justiciable* e dunque la loro violazione non può condurre ad una dichiarazione di incostituzionalità di una legge – rappresentano strumento interpretativo in grado di fornire un'accelerazione al processo di mutamento socioeconomico e di attuazione dei Diritti Fondamentali. Sebbene in una prima fase la *Supreme Court* si fosse orientata nel ritenere i *Directive Principles* subordinati ai *Fundamental Rights*²³, in un secondo momento ha optato per una lettura combinata tra la Parte III e Parte IV della Carta Fondamentale, nell'ottica di realizzare un'armoniosa costruzione e assicurare una maggiore concretezza, in particolare ma non solo, ai diritti sociali²⁴. A tale scopo i giudici costituzionali (ma evidentemente anche le *High Courts*) hanno, da un lato, ampliato l'uso della *Public Interest Litigation*²⁵, già previsto in Costituzione, rendendo tale strumento processuale ancora più versatile e dall'altro, hanno adoperato provvedimenti quali gli *Orders* che contengono indicazioni rivolte al decisore politico per conformarsi ai Principi Direttivi²⁶. In tal modo è stato possibile assicurare anche un'implementazione delle politiche di genere²⁷.

²¹ D. Amirante, *La democrazia dei superlativi*, cit., 181.

²² Cfr. M. Dicosola, *La Costituzione economica: i principi direttivi della politica statale*, in D. Amirante, C. De Caro, E. Pfösl (a cura di), *La Costituzione dell'Unione Indiana. Profili introduttivi*, Torino, Giappichelli, 2013, 304.

²³ *The State of Madras vs Srimathi Champakam* 1951 AIR SC 226.

²⁴ *Re The Kerala Education Bill* 1958 1959 1 SCR 95 e successivamente *Minerva Mills Ltd. & Ors vs Union of India & Ors* 1980 AIR SC 1789. Sugli effetti di tale evoluzione giurisprudenziale si vedano G. Bhatia, *Equality of opportunity, group subordination, and the Directive Principles: State of Kerala vs N.M. Thomas*, November 15, 2017, in ssrn.com/abstract=3071903; L. K. Weis, *Constitutional Directive Principles*, in 37 *Oxford Journal of Legal Studies*, 4 916, 916–945 (2017) entrambi con ampi richiami bibliografici.

²⁵ La letteratura sul tema è amplissima. Tra i molti si rinvia a A. Bhuwani, *Courting the people. Public Interest Litigation in Post-Emergency India*, Cambridge, 2017; U.S. Deva, *Public Interest Litigation in India: A Critical Review*, in 28 *Civil Justice Quarterly*, 19 (2009); C. D. Cunningham, *Public Interest Litigation in Indian Supreme Court: A Study in the Light of American Experience*, in 29 *Journal of the Indian Institute of Science* 434, 494–496 (1987); ma anche in senso critico U. Baxi, *Taking Suffering Seriously: Social Action Litigation in the Supreme Court of India*, in 4 *Third World Legal Studies* 107 (1985) e R. Abeyratne, *Socioeconomic Rights in the Indian Constitution: Toward a Broader Conception of Legitimacy*, in 39 *Brooklyn Journal of International Law* 1, 55–61 (2014).

²⁶ D. Amirante, *La democrazia dei superlativi*, cit., 188–191.

²⁷ Si pensi ad esempio alla recente decisione *Dipika Jagatram Sahani vs Union of India* on 13 January, 2021, in

3. Uguaglianza fra i sessi in Pakistan tra Islam e tradizioni occidentale

Differente da quella indiana è l'esperienza pakistana in quanto l'idea di uguaglianza, pur enunciata in Costituzione, è legata a doppio filo alla natura confessionale dell'ordinamento.

Il dibattito in Assemblea Costituente fu fortemente influenzato dalle visioni contrapposte sul ruolo dell'Islam nella nuova Costituzione.

L'ala infatti più conservatrice, che faceva riferimento alla figura di Mawdudi, immaginava una costituzione islamica in cui la *shar'a* fosse l'esclusiva fonte regolativa e la sovranità dovesse spettare a Dio²⁸. Corollario di questa impostazione è che ogni eventuale legge contraria ai dettami shariatici dovesse essere abrogata. Il sistema educativo e quello dell'informazione dovevano essere improntati alla creazione di una coscienza islamica.

L'ala riformista, invece, che si ispirava al pensiero di Jinnah, immaginava una Carta fondamentale che, pur non rinnegando il valore dell'Islam, fosse ispirata a un modello di democrazia laica in cui la sovranità appartenesse al popolo²⁹.

La difficile conciliabilità delle due posizioni rispetto al ruolo della religione coranica trovò tuttavia una sintesi nella Risoluzione sugli Obiettivi, che diventerà poi il Preambolo della prima Costituzione Pakistana del 1956 e di quelle successive rispettivamente del 1962 e del 1973.

Le tesi di Mawdudi vennero accolte quasi integralmente e il riconoscimento della sovranità divina venne temperata dall'impegno del Governo al rispetto dei principi di democrazia, libertà, tolleranza e giustizia sociale, così come enunciati nell'Islam. La risoluzione peraltro consentiva ai cittadini islamici di vivere secondo i dettami del Corano e della Sunnah, mentre ai non islamici era garantita la libertà di culto.

Il contenuto della Risoluzione, carico di forte ambiguità, proietta tutta la sua indeterminatezza anche sul testo costituzionale del 1956 in cui, oltre a molte clausole espressione della visione teocratica dello Stato (previsione dell'Islam come confessione di stato e di un musulmano come Presidente nonché la *repugnancy clause* in virtù della quale è vietato adottare una legge che sia contraria all'Islam), se ne aggiunsero altre che richiama-
vano l'eguaglianza fra i cittadini, senza distinzione di sesso, e l'impegno dello Stato

main.sci.gov.in/supremecourt/2020/18627/18627_2020_37_1501_25393_Judgement_13-Jan-2021.pdf, in cui la Corte sulla base dell'art 47 (contenuto nella parte IV della Costituzione) ha sollecitato la riapertura di un centro che forniva cibo supplementare ai bambini e alle madri in grave condizione di indigenza. Il Centro, istituito in virtù *National Food Security Act*, 2013 e del *Supplementary Nutrition (under the Integrated Child Development Services Scheme) Rules*, 2020, era stato chiuso per effetto del *lockdown* imposto dalla diffusione del Covid-19.

²⁸ Una più ampia ricostruzione è contenuta in E. Giunchi, *The Political Thought of Abul A'la Mawdudi*, in LIX 2 *Il Politico* 347 (1994).

²⁹ F. Halliday, H. Alavi (Eds), *State and Ideology in the Middle East and Pakistan*, London, 1988, 26 ss.

a garantire la partecipazione delle donne in tutti gli ambiti della sfera nazionale.

Le successive Costituzioni del 1962 - e soprattutto gli emendamenti introdotti nel 1964 e nel 1973 - si pongono in linea di continuità con l'impianto originario espresso nella Carta Fondamentale post indipendenza³⁰.

In particolare, nell'ultima in ordine di tempo, le contraddizioni fra timida spinta all'innovazione e radicamento della tradizione teologica appaiono più evidenti.

Un'attenta lettura, infatti, della Carta evidenzia la presenza di un quadro regolatorio sull'eguaglianza abbastanza articolato: l'art. 25 garantisce, in via generale, l'eguaglianza formale e sostanziale; il secondo comma stabilisce un divieto di discriminare sulla base del sesso; l'art. 27 vieta ogni disparità, estendendo la proibizione anche a razza, religione, caste nell'ambito del pubblico impiego; l'art.4 ripropone la garanzia contenuta già nella Costituzione del 1956 della partecipazione delle donne in tutti gli ambiti della sfera nazionale; l'art. 38 assicura il benessere di tutti i cittadini in condizione di assoluta eguaglianza.

A queste clausole di indubbia ispirazione liberale si contrappongono un cospicuo numero di *islamic clauses*; quella più significativa è senza dubbio l'art. 2-A, introdotta nel 1985, che costituzionalizzando il Preambolo, sancisce la prevalenza della legge coranica, depotenziando così la tutela dei diritti fondamentali³¹.

4. La parità uomo-donna tra secolarismo, pluralismo giuridico e principio di uguaglianza nel caso Indiano

La tematica dell'eguaglianza di genere si intreccia inestricabilmente con il tema della libertà di culto, se non altro perché è ormai acclarato lo stretto legame tra l'elemento religioso e la subordinazione femminile.

Per i fondatori dell'India democratica, fra cui Gandhi, Nehru, Ambedkar, e Azad, il secolarismo doveva essere uno strumento attraverso il quale coniugare unità e diversità³² e garantire valori come la fraternità, la tolleranza, la dignità. Proprio quest'approccio di natura filosofica ma anche un certo pragmatismo furono alla base del metodo adottato dai Costituenti

³⁰ Ancora D. Abenante, *Islamizzazione e statuto delle minoranze religiose nelle costituzioni del Pakistan*, cit.,76.

³¹ M. Zinzi, *La repubblica del Pakistan: uno Stato a tendenza Islamica*, in D. Amirante (a cura di), *I sistemi costituzionali dell'Asia meridionale*, Milano, 2019, 162.

³² R. Jahanbegloo, *Il modello indiano: una sfida per il mondo musulmano*, in www.resetdoc.org, in senso contrario D. I. Ahmed, T. Ginsburg, *Constitutional Islamization and Human Rights: the surprising origin and spread of islamic supremacy in Constitutions*, in 54 *Virginia Journal of International Law* 1 (2014) e più specificamente sul Pakistan C. B. Lombardi, *Can Islamizing a Legal System Ever Help Promote Liberal Democracy?: A View from Pakistan*, 7 *The University of St. Thomas Law Journal* 649 (2010).

nel costruire la disciplina sulla libertà religiosa. Da un lato l'affermazione della equidistanza dello Stato da tutte le religioni garantiva la laicità, dall'altro la tutela del pluralismo delle diverse fedi rispondeva alla natura intrinsecamente diversificata della società indiana, riducendo le possibili tensioni fra induisti e musulmani indiani (soprattutto dopo la separazione dal Pakistan) e assicurava la continuità dell'autonomia amministrativa di cui le comunità religiose avevano, per lunghissimo tempo, goduto³³.

Ben quattro articoli le sono dedicati (dal 25 al 28) che comprendono fra l'altro il diritto a professare, propagare e praticare il credo; il diritto delle minoranze ad un'educazione che possa promuovere e proteggere le lingue e cultura di appartenenza.

L'atteggiamento di promozione della diversità non arriva sino al punto, però, di costituzionalizzare una politica di riserva di posti nelle assemblee rappresentative – come per le *Sheduled Caste* e le *Sheduled Tribes* – a vantaggio delle confessioni non maggioritarie né tantomeno di riproporre il modello adottato dai britannici che attribuiva ai gruppi religiosi numericamente circoscritti una rappresentanza separata.

Le ragioni di questa scelta sono ascrivibili a motivi di ordine politico: la necessità di superare la regola insita nel modello coloniale improntato al principio *divide and rule*; l'idea che una frammentazione per gruppi distinti avrebbe determinato un'eccessiva divisione interna fra le diverse realtà culturali e avrebbe impedito il consolidarsi del senso di nazione della giovane India³⁴.

Quest'apertura alla differenza non è priva di rischi; ne è consapevole il Costituente che ha, perciò, individuato possibili limitazioni alla libertà religiosa dettate da motivi di ordine pubblico, moralità e salute (formule tanto ampie da potersi prestare ad arbitri ed abusi³⁵), accanto a quelle derivanti dalla possibile violazione dei diritti fondamentali in ragione dell'esercizio della libertà di culto.

Precipitato di questa concezione multiculturale *ante litteram*³⁶ è l'esistenza di una serie di statuti personali diversi per le differenti comunità religiose (hindu, musulmana, parsi, cristiana ed ebraica). Al momento della redazione del testo costituzionale, la questione di un'eccessiva segmentazione rispetto ad ampi settori del diritto civile causò uno scontro in merito alla conservazione di questo sistema. C'era infatti chi sosteneva che esso avrebbe rispettato meglio le differenze religiose presenti nel subcontinente, e, dall'altro, chi esprimeva la necessità di dotare l'intera popolazione di un codice civile uniforme. Al termine dei lavori venne adottata

³³ M.C. Nussbaum, *op. cit.*, 181-182.

³⁴ V. Verna, *op. cit.*, 66-68.

³⁵ In tal senso F. Alicino, *Libertà religiosa e principio di laicità in India*, in D. Amirante, C. De Caro, E. Pförtl (a cura di), *La Costituzione dell'Unione Indiana*, cit., 199.

³⁶ D. Amirante, *Lo Stato multiculturale. Contributo alla teoria dello Stato dalla prospettiva dell'Unione Indiana*, Bologna, 2015.

una soluzione di compromesso che prevedeva la conservazione del sistema degli statuti personali, introducendo all'art. 44 l'impegno dello Stato a «garantire ai cittadini un codice civile uniforme per tutto il territorio dell'India», con l'aggiunta che esso «non potrà essere imposto da nessun tribunale».

Le *personal laws*, sono originate da una pluralità di fonti: quella legislativa federale *in primis*, ma anche quella concorrente dei singoli Stati (sebbene su aspetti di maggiore dettaglio) senza dimenticare che anche il diritto non ufficiale, vale a dire quel diritto seguito dalle singole comunità senza che vi sia stato un riconoscimento statale e a volte anche in contrasto con le regole di diritto ufficiale, sono considerate una componente essenziale di tale categoria³⁷. Gli statuti personali regolano peraltro importanti settori del diritto di famiglia e delle successioni per gli appartenenti ad una certa fede.

Nel caso del diritto Hindu, religione maggiormente praticata seppur non “istituzionalizzata”, nel periodo compreso tra il 1955 e il 1956 furono emanati quattro atti legislativi, indicati impropriamente come *Hindu Code*, volti a disciplinare il matrimonio (*Hindu Marriage Act*, Act 25 of 1955³⁸), la minore età, la potestà e la tutela (*Hindu Minority and Guardianship Act*, Act 32 of 1956), l'adozione ed il mantenimento (*Hindu Adoption and Maintenance Act*, Act 78 of 1956) e le successioni (*Hindu Succession Act*, Act 30 of 1952). Queste leggi avevano lo scopo di abrogare il diritto preesistente per le materie ivi disciplinate, l'introduzione di nuove regole o la generalizzazione di norme che prima erano seguite solo da una parte degli hindu - come il divieto di bigamia (sezione 5.i) e il divorzio (sezione 13) - lasciando però grande spazio al diritto consuetudinario che caratterizza molti degli istituti disciplinati dalle leggi in questione.

Quanto al diritto musulmano, esso è regolato da una legge risalente al periodo coloniale, il *Muslim Personal Law (Shariat) Act* del 1937 il cui art. 2 afferma il primato della *shar'a* abolendo la possibilità di ricorrere agli usi e alle consuetudini locali.

Rispetto alle comunità minori gli interventi legislativi sono stati minimi.

³⁷ Una più approfondita ricostruzione sono contenute nel recente C. Correndo, D. Francavilla, *Legislazione e diritti personali in India*, in 2 *Quaderni di politica ecclesiastica* 357 (2017).

³⁸ Peraltro è doveroso sottolineare che tale legge si applica non soltanto agli appartenenti alla religione hindu bensì anche ai sikh, ai buddisti e jainisti che evidentemente non professano la religione induista nonché a tutti coloro per i quali non sia provato che sarebbero stati sottoposti al diritto hindu nelle materie regolate dall'*Hindu Marriage Act* prima della sua entrata in vigore. Si è trattato di modo di operare volto a semplificare ed uniformare i diritti personali. In particolare come osserva D. Francavilla, *La complessità dei diritti personali in India*, in www.robortoniatti.eu/contributi/la-complessita-dei-diritti-personali-in-india 1, 7 (2020), rispetto all'intento semplificatorio esso emerge chiaramente la sezione 4 (*Overriding effect of Act*), dell' *Hindu Marriage Act*, mentre lo scopo uniformante viene raggiunto attraverso «l'applicazione generalizzata di regole di una parte della società hindu a tutti gli hindu».

L'estrema frammentazione delle regole che governano i riti e l'impianto profondamente discriminatorio insito in tutti i diritti confessionali per quanto attiene alle relazioni intrafamiliari hanno fatto sì che la parità fra uomo e donna sia divenuta una questione di compatibilità fra regole religiose e diritto costituzionale, in una perenne tensione tra principio di eguaglianza fra generi e libertà di culto³⁹.

Da questo punto di vista il dibattito in seno al femminismo indiano, nel suo complesso, ricalca in alcuni aspetti quello sviluppatosi negli ordinamenti occidentali (compatibilità del sistema multiculturale con la questione di genere; il difficile rapporto fra le differenti identità di donne) ma si arricchisce anche di altri elementi.

Non ultimo il particolare significato che assume, nel contesto indiano, il termine secolarismo che, come detto, pur sancendo la neutralità dello Stato dal fattore religioso, subordina quest'ultimo al programma di trasformazione sociale e alla riduzione di tutte le forme di discriminazione⁴⁰. Come ha sostenuto Jacobson il secolarismo indiano si configura come un *ameliorative constitutionalism* «to describe a model of the secular constitution as conceptual projection of multifaced character of Indian nationhood⁴¹». Il carattere peculiare di tale modello di secolarismo appare evidente nell'attività della Corte Suprema, che attraverso l'utilizzo dell'*essential religious practice test*, si è trasformata in vero e proprio giudice teologo⁴², sanzionando pratiche religiose che non godono della protezione Costituzionale ex art. 25 in quanto espressione di elementi non consustanziali al culto. Attraverso questo espediente i giudici supremi, dunque, operano un'interpretazione conforme a Costituzione del diritto religioso.

Una scelta non a costo zero che spinge la Corte a un'invasione di campo, attraverso un'attività ermeneutica particolarmente complessa che investe il significato stesso del termine religione e ad un'analisi dei testi e della tradizione che della fede sono espressione⁴³ non sempre agevole e

³⁹Un tema peraltro comune nel dibattito contemporaneo anche nelle realtà multiculturali occidentali, come evidenzia R. Hirschl, A. Shachar, *Competing Orders? The Challenge of Religion to Modern Constitutionalism*, in 85 *The University of Chicago Law Review* 425 (2018); F. Agnes, *Family Law Volume I: Family Laws and Constitutional Claims*, Oxford, Oxford University Press, 2011; T. Herklotz, *Law, religion and gender equality: literature on the Indian personal law system from a women's rights perspective*, in 1 *Indian Law Review*, 3 250 (2017).

⁴⁰Diversa ma con medesimo significato è la formula del "laicismo celebrativo" utilizzata da D. Amirante, *Lo Stato multiculturale. Contributo alla teoria dello Stato dalla prospettiva dell'Unione Indiana*, cit., 117-129; C. Mancina, *Laicità al tempo della bioetica*, Bologna, 2009, 19 ss. distingue, da un punto di vista semantico, laicità (di origine francese) e secolarismo (di area anglo sassone).

⁴¹G.J. Jacobsohn, *The wheel of law. Indian's secularism in comparative constitutional context*, Princeton, 2003, 94.

⁴²La felice espressione è di F. Alicino, *Libertà religiosa e principio di laicità in India*, in D. Amirante, C. De Caro, E. Pförtl (a cura di), *La Costituzione dell'Unione Indiana*, cit., 195.

⁴³Fra i tanti sul tema V. Scotti, *The "Essential Practice of Religion" Doctrine in India and its application in Pakistan and Malaysia*, in 5 *www.statoeuropeo.it* 1 (2016).

foriera, in taluni casi, più di problemi che di soluzioni.

Due i casi recenti affrontati dai giudici che possono chiarire i termini del problema e la complessità delle questioni in gioco.

Il primo in ordine di tempo del 2017⁴⁴ riguarda lo scioglimento del matrimonio tramite pronuncia del *talaq-e-biddat* un istituto del diritto matrimoniale musulmano che consente al marito la possibilità, recitando la formula *talaq* per tre volte consecutivamente di ripudiare la moglie producendo istantaneamente e irrevocabilmente gli effetti interruttivi del matrimonio. La ricorrente lamentava la violazione da parte del *Muslim Personal Law (Shariat) Application Act 1937* - che in alcune disposizioni avrebbe regolato il triplo *talaq* - degli artt. 14, 15 e 21 e della tutela costituzionale accordata alle confessioni religiose ex artt. 25.1, 26b e 29. Uno degli snodi cruciali che i giudici hanno dovuto affrontare è se il triplo *talaq* fosse stato incorporato in una legge generale e quindi da sottoporre al *judicial review* per verificarne la compatibilità con la tutela costituzionale dei diritti fondamentali o, viceversa, in quanto *personal law* non suscettibile del vaglio di costituzionalità secondo quanto stabilito nel caso *Narasu Appa Mali*⁴⁵.

La Corte ha accolto la richiesta, peraltro con una maggioranza di 3-2, utilizzando sia il parametro dell'art.14 in quanto il triplo *talaq* incorporato nel *Muslim Personal Law (Shariat) Application Act* andava considerato *law in force*⁴⁶, sia appunto in applicazione dell'*essential religious practice test*. Il triplo *talaq* si configura, infatti, come una pratica estranea al diritto coranico e dunque non ricadente sotto la protezione della *freedom of religion* sancita in Costituzione. La sentenza, pur se di indubbio rilievo, è stata criticata sia da parte della dottrina che dai movimenti femministi per una certa approssimazione nel *reasoning*, per il linguaggio velatamente paternalistico e per aver solo in maniera indiretta espunto dall'ordinamento un trattamento palesemente discriminatorio⁴⁷.

⁴⁴ *Shayara Bano v Union of India and Others* AIR 2017 SC 4609.

⁴⁵ *The State of Bombay vs Narasu Appa Mali* AIR 1952 Bom 84.

⁴⁶ Dopo pronuncia della Corte il Governo ha introdotto nel 2017 *The Muslim Women (Protection of Rights on Marriage) Bill*, approvato, al momento, solo dal *Lok Sabha* che sancisce il divieto di *triple talaq* in qualunque forma esso sia pronunciato. Per un primo commento v. T. Herklotz, *Walking a Tightrope: Balancing Law, Religion and Gender Equality in the Aftermath of the Indian Supreme Court's Triple Talaq Ban*, in 9 *Journal for Law and Islam* 179, 198 (2017).

⁴⁷ G. Bhatia, *The Supreme Court's Triple Talaq Judgment*, in *Indian Constitutional Law and Philosophy*, 22 August 2017, indconlawphil.wordpress.com/2017/08/22/the-supreme-courts-triple-talaq-judgment/; J. Sen, *The Gender Question*, in *Frontline* 15 September 2017, in www.frontline.in/the-nation/the-gender-question/article9834658.ece; R. Kapur, *Triple Talaq Verdict: Wherein Lies the Much Haired Victory*, in *The Wire*, 28 August 2017, in thewire.in/171234/triple-talaq-verdict-wherein-lies-the-much-haired-victory.

In particolare, viene rimproverato alla Corte di non essere stata sufficientemente coraggiosa e non aver utilizzato il parametro contenuto nell'art 15. Su analoghe posizioni anche la dottrina italiana specificamente D. Scolart, *Diritto personale v. diritto statale. Riflessioni a partire dalla sentenza della Corte Suprema indiana del 22 agosto 2017 sul triplice ripudio*, in 3 *Diritto, immigrazione e cittadinanza*,1 (2017) e C. Correndo, *La Corte Suprema indiana tra istanze religiose, conflitti intercomunitari e questioni di genere*, in 4 *DPCE on line* 1007 (2017). Meno

Invero, da anni si discute dell’emanazione di un codice civile uniforme, soluzione questa che desta moltissime perplessità da parte degli studiosi, sebbene, come detto, tale ipotesi è espressamente costituzionalizzata. D’altra parte, la sua attuazione si dimostra difficile sia da un punto di vista strettamente pratico sia perché l’omologazione ad un unico modello di disciplina sembra negare il principio di laicità dello Stato. Senza dubbio il codice avrebbe un forte portato simbolico ma, come sottolineato da autorevole dottrina, l’effetto di armonizzare quanto più possibile l’estremo pluralismo giuridico indiano viene realizzato dai giudici in via indiretta⁴⁸.

Vero è che le decisioni sugli statuti personali suscitano sempre reazioni di forte protesta, soprattutto quando vengono seguite dall’intervento del legislatore. Un caso eclatante si è avuto con l’approvazione del *Muslim Women (Protection of Rights on Marriage) Act* (seguita anch’essa ad una sentenza della Corte Suprema nel caso *Shah Bano*)⁴⁹ poiché le decisioni giurisprudenziali vengono considerate, in molti casi, come strumentali all’affermazione di un certo nazionalismo e riaccendono anche vecchie fratture fra le comunità storicamente in contrapposizione⁵⁰. Non può negarsi, peraltro, che i giudici costituzionali hanno operato in maniera “laica”, sanzionando in egual misura le pratiche non essenziali di tutte le religioni che violano la parità di genere.

critica riguardo al contenuto di tale pronuncia T. Herklotz, *Shayara Bano versus Union of India and Others. The Indian Supreme Court's Ban of Triple Talaq and the Debate around Muslim Personal Law and Gender Justice*, in 50 *Law and Politics in Africa, Asia and Latin America*, 3 300, 311(2017) sebbene la stessa A. sottolinei una certa contraddittorietà nella motivazione.

⁴⁸ W. Menski, *The Uniform Civil Code debate in Indian Law: New Developments and Changing Agenda*, in 9 *German Law Journal* 211 (2008).

⁴⁹ *Mohd. Ahmed Khan vs Shah Bano Begum and Ors* 1985 AIR SC 945. In questo caso la Corte si pronunciò sul riconoscimento ad una donna musulmana, a seguito di *talaq* definitivo, del diritto al mantenimento in base all’art. 125 del codice di procedura penale. I giudici costituzionali motivarono la decisione sulla scorta delle particolari condizioni di indigenza della donna, in assenza delle quali sarebbe stata applicato la sola disciplina di diritto islamico secondo cui il mantenimento della donna divorziata cessava entro tre mesi dal divorzio (*iddat*). L’introduzione della legge menzionata nel testo era funzionale alla neutralizzazione della decisione assunta dalla Corte Suprema e comportò un ampliamento del raggio di applicazione dello statuto personale musulmano. Su tale la vicenda si v. D. Francavilla, *Il diritto nell’India contemporanea*, Torino, Giappichelli, 2020, 150 ss.

⁵⁰ Cfr. F. Ahmed, *Religious Freedom Under the Personal Law System*, New Delhi, 2016; F. Alicino, *L’India alla luce di due vicende legislative. Il Muslim Women (Protection of Rights on Marriage) Act 2019 e il Citizenship (Amendment) Act 2019*, in 2 *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica* 495 (2020) e più di recente E. Stradella, *Multiculturalismo e diritti delle donne: una riflessione, nella prospettiva del costituzionalismo*, in *Costituzionalismo.it*, 2 162, 297 (2021) che opportunamente sottolinea: «Le specificità post-coloniale del contesto influenza un quadro segnato da una forte conflittualità tra comunità hindu e comunità musulmana, derivante in primis dal «sostanziale mantenimento dello status quo» per il diritto islamico, ... a fronte di un attivismo codificatore da parte degli hindu, ed esacerbata negli anni Ottanta del secolo scorso dall’atteggiamento apertamente reattivo della comunità islamica nei confronti degli interventi della Corte Suprema volti ad affermare la prevalenza della legge territoriale sulla legge personale».

La seconda decisione, relativa al *Sabarimala Case*, intervenuta nel 2019 - in seguito all'attivazione di una *Public Interest Litigation* - ne è un esempio significativo⁵¹. In tale ipotesi, infatti, la Corte Suprema ha stabilito che le donne di tutte le età hanno piena libertà di culto al pari degli uomini, cancellando così il divieto per il “genere” femminile di accedere in età mestruale al famoso tempio di Lord Ayyappa. Si tratta di un caso in cui non solo la pratica religiosa appartiene all'induismo ma non attiene specificamente ai rapporti familiari. I giudici costituzionali, dunque, stanno svolgendo un'opera importantissima anche se molto delicata non solo da un punto di vista giuridico ma soprattutto culturale tentando di eliminare dal tessuto normativo tutti quegli elementi di carattere tradizionale che rappresentano l'*humus* favorevole alla costruzione e alla permanenza di stereotipi di genere con valenza discriminatoria⁵².

5. L'attività ermeneutica delle Corti pakistane tra Costituzione e precetti religiosi

Al di là della peculiare natura e struttura della Costituzione pakistana, ciò che ha pesato di più in questo contesto ordinamentale, rispetto alla questione femminile, non è solo la natura confessionale dello stato, quanto il processo di esplicita islamizzazione⁵³ (ma sarebbe più opportuno dire di una certa concezione dell'Islam) che ha portato ad un lento e progressivo arretramento della tutela dei diritti fondamentali e dell'uguaglianza fra uomo e donna in particolare.

In Pakistan, molto più che in altri contesti, vale quanto alcuni anni fa Susan Möller Okin sosteneva: vale a dire che la famiglia è una questione politica⁵⁴.

Il diritto di famiglia viene regolato da statuti personali, ereditati dal sistema indiano prima della *partition*, e dai diritti tribali, dalla tradizione, da usi e pratiche che si sovrappongono in un'inestricabile trama.

Il tentativo di rendere lo statuto personale musulmano più conforme ai dettami della tradizione liberale, operato nel 1961 da Khan tramite la *Muslim Family Law Ordinance*, si è rivelato ricco di contraddizioni, soprattutto dopo la costituzionalizzazione della *Objectives Resolution*, che sancisce definitivamente la prevalenza del diritto islamico, e le successive riforme avutesi con le Ordinanze Hoodood (in particolare con l'ordinanza

⁵¹ *Indian Young Lawyers Association vs The State of Kerala* on 28 September 2018 reperibile in indiankanoon.org/doc/163639357/?__cf_chl_jschl_tk__=pmd_UXO7Mks9EvNIQbfsubPyUyWP_F3gCoJyDPu3cDv8e2aQ-1633874554-0-gqNtZGzNAjucnBsZQrR.

⁵² L. Colella, *La libertà religiosa e l'universo dei migranti in Europa tra secolarizzazione e multiculturalismo. Il contributo del laicismo indiano e il valore della "fratellanza umana"*, in 2 *Rivista di Diritti Comparati* 314, 346, (2020).

⁵³ W. Menski, *Comparative law in a global text*, cit., 364.

⁵⁴ S. M. Okin, *Le donne e la giustizia. La famiglia come problema politico*, (trad. it. a cura di M.G. Pietavolo), Bari, Edizioni Dedalo, 1999.

Zina, che punisce l'adulterio e la fornicazione), nonché l'istituzione dei tribunali sharitici⁵⁵ depotenziando la portata delle timide innovazioni introdotte con la riforma del 1961.

Il processo di islamizzazione, nelle intenzioni del legislatore, aveva infatti il compito di riaffermare soprattutto il modello androcentrico e patriarcale insito in una certa visione dell'Islam.

Come sottolineato opportunamente da Menski, le riforme in questione hanno però prodotto un significativo incremento del ruolo dei giudici, i quali, a bene vedere, hanno tentato in molti di casi di allineare l'interpretazione delle norme degli statuti personali secondo una lettura dei dettami del Corano e della Sunnah, che risponda ad una più adeguata tutela dei diritti fondamentali⁵⁶, garantendo l'aderenza ai principi Costituzionali e la protezione dei diritti umani.

Una tecnica che ha evitato l'accusa verso il potere giudiziario di importare concetti e valori del mondo occidentale e che offre, invece, una lettura meno tradizionalista dei principi dell'Islam⁵⁷.

Tanto per portare qualche esempio nella sentenza *Mst. Sahi Bibi v Khalid Hussain* (1973 SCMR 577) viene accordato il diritto della moglie a divorziare dal marito anche se il marito non è d'accordo, in modo da evitare che la donna sia forzata a vivere con lui. Nella decisione *Ali v Ghulam Sarwar* (PLD 1990 SC 1) viene riconosciuto il diritto di successione alla donna, e il superamento dell'istituto della rinuncia a vantaggio dei fratelli.

Preso atto che le donne sono "costrette" sulla base del diritto consuetudinario a rifiutare l'eredità a vantaggio dei parenti maschi, la rinuncia non è non è di per sé contraria alle leggi dell'Islam. Ciò che i viola i precetti del Corano è l'assenza del libero volere della donna.

È possibile individuare un altro filone *gender sensitive* della giurisprudenza costituzionale pakistana, quella relativa alle norme per i delitti a sfondo sessuale o rispetto alla violenza di genere. Una recente decisione della Corte Suprema del Pakistan *Atif Zareef v. The State*⁵⁸ ha dichiarato incostituzionale il «test della verginità» delle vittime di aggressioni sessuali, definendo tale pratica un «affronto alla reputazione e all'onore» tutelati dall'art. 4 comma 2 e dell'art. 14 della Costituzione. In un fondamentale passaggio la Corte chiarisce la portata e il senso di detta ultima disposizione costituzionale:

«The Article 14 of our Constitution mandates that dignity shall be inviolable, therefore, reporting sexual history of a rape survivor amounts to

⁵⁵ Per una ricostruzione dell'articolazione delle Corti in Pakistan si v. ancora M. Zinzi, *op.cit.*, specificamente 177-182.

⁵⁶ Una più approfondita analisi è contenuta in I. Yilmaz, *Good Governance in Action: Pakistani Muslim Law on Human Rights and Gender-Equality*, in 4 (2) *European Journal of Economic and Political Studies* 155 (2011), in particolare 159-164.

⁵⁷ W. Menski, *Comparative law in a global text*, cit. 378.

⁵⁸ *Atif Zareef v. The State* on 04th January 2021 reperibile in www.supremecourt.gov.pk/downloads/judgements/crl.a._251_2020.pdf.

discrediting her independence, identity, autonomy and free choice thereby degrading her human worth and offending her right to dignity guaranteed under Article 14 of the Constitution Right to dignity under Article 14 of the Constitution is an absolute right and not subject to law. Dignity means human worth: simply put, every person matters. No life is dispensable, disposable, or demandable. Every person has the right to live, and the right to live means right to live with dignity. A person should live as “person” and no less... Therefore, right to dignity is the crown of fundamental rights under our Constitution and stands at the top, drawing its strength from all the fundamental rights under our Constitution and yet standing alone and tall, making human worth and humanness of a person a far more fundamental a right than the others, a right that is non-negotiable. »

L'approccio adottato dai giudici supremi è senza dubbio rivoluzionario perché attraverso questa decisione opera un importante riferimento al concetto di dignità e di persona, decisamente poco familiare al lessico giuridico islamico di tipo conservatore-tradizionalista.

D'altro canto, anche in Pakistan l'uso della *Public Interest Litigation* è stato fondamentale per l'affermazione dei diritti proprietari delle donne ovvero per il riconoscimento di quelle misure positive pure avviate in taluni settori nel paese come nel campo dell'istruzione superiore (*Shirin Munir v. Govt of Punjab*, PLD 1990 SC e anche *Begum Rashida Patel v. Federation of Pakistan*, PLD 1989 FSC 95). Eppure, sebbene la giurisprudenza si sia rivelata un potente alleato del genere femminile è pur vero che permangono, anche fra i giudici, forti resistenze al cambiamento. Tant'è che attualmente si discute sulla necessità di una maggiore presenza di magistrati donna, in tutti i rami del giudiziario e in particolare presso le Corti che si occupano di diritto di famiglia⁵⁹. Una battaglia condotta soprattutto da organizzazioni femministe di cui fanno principalmente parte donne di classe media, stante l'alto tasso di analfabetismo e di povertà dilagante.

6. Qualche provvisoria conclusione

Il tema dell'uguaglianza di genere in India è una questione divisiva. Divisiva perché pone in discussione non solo il rapporto fra sessi ma anche e soprattutto perché crea discriminazioni nell'ambito dello stesso gruppo di appartenenza: donne delle classi più agiate e quelle meno agiate, quelle che aderiscono ad una religione anziché ad un'altra. È una questione divisiva perché i partiti nazionalisti e populistici utilizzano la questione della parità fra i sessi ora per rivendicare una sorta di superiorità dell'identità religiosa – generalmente quella maggioritaria – rispetto ad un'altra, ovvero per affermare una visione escludente verso le comunità LGBT. Certo in India, ma del resto anche in Pakistan, il ruolo dei giudici si è rivelato fondamentale

⁵⁹ L. Holden, *Women judges in Pakistan*, in 26 *International Journal of Legal Profession*, 89 (2019).

per produrre cambiamenti, sia da un punto di vista giuridico ma anche culturale. Nel subcontinente indiano non sono mancate politiche di redistribuzione economica e *welfare* familiare che tuttavia non si sono rivelate sufficienti, essendo condizionate dai cicli economici e dalla dimensione del territorio, per superare il vero fattore discriminante per eccellenza: la povertà. In Pakistan le organizzazioni non governative, attraverso il livello internazionale, spingono per riforme sociali e attivazioni di ampi piani di sostegno alle donne. I paesi della *western legal tradition* possono guardare ad India e Pakistan con minore presunzione visto che la questione di genere è stata affrontata con diversi strumenti e attraverso un approccio che tiene conto dei molti fattori che portano all'esclusione del genere femminile. È però un dato di fatto che in tutte le democrazie – di oriente e di occidente – sulla questione di genere si gioca il prossimo futuro, perché l'uguaglianza fra uomo e donna sarà il motore di una trasformazione epocale delle società avanzate e non: il sovvertimento di un modello millenario che non regge più la sfida tempi.

Fulvia Abbondante
Dip.to di Giurisprudenza
Università degli Studi di Napoli Federico II
fulvia.abbondante@unina.it