

Vincenzo Varano - Vittoria Barsotti

La tradizione giuridica occidentale

Testo e materiali
per un confronto civil law common law

Sesta edizione



G. Giappichelli Editore – Torino

Sezione V. – L'INCONTRO CON L'INDIA *

5.1. Premessa

Oltre all'Islam, la tradizione giuridica occidentale ha sperimentato anche l'incontro con il mondo induista, primariamente nel contesto del dominio britannico nel subcontinente, che ha portato a una **profonda penetrazione della common law nella cultura locale**, a scapito dei sistemi di diritto espressi dalle religioni praticate nell'area. Il diritto indù si è trovato nei secoli a sperimentare così una doppia concorrenza, prima per effetto delle invasioni islamiche e poi per l'assorbimento nella sfera di influenza britannica.

L'interazione tra common law e tradizione induista è senza dubbio rilevante in primo luogo per mettere a fuoco il quadro giuridico dell'India moderna, che divenuta stato indipendente ha voluto legiferare in ogni campo della società, lasciando il diritto indù unicamente come diritto personale dei suoi cittadini di religione induista. Il percorso di formazione in epoca coloniale di una Anglo-Hindu common law è stato tuttavia, è importante tenerlo presente, un percorso che si è svolto in parallelo con quello compiuto per contemperare la common law con il diritto islamico, trovandosi gli inglesi a governare territori del subcontinente in cui le due religioni convivevano. Nella sezione precedente si sono già visti vari esempi di meccanismi istituzionali di formazione di un diritto (nella terminologia in voga all'epoca) "**anglo-maomettano**" (**Anglo-Muhammadan**), la maggior parte dei quali applicati *mutatis mutandis* nell'interazione con l'induismo.

Una trattazione separata è tuttavia opportuna per una serie di motivi. Certamente le vicende contestuali e successive all'indipendenza che hanno portato alla creazione di due stati, Pakistan e Bangladesh, con un'identità fortemente collegata all'Islam, rafforzando specularmente nell'India il legame con l'induismo, motivano un approfondimento in prospettiva indù. Ma va aggiunto anche un altro elemento. L'antichità della civiltà induista, la ricchezza del suo pensiero e della sua produzione artistica, e la presenza di una lingua (il sanscrito) percepita come l'equivalente locale delle "lingue classiche" europee portò gli inglesi a elaborare una complessa costruzione culturale e ideologica volta a legittimare il proprio dominio, che ha avuto un ruolo importante nel determinare le forme della modernizzazione giuridica (METCALF, *Ideologies of the Raj*). È quindi certamente opportuna una trattazione specifica, che parta da una breve panoramica della tradizione induista per meglio comprendere le peculiarità dell'elaborazione compiuta dagli inglesi sino alla scomparsa del British Raj.

* Autori della Sezione sono Cecilia Del Re, dottore di ricerca nell'Università di Firenze, e Alessandro Simoni, professore nell'Università di Firenze.

5.2. Il diritto tradizionale personale indù

Viene spesso sostenuto che il **diritto indù**, legato alla religione induista, sia il più antico sistema di diritto esistente al mondo. Questa affermazione può essere considerata veritiera se si tiene presente che già i c.d. **Veda** – i testi sacri della religione induista risalenti ad epoche diverse della storia antica dell'India (dal VII sec. a.C. al II d.C. circa) – possono essere ritenuti testi da cui discendono regole di comportamento sociale (ZWEIGERT, KÖTZ, *Introduzione*, p. 387).

L'India antica non riconosceva la nozione di diritto positivo: le regole giuridiche non si presentavano in modo autonomo rispetto alle norme attinenti alla sfera morale che disciplinavano la vita dell'individuo. La società era organizzata in base a categorie sociali (*varna*), cui il singolo apparteneva per effetto della nascita, ed alle diverse categorie corrispondeva un diverso codice di comportamento o **dharmā**: ogni uomo, per rimanere inserito nella comunità, doveva adempiere agli obblighi che il suo status gli imponeva (LINGAT, *La tradizione giuridica dell'India*, pp. 14-15).

Il *dharmā*, imperniato sull'idea dei doveri e non dei diritti, è, dunque, un insieme di precetti, per lo più privi di sanzione, ad un tempo religiosi (penitenze, offerte di sacrifici, visite ai templi), etici (ospitalità, elemosine), e di prevenzione o composizione dei conflitti (dunque, capaci di ispirare il diritto), fondati sulla credenza che esista un ordine dell'universo, inerente alla natura delle cose, che l'uomo non deve turbare. *Dharma*, quindi, è un termine "onnicomprensivo" ed

«il momento giuridico, così come concepito in Occidente, non è che una parte, un aspetto della più completa accezione del vocabolo» (DUMONT, *Homo hierarhicus*, p. 96).

I primi scritti relativi al *dharmā* appaiono intorno al VI secolo a.C. e portano il nome di **dharmasastra**: ampie raccolte di regole redatte da saggi dei tempi che furono, che hanno avuto una visione veritiera dell'ordine divino. I *dharmasastra*, che sono circa cento, formano un precetto unico, quale che sia la data della loro redazione, e per conoscere il *dharmā* bisogna considerare il loro insieme. Secondo l'opinione più ortodossa tutti i *dharmasastra* si basano sulle scritture del sacro *Veda*. In verità, però, la base dei *dharmasastra* si può ritrovare nelle diverse consuetudini che venivano rispettate dagli indù nelle relazioni sociali e nel campo religioso; questo spiega anche perché i *dharmasastra* sono molto diversi tra loro: essi risalgono ad epoche diverse e, perciò, ogni autore ha voluto dar conto delle nuove usanze sviluppatesi nel tempo. Il *dharmā*, infatti, non è legge immutabile ma, al contrario, si dimostra sensibile all'evoluzione della società.

La produzione di *sastra* continuò anche nell'epoca "post-classica" del diritto indù (200-1100 d.C.), mentre, dall'XI al XVII secolo, ovvero quando il paese cadde gradatamente in mani islamiche, esigenze di razionalizzazione dei testi esistenti portarono alla redazione di nuove opere, i **nibandha**, affinché raccogliessero tutte le fonti dedicate ad un dato problema o ad un dato istituto, le confrontassero e ne risolvessero le contraddizioni.

5.3. La dominazione britannica, la deformazione del diritto indù e la costituzione di un diritto territoriale

L'affermazione del diritto inglese in India ha inizio nel 1600, durante il regno di Elisabetta I, con la nascita della Compagnia delle Indie Orientali (East India Company) che, insediata nelle basi di Bombay, Calcutta e Madras, conquistò il monopolio commerciale sull'Oceano Indiano. Fin dai primi anni del suo insediamento, la Compagnia delle Indie ebbe completa giurisdizione sui sudditi inglesi presenti nei suoi possedimenti; tuttavia, fu la **Charter di Carlo II** del 1661 a segnare l'inizio dell'esercizio del potere giudiziario da parte della Compagnia.

Nel XVIII secolo gli inglesi cambiano radicalmente atteggiamento: da semplici mercanti divengono i nuovi dominatori del subcontinente indiano, in modo particolarmente netto dopo la battaglia di Plassey nel 1757, che permise la conquista del Bengala. Va tuttavia ricordato che il dominio inglese esercitato attraverso la Compagnia non si estenderà mai a tutto il territorio del subcontinente. Una parte considerevole degli abitanti rimarrà, infatti, sottoposta dal punto di vista giuridico a sovrani locali, indù (*maharajas*) o musulmani (*nawabs*), che mantenevano una formale autonomia attraverso un complesso sistema di trattati e alleanze con gli inglesi.

Nel 1726, Giorgio I, stante la mancanza di regole sul diritto da applicare nelle aree controllate dai britannici, dispose che i territori di **Bombay, Calcutta e Madras** fossero direttamente soggetti all'amministrazione britannica: nelle suddette capitali vennero, quindi, istituite corti regie chiamate ad applicare il diritto inglese. Tali corti, originariamente competenti solo per le controversie che coinvolgevano almeno una parte inglese, dal 1781 videro estesa la loro competenza anche alle liti riguardanti gli autoctoni, decidendo, però, in quest'ultimi casi, sulla base del diritto indù o musulmano.

Nei territori al di fuori delle capitali dove operavano le corti amministrative della Compagnia delle Indie, il diritto inglese risultò, invece, di difficile applicazione. Nel 1772, il governatore **Warren Hastings** dispose che le corti avrebbero dovuto seguire il diritto indù o il diritto musulmano in materia di successioni, matrimonio, casta e di altri usi o istituzioni a carattere religioso, mentre avrebbero dovuto decidere secondo i "**principles of justice, equity and good conscience**" nelle altre materie. Sebbene tale formula non avesse portato all'applicazione della common law nelle pronunce delle corti (i giudici non erano né inglesi né giuristi), tuttavia, rappresentò un primo importante strumento utilizzato dai dominatori britannici per intervenire sul diritto indù e su quello musulmano.

A seguito della grande rivolta del 1857-1858, cominciata con l'ammutinamento di una parte delle truppe indiane della Compagnia, il governo dei territori a questa sottoposti viene assunto direttamente dalla Corona Britannica (Government of India Act, 1858), con la nascita del c.d. British Raj, mentre la Compagnia verrà formalmente sciolta pochi anni dopo. **Il great mutiny sarà occasione di un profondo ripensamento del rapporto degli inglesi con l'India**, che dal punto di vista giuridico porterà a riforme incisive, in particolare portando a compimento il processo di codificazione già in precedenza avviato (v. infra, § 5.4).

Su questo sfondo, **la penetrazione della common law in India è stata un processo graduale e tutt'altro che lineare**, caratterizzato dall'oscillazione tra da un lato la

volontà di esportare in India un modello di rule of law più vicino possibile a quello della madrepatria, nell'idea che questo fosse «una conquista morale più impressionante, più duratura, e molto più solida che la conquista fisica che l'ha resa possibile» e dall'altra la percezione di una insuperabile "Indian difference" che obbligava a arrangiamenti pragmatici volti a garantire stabilità sociale e politica, e a tutelare gli interessi dei dominatori.

Sotto l'amministrazione britannica, tanto il diritto indù quanto il diritto islamico vennero trattati come leggi di eccezione (sull'incontro del diritto inglese con il diritto islamico in India, v. supra, sez. IV). Il **nuovo diritto di ispirazione inglese**, applicabile a tutti gli abitanti dell'India, senza riguardo alla loro religione, prese col tempo a regolare settori sempre più importanti della vita sociale imponendosi, per la prima volta in India, quale **diritto territoriale**. La costituzione di un tale diritto sembrò, infatti, il mezzo migliore per regolare rapporti tra persone appartenenti alle diverse comunità presenti nel subcontinente indiano: accanto agli indù ed ai musulmani coesistevano, infatti, minoranze non trascurabili di cristiani, ebrei e parsì. Inoltre, non appena l'India cominciò ad affacciarsi al commercio internazionale, il diritto indù e quello musulmano rivelarono le proprie carenze e **le soluzioni già pronte, presenti nella common law inglese, tesero ad imporsi**.

I britannici, una volta consolidato il loro controllo sul subcontinente, vi insediarono giudici metropolitani che avrebbero dovuto applicare, se le persone da giudicare fossero stati induisti, il loro diritto personale. Tuttavia, l'operato dei giudici inglesi portò ad una **distorsione del diritto indù** tale che, spesso, erano le stesse parti a chiedere di sottoporre il loro rapporto alla common law dotata di maggiore certezza (JAIN, *The Law of Contract*, pp. 178-204).

Nella ricerca della regola da applicare, infatti, il giudice inglese, disconoscendo la flessibilità propria del diritto indù, credette erroneamente che i dharmasastra contenessero il diritto positivo indiano e si sforzò di trovare in tali testi la regola di diritto applicabile alla controversia concreta, prima con l'ausilio di esperti in lettere sanscrite (pandit), poi, dal 1864, ovvero da quando apparvero traduzioni dei libri del dharma, in prima persona. Tuttavia, soltanto un terzo o al massimo la metà dei dharmasastra era stato tradotto in inglese e, quindi, i giudici arrivarono ad avere solo una conoscenza molto parziale di un sistema che, invece, doveva essere valutato nella complessità delle sue fonti.

Di fronte alle numerose **lacune** rinvenute nei testi tradizionali, i giudici inglesi non poterono fare a meno di **sviluppare norme spesso influenzate dalla common law** ed elaborate in seguito ad un'indagine comparatistica. Stravolgimenti notevoli furono dovuti anche all'introduzione nel giudizio delle regole probatorie inglesi: queste modificarono, infatti, tutti i presupposti dell'applicazione del diritto indù. Istituti tratti dall'equity, come il trust, vennero, poi, chiamati in causa per regolare i rapporti tra i membri di una comunione di beni familiari o lo statuto delle fondazioni indù senza scopo di lucro.

Se il diritto indù, infatti, aveva disciplinato in modo molto preciso la **famiglia**, la **casta**, la **terra** e le **successioni**, si era, invece, curato poco delle obbligazioni e, in particolare, non prevedeva rimedi laddove il debito non venisse pagato sebbene il mancato adempimento fosse considerato un peccato. Il diritto indù fu, allora, confinato dalle corti solo nelle materie sopra ricordate, venendo, per il resto, soppianta-

to da una **Anglo-Hindu Law** che, ben presto, non dovette più attingere alla letteratura giuridica tradizionale, sviluppandosi in un case-law che, come tale, veniva applicato dai tribunali indiani (MENSKI, *Hindu Law*, p. 163 ss.).

Con il tempo, infatti, **un numero sempre maggiore di decisioni giudiziarie, opera dei giudici inglesi dei tribunali indiani, venne pubblicato** e fu, dunque, a disposizione di avvocati e giudici, i quali, conformemente ai metodi loro propri, trovarono più congeniale ispirarsi a questi **precedenti**, considerandoli vincolanti secondo il principio dello stare decisis, piuttosto che continuare a cercare la regola di diritto applicabile nella fitta trama delle altre fonti indù. Si cessò, pertanto, la redazione di raccolte di diritto personale e cominciarono a diffondersi le **raccolte di giurisprudenza, organizzate secondo i concetti e le categorie inglesi**.

La giurisprudenza ebbe, pertanto, un ruolo fondamentale nella deformazione del diritto indù e nella nascita di un nuovo sistema giuridico. Il risultato di questa parziale anglizzazione del diritto indù portò, sul piano sistemologico, ad alcuni mutamenti considerevoli: il dharma venne considerato come un diritto astratto e naturale, tradotto in norme positive – cioè in norme poste dallo Stato, e non dalla divinità –; la consuetudine, teoricamente considerata suscettibile di applicazione, assunse un ruolo sempre più limitato, almeno per quanto concerne il contenzioso amministrato dai tribunali (ACQUARONE, *Tra Dharma, Common law*, p. 33). Il diritto conclamato come ufficiale fu, infatti, un diritto solo per le élite, mentre il diritto popolare continuò ad essere consuetudinario.

5.4. L'influenza in India delle idee di Bentham: l'epoca delle codificazioni

Con il Charter Act del 1833 si apre un nuovo periodo nella vita giuridica indiana, permeato dall'interesse per la codificazione, anche grazie all'amplissima diffusione nel subcontinente delle idee di Jeremy Bentham. Quest'ultimo, autore nella madrepatria di una vera e propria "battaglia per la codificazione", aveva fatto riferimento, a titolo di esempio, proprio al subcontinente indiano, pieno di differenze e di lacune sul piano giuridico, per far comprendere quanto l'esigenza della codificazione fosse universale (STOKE, *The English Utilitarians and India*, p. 51). Sembrava, quindi, legittimo ed opportuno che i dominatori britannici riformassero l'ordinamento giuridico indiano (BENTHAM, *Della compilazione d'un codice*, p. 64); allo stesso tempo, poi, **la codificazione apparve lo strumento migliore per trapiantare in India il diritto inglese ed abolire radicalmente le istituzioni tradizionali della civiltà indiana**.

Nel tentativo di riordinare il complesso sistema di fonti preesistente, il Charter Act del 1833 accentra presso il Governatore Generale con sede a Calcutta il potere legislativo per tutti i territori sottoposti alla Compagnia. La *section 53* attribuiva inoltre al Governatore il potere di istituire una Law Commission chiamata a esprimersi «into the jurisdiction, powers and rules of the existing forms of judicial procedure and into the nature and operation of all laws, whether civil or criminal, prevailing in any part of the said territories in India».

A presiedere la prima Law Commission venne chiamato nel 1835 Thomas B. Macaulay, convinto assertore delle idee di Bentham e dell'affermazione in India di

un modello di rule of law applicabile sia agli inglesi che agli indigeni, oltre che di una più generale modernizzazione a partire dall'adozione dell'inglese come lingua dell'educazione superiore. I lavori della prima Law Commission si concentrarono sulla redazione di un codice penale, di cui un primo progetto venne presentato nel 1837, mentre quelli della seconda, istituita nel 1853, sulla procedura. L'effettiva adozione dei codici proposti dalle due prime commissioni ebbe luogo, tuttavia, solo successivamente alla Grande Rivolta del 1857-58 e alla sostituzione del governo della Compagnia con quello diretto dalla Corona. Viene quindi promulgato nel 1859 un codice di procedura civile (sostituito da un nuovo testo nel 1882, rimasto in vigore sino al 1908), seguito nel 1860 da un codice penale (un anno dopo la morte del suo "padre", Macaulay) e nel 1861 da un codice di procedura penale. Vennero, inoltre, adottate leggi in materia di contratti (Contract Act, 1872), di prove (Evidence Act, 1872), di trasferimento della proprietà (Transfer of Property Act, 1882, e poi 1929), sul trust (Trusts Act, 1882), sull'esecuzione forzata delle obbligazioni (Specific Relief Act, 1877) e sui titoli di credito (Negotiable Instruments Act, 1881). L'opera di legislazione penetrò, poi, anche in alcuni settori che riguardavano le persone, la famiglia e le successioni (Succession Act, 1865, poi 1925).

Le nuove leggi, pur tenendo presenti le particolarità dell'India, introdussero, dunque, **grossi nuclei di diritto inglese**. Tuttavia, nel processo di codificazione, i riformatori britannici non si limitarono unicamente a questa fonte di ispirazione, ma guardarono anche ad **altre esperienze giuridiche** che, nel continente europeo e quello americano, si erano sviluppate o si stavano sviluppando. È interessante notare come il **codice penale anglo-indiano**, a cui si è già accennato, (sez. IV), **vada ascritto alla tradizione europea continentale**. A ciò contribuiscono vari fattori. Innanzitutto la commissione era composta da giuristi scozzesi, notoriamente di civil law e più versati dei colleghi inglesi a trattare con la legge scritta; in secondo luogo, il diritto penale inglese era all'epoca oggetto in patria di dibattito perché ritenuto obsoleto e bisognoso di una profonda riforma generale; infine, le caratteristiche strutturali del diritto penale inglese lo rendevano di difficile esportazione in ambienti culturali profondamente diversi come quelli delle terre colonizzate. Il codice anglo-indiano supera queste difficoltà: i law commissioners dichiarano di rifarsi al codice penale e alla giurisprudenza francesi e di aver preso in considerazione anche il progetto di Livingston di Codice per la Louisiana, e non mancano riferimenti ai modelli penalistici europei dell'epoca. Il codice ha una particolarità: molte norme sono accompagnate da illustrations (brevi casi pilota) ed explanations (dei termini o dei concetti usati), strumenti utili a guidare i giudici a una interpretazione quanto più possibile uniforme delle norme.

Il progetto del codice civile per lo Stato di New York, elaborato da David Dudley Field, ispirò alcune disposizioni della legge sui contratti, mentre il codice di procedura civile dello Stato di New York, a sua volta ispirato da quello della Louisiana, servì da modello per il codice di procedura civile indiano. Ecco, dunque, come:

«la recezione dei caratteri giuridici inglesi basilari non significa che il diritto indiano (territoriale) imiti servilmente il modello inglese. I personaggi (britannici) che si sono distinti nell'opera di legislazione erano animati da una volontà riformistica e consideravano il diritto inglese metropolitano come viziato da regole obsolete ed irrazionali. Essi hanno allora provveduto ad utilizzare, quando ciò apparisse opportuno, modelli non inglesi (scozzesi, francesi, luisanesi). Del pari hanno svecchiato istituzioni inglesi

che, allora e anche in seguito, erano soggette a critiche; si riscontrano, perciò soluzioni originali nella vessata area della consideration, nella protezione del minore e nella responsabilità contrattuale. L'effetto fu che, nel momento della più intensa attività legislativa, il diritto indiano appariva come un diritto inglese modernizzato» (GAMBARO, SACCO, *Sistemi*, p. 377).

Questo considerevole lavoro di codificazione realizzato in India fu apprezzato anche all'estero. I codici indiani servirono da modello per altre parti dell'impero inglese ed anche la stessa Inghilterra prese a prestito talune disposizioni dello Indian General Clauses Act del 1868 per incorporarle nel suo Interpretation Act del 1889; l'arte di legiferare in lingua inglese beneficiò considerevolmente dello sforzo compiuto in India, aprendo, così, la strada a quel processo di "statutorification" che si è verificato in Inghilterra nel corso del XIX secolo (v. supra, Cap. III, § 3.4).

5.5. L'indipendenza e il diritto vigente: ancora tracce della tradizione giuridica occidentale

L'indipendenza dell'India, raggiunta nel 1947, non ha significato una rimessa in discussione delle concezioni radicatesi al tempo della dominazione britannica, né ha messo in pericolo l'opera di legislazione compiuta fino a quella data.

Nel 1950 la nuova costituzione del paese ha sovrapposto al diritto vigente al momento dell'indipendenza un testo di ben 395 articoli, che costituiscono una componente nuova nell'ordine giuridico indiano. Allo stesso tempo, l'art. 372 della costituzione ha proclamato che le leggi anteriori rimangono in vigore fino alla loro eventuale sostituzione e con il British Statutes Repeal Act del 1960 si è deciso di conservare 150 leggi dell'impero britannico (per una disamina completa sulla storia costituzionale indiana, v. AUSTIN, *The Indian Constitution*) (⇒ Appendice V, n. ⑤).

La costituzione indiana del 1950 è un esemplare prodotto della comparazione giuridica. La parte iniziale, in cui vengono sanciti i diritti e le libertà fondamentali, riconosciuti a tutti i cittadini, indipendentemente dalla loro casta di origine, razza, professione o religione (artt. 12-35), è mutuata in alcune sue formule dalla costituzione degli Stati Uniti d'America; per quanto concerne, invece, la struttura federale, la costituzione indiana trae spunto dai sistemi canadese ed australiano; mentre in relazione alle norme programmatiche, l'impostazione seguita è quella della costituzione irlandese (ACQUARONE, *Tra Dharma, Common law*, p. 71).

Alcuni studi hanno evidenziato che, successivamente alla raggiunta indipendenza, si è registrato un aumento dell'influenza della cultura giuridica americana su quella indiana ed un corrispondente declino di quella inglese (DHAVAN, *Borrowed Ideas*, pp. 505-526).

Il primo carattere originale del diritto indiano che lo avvicina all'ordinamento statunitense e lo allontana, invece, da quello inglese, è chiaramente la presenza della carta costituzionale. Con quest'ultima, l'India si è costituita in una **Unione federale oggi composta da ventinove Stati** e sette union territories, quindi, anche sotto questo profilo, si è avvicinata agli Stati Uniti d'America.

Tuttavia, è difficile comparare gli Stati dell'India con quelli americani. Innanzitutto, manca in India quell'unità linguistica che negli Stati Uniti costituisce, invece,

un solido vincolo. A livello federale, si auspica che l'hindi sostituisca, con l'andar del tempo, l'inglese, l'unica **lingua** attualmente capace di esprimere il discorso giuridico (DAVID, JAUFFRET-SPINOSI, *Sistemi*, p. 432).

In secondo luogo, i rapporti fra gli Stati e l'Unione sono stati regolati in modo diverso rispetto all'America: prerogative eccezionali sono state riconosciute alle autorità federali, che hanno il potere di intervenire ogni qualvolta il governo di uno Stato non appaia in condizione di funzionare in modo conforme alla costituzione, revocandone il governo in carica e sciogliendone l'Assemblea.

Il solo contrappeso al governo centrale è rappresentato dal **potere giudiziario che, alla maniera inglese ed americana, costituisce la vera spina dorsale del sistema giuridico**. In India non esiste, però, un apparato giudiziario per l'Unione ed un altro separato per gli Stati federati, ma è presente un unico corpo costituito dalle corti superiori degli Stati, con al vertice la **Corte suprema** che ha sede a Nuova Delhi.

Per definire il proprio ruolo e, più in generale, quello del potere giudiziario in India, la Corte suprema stessa, in una pronuncia del 1959, ha fatto ricorso alla comparazione costituzionale (OLIVETTI, *Note introduttive*, p. 18):

«la posizione del potere giudiziario in India è in qualche modo intermedia fra quella dei giudici in Inghilterra e negli Stati Uniti ... La Costituzione indiana, a differenza della Costituzione americana, non riconosce la supremazia assoluta della Corte sul potere legislativo, in quanto al di fuori del ristretto campo delle limitazioni costituzionali, il Parlamento indiano e i parlamenti statali sono supremi nei loro rispettivi ambiti di competenza e in tali ambiti i giudici non hanno in India poteri per svolgere il ruolo della Corte Suprema degli Stati Uniti» (*A.K. Gopalan v. State of Madras* ⇒ Appendice V, n. 12).

La funzione di freno della Corte suprema indiana al potere del governo centrale è stata, poi, acquisita dalla Corte con il succedersi degli anni senza un piano preordinato. Infatti, la Corte suprema, inizialmente investita del solo potere di pronunciarsi sulla costituzionalità delle leggi statali e federali, nel tempo si è attribuita anche il potere di controllare l'attività costituente del corpo politico.

Il sistema giuridico dell'India, quale si presenta oggi, non rientra dunque in nessuna categoria nota. Sempre più spesso il diritto indiano sta voltando le spalle ai modelli europei e "occidentali", preferendo elaborare metodi nuovi e più rispondenti alla situazione locale per affrontare complessi problemi di natura socio-giuridica.

Tuttavia, nel diritto attualmente vigente in India sono rinvenibili non solo ancora molte **tracce di common law**, ma anche talune più recenti **tracce riconducibili, invece, agli ordinamenti di civil law**: la presenza di queste ultime nel subcontinente indiano può essere considerata espressione di quel processo di avvicinamento tra common law e civil law che si sta contemporaneamente verificando all'interno della tradizione giuridica occidentale.

Numerosi sono i tratti peculiari dell'ordinamento indiano.

• In primo luogo, l'ordinamento giuridico indiano costituisce una **continuazione della common law non tanto nei contenuti quanto per i metodi di lavoro impiegati**: consultazione dei precedenti, conduzione del dibattimento processuale, redazione delle sentenze. Le soluzioni del diritto indiano possono essere diverse da quelle di

diritto inglese, ma si inseriscono in schemi ed usano concetti che sono gli schemi ed i concetti della common law (DAVID, JAUFFRET-SPINOSI, *Sistemi*, p. 428).

• Un secondo tratto tipico dell'ordinamento indiano è relativo al ruolo assunto dal giudice, il quale crea norme giuridiche se il legislatore è carente e, qualche volta, anche in opposizione ad esso. La Corte suprema dell'India ha, in particolar modo, assunto una funzione di supplenza rispetto alle carenze del legislatore, talora restio ad emanare leggi che potrebbero risultare impopolari, come accaduto, ad esempio, in occasione del progetto di legge in materia di adozioni internazionali: tale progetto venne duramente osteggiato dai musulmani, ostili all'idea di un'adozione capace di creare un vincolo di parentela ed, allora, la Corte suprema, investita del problema, con una sentenza emessa il 6 febbraio del 1984, ha previsto una regolamentazione dettagliata in materia.

Queste decisioni si impongono ai tribunali in virtù dell'art. 141 della costituzione, in base al quale ogni regola di diritto elaborata dalla Corte suprema vincola tutti gli organi giudiziari del paese (⇒ Appendice V, n. ⑤). Si è tentati di leggere in esso il **fondamento costituzionale della regola del precedente**, sebbene tale articolo faccia esclusivamente riferimento alla giurisprudenza della Corte suprema e non regoli, in via generale, l'operatività verticale del principio dello stare decisis. Peraltro, **la regola del precedente, nella realtà pratica, sta perdendo sempre più terreno** e ciò per più ragioni. In primo luogo, dall'indipendenza ad oggi, c'è stata un'intensa produzione legislativa, specialmente in materie socio-economiche non coperte da precedenti giudiziari, e, quindi, i giudici sono stati, per lo più, indotti a rivolgersi alla legge. In secondo luogo, essendo sconfinata la competenza della Corte suprema, le sentenze emesse da quest'ultima sono così numerose (e spesso contraddittorie) che per un giudice diventa difficile ricostruire lo stato attuale della giurisprudenza finendo, così, di fatto, per disporre di un'ampia libertà di scelta.

A proposito della Corte suprema indiana, è interessante notare come il **ricorso al diritto comparato - e soprattutto a casi statunitensi, britannici, australiani e canadesi - sia assai frequente nelle sue decisioni** (KIRBY, *The Supreme Court of India and Australian Law*, p. 66 ss.). La corte stessa, in una sentenza un po' risalente (*Sundararamier & Co. (M.P.V.) v. The State of Andhra Pradesh*, SCR, 1958, affermò che le pronunce della Corte suprema degli Stati Uniti, se utilizzate con molta prudenza, potevano essere degli utilissimi strumenti per il suo operato, specie per le problematiche legate al federalismo e per l'interpretazione della costituzione indiana. La giurisprudenza della Corte suprema statunitense ha chiaramente influenzato la sua omologa indiana in materia di diritti fondamentali (JOSHI, *The Constitution of India*, p. 86).

• Un **ultimo e più recente tratto** proprio del diritto indiano è **la predominanza della fonte legislativa**. Dall'indipendenza, l'India ha conosciuto un importante movimento legislativo ed il diritto ha cominciato ad identificarsi con la volontà del legislatore, aprendo la strada all'incontro con la civil law. Decisa a troncare ogni rapporto di continuità con la madrepatria ed a dotarsi di un diritto proprio, l'India ha scelto, quale principale strumento, quello legislativo, tipico di sistemi storicamente antitetici alla common law, per tradurre in testi di legge le idee maturate durante il movimento di liberazione. All'art. 44 della costituzione, l'India si è espressamente

dichiarata aperta alle codificazioni, auspicando la promulgazione di un **codice civile unificato per tutta la nazione** (\Rightarrow Appendice V, n. ⑬).

La messa in opera di questa norma programmatica ("principio direttivo", nelle categorie costituzionali indiane) non si è tuttavia rivelata semplice, in ragione delle implicazioni politiche dell'esistenza di statuti personali separati su base religiosa, e la dottrina indiana rimane molto divisa circa quale concezione di "codice civile" fosse propria dei costituenti.