

## La Corte Suprema indiana tra istanze religiose, conflitti intercomunitari e questioni di genere

di Chiara Correndo

**Title:** The Indian Supreme Court between religious matters, communitarian conflicts and gender issues

**Keywords:** : India, Triple talaq, Muslim personal law.

1. – Il 22 agosto 2017 la Corte Suprema indiana ha emesso una sentenza destinata a riscrivere l'assetto del complesso sistema di *personal law* al momento vigente in India, ridisegnando gli equilibri di potere tra i vari portatori d'interesse coinvolti ed entrando a gamba tesa in un ambito in cui, sin dai tempi del colonialismo, le istituzioni statali sono restie ad intervenire. La Corte, in particolare, raggruppando cinque *writ petitions* e disponendo di una causa iniziata *suo motu*, si è pronunciata sulla costituzionalità del cosiddetto “triplo *talaq*”, forma consuetudinaria di divorzio unilaterale diffusa all'interno della comunità musulmana sunnita di rito hanafita in India.

Tale sentenza si innesta all'interno di un quadro politicamente e socialmente fragilissimo, che affonda le sue radici in un'intensa attività di codificazione del diritto hindu nei primi anni post-indipendenza, a fronte di un sostanziale rifiuto da parte del legislatore di disciplinare il diritto islamico, già parzialmente regolato dal *Muslim Personal Law (Shariat) Application Act 1937* e dal *Dissolution of Muslim Marriages Act 1939*. La codificazione di buona parte del diritto hindu e il sostanziale mantenimento dello *status quo* per quello islamico hanno acceso nei decenni, nella comunità hindu più conservatrice e nazionalista, sentimenti di risentimento verso la minoranza musulmana, accusata di essere “oscurantista” e “anti-indiana” (F. Ahmed, *Religious Freedom Under the Personal Law System*, Oxford University Press, New Delhi, 2016, p. 7 e G. Solanki, *Adjudication in Religious Family Laws*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, p. 14). L'adozione, a seguito del famoso caso *Mohd. Ahmed Khan v. Shah Bano Begum* (1985) 3 SCR 844 (anche noto come caso *Shah Bano*), del *Muslim Women's (Protection of Rights on Divorce) Act 1986* riaccese una serie di proteste sia tra i movimenti femministi (laici e religiosi), che accusavano la comunità musulmana di aver voluto rivendicare la propria autonomia comprimendo i diritti fondamentali delle donne, sia tra la destra hindu conservatrice, che rimproverava al partito del *Congress* (promotore della legge) un'eccessiva simpatia e permissivismo nei confronti della comunità musulmana. Gli anni '90 videro non solo la rapida ascesa del partito della destra ultranazionalista hindu (BJP) al potere, ma anche un'*escalation* della tensione tra la maggioranza hindu e la minoranza musulmana e della violenza ai danni di quest'ultima. In questo quadro politico, gli esponenti del BJP si appropriarono del discorso attorno allo *Uniform Civil Code* per costruire una retorica funzionale agli obiettivi del partito: l'adozione di un codice civile uniforme diventava quindi un modo per privare la comunità musulmana della sua autonomia, identità e,

gradualmente, esistenza (Y. Sezgin, *Human Rights Under State-Enforced Religious Family Laws in Israel, Egypt and India*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 186).

La presente pronuncia si inserisce, dunque, in questo quadro polifonico e frammentato: i giudici della Corte, pur consapevoli del fatto che la maggior parte dell'opinione pubblica si aspettasse un segnale di cambiamento più forte, hanno cercato di mediare tra le diverse istanze in gioco, evitando interventi eccessivamente muscolari proprio per non alterare significativamente i rapporti già precari tra Unione, maggioranza hindu e minoranza musulmana.

2. – Shayara Bano, una donna musulmana, si è rivolta alla Corte Suprema indiana, per lamentare il ricorso da parte del marito, Rizwan Ahmad, al *talaq-e-biddat*, comunemente noto come triplo *talaq*. Questa pratica consente al marito di sciogliere irrevocabilmente il vincolo matrimoniale pronunciando, in un'unica soluzione, per tre volte di fila la parola “talaq”. La donna ha dunque chiesto che il divorzio pronunciato dal marito fosse dichiarato nullo *ex tunc* e che il triplo *talaq*, recidendo in modo improvviso, irrevocabile e unilaterale il vincolo tra i coniugi, fosse dichiarato incostituzionale poiché in violazione degli artt. 14 (*Equality before the law*), 15 (*Prohibition of discrimination on grounds of religion, race, caste, sex or place of birth*) e 21 (*Protection of life and personal liberty*). Si è inoltre chiesto di ridefinire i confini della tutela costituzionale accordata alle confessioni religiose *ex artt. 25.1 (Freedom of conscience and free profession, practice and propagation of religion), 26b (Freedom to manage religious affairs) e 29 (Protection of interests of minorities)*, al fine di escludere dal raggio d'azione di questi articoli il triplo *talaq*. Shayara Bano ha fatto leva sull'art. 32 della Costituzione che consente ai cittadini di rivolgersi all'organo giudiziario supremo in via originaria per lamentare violazioni di diritti fondamentali da parte dell'attività statale. Affinché, dunque, la pratica del triplo *talaq* potesse essere sottoposta allo scrutinio della Corte sulla base del suddetto articolo, gli avvocati di Shayara Bano sostennero che tale violazione fosse riscontrabile nella Sezione 2 del *Muslim Personal Law (Shariat) Application Act 1937* (da qui in avanti, *Shariat Act*), la quale presumibilmente avrebbe codificato il triplo *talaq*. Questo è uno snodo argomentativo fondamentale: se, infatti, la Corte fosse stata d'accordo nell'affermare che tale Sezione incorpora nel diritto positivo statale il triplo *talaq*, allora questo (in quanto *statutory law*) sarebbe stato legittimamente sottoposto al vaglio di conformità con i diritti fondamentali contenuti nella Parte III della Costituzione. Se, invece, la Corte avesse negato tale *status* al triplo *talaq*, ci si sarebbe dovuti interrogare sull'appartenenza o meno del triplo *talaq* alla Muslim Personal Law (MPL), confermando la giurisprudenza passata della Corte che esentava i diritti personali dal vaglio costituzionale o superando questi precedenti.

3. – La pronuncia si apre con la lunga *dissenting opinion* del *Chief Justice Jagdish Singh Khehar*, nella quale ha concorso anche il giudice Nazeer. La maggioranza è stata invece costituita attraverso i voti dei giudici Nariman, Lalit e Joseph; quest'ultimo, tuttavia ha utilizzato motivazioni differenti rispetto agli altri due giudici, redigendo una sua *concurring opinion*. La diversità delle argomentazioni e le divergenze che interessano la maggioranza stessa riflettono non solo la delicatezza e complessità del tema in oggetto, ma anche l'estrema diversità nella composizione del collegio, costituito da cinque giudici provenienti da ambienti religiosi differenti.

Il *Chief Justice*, in quasi 170 pagine, presenta un resoconto dettagliato di tutti gli interventi a favore e contro le argomentazioni dei *petitioners*, tra cui merita un'attenzione particolare quello dell'Avvocato generale per l'Unione. L'argomentazione dell'AG è costruita sulla violazione dell'articolo 15.1 della Costituzione per sostenere come sia inaccettabile che uno stato moderno e laico quale l'India intenda essere non abbia tra i suoi obiettivi prioritari il perseguimento dell'uguaglianza di genere, definita come “non-negotiable” e “necessary” (par. 64 opinione giudice Khehar, sent. in commento). L'AG si appoggia a *C. Masilamani Mudaliar v. Idol of Sri Swaminathaswami Thirukoil* (1996) 8 SCC 525, argomentando come gli aspetti di diritto personale in aperta violazione delle garanzie fondamentali costituzionali debbano essere abrogati (*ibid.* con riferimento al par. 15 sent. *C. Masilamani Mudaliar*). Viene

citata dall'AG, inoltre, una consolidata giurisprudenza della Corte Suprema che conferma, tra gli obiettivi della Corte stessa, la tutela del diritto delle donne a condurre una vita dignitosa (*Vishaka v. State of Rajasthan* [1997] 6 SCC 241) e la promozione di strategie di *empowerment* che contribuiscano a scardinare strutture sociali patriarcali (*Anuj Garg v. Hotel Association of India* [2008] 3 SCC 1). In ultimo, l'Unione chiede, tramite l'AG (par. 70 sent. in commento), il definitivo superamento di un controverso precedente dell'Alta Corte di Bombay, *The State of Bombay vs. Narasu Appa Mali* AIR 1952 Bom. 84, attraverso il quale la Corte si era espressa escludendo dal raggio d'azione dell'art. 13 della Costituzione la *personal law*.

Alla luce delle note di contesto fornite nel primo paragrafo, non è difficile intuire come le argomentazioni dell'AG, in rappresentanza di un'Unione indiana sempre più modellata sulle linee politiche del suo *premier*, siano state strategicamente orientate ad enfatizzare l'aspetto della laicità. L'AG, inoltre, ha sapientemente toccato corde care al sentimento giuridico e politico indiano, sottolineando la necessità di realizzare un'India che sia democrazia non solo politica, ma anche (nelle parole di Ambedkar, citato al par. 65 sent. in commento) *sociale*, attraverso il potenziamento della condizione femminile. L'aspetto paradossale risiede nel fatto che l'unica vera menzione, in tutta la sentenza, alla necessità di promuovere l'uguaglianza delle donne, *ex art. 15* della Costituzione, venga fatta proprio dal rappresentante di un governo (o meglio, di un partito) che non si è certo distinto negli ultimi tempi per progressismo e sostegno alla causa femminile (G. Solanki, *Adjudication in Religious Family Laws*, p. 17 ss.).

Tornando, dunque, all'analisi della *dissenting opinion*, è importante sottolinearne la scarsa compattezza argomentativa e la relativa fragilità. Il *Chief Justice*, nel tentativo di giustificare l'esistenza del *talaq-e-biddat*, si rifiuta di entrare nel merito dell'interpretazione dei diversi *hadith* al fine di individuare eventualmente al loro interno i fondamenti legittimanti della pratica (par. 139 sent. in commento). Adotta, piuttosto, una linea diversa di argomentazione, sostenendo come il triplo *talaq*, praticato dai tempi del califfo Umar all'interno della comunità hanafita, sia "bad in theology, but good in law" (par. 127 sent. in commento), replicando l'adagio del giudice Batchelor in *Sarabai vs. Rabiabai* (1906) 8 Bom LR 35 proprio in riferimento al triplo *talaq*. L'affermazione del giudice inglese si fondava sulla consapevolezza che, nonostante il carattere non conforme alla *Sunna* del *talaq-e-biddat* (da *bid'a*, innovazione) contrariamente alle altre due forme di divorzio non contestate in dottrina (ossia il *talaq-e-ahsan* ed il *talaq-e-hasan*, si vedano parr. 13-14 opinione del giudice Khehar sent. in commento per una sintesi delle principali caratteristiche), tale pratica fosse largamente diffusa all'interno della comunità hanafita indiana. Il giudice Khehar, appoggiandosi su un obsoleto precedente del Privy Council (*Rashid Ahmad v. Anisa Khatun* AIR [1932] PC 25), sostiene la validità di questa forma consuetudinaria di divorzio che, largamente praticata dalla comunità da tempo immemore, deve pertanto essere considerata "integral to the religious denomination in question- Sunnis belonging to the Hanafi school" (par. 145 sent. in commento). Il giudice, senza fornire solide argomentazioni con cui sostenere il nesso logico tra "largamente praticato tra i musulmani hanafiti indiani" e "elemento fondamentale della religione", forza il meccanismo della cosiddetta *essential religious elements doctrine* (o *Essential Religious Practice test*). La *ratio* dietro a tale dottrina, creata dalla stessa Corte Suprema, è quella di individuare quali aspetti siano fondamentali per la pratica religiosa e quali, invece, siano solo superstizione e, in quanto tali, possano essere eliminati dall'intervento dello Stato senza violare la libertà religiosa garantita dall'art. 25 della Costituzione (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, p. 1).

Il *Chief Justice* prosegue (par. 156 sent. in commento) affrontando il punto nodale segnalato nel secondo paragrafo del presente lavoro, ossia il ruolo della Sezione 2 dello *Shariat Act* nei confronti della MPL. In particolare, ritiene che tale sezione non codifichi il diritto personale, ma lo riconosca soltanto, abrogando pratiche e consuetudini ad esso contrarie nella *non obstante clause* di apertura. Non dovendo, dunque, essere conforme ai diritti fondamentali contenuti nella Parte III della Costituzione, in quanto diritto non codificato ("that being the position, Muslim 'personal law'- 'Shariat' cannot be considered as a State enactment", *ibid.*) l'unico limite che si pone alla MPL è quello stabilito dall'art. 25

stesso, ossia il rispetto di “public order, health and morality”. Senza fornire argomenti stringenti e solidi a favore del suo punto, al par. 164 conclude che tali requisiti non siano stati violati.

L'ultimo punto rilevante della *dissenting opinion* è quello sviluppato nei parr. 166 e ss., relativo al rispetto della “constitutional morality” da parte del *talaq-e-biddat*. Con *constitutional morality* la Corte fa riferimento alla necessità di considerare la carta costituzionale in modo coerente, preferendo interpretazioni organiche che ne rispettino la struttura fondamentale (*Keshavananda Bharati vs State of Kerala and Ors*, [1973] 4 SCC 225). Il *Chief Justice*, analizzando i dibattiti in sede di redazione costituzionale, ritiene che fosse intenzione dei padri costituenti elevare la *personal law* a diritto fondamentale (parr. 146 e 172 sent. in commento): in quanto tale, pertanto, non può essere dichiarata incostituzionale in nessuna delle sue parti (par. 172) né essere in violazione della *basic structure* costituzionale (par. 174). La fragilità di questa argomentazione emerge dall'acrobatico salto interpretativo fatto nel momento in cui si accorda alla *personal law* lo status di diritto fondamentale (sulla base del ragionamento per cui l'art. 25 comma 1 protegge la religione e, poiché la *personal law* fa parte della sfera religiosa, tale articolo tutela anche la *personal law*), perdendo di vista il fatto che l'art. 25, più che la religione in sé, tutela la libertà individuale di seguire e praticare una religione. Sulla base di questi punti, il giudice ritiene che la Corte in questa sede possa solo suggerire al Parlamento di esprimersi sulla questione del *talaq-e-biddat* attraverso una legge e “till such time as legislation in the matter is considered, we are satisfied in injuncting Muslim husbands from pronouncing ‘talaq-e-biddat’ as a means for severing their matrimonial relationship”. Khehar suggerisce di prevedere per tale ingiunzione una durata di sei mesi, prorogabili qualora il processo legislativo sia attivato nel corso di questi sei mesi (par. 200 sent. in commento).

4. – Il giudice Joseph sviluppa la sua *concurring opinion* sui contenuti della pronuncia *Shamim Ara v. State of UP and Another* (2002) 7 SCC 518, con la quale la Corte si pronunciò negando ogni “legal sanctity” (par. 1 *concurring opinion* del giudice Joseph, sent. in commento) all'istituto del triplo *talaq*. In quanto, dunque, giurisprudenza della Corte Suprema dotata di forza cogente *ex art. 141 Cost.*, *Shamim Ara* rappresenta diritto applicabile in India. Il giudice reitera le argomentazioni della sentenza citata, procedendo con un'interpretazione teleologica dello *Shariat Act*, corroborata dal riferimento allo *Statement of Objects and Reasons* che introduce la legge. In particolare, essa fu adottata per sfrondare il diritto musulmano da tutte quelle norme consuetudinarie discriminatorie praticate dalla comunità religiosa con riferimento alle materie elencate nella Sezione 2, per ritornare ad un'applicazione della *Šarī‘a* più fedele al dettato coranico. Il giudice sostiene, in accordo con il *Chief Justice*, che la legge non regoli il triplo *talaq* (il quale non sarebbe, dunque, sottoponibile al test di conformità con l'art. 14 della Costituzione), ma intenda esclusivamente riportare il diritto personale musulmano nell'alveo della *Šarī‘a* codificando, dunque, il rimando alla *Šarī‘a* come unica *rule of decision*, applicata su base personale nelle controversie che vedono coinvolti musulmani (par. 5 sent. in commento). Da un'analisi di alcuni versetti coranici, riportati nel paragrafo 9, il giudice Joseph deduce (par. 10) che il *talaq-e-biddat* sia contrario alle prescrizioni del testo sacro, fonte principale del diritto islamico, data la mancata previsione di spazi riconciliativi tra i coniugi prima che questo diventi definitivo (aspetto, peraltro, già emerso nella precedente pronuncia *Jiauddin Ahmed v. Anwara Begum* [1981] 1 Gau LR 358). In quanto, dunque, contrario alle prescrizioni coraniche, il triplo *talaq* non è conforme alla *Šarī‘a* e non costituisce parte del diritto personale musulmano, sulla base di quanto stabilito dallo *Shariat Act*. In questo senso, non può esservi alcuna protezione costituzionale per una pratica non conforme alla *Šarī‘a* (par. 24): Joseph reitera, quindi, le conclusioni raggiunte dalla Corte in *Shamim Ara*, chiosando con “what is bad in theology is bad in law as well” (par. 26).

5. – La sentenza termina con il giudizio scritto dal giudice Nariman con il concorso del giudice Lalit. Il giudice prende le distanze dalle argomentazioni portate avanti dagli avvocati

del *Muslim Personal Law Board*, che si appoggiano alla *non-obstante clause* introduttiva della Sezione 2 dello *Shariat Act* per sostenere come l'unico scopo della legge sia quello di depurare il diritto personale musulmano da usi e consuetudini contrari alla *Šarī'ā*, senza conferire carattere *statutory* alla stessa (par. 15 opinione del giudice Nariman, sent. in commento). Il giudice, ritenendo improprio appoggiarsi ad una *non-obstante clause* per operare un'interpretazione teleologica della legge, sostiene, invece, che lo *Shariat Act* rappresenti il meccanismo legislativo, il mezzo, attraverso il quale la *Šarī'ā* riceve applicazione nell'ordinamento indiano. In questo senso, prende le distanze anche dalle argomentazioni parzialmente scorrette del giudice Joseph che riteneva che il triplo *talaq* non fosse valutabile *ex art. 14* poiché non regolato nelle sue procedure dallo *Shariat Act*, mettendo invece l'accento sul fatto che la legge in questione sia la fonte legislativa che legittima il triplo *talaq*, rendendo *enforceable* la *Šarī'ā*. Pertanto "it is (...) clear that all forms of Talaq recognized and enforced by Muslim personal law are recognized and enforced by the 1937 Act" (par. 18 sent. in commento) il quale, quindi "would be hit by Article 13(1) if found to be inconsistent with the provisions of Part III of the Constitution, to the extent of such inconsistency" (par. 19 sent. in commento). Citando *Javed v. State of Haryana* 2003 (8) SCC 369 (par. 24 sent. in commento), il giudice sostiene come il semplice fatto che una pratica sia tollerata dal sistema religioso al cui interno essa si sviluppa non rende la stessa un elemento fondamentale della religione. A differenza del giudice Joseph, che applica l'*ERP test*, senza però sostanziare il riferimento (par. 24 opinione del giudice Joseph, sent. in commento, "on the statement that triple talaq is an integral part of the religious practice, I respectfully disagree. Merely because a practice has continued for long, that by itself cannot make it valid"), Nariman si appoggia alla quintuplice ripartizione sciaraitica delle azioni umane (che distingue gli atti in obbligatori, consigliati, liberi, sconsigliati e proibiti) per affermare che, sulla base delle fonti islamiche citate nel corso della sentenza, il *talaq-e-biddat*, non appartenendo né al primo né al secondo gruppo di azioni, si possa al massimo far rientrare nella terza categoria o, più probabilmente, nella quarta. Si configura, dunque, come una pratica verso la quale la religione è, nel migliore dei casi, indifferente se non addirittura contraria: alla luce di ciò, il triplo *talaq* non costituisce una pratica essenziale dell'Islam e, pertanto, non ha la copertura costituzionale offerta dall'art. 25.1 (par. 25 opinione giudice Nariman, sent. in commento). Si passa, dunque, all'ultimo punto dell'argomentazione sviluppata dal giudice, ossia l'applicazione della dottrina dell'arbitrarietà all'attività statale. Tale dottrina affonda le sue radici nella prima giurisprudenza dell'India indipendente in cui, nell'interpretare l'art. 14 della Costituzione, si enfatizzavano gli aspetti di *rule of law* ad esso connessi, tali per cui "if an action is found to be arbitrary and, therefore, unreasonable, it would negate the equal protection of the law contained in Article 14" (par. 33 sent. in commento). Il cuore del concetto di *rule of law* risiede, per i giudici che si pronunciarono in *S. G. Jaisinghani v. Union of India* (1967) 2 SCR 703 e che a loro volta citarono la dottrina elaborata da A. V. Dicey, nel non esercitare potere in modo arbitrario, per cui "decisions should be made by the application of known principles and rules and (...) such decisions should be predictable (...) If a decision is taken without any principle or without any rule it is unpredictable and such decision is the antithesis of a decision taken in accordance with the rule of law" (pagg. 718-719 sent. *S. G. Jaisinghani* citata al par. 33 sent. in commento). L'arbitrarietà viene, pertanto, considerata la negazione dell'uguaglianza (*E. P. Royappa v. State of T. N.* [1974] 4 SCC 3, pag. 38, citata al par. 38 sent. in commento), a cui è strettamente collegato il requisito della *reasonableness*, descritto dalla Corte come uno dei principi che devono ispirare l'azione statale in *Maneka Gandhi v. Union of India* (1978) 1 SCC 248 e *Ajay Hasia v. Khalid Mujib Sehravardi* (1981) 1 SCC 722 e criterio di valutazione della conformità della legislazione all'art. 14 (parr. 39 e 41 sent. in commento). Nonostante questo *corpus* giurisprudenziale consolidato, la Corte si esprime (in quella che Nariman, al par. 43, definisce una "discordant note") contro la dichiarazione di incostituzionalità di leggi e *subordinate legislation* sulla base del solo test di arbitrarietà in *State of A. P. v. McDowell & Co.* (1996) 3 SCC 709. Alla luce di questa incongruenza, Nariman ha definito *McDowell* una sentenza adottata *per incuriam* "not having noticed several judgements of Benches of equal or higher strength (...) the judgements following McDowell are, therefore, no longer good law" (par. 53 sent. in commento).

Nariman registra un approccio già adottato dalla Corte, che ha superato il controverso precedente di *McDowell* in alcune sentenze successive (tra cui *Malpe Vishwanath Acharya v. State of Maharashtra* [1998] 2 SCC 1 e *Mardia Chemicals Ltd. & Ors. v. Union of India & Ors.* [2004] 4 SCC 311), negando validità costituzionale ad alcune leggi, poiché considerate arbitrarie e in violazione dell'art. 14.

Il giudice procede, dunque, ad applicare i criteri di valutazione dell'arbitrarietà (in base ai quali si indaga il carattere "disproportionate, excessive or otherwise manifestly unreasonable" di una legge, par. 45 sent. in commento) al caso di specie, ai fini di valutarne la conformità o meno all'art. 14. Il triplo *talaq*, forma di divorzio irregolare e non conforme alla *Sunna* (par. 56 sent. in commento), "is manifestly arbitrary in the sense that the marital tie can be broken capriciously and whimsically by a Muslim man (...). This form of Talaq must, therefore, be held to be violative of the fundamental right contained under Article 14 of the Constitution of India" (par. 57). Sulla base di questo, la Sezione 2 dello *Shariat Act*, essendo "law in force" ex art. 13.1 Cost., viene riconosciuta come in violazione dell'art. 14 Cost. nella parte in cui permette il riconoscimento e l'applicazione del triplo *talaq* (*ibid.*).

6. – Sulla base delle diverse opinioni espresse dai giudici, con una maggioranza di 3 a 2, la pratica del *talaq-e-biddat* viene, quindi, dichiarata incostituzionale.

7. – La sentenza, pur avendo una portata storica significativa, ha sollevato diverse perplessità nei giuristi e lasciato buona parte dei movimenti femministi con quel senso di parziale insoddisfazione dato dall'essere scesi a compromessi. Le argomentazioni utilizzate dai giudici sono, in linea generale, molto prudenti. In primo luogo, non si supera definitivamente il controverso precedente di *Narasu Appa Mali*, di cui si auspica semplicemente una revisione in futuro (par. 22 opinione del giudice Nariman, sent. in commento), lasciando pertanto il dubbio sulla possibilità di valutare o meno la conformità dei diritti personali alla Costituzione. In secondo luogo, si fa nuovamente ricorso ad uno strumento, quello dell'*ERP test*, che consente ai giudici, in modo particolarmente intrusivo, un'interpretazione sostanziale del dettato religioso, senza che essi abbiano alcuna reale qualificazione soggettiva religiosa per effettuarla.

In terzo luogo, i giudici evitano esplicitamente (par. 57 opinione del giudice Nariman, sent. in commento) di addentrarsi nelle maglie di una dichiarazione di incostituzionalità sulla base dell'art. 15 (discriminazione, in questo caso, contro le donne), procedendo con una molto più blanda argomentazione costruita attorno ad arbitrarietà e *rule of law*. Alla luce di ciò, contrariamente ai toni celebrativi con cui la pronuncia è stata accolta, è possibile sostenere che *Shayara Bano* non rappresenti un nuovo tassello nella giurisprudenza femminista indiana, poiché la questione di genere è completamente in ombra e le donne sono relegate ad una posizione secondaria di vittime silenziose.

È indubbio che tale sentenza rappresenti un punto a favore per la causa femminile indiana e musulmana, tuttavia si tratta di un beneficio soltanto indiretto, attenuato dalla scarsa incisività di una sentenza che avrebbe potuto essere molto più rivoluzionaria e coraggiosa.