



# diritto & religioni

**Semestrale**  
**Anno XIV - n. 1-2019**  
**gennaio-giugno**

ISSN 1970-5301

**27**



**LUIGI  
PELLEGRINI  
EDITORE**

# Diritto e Religioni

Semestrale  
Anno XIV – n. 1-2019  
**Gruppo Periodici Pellegrini**

*Direttore responsabile*  
Walter Pellegrini

*Direttori*  
Mario Tedeschi – Maria d'Arienzo

*Comitato scientifico*

F. Aznar Gil, A. Albisetti, A. Autiero, R. Balbi, G. Barberini, A. Bettetini, F. Bolognini, P. Colella, O. Condorelli, P. Consorti, R. Coppola, G. Dammacco, P. Di Marzio, F. Falchi, A. Fuccillo, M. Jasonni, G. Leziroli, S. Lariccia, G. Lo Castro, M. F. Maternini, C. Mirabelli, M. Minicuci, R. Navarro Valls, P. Pellegrino, F. Petroncelli Hübler, S. Prisco, A. M. Punzi Nicolò, M. Ricca, A. Talamanca, P. Valdrini, G.B. Varnier, M. Ventura, A. Zanotti, F. Zanchini di Castiglionchio

*Struttura della rivista:*

## Parte I

SEZIONI

*Antropologia culturale*

*Diritto canonico*

*Diritti confessionali*

*Diritto ecclesiastico*

*Sociologia delle religioni e teologia*

*Storia delle istituzioni religiose*

DIRETTORI SCIENTIFICI

M. Minicuci

A. Bettetini, G. Lo Castro

M. d'Arienzo, V. Fronzoni,

A. Vincenzo

G.B. Varnier

M. Jasonni, G.B. Varnier

M. Pascali

R. Balbi, O. Condorelli

## Parte II

SETTORI

*Giurisprudenza e legislazione amministrativa*

*Giurisprudenza e legislazione canonica*

*Giurisprudenza e legislazione civile*

*Giurisprudenza e legislazione costituzionale  
e comunitaria*

*Giurisprudenza e legislazione internazionale*

*Giurisprudenza e legislazione penale*

*Giurisprudenza e legislazione tributaria*

RESPONSABILI

G. Bianco, R. Rolli

M. Ferrante, P. Stefanì

L. Barbieri, Raffaele Santoro,

Roberta Santoro

G. Chiara, R. Pascali, C.M. Pettinato

S. Testa Bappenheim

V. Maiello

A. Guarino, F. Vecchi

## Parte III

SETTORI

*Lecture, recensioni, schede,  
segnalazioni bibliografiche*

RESPONSABILI

M. Tedeschi

AREA DIGITALE

Fabio Balsamo, Caterina Gagliardi

*Direzione:*

**Cosenza** 87100 – Luigi Pellegrini Editore  
Via Camposano, 41 (ex via De Rada)  
Tel. 0984 795065 – Fax 0984 792672  
E-mail: info@pellegrineditore.it

**Napoli** 80133- Piazza Municipio, 4  
Tel. 081 5510187 – 80133 Napoli  
E-mail: dirittoereligioni@libero.it

*Redazione:*

**Cosenza** 87100 – Via Camposano, 41  
Tel. 0984 795065 – Fax 0984 792672  
E-mail: info@pellegrineditore.it

**Napoli** 80134 – Dipartimento di Giurisprudenza Università degli studi di Napoli Federico II  
I Cattedra di diritto ecclesiastico  
Via Porta di Massa, 32  
Tel. 081 2534216/18

Abbonamento annuo 2 numeri:

per l'Italia, € 75,00

per l'estero, € 120,00

un fascicolo costa € 40,00

i fascicoli delle annate arretrate costano € 50,00

È possibile acquistare singoli articoli in formato pdf al costo di € 8,00 al seguente link: [www.pellegrineditore.com/node/360](http://www.pellegrineditore.com/node/360)

Per abbonarsi o per acquistare fascicoli arretrati rivolgersi a:

Luigi Pellegrini Editore

Via De Rada, 67/c – 87100 Cosenza

Tel. 0984 795065 – Fax 0984 792672

E-mail: info@pellegrineditore.it

Gli abbonamenti possono essere sottoscritti tramite:

– versamento su conto corrente postale n. 11747870

– bonifico bancario Iban IT 88R010308880000000381403 Monte dei Paschi di Siena

– assegno bancario non trasferibile intestato a Luigi Pellegrini Editore.

– carta di credito sul sito [www.pellegrineditore.com/node/361](http://www.pellegrineditore.com/node/361)

Gli abbonamenti decorrono dal gennaio di ciascun anno. Chi si abbona durante l'anno riceve i numeri arretrati. Gli abbonamenti non disdetti entro il 31 dicembre si intendono rinnovati per l'anno successivo. Decorso tale termine, si spediscono solo contro rimessa dell'importo.

Per cambio di indirizzo allegare alla comunicazione la targhetta-indirizzo dell'ultimo numero ricevuto.

Tutti i diritti di riproduzione e traduzione sono riservati.

La collaborazione è aperta a tutti gli studiosi, ma la Direzione si riserva a suo insindacabile giudizio la pubblicazione degli articoli inviati.

Gli autori degli articoli ammessi alla pubblicazione, non avranno diritto a compenso per la collaborazione. Possono ordinare estratti a pagamento.

Manoscritti e fotografie, anche se non pubblicati, non saranno restituiti.

Autorizzazione presso il Tribunale di Cosenza.

Iscrizione R.O.C. N. 316 del 29/08/01

ISSN 1970-5301

# *Il triplo talāq al vaglio della Corte Suprema indiana*

MARCO SEGHEGIO

*SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il concetto di diritto anglo-islamico – 2.1 La sua genesi – 2.2 ...E il suo sviluppo – 2.3 Il diritto anglo-musulmano nel formante legislativo – 3. Il triplo talāq – 4. L'intervento della Corte Suprema – 4.1 La decisione – 4.2 L'opinione di Khehar e Nazeer – 4.3 L'opinione di Joseph – 4.4 L'opinione di Nariman e Lalit – 5. Il dispositivo della sentenza – 6. Successive evoluzioni giurisprudenziali – 7. Iniziative legislative – 8. Conclusioni*

## *1. Introduzione*

Com'è noto, anche sotto il profilo giuridico, l'India contemporanea appare un sistema complesso, in cui si intersecano più sottosistemi od ordinamenti. Uno di questi è costituito dal diritto territoriale indiano, laico e di produzione statale, che vincola tutti coloro che si trovino all'interno del territorio su cui lo Stato indiano esercita il proprio *imperium*.

Per ragioni storiche, tuttavia, esso rimanda, nell'ambito dello statuto personale,<sup>1</sup> ad una pluralità di diritti personali,<sup>2</sup> applicabili sulla base dell'appartenenza del singolo ad una determinata comunità,<sup>3</sup> con la conseguenza

---

<sup>1</sup> Si tratta delle norme riguardanti lo stato e la capacità delle persone, il matrimonio, la filiazione, l'adozione, la tutela e le successioni.

<sup>2</sup> E ciò malgrado l'articolo 44 della Costituzione vincolò lo Stato a promulgare un Codice Civile che si applichi a tutti i cittadini indiani. Contro tale apatia del legislatore più volte ha avuto modo di esprimersi la Corte Suprema, ogni volta esortando il parlamento ad ottemperare a tale ordine; sul tema, si può rimandare, per esempio, a *Smt. Sarla Mudgal, President, Kalyani & Ors v Union of India & Ors*, AIR 1995 SC 1531. Per una breve analisi in lingua italiana dell'articolo di cui tratta si rimanda a LORENZA ACQUARONE, *Tra dharma, common law e WTO. Un'introduzione al sistema giuridico dell'India*, Cuem, Milano, 2006, p. 94 e ss.

<sup>3</sup> Si tratta dei diritti indù, islamico, cristiano, parsi ed ebreo; infatti, «il diritto di famiglia indiano è un labirinto in cui può sembrare difficoltoso orientarsi. [...] Per individuare la disciplina che regola una controversia in materia matrimoniale occorre, innanzitutto, considerare a quale comunità appartengono le parti coinvolte. Diverse leggi disciplinano la fattispecie e sono applicabili su base personale, ossia a seconda della comunità di appartenenza: esiste una normativa sul matrimonio e sullo scioglimento dello stesso per gli hindu, una per i musulmani, una per i parsi ed, inoltre, una applicabile ai matrimoni

che, in tali materie, ai cittadini indú si applica il diritto indú, *rectius* il diritto anglo-indú, e ai cittadini islamici si applica il diritto islamico, *rectius* il diritto anglo-islamico.

Si tratta di una scelta rispettosa del pluralismo della società indiana, che ha, però, talvolta, condotto ad antinomie fra le disposizioni dei diritti personali e quelle del diritto territoriale o della Costituzione stessa.<sup>4</sup> In queste circostanze, l'intervento della giurisprudenza è stato reso maggiormente complesso dalla considerazione che molte delle pratiche previste dai diritti di cui si tratta sono religiosamente orientate e, pertanto, possono ambire a godere delle tutele predisposte dalla legge fondamentale nei confronti della libertà religiosa.<sup>5</sup>

Un simile caso di contrasto è rappresentato dalla questione del divorzio mediante triplo *talāq*, che verrà qui esaminata.

## *2. Il concetto di diritto anglo-islamico*

L'espressione 'diritto anglo-islamico' è stata coniata per riferirsi all'ordinamento giuridico ibrido nato dalla commistione fra i principî giuridici islamici e i precetti del *common law*.

Infatti, sin da prima dell'arrivo dei colonizzatori britannici, nella sfera di cui si tratta, agli indiani si applicava il rispettivo diritto personale. Gli inglesi, desiderosi di non interferire oltremodo in tali questioni, mantennero in vigore il sistema previgente, con la conseguenza che ai musulmani ed agli indú, sia per nascita sia per conversione,<sup>6</sup> continuò ad applicarsi il diritto personale del-

---

tra appartenenti a comunità diverse o a coloro che hanno contratto solo matrimonio civile», LORENZA ACQUARONE, *Tra dharma, common law e WTO. Un'introduzione al sistema giuridico dell'India*, cit., p. 91. Una sintesi completa delle regole per determinare quale diritto si applichi si trova in PARAS DIWAN, PEEYUSHI DIWAN, *Family Law: Hindus, Muslims, Christians, Parsis and Jews*, Allahabad Law Agency, Faridabad, 2012, p. 2 e ss.

<sup>4</sup> Più in generale, un simile approccio improntato all'applicazione alle diverse comunità del proprio diritto personale ha, come conseguenza naturale, il prodursi di situazioni di disparità di trattamento, per esempio per quanto riguarda il trattamento delle donne. I tentativi di uniformazione finora fatti hanno, però, prodotto risultati limitati, frutto principalmente dell'intervento da parte del formante giurisprudenziale. Sul tema si può rimandare a CHIARA CORRENDO, DOMENICO FRANCAVILLA, *Legislazione e diritti personali in India*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2, 2017, p. 357.

<sup>5</sup> Ed è stato, perciò, necessario determinare entro quali limiti le pratiche *de quibus* potessero essere considerate manifestazioni religiose protette dalla Costituzione, sia per risolvere i casi di antinomia, ma anche per individuare gli eventuali limiti all'attività del legislatore. Sul tema, *ex multis*, si può rimandare a FRANCESCO ALICINO, *Libertà religiosa e principio di laicità in India*, in DOMENICO AMIRANTE, CARMELA DECARO, EVA PFÖSTL (a cura di) *La Costituzione dell'Unione Indiana. Profili introduttivi*, Giappichelli, Torino, 2013 ed a VALENTINA RITA SCOTTI, *Defining religion: the Supreme Court of India and the 'Essential Practice of Religion' Doctrine*, in *Diritto e religioni*, 1, 2017, p. 440.

<sup>6</sup> Infatti, con la conversione, il convertito rinuncia *in toto* alla sua religione precedente ed al suo

la comunità di appartenenza,<sup>7</sup> nel rispetto delle prescrizioni ed interpretazioni proprie della specifica scuola.<sup>8</sup>

Tuttavia, i precetti di tali diritti personali erano applicati da giudici formati all'interno di un ordinamento totalmente diverso e, a causa di ciò, questi ultimi finirono, in maniera più o meno volontaria, per ibridare i sistemi giuridici tradizionali con quello britannico.

## 2.1. La sua genesi

La colonizzazione inglese dell'India cominciò nel corso del XVIII secolo. In questa fase, l'obiettivo principale dei britannici era ottenere il massimo guadagno possibile con il minimo dispendio di risorse, sia politiche sia militari.<sup>9</sup>

Per tale ragione, la Compagnia delle Indie Orientali, originariamente incaricata dello sfruttamento delle risorse locali e del commercio con la colonia,<sup>10</sup> trovò conveniente tollerare e adattarsi a molti aspetti della società indiana

---

status all'interno della stessa, v. NOSHIRVAN H. JHABVALA, *Principles of Mahomedan Law*, C. Jamnadas, Bombay, 1967, p. 21. Tuttavia, per quanto riguarda la conversione all'islam, affinché essa sia considerata legittima e porti all'applicazione del diritto musulmano, il convertito deve dimostrare che la propria intenzione di adottare tale religione era genuina ed in buona fede, v. RAMA KANT SINHA, *The Muslim Law: Muslim Law as Applied in India*, Central Law Agency, Allahabad, 2006, p. 4. Per le problematiche offerte dalla conversione alla religione indù, si rimanda a PARAS DIWAN, *Family Law*, Allahabad Law Agency, Faridabad, 2009, p. 2. Si veda anche la sentenza della Corte Suprema nel caso *The Controller of Estate Duty, Mysore, Bangalore v Haji Abdul Sattar Sait & Ors*, 1973, 1 S.C.R., p. 231.

<sup>7</sup> In particolare, per quanto riguarda il matrimonio, nel 1872, gli inglesi promulgarono due leggi: il *Christian Marriage Act*, che si applicava ai matrimoni in cui almeno un nubendo fosse di religione cristiana, e lo *Special Marriage Act*, riguardante le unioni civili fra soggetti che non si professavano indù, musulmani, cristiani, parsi, o di religione ebraica, v. ALAN GLEDHILL, *The Influence of Common Law and Equity on Hindu Law since 1800*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 3, 1954, p. 576 e p. 589.

<sup>8</sup> Per i musulmani, il riferimento è alle due scuole principali dell'islam, ossia i sunniti e gli sciiti, a loro volta suddivise in sotto-scuole. Per quanto riguarda l'India, la sotto-scuola sunnita in cui s'identifica la maggioranza dei fedeli è quella hanafita, mentre, per quanto riguarda gli sciiti, si tratta del filone dei duodecimani, v. NOSHIRVAN H. JHABVALA, *Principles of Mahomedan Law*, cit., pp. 24-25. Quanto agli indù, invece, il riferimento alle scuole si riferisce al *dayabhaga* e al *mitakshara*, a sua volta suddiviso in quattro sotto-scuole: *benares*, *mithila*, *maharashtra* e *dravida*, v. SATYAJEET A. DESAI, *Mulla's Principles of Hindu Law*, Butterworths, Nuova Delhi, 2012, pp. 58-59.

<sup>9</sup> Tale atteggiamento era perfettamente in linea con l'opinione dei colonizzatori che in Asia, contrariamente alla situazione americana, non sarebbe stato possibile convertire al cristianesimo le numerose popolazioni che essi volevano governare con massimo profitto e minima spesa. Gli inglesi si rendevano conto che i costi derivanti dall'imposizione del *common law* sarebbero stati troppo pesanti a fronte di interessi incerti. Cfr. JEAN LOUIS HALPÉRIN, *Western Legal Transplants and India*, in *Jindal Global Law Review*, 2, 2010, p. 14.

<sup>10</sup> La Compagnia delle Indie Orientali, dalla fine del XVIII secolo fino alla metà del XIX, go-

precoloniale, affidandosi persino alla collaborazione di intermediari nativi e reclutando agenti di polizia indigeni, al fine di mantenere l'effettivo controllo sul Paese senza che fosse necessario ricorrere ad un ampio uso della forza.<sup>11</sup>

Questo spinse, perlomeno in origine, i colonizzatori a cercare di non turbare l'ordine preesistente, in tal maniera conformandosi alle soluzioni adottate dall'impero Moghul, che controllava una buona parte del subcontinente prima dell'arrivo degli inglesi.<sup>12</sup> All'interno di tale sistema, ciascuna comunità normava lo statuto personale dei suoi appartenenti in base al proprio diritto religioso<sup>13</sup>. Così, tale struttura fu mantenuta dai britannici.

Tuttavia, col passare del tempo ed il graduale consolidamento del potere coloniale in India,<sup>14</sup> si assisté ad un mutamento di approccio, che si tradusse in una maggiore interferenza degli inglesi nella sfera di cui si tratta, con la promulgazione di leggi che intervennero a modificare i diritti tradizionali.<sup>15</sup>

Di conseguenza, le strutture indigene, in origine parzialmente tollerate e, perciò, mantenute, furono modificate mediante l'introduzione di innovazioni e di cambiamenti che, a loro volta, condussero alla creazione di nuove istituzioni, incorporando i vecchi meccanismi locali.<sup>16</sup> Tra questi è possibile annoverare il nuovo sistema di tribunali, istituito sulla base delle disposizioni del Piano Hastings del 1772.<sup>17</sup>

---

vernò direttamente sui territori del *muffassal*, vale a dire su quelle aree che non facevano parte delle cosiddette *presidency towns* ossia Madras, Calcutta e Bombay, dove la sovranità era condivisa con la corona britannica, su cui v. ALAN GLEDHILL, *The Influence of Common Law and Equity on Hindu Law since 1800*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 1954, p. 576.

<sup>11</sup> MICHAEL R. ANDERSON, *Islamic law and the colonial encounter in British India*, Women Living Under Muslim Laws, Grabels, 1996, p. 4.

<sup>12</sup> *Ibidem*, pp. 4-5, dove l'autore scrive che gli inglesi esercitarono il potere adattandosi ai contorni del sistema politico pre-coloniale, ivi compreso l'ordinamento giuridico.

<sup>13</sup> Gli imperatori della dinastia Moghul appartenevano alla scuola hanafita, la piú importante scuola sunnita e, per tale motivo, il diritto applicato dalle corti fino all'arrivo degli inglesi fu quello hanafita, v. NOSHIRVAN H. JHABVALA, *Principles of Mahomedan Law*, cit., p. 10.

<sup>14</sup> SHEIKH K. RASHID, *Islamization of Muhammadan law in India*, in *The American Journal of Islamic Social Science*, 5, 1998, p. 135 e pp. 139-140.

<sup>15</sup> V. *amplius* ANDREA BORRONI, MARCO SEGHESSIO, *Comparing Hybrid Legal Systems in India: Similarities in Diversity*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016, p. 543.

<sup>16</sup> MICHAEL R. ANDERSON, *Islamic law and the colonial encounter in British India*, cit., p. 5.

<sup>17</sup> Warren Hasting fu nominato Governatore del Bengala e, poiché l'ordinamento giudiziario indigeno era quasi sull'orlo del collasso, fu autorizzato dalla Compagnia delle Indie Orientali ad apportare significativi mutamenti al sistema di corti locali. Per questo motivo, egli formulò il suo *Judicial Plan* del 1772, che si componeva di 37 regolamenti relativi al diritto civile e penale. Tale piano mirava a correggere i difetti del sistema giudiziario senza distruggere le tradizioni dei sistemi indigeni (SUCHETA MEHRA, *Development of Adalat System during the time of Warren Hastings*, disponibile presso <http://www.legalservicesindia.com/article/252/Development-of-Adalat-System-during-the-time-of-Warren->

Questi nuovi tribunali avevano il compito di applicare le norme tradizionali,<sup>18</sup> in questo modo finendo per dividere la popolazione in due categorie principali in base alla religione del singolo, senza prestare eccessiva attenzione alle differenze presenti all'interno di ciascuna confessione. Ciononostante, tale nuovo sistema ebbe, perlomeno inizialmente, un impatto piuttosto limitato.

Infatti, mentre le élite locali si affidavano spesso alle corti coloniali,<sup>19</sup> il resto della società continuò a preferire il ricorso ad organi autoctoni che, sotto il dominio Moghul, avevano acquisito un certo grado di autonomia.<sup>20</sup>

Inoltre, già all'arrivo degli inglesi, l'India era una società multietnica, caratterizzata dalla coesistenza di diversi gruppi religiosi e da una forte frammentazione politica e giuridica.<sup>21</sup>

In un tale ambiente, i britannici si trovarono di fronte ad un serio problema di controllo, aggravato anche dallo stile di amministrazione adottato, che puntava ad assicurare il governo del territorio, da un lato, minimizzando gli sforzi e il coinvolgimento, dall'altro cercando di massimizzare il profitto. Un tale approccio condusse il potere coloniale a contentarsi di ottenere delle semplificazioni, affidabili e ragionevolmente accurate, delle norme che reggevano la vita sociale indigena senza impegnare grandi capitali o forza lavoro.<sup>22</sup>

Nacquero così i diritti ibridi locali.

---

Hastings.html, ultimo accesso dicembre 2018).

<sup>18</sup> MICHAEL R. ANDERSON, *Islamic law and the colonial encounter in British India*, cit., p. 5. Nel 1773, nei territori sotto il controllo della Compagnia delle Indie Orientali furono istituiti tribunali del *muffassal*, presso cui erano impiegati come giudici dei dipendenti della Compagnia. Per converso, nelle *presidency towns*, nei tribunali operavano dei giuristi inglesi nominati dalla corona. Questi due sistemi giudiziari furono fusi soltanto nel 1861. Malgrado la presenza di due distinti sistemi locali, al vertice di entrambi si situava il *Privy Council*, le cui decisioni erano vincolanti per tutte le corti sottostanti, si veda ALAN GLEDHILL, *The Influence of Common Law and Equity on Hindu Law since 1800*, cit., pp. 578-579.

<sup>19</sup> In generale, le élites musulmane locali accettarono che varie parti della *shari'a* fossero sostituite da norme o codici di ispirazione occidentale, ad esclusione dello statuto personale, in cui, invece, si assisté ad un processo di riforma condotto attraverso un processo di progressiva reinterpretazione dei precetti tradizionali, si veda JOHN L. ESPOSITO, *Perspectives on Islamic Law Reform: The Case of Pakistan*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, 13, 1980-1981, p. 217. E, anzi, sovente i ricchi membri di tali élites sfruttarono il sistema a proprio vantaggio: i tribunali, infatti, rappresentavano strumenti attraverso cui costoro potevano conservare e rafforzare la propria autonomia e predominanza all'interno della comunità, v. MICHAEL R. ANDERSON, *Islamic law and the colonial encounter in British India*, cit., pp. 6-7.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>21</sup> Spesso, infatti, anche all'interno della stessa comunità prevalevano pratiche diverse e si seguivano fonti giuridiche o tradizioni divergenti.

<sup>22</sup> MICHAEL R. ANDERSON, *Islamic law and the colonial encounter in British India*, cit., p.10.



## 2.2. ...E il suo sviluppo

Malgrado l'espresso desiderio da parte del potere coloniale di astenersi dall'interferire nei sistemi giuridici locali e di continuare a seguire i diritti e le prassi tradizionali, gli assunti di base su cui gli inglesi basarono la propria applicazione dei diritti autoctoni erano fuorvianti, quando non del tutto sbagliati.<sup>23</sup>

In effetti, seguendo il piano di Hastings, i britannici ritenevano che fosse possibile incorporare i sistemi giuridici nativi all'interno del quadro istituzionale britannico senza rischiare di compromettere significativamente l'integrità né dei primi né delle seconde.<sup>24</sup> Si trattava di un postulato erroneo, eppure esso guidò l'agire degli inglesi.

Fu per tale motivo, unito alla complessità del diritto islamico ed alla necessità d'avere dei precetti semplici ed applicabili a tutti, che i colonizzatori finirono per ridurre la *shari'a* ad un insieme di regole giuridiche più o meno omogenee:<sup>25</sup> ciò portò a 'ridicolizzare, sminuire o troncare' ogni aspetto di tale ordinamento.<sup>26</sup>

Infatti, i giudici coloniali presupponevano che ad ogni musulmano potesse applicarsi un insieme di regole rigide e definite, una presunzione che non solo era in contrasto con la dottrina islamica, ma era anche inadeguata a riconoscere le peculiarità giuridiche dei vari gruppi.<sup>27</sup>

Ma questi non furono gli unici errori commessi dai britannici.

Infatti, essi scelsero di affidarsi esclusivamente ad alcuni testi tradizionali, trattandoli come giuridicamente vincolanti e applicandoli nella maniera più ampia e rigorosa possibile. In particolare, gli inglesi applicavano in maniera diretta il Corano e pochi altri testi giuridici – come l'*al-Hidaya* e l'*al-Sirajiyya* –, che, al contrario, erano normalmente interpretati ed adattati alle necessità del caso concreto dall'autorità del *qadi*.<sup>28</sup> Questo condusse all'affermazione

---

<sup>23</sup> Si vedano LORENZA ACQUARONE, *Tra dharma, common law e WTO. Un'introduzione al sistema giuridico dell'India*, cit., p. 32 ss.; ANDREA BORRONI, MARCO SEGHEGIO, *Comparing Hybrid Legal Systems in India: Similarities in Diversity*, cit., p. 564 ss.

<sup>24</sup> MICHAEL R. ANDERSON, *Islamic law and the colonial encounter in British India*, cit., p. 10.

<sup>25</sup> *Ivi*, p. 11.

<sup>26</sup> SHEIKH K. RASHID, *Islamization of Muhammadan law in India*, cit., p. 135, dove l'autore lamenta come gli inglesi privarono i musulmani del loro senso di identità, sostituendo buona parte della *shari'a* con il diritto inglese e mutilando sistematicamente il resto in un sistema giuridico ibrido.

<sup>27</sup> MICHAEL R. ANDERSON, *Islamic law and the colonial encounter in British India*, cit., p. 11. Peraltro, in tale semplificazione della *shari'a* non figurava alcuna distinzione fra sunniti e sciiti.

<sup>28</sup> I *qadi* erano giuristi che, durante l'impero Moghul e, successivamente, per una parte del periodo coloniale, avevano l'incarico di amministrare la giustizia, applicando la *shari'a*. La decisione di abolire l'ufficio di *qadi*, per effetto del *Kazi Act*, 1864, per sostituirli con giudici inglesi, fu fortemente

della supremazia dei testi antichi sulla loro interpretazione, partendo dal presupposto che solo questi potessero offrire una conoscenza affidabile del quadro giuridico indiano.

A questo si aggiungeva il fatto che gli inglesi difettavano della giusta comprensione dell'ambiente sociale cui le leggi avrebbero dovuto essere adattate, il che aggravò il problema della loro irrispettosa applicazione.<sup>29</sup>

Inoltre, le corti introdussero altresí taluni principî tipici del *common law* come la dottrina del precedente vincolante ed il principio di equità.

Successivamente, sul finire del XIX secolo, una volta che il potere coloniale aveva consolidato la sua autorità e aumentato la sua capacità di gestire efficacemente la resistenza indigena, i britannici decisero di non limitare piú la loro influenza al trapianto di specifici istituti. Ebbe, cosí, inizio un'opera di graduale sostituzione di alcune parti dei diritti autoctoni con leggi che s'ispiravano alla sensibilità dei colonizzatori.<sup>30</sup>

In particolare, la modifica dei precetti islamici può essere fatta risalire specificamente al 1861, colla costituzione della terza *Law Commission*, che promulgò sei leggi,<sup>31</sup> che presero, in generale, il posto della *shari'a* nei rispettivi campi di applicazione.<sup>32</sup>

Per di piú, poiché gli esperti autoctoni erano stati rimossi dalle loro funzioni di consulenti dei giudici – e in linea con l'approccio inglese che accordava supremazia ai testi antichi rispetto ai costumi –, i britannici disposero che alcune altre fonti di diritto tradizionale fossero tradotte, cosicché le corti potessero interpretarle ed applicarle autonomamente. Furono, cosí, tradotti la *fatwa*

---

contestata dai musulmani ed è considerata una delle cause principali della nascita del diritto anglo-musulmano, cfr. SHEIKH K. RASHID, *Islamization of Muhammadan law in India*, cit., pp. 140-141. Nelle altre colonie, invece, come la Nigeria britannica o l'Algeria francese, la *shari'a* si è evoluta in una maniera simile pure dopo l'inizio della dominazione coloniale, perché in esse i *qadi* hanno continuato ad interpretare il diritto, a differenza di quanto accadde in India, laddove tutte le richieste di reintrodurre queste figure furono rigettate, *Ibidem*, p. 140.

<sup>29</sup> MICHAEL R. ANDERSON, *Islamic law and the colonial encounter in British India*, cit., p. 11. Adottando un approccio che s'adagiava supinamente sui soli testi, i britannici ridussero i musulmani ed il loro diritto ad un'immagine fissa, in cui ogni deviazione era percepita come un pericolo che avrebbe potuto pregiudicare la verità dell'islam. Di conseguenza, cosí facendo, gli inglesi contribuirono all'idea che la *shari'a* costituisce un codice religioso immutabile e inflessibile. Cfr. ANVER M. EMON, *Conceiving Islamic Law in a Pluralist Society: History, Politics and Multicultural Jurisprudence*, in *Singapore Journal of Legal Studies*, 2006, p. 331 e p. 340.

<sup>30</sup> MICHAEL R. ANDERSON, *Islamic law and the colonial encounter in British India*, cit., p. 7. Una simile tendenza può esser fatta risalire al Piano Hastings, che prevedeva l'applicazione dei principî di giustizia, equità e buona coscienza nei casi in cui i diritti indigeni non avessero previsto alcuna regola.

<sup>31</sup> Si tratta dell'*Indian Succession Act*, dell'*Indian Contract Act*, del *Negotiable Instruments Act*, dell'*Indian Evidence Act*, del *Transfer of Property Act*, nonché del *Criminal Procedure Act*, v. SHEIKH K. RASHID, *Islamization of Muhammadan law in India*, cit., p. 140.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

*Almagiri* e parte dell'*Itna 'Ashariya*, un testo appartenente alla scuola sciita.<sup>33</sup>

Queste opere, insieme con le poche altre che già erano disponibili in inglese, costituirono la sola base testuale dell'intero diritto anglo-musulmano.<sup>34</sup> Da ciò non può che discendere che, alla luce della vastità e della varietà del diritto islamico, il limitato numero di fonti a disposizione dei tribunali si tradusse in un quadro inadeguato e, purtroppo, insufficiente di tale diritto.<sup>35</sup>

Tali sforzi contribuirono all'instaurazione di un islam essenziale, statico ed incapace di cambiare dall'interno.<sup>36</sup>

In realtà, già nel 1835, sotto l'influenza di Jeremy Bentham, che precedentemente aveva sostenuto in patria i benefici di una codificazione, era stata costituita la prima *Indian Law Commission*, coll'incarico di sviluppare un ampio *corpus* di regole<sup>37</sup> ispirate al modello britannico. Tale attività fu, tuttavia, limitata ai settori di maggiore interesse per gli inglesi, come la giustizia e le attività commerciali;<sup>38</sup> sicché, tale fervore non raggiunse mai l'ambito dello statuto personale, che continuò ad essere regolato in base al diritto della comunità di appartenenza.

Al fine, però, di facilitare ai giudici la conoscenza dei precetti tradizionali, s'incoraggiò la redazione di raccolte di materiali ordinati in modo tematico.<sup>39</sup>

Tali testi, allo scopo di semplificare e sistematizzare la trattazione della materia, finirono per ulteriormente ridurre le differenze dottrinali all'interno di ciascun sistema, snaturando la loro complessità originaria. Il diritto risultante divenne un corpo fisso di regole immutabili,<sup>40</sup> che un autore non esita a definire 'a travesty of *shari'a*'.<sup>41</sup>

L'ultima significativa differenza fra le tradizioni giuridiche preesistenti e le loro nuove forme ibride risiede nelle fonti del diritto. Infatti, alle fonti tra-

---

<sup>33</sup> ANDREA BORRONI, MARCO SEGHESSIO, *Comparing Hybrid Legal Systems in India: Similarities in Diversity*, cit., p. 543 e p. 570.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

<sup>35</sup> MICHAEL R. ANDERSON, *Islamic law and the colonial encounter in British India*, cit., pp. 13-14.

<sup>36</sup> *Ivi*, p.13.

<sup>37</sup> Halpérin scrive che la codificazione indiana era qualcosa di unico, una sorta di modello intermedio di codificazione tra quella continentale in Europa e alcuni esempi di leggi avanzate promulgate in Inghilterra. Cfr. JEAN LOUS HALPÉRIN, *Western Legal Transplants and India*, cit., p. 27. In effetti, ben si potrebbe argomentare che il diritto anglo-indiano raggiunse un livello di codificazione talmente esteso da superare quello raggiunto dallo stesso diritto inglese dell'epoca.

<sup>38</sup> Si veda ANTONIO GAMBARO, RODOLFO SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Utet, Milano, 2008, p. 500.

<sup>39</sup> MICHAEL R. ANDERSON, *Islamic law and the colonial encounter in British India*, cit., p. 14

<sup>40</sup> *Ivi*, p. 13

<sup>41</sup> SHEIKH K. RASHID, *Islamization of Muhammadan law in India*, cit. p. 142

dizionali della *shari'a*<sup>42</sup> gli inglesi aggiunsero gli usi, i precedenti, le leggi, e i principi di 'justice, equity, and good conscience'.<sup>43</sup>

### 2.3. Il diritto anglo-musulmano nel formante legislativo

Quando, nel 1947, formalmente l'India ottenne l'indipendenza, ormai l'eredità legale e giudiziaria coloniale si era saldamente radicata nel Paese.

Nel 1937, infatti, era stato promulgato il *Muslim Personal Law Act*, o *Shariat Act*, che aveva sostituito tutte le precedenti regole che prevedevano il ricorso al diritto *de quo* nei confronti dei musulmani nei vari Stati indiani. A tal riguardo, la legge perseguiva l'obiettivo di dettare disposizioni per uniformare l'applicazione del diritto personale islamico ai musulmani in tutto il subcontinente.

Si tratta di una legge significativa, perché formalizza ufficialmente il principio secondo cui i cittadini di religione islamica sono governati, per certi aspetti, dal proprio diritto personale. In particolare, l'art. 2 prescrive che, nelle materie espressamente elencate, i giudici siano tenuti ad applicare il diritto anglo-musulmano<sup>44</sup> in caso di controversie tra musulmani, 'nonostante qualsiasi consuetudine o uso contrario'.<sup>45</sup>

In base all'articolo in parola, la legge si applica alle seguenti questioni, ad eccezione di quelle riguardanti i terreni agricoli: la successione *ab intestato*, le forme speciali di proprietà delle donne, compresi i beni personali ereditati o ottenuti in virtù di contratto o donazione o qualsiasi altra disposizione di diritto personale, matrimonio, scioglimento del matrimonio, compresi *talāq*, *ila*, *zihar*, *han*, *khula* e *Mubara'at*, mantenimento, dote, tutela, donazioni, trust, proprietà in trust e *waqfs* (diversi da enti di beneficenza e istituzioni caritatevoli e donazioni caritatevoli e religiose).<sup>46</sup>

---

<sup>42</sup> Vale a dire, il Corano, la *sunna*, gli *hadith*, l'*ijma* e il *qiyas*.

<sup>43</sup> NOSHIRVAN H. JHABVALA, *Principles of Mahomedan Law*, cit., pp. 27-31.

<sup>44</sup> In questo contesto, la parola '*shariat*' era usata per riferirsi al diritto personale islamico, senza che l'uso di tale termine vi importasse alcuna variazione, v. IQBAL ALI KHAN, *Mulla's Principles of Mahomedan Law*, LexisNexis, Gurgaon, 2013, p. 4.

<sup>45</sup> L'articolo statuisce che «notwithstanding any customs or usage to the contrary, in all questions (save questions relating to agricultural land) regarding intestate succession, special property of females, including personal property inherited or obtained under contract or gift or any other provision of Personal Law, marriage, dissolution of marriage, including *talāq*, *ila*, *zihar*, *lian*, *khula* and *mubaraat*, maintenance, dower, guardianship, gifts, trusts and trust properties, and *wakfs* (other than charities and charitable institutions and charitable and religious endowments) the rule of decision in cases where the parties are Muslims shall be the Muslim Personal Law (Shariat)».

<sup>46</sup> Si veda anche RAMA KANT SINHA, *The Muslim Law: Muslim Law as Applied in India*, cit., pp. 4-5.

Per converso, in tutte le controversie relative alle altre materie si ricorre al diritto territoriale secolare e laico.

Fra i principali cambiamenti apportati dalla legge in parola vi erano l'abrogazione di tutte le consuetudini che fossero state contrarie alla *shari'a*,<sup>47</sup> nonché la previsione che, in assenza di norme specifiche, i tribunali indiani avrebbero dovuto fare riferimento ai principî di equità, giustizia e buona coscienza.<sup>48</sup>

Per quanto soggetto a varie modifiche, lo *Shariat Act* è tuttora in vigore.

### *3. Il triplo talāq*

Fra i metodi di scioglimento del matrimonio espressamente riconosciuti, lo *Shariat Act* annovera il *talāq*, ossia una forma di ripudio unilaterale, con cui si permette al marito che abbia raggiunto la pubertà di divorziare dalla moglie senza necessità di fornire motivazioni.<sup>49</sup>

Esistono diversi tipi di *talāq*. La prima divisione è fra quelli che sono conformi alla tradizione, il *talāq ahsan* e il *talāq hasan*, e il *talāq-ul-bidaat*, ch'è, invece, considerato contrario alla sunna.

Nel *talāq ahsan* il marito ripudia la moglie durante il periodo di purezza fra due cicli mestruali e, successivamente, si astiene dall'aver rapporti sessuali con ella;<sup>50</sup> questo tipo di *talāq* è quello che la dottrina considera il piú lodevole, da un lato, perché cosí stimato dai compagni del Profeta e, dall'altro, perché consente al marito di revocarlo senza vergogna nel corso dell'*iddat*.<sup>51</sup>

---

<sup>47</sup> NOSHIRVAN H. JHABVALA, *Principles of Mahomedan Law*, cit., p. 16.

<sup>48</sup> RAMA KANT SINHA, *The Muslim Law: Muslim Law as Applied in India*, cit., p. 7.

<sup>49</sup> In tali termini si esprime l'Alta Corte di Calcutta in *Ahmad Kasim Molla v Khatun Bibi*, AIR 1933 Cal 27, richiamando altresí un *obiter dictum* del *Privy Council* in *Ma Mi and another v Kallander Ammat*, 1926 UKPC 102, secondo cui, nel diritto islamico, un marito può effettuare un divorzio quandunque lo desideri. In *Kouser Sultana v Dr. Syed Mushtaq & Anr.*, I, 1992 DMC 553, l'Alta Corte di Andhra parla addirittura di un diritto illimitato da parte del marito di invocare il ripudio. Si veda, tuttavia, *Mohammed Haneefa v Pathummal Beevi*, 1972 KLT 512, per una delle prime sentenze in cui la corte biasima in maniera espressa tale principio; qui, pur conformandosi ai precedenti, il giudice scrive: «before parting with this case, I feel it my duty to alert public opinion towards a painful aspect that this case reveals [...] Should muslim wives suffer this tyranny for all times? Should their personal law remain so cruel towards these unfortunate wives? Can it not be amended suitably to alleviate their sufferings? My judicial conscience is disturbed at this monstrosity. The question is whether the conscience of the leaders of public opinion of the community will also be disturbed».

<sup>50</sup> MUHAMMAD MUNIR, *Triple Talāq in One Session: An Analysis of the Opinions of Classical, Medieval, and Modern Muslim Jurists under Islamic Law*, in *Arab Law Quarterly*, 27, 2013, pp. 29- 30.

<sup>51</sup> Ossia i tre cicli mestruali successivi alla dichiarazione.

Trascorso tale termine, esso diviene irrevocabile.<sup>52</sup> Inoltre, solo in questo caso, l'uomo può immediatamente risposare la donna dopo che il divorzio si sia perfezionato, senza che sia necessario che quest'ultima contragga matrimonio con un terzo e consumi la sua unione.<sup>53</sup>

Nel *talāq hasan*, invece, il marito dichiara di ripudiare la moglie per tre volte, nel corso di un periodo che copra almeno tre cicli mestruali;<sup>54</sup> in questo caso, le prime due intimazioni sono revocabili e solo con la terza il vincolo è definitivamente sciolto.<sup>55</sup>

Infine, nel *talāq-ul-bidaat*, il marito ripudia la moglie tre volte in rapida successione o altrimenti dimostra in modo certo il suo desiderio di sciogliere il vincolo matrimoniale in maniera irrevocabile.<sup>56</sup>

In quest'ultimo tipo di divorzio, «la dottrina ha [...] lavorato nel senso di ricondurre l'immediata irrevocabilità del ripudio anche all'ipotesi, non prevista dal Corano, in cui il marito dia un solo ripudio, ma pronunciando tre volte la formula *talāq* o affermando l'intenzione di dare ripudio irrevocabile. Questa è appunto un'innovazione, che la dottrina stessa non esita a definire riprovevole (*bid'ī*, da cui il nome indiano *talāq-e-biddat*), ma non proibita».<sup>57</sup>

---

<sup>52</sup> CHARLES HAMILTON (ed.), *The Hedaya: Or Guide, a Commentary on the Mussulman Laws*, Premier Book House, Lahore, 1957, p. 72.

<sup>53</sup> KUMUD DESAI, *Indian Law of Marriage and Divorce*, Butterworths, Nuova Delhi, 2011, p. 342. Si veda anche PATHURI VENKATA SUBRAHMANYAM, *Talāq and Shariath Law. A Study after Supreme Court Judgment on Talāq-I-Biddat*, in *International Journal of Advance Research and Development*, 2, 2017, p. 52 e pp. 55-56.

<sup>54</sup> ILIAS BANTEKAS, *Transnational Talāq (Divorce) in English Courts: Law Meets Culture*, in *Journal of Islamic State Practices in International Law*, 9, 2013, p. 40.

<sup>55</sup> KUMUD DESAI, *Indian Law of Marriage and Divorce*, cit., p. 342

<sup>56</sup> ILIAS BANTEKAS, *Transnational Talāq (Divorce)*, in *English Courts: Law Meets Culture*, cit., p. 40.

<sup>57</sup> DEBORAH SCOLART, *Diritto personale v. diritto statale. Riflessioni a partire dalla sentenza della Corte Suprema indiana del 22 agosto 2017 sul triplice ripudio*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2017, p. 3. Analizzando l'ammissibilità del *talāq-ul-bidaat* presso altri ordinamenti, la Corte Suprema indiana, in *Shayara Bano v Union of India & Ors*, 2017 9 SCC 1, rileva come la maggior parte degli altri Stati abbia preso provvedimenti per limitare la possibilità per un marito di ripudiare la moglie irrevocabilmente secondo questa procedura. Da tale analisi emerge come, per esempio, in Egitto, Giordania, Iraq, Kuwait, Sudan e Yemen, siano in vigore delle norme in base alle quali ciascuna invocazione del *talāq* sarà sempre considerata come singola; in Marocco vige l'identico principio, ma si prevede anche una procedura che richiede l'intervento delle corti e un tentativo di conciliazione per ottenere il permesso di registrare il divorzio presso un notaio. In Algeria, Indonesia e Tunisia, invece, il solo modo di ottenere il divorzio prevede l'intervento di una corte e richiede che si sia esperito senza successo un tentativo di conciliazione. In Malesia le regole sono simili, ma il tentativo di conciliazione è soltanto eventuale e dipende dal mancato consenso di uno dei coniugi al divorzio o dalla presenza di una possibilità ragionevole di rappacificazione. Per una panoramica sul tema, si vedano MUHAMMAD MUNIR, *Triple Talāq in One Session: An Analysis of the Opinions of Classical, Medieval, and Modern Muslim Jurists under Islamic Law*, cit.; KHALID AL-AZRI, *One or Three. Exploring the Scholarly Conflict over the Question of Triple Talāq (Divorce)*, in *Islamic Law with Particular Emphasis on Oman*, in *Arab Law Quarterly*, 25, 2011, p. 277. Sul divorzio nel diritto musulmano in genere, si veda LAWAL

Esiste, ad onor del vero, una sentenza molto risalente in cui il giudice espressamente sostiene che la mera ripetizione per tre volte della parola ‘*talāq*’, nelle circostanze del caso concreto, non dà luogo ad un divorzio valido in base al diritto islamico.<sup>58</sup> Tuttavia, la decisione pare piú che altro essere basata sulla mancata pronuncia di ‘specifiche parole appropriate’ ed è, in ogni caso, fuor di dubbio che il principio di diritto qui stabilito è stato regolarmente disatteso nei giudizi successivi, con la conseguenza che non si può affermare che esso abbia storicamente costituito *good law*.

Infatti, già in *Asha Bibi v Kadir Ibrahim Rowther*,<sup>59</sup> l’Alta Corte di Madras, investita di un caso simile, giunge alla conclusione opposta. In questa decisione, i giudici criticano l’impianto argomentativo adottato nella sentenza precedente e, dopo un’accurata disamina di varie opere di dottrina, stabiliscono che la mera pronuncia per tre volte della parola ‘*talāq*’ è, da sola, sufficiente a sciogliere il vincolo matrimoniale. Tale forma di divorzio, i giudici continuano, è valida anche se pronunciata in assenza della moglie<sup>60</sup>, purché a costei la dichiarazione del marito si riferisca in maniera incontrovertibile.<sup>61</sup>

L’Alta Corte, anzi, scrive che, in base al diritto islamico, il marito è titolare di un diritto assoluto di sciogliere il matrimonio, purché sia maggiore d’età e capace di mente al momento dell’invocazione del ripudio. In questo contesto, l’eventuale consenso, o la sua assenza, da parte della donna è irrilevante.

Queste conclusioni sono confermate anche dal *Privy Council* in *Ma Mi & Anr v Kallander Ammat*<sup>62</sup> e *Saiyid Rashid Ahmad & Anr v Mussamat Anisa*

---

MOHAMMAD BANI, HAMZA A. PATE, *Dissolution of Marriage (Divorce) under Islamic Law*, in *Journal of Law, Policy and Globalization*, 42, 2015, p. 138.

<sup>58</sup> Si tratta di *Furzund Hossein v Janu Bibee & Ors*, (1879) ILR 4 Cal 588, in cui si legge: «we are of opinion that pronouncing the word ‘*talak*’ three times under the circumstances of this case does not constitute a valid divorce under the Mahomedan law».

<sup>59</sup> 3 Ind Cas 730. Si veda anche *Sarabai v Rabiabai*, (1906) 8 BOMLR 35, in cui l’Alta Corte di Bombay conclude che il triplo *talāq* è «good in law, though bad in theology». Similmente, in *Amiruddin v Musammam Khatun Bibi*, 39 Ind Cas 513, l’Alta Corte di Allahabad tiene il *talāq-ul-bidaat* come valido ed irrevocabile; questo caso è interessante perché, qui, il marito, che aveva ripudiato la moglie e successivamente cambiato idea, chiedeva che il suo ripudio fosse dichiarato invalido o, alternativamente, che gli fosse consentito di revocarlo. Negando entrambe le possibilità, i giudici riconoscono che «it is too late in the day for the appellant to ask us to disapprove of an established practice which has been in vogue for centuries».

<sup>60</sup> La decisione, tuttavia, chiarisce che, se il *talāq* non è stato comunicato alla donna, costei, fino a quando non ne viene a conoscenza, può pretendere dal marito il mantenimento.

<sup>61</sup> Nel caso concreto, il marito aveva indirizzato le parole al suocero. La possibilità di divorziare da una donna in sua assenza è confermata in *Ful Chand v Nazab Ali Chowdhry*, (1909) ILR 36 Cal 184.

<sup>62</sup> [1926] UKPC 102. Questo caso riguardava questioni probatorie, piú che sostanziali, tuttavia in esso il *Privy Council* chiarisce che «a husband can effect a divorce whenever he desires. He may do so by words without any *Talaknama* or written document, and no particular form of words is prescribed. If the words used are ‘express’ or well understood as implying divorce, such as *talak*,

*Khatun & Otrs.*<sup>63</sup>

In *Saiyid Rashid*, il marito aveva invocato, in presenza di testimoni, il *talāq-ul-bidaat* nei confronti della moglie assente; successivamente, egli aveva anche redatto un *talāqnama*, ossia un atto di divorzio, che era stato consegnato alla donna. Quest'ultima, tuttavia, agiva in giudizio, contestando la validità del ripudio, lamentando ch'era stato pronunciato in sua assenza e argomentando, inoltre, che, malgrado lo scioglimento del coniugio, la coabitazione si era protratta per ulteriori quindici anni e che essa aveva portato alla nascita di cinque bambini, che l'uomo aveva sempre mostrato di considerare figli legittimi; parimenti, per tale periodo, egli aveva trattato l'attrice come propria coniuge.

Il *Privy Council* in questa decisione spiega che, mediante la mera pronuncia del triplo *talāq*, il divorzio è perfetto, aggiungendo che questo effetto non dipende dall'intenzione del marito; per i giudici, anche se pronunciato sotto coercizione o per ischerzo, un *talāq* è valido.<sup>64</sup>

La conseguenza è che, una volta che sia stato provato l'avvenuto ripudio, l'eventuale fatto che l'uomo abbia continuato a trattare la donna come moglie e i bambini successivamente nati come figli legittimi non può valere a privare di effetto l'avvenuta cessazione del vincolo matrimoniale, né può altrimenti conferire alcuno status giuridico a costoro.

Questi due precedenti sono stati richiamati in molteplici sentenze successive per confermare la validità del triplo *talāq*.<sup>65</sup>

In un provvedimento pronunciato poco dopo *Saiyid Rashid*, ossia la già menzionata *Ahmad Kasim Molla v Khatun Bibi*, l'Alta Corte di Calcutta chiarisce che il marito non deve fornire alcuna spiegazione a sostegno del suo desiderio di ripudiare la moglie, ma che, anzi, può persino agire 'at his mere whim and caprice'.

Soltanto a partire dagli anni Ottanta, l'approccio adottato dal potere giuri-

---

no proof of intention is required. If the words used are ambiguous, the intention of the user must be proved. It is not necessary that the repudiation should be pronounced in the presence of the wife, or even addressed to her».

<sup>63</sup> [1931] UKPC 101.

<sup>64</sup> Nella decisione, infatti, i giudici scrivono che, a loro avviso, «the pronouncement of the triple *talak* by Ghiyas-ud-din constituted an immediately effective divorce, and [...] the validity and effectiveness of the divorce would not be affected by Ghiyas-ud-din's mental intention that it should not be a genuine divorce, as such a view is contrary to all authority. A *talak* actually pronounced under compulsion or in jest is valid and effective».

<sup>65</sup> *Ex multis*, si possono citare, per esempio, *Mst. Saleha Bi v Sheikh Gulla*, AIR 1973 MP 207, in cui l'Alta Corte di Madhya Pradesh, decidendo in grado di appello, si rifà semplicemente al precedente del *Privy Council*, per riformare la sentenza di un giudice distrettuale, in cui si era negata la validità di un triplo *talāq*, e *Syed Jamaluddin v Valian Be & Anr*, 1975 CriLJ 1884.



sdizionale nei confronti del triplo *talāq* comincia a mutare. Il primo passo viene fatto in *Jiauddin Ahmed v Anwara Begum*,<sup>66</sup> in cui l'Alta Corte di Gauhati, in composizione monocratica, richiama il Corano<sup>67</sup> per affermare che una corretta lettura dei precetti del sacro libro esclude la possibilità di divorziare per

---

<sup>66</sup> (1981) 1 OLR 358. Decisione approvata in *Rukia v Abdul Khalique*, (1981) 1 GLR 375, e in *Zeenat Fatema Rashid v Md. Iqbal Anwar*, II, 1993 DMC 49. Tuttavia, si veda la già citata *Kouser Sultana v Dr. Syed Mushtaq & Anr*, in cui si parla di un diritto illimitato del marito d'intimare il *talāq*. Nondimeno, in *Syed Maqsood v State of A.P. & Anr*, AIR 2003 AP 123, l'Alta Corte di Andhra si discosta da tale orientamento, riconoscendo che, in effetti, sia il Corano sia gli *hadith* prescrivono il compimento di tentativi di riconciliazione, prima che sia possibile procedere al ripudio; pure in assenza di tali sforzi, però, il potere del marito non si diluisce. Nella decisione, anzi, richiamando le sentenze *Syed Jamaluddin e Ma Mi*, si riconferma come il potere di *talāq* sia assoluto. Infatti, secondo la corte, se un marito ripudia la moglie senza esperire i tentativi di composizione previsti, questo dimostra che la relazione fra i coniugi ha raggiunto un punto di non ritorno: dopotutto, la riconciliazione presuppone che entrambe le parti siano pronte e disponibili ad esplorare la possibilità di vivere insieme; se una, invece, ha già deciso di lasciare l'altra, ogni tentativo si rivelerebbe infruttuoso, con la conseguenza che il richiedere degli sforzi per ottenere la loro rappacificazione si rivelerebbe soltanto un futile esercizio.

<sup>67</sup> Si tratta, in particolare, dei versetti da 229 a 232 della II sura e il versetto 35 e quelli da 128 a 130 della IV sura. Rispettivamente, essi prescrivono che:

229. «Si può divorziare due volte. Dopo di che, trattenele convenientemente o rimandatele con bontà; e non vi è permesso riprendervi nulla di quello che avevate donato loro, a meno che entrambi non temano di trasgredire i limiti di Allah. Se temete di non poter osservare i limiti di Allah, allora non ci sarà colpa se la donna si riscatta. Ecco i limiti di Allah, non li sfiorate. E coloro che trasgrediscono i termini di Allah, quelli sono i prevaricatori».

230. «Se divorzia da lei [per la terza volta] non sarà più lecita per lui, finché non abbia sposato un altro. E se questi divorzia da lei, allora non ci sarà peccato per nessuno dei due se si riprendono, purché pensino di poter osservare i limiti di Allah. Ecco i limiti di Allah, che Egli manifesta alle genti che comprendono».

231. «Quando divorziate dalle vostre spose, e sia trascorso il ritiro, riprendetele secondo le buone consuetudini o rimandatele secondo le buone consuetudini. Ma non trattenele con la forza, sarebbe una trasgressione e chi lo facesse, mancherebbe contro se stesso. Non burlatevi dei segni di Allah. Ricordate i benefici che Allah vi ha concesso e ciò che ha fatto scendere della Scrittura e della Saggiezza, con i quali vi ammonisce. Temete Allah e sappiate che, in verità, Allah conosce tutte le cose».

232. «Quando divorziate dalle vostre spose, e sia trascorso il termine, non impedite loro di risposarsi con i loro [ex] mariti, se si accordano secondo le buone consuetudini. Questa è l'ammonizione per coloro di voi che credono in Allah e nell'Ultimo giorno. Ciò è più decente per voi, e più puro. Allah sa e voi non sapete».

35. «Se temete la separazione di una coppia, convocate un arbitro della famiglia di lui e uno della famiglia di lei. Se [i coniugi] vogliono riconciliarsi, Allah ristabilirà l'intesa tra loro. Allah è saggio e ben informato».

128. «Se una donna teme la disaffezione del marito o la sua avversione, non ci sarà colpa alcuna se si accorderanno tra loro. L'accordo è la soluzione migliore. Gli animi tendono all'avidità; ma se agite bene e temete [Allah sappiate che], Allah è ben informato di quello che fate».

129. «Non potrete mai essere equi con le vostre mogli anche se lo desiderate. Non seguite però la vostra inclinazione fino a lasciarle una come in sospeso. Se poi vi riconcilierete e temerete [Allah], ebbene Allah è perdonatore, misericordioso».

130. «In caso di separazione Allah, nella Sua generosità, darà a entrambi della Sua abbondanza. Allah è immenso e saggio».

(Il Corano, tradotto in italiano da HAMZA PICCARDO, reperibile presso <http://www.corano.it/corano.html>, ultimo accesso dicembre 2018)

un semplice capriccio. Il giudice qui critica *Ahmad Kasim Molla*, sostenendo che in essa l'Alta Corte di Calcutta non abbia correttamente applicato il diritto musulmano.

Affinché il *talāq* sia considerato valido, anzi, esso deve essere stato intimato per un motivo ragionevole ed essere stato preceduto da tentativi di riconciliazione da parte di due arbitri, nominati dai coniugi. Solo dopo il fallimento di tali tentativi il marito può lecitamente ripudiare la moglie.

Tale conclusione, che già pareva essere conforme ad un *obiter dictum* della Corte Suprema<sup>68</sup>, è stata successivamente da quest'ultima espressamente richiamata con approvazione in *Shamim Ara v State of Uttar Pradesh*<sup>69</sup>.

Prima di queste ultime sentenze, tuttavia, è intervenuta *Rahmat Ullah & Khatoon Nisa v State of Uttar Pradesh & Ors*,<sup>70</sup> in cui l'Alta Corte di Allahabad, pur riconoscendo che, ai sensi della s. 2 dello *Shariat Act*, ai cittadini di religione musulmana si applica, in certe materie, il diritto islamico, chiarisce che la Costituzione prevale sempre su tutte le disposizioni giuridiche. Perciò, in caso d'antinomia, il diritto personale deve essere disapplicato. Da ciò discende che quando i precetti del diritto anglo-musulmano contrastino col principio della dignità della donna, essi debbono essere considerati costituzionalmente illegittimi. Nondimeno, nella decisione il giudice non pare spingersi fino ad affermare in maniera incontrovertibile che il triplo *talāq* sia, in ogni

---

<sup>68</sup> Infatti, in *Fazlunbi v K. Khader Vali & Anr*, 1980 AIR 1730, al termine della sentenza, la corte soggiunge che «before we bid farewell to Fazlunbi it is necessary to mention that Chief Justice Baharul Islam, in an elaborate judgment replete with quotes from the Holy Quoran, has exposed the error of early English authors and judges who dealt with *talāq* in Muslim Law as good even if pronounced at whim or in tantrum, and argued against the diehard view of Batchelor. (ILR 30 Bombay 539) that this view 'is good in law, though bad in theology'. Maybe, when the point directly arises, the question will have to be considered by this court, but enough unto the day the evil thereof and we do not express our opinion oh this question as it does not call for a decision in the present case».

<sup>69</sup> 2002 AIR SCW 4162. In tale sentenza, dopo aver richiamato le decisioni rese nei casi *Jiauddin Ahmed e Must. Rukia Khatun*, la Corte Suprema scrive che «we are in respectful agreement with the above said observations made by the learned Judges of High Courts. We must note that the observations were made 20-30 years before and our country has in recent times marched steps ahead in all walks of life including progressive interpretation of laws which cannot be lost sight of except by compromising with regressive trends». Dello stesso tenore, si veda anche *S.K. Safique v Papi Bibi*, 2001 (1) HLR 327 (Cal), un caso in cui un uomo era stato citato in giudizio dalla moglie, che pretendeva gli alimenti; costui si difendeva asserendo di aver ripudiato la donna; qui, la corte conferma che, affinché il *talāq* pronunciato sia tenuto per valido, il marito deve dimostrare di aver agito per giusta causa e di aver esperito dei tentativi di riconciliazione. Qualora ciò non sia dimostrato, il *talāq* non può essere considerato valido. Tale principio è stato successivamente confermato in *Khannubi v Salim*, 2003 (2) HLR 416 (Bom), dove la corte reitera come sia necessario dimostrare sia la giusta causa sia i tentativi di conciliazione. In questo caso, il marito aveva ripudiato la moglie in sua assenza e aveva comunicato per lettera alla donna la propria decisione; la corte dichiara invalido il *talāq*, perché azionato al solo scopo di sottrarsi all'obbligo del mantenimento.

<sup>70</sup> II (1994) DMC 64.

circostanza, contrario alla dignità della donna<sup>71</sup>.

L'argomentazione adottata in questa sentenza è interessante, perché contrasta con *Narasu Appa Mali v State of Bombay*<sup>72</sup>, che è considerata il *leading case* in quanto alla possibilità di sottoporre i precetti del diritto personale a sindacato di costituzionalità. In *Narasu*, precedente approvato anche dalla Corte Suprema<sup>73</sup>, l'Alta Corte di Bombay esclude di poter procedere ad una tale valutazione, perché gli ordinamenti tradizionali traggono la propria autorità dalla religione e non già dallo Stato.

La giurisprudenza successiva, tuttavia, non ha ripreso *Rahmat Ullah*. La stessa Corte Suprema, in *Shamim Ara*, richiama *Jiauddin Ahmed e Must. Rukia Khatun*, vale a dire sentenze in cui il *talāq* è ammesso, ancorché regolato. Di conseguenza, è ragionevole ritenere che questa sentenza, nei limiti in cui prescrive requisiti ulteriori rispetto alle precedenti, non costituisca *good law*.

Un'interpretazione ancora diversa è stata adottata dall'Alta Corte di Delhi in *Masroor Ahmed v State (NCT of Delhi) & Anr*<sup>74</sup>. Qui il giudice, innanzitutto, prende atto dell'esistenza di opinioni divergenti sull'opportunità di trattare il triplo *talāq* come divorzio irrevocabile oppure come un singolo *talāq* revocabile, così operando alla stessa stregua di un *talāq ahsan*. Dopodiché,

---

<sup>71</sup> Infatti, in maniera abbastanza confusa, il giudice si limita a scrivere che «the mode of Talāq as referred to in Rasheed Ahmad's case (AIR 1932 PC 25) and Talāq-i-Bidai in particular, conferring unbridled power to the husband empowering him to divorce by Talāq the wife without rhyme or reason and to this extent that husband can pronounce Talāq thrice in one sitting or during one Tuhr in irrevocable form cannot be deemed to be operative or be considered to be continued under Section 2 of Shariat Application Act (Act No. 26 of 1937) read with Article 372 of the Constitution of India as the same has the effect of perpetuating discrimination on the ground of sex that is Male authoritarianism without rhyme or reason as well as, such system appears to be encouraging and allowing the doing of something and some Act that prima facie appears to be derogatory of dignity of individual as well as derogatory of dignity of women i.e., doing of something in breach of the mandate of Constitution contained in the preamble and in Article 51A(a); (e), (f) and (h) which impose fundamental duty on every citizen of India to renounce the practices derogatory of the dignity of women apart from imposing the duty to abide by the Constitution and its ideals, and to develop scientific temper and humanism etc.».

<sup>72</sup> AIR 1952 Bom 84.

<sup>73</sup> In *Krishna Singh v Mathura Ahir & Ors*, AIR 1980 SC 707, infatti, la Corte Suprema, in relazione al diritto indù, scrive: «it would be convenient, at the outset, to deal with the view expressed by the High Court that the strict rule enjoined by the Smriti writers as a result of which Sudras were considered to be incapable of entering the order of yati or sanyasi, has ceased to be valid because of the fundamental rights guaranteed under Part III of the Constitution. In our opinion, the learned Judges failed to appreciate that Part III of the Constitution does not touch upon the personal laws of the parties. In applying the personal laws of the parties, he could not introduce his own concepts of the law as derived from recognised and authoritative sources of Hindu law, i.e. Smritis and commentaries referred to, as interpreted in the judgment of various High Courts, except where such law is altered by any usage or custom or is modified or abrogated by statute». Sul tema, si veda anche *Ahmedabad Women's Action Group v Union of India*, (1997) 3 SCC 573.

<sup>74</sup> 2008 (103) DRJ 137.

egli continua riconoscendo come tutte le scuole considerino il *talāq-ul-bidaat* peccaminoso, malgrado poi taluni lo considerino giuridicamente valido<sup>75</sup>.

Tuttavia, ad avviso della corte, non può trascurarsi che tale atto fu biasimato dal Profeta, che non è raccomandato da alcuna scuola, e che presso gli sciiti è considerato invalido; persino presso alcune scuole sunnite, il triplo *talāq* è considerato come un *talāq* singolo. Oltre a ciò, la sentenza sottolinea come questa forma di ripudio sia considerata particolarmente aspra, in quanto suscettibile di causare ‘extreme misery’ sia alle donne divorziate sia agli uomini, che possono ritrovarsi impossibilitati a revocarlo in caso di riconciliazione<sup>76</sup>.

Per tale motivo, il giudice decide che, anche per i sunniti, tre intimazioni contestuali di ripudio debbano valere come un singolo *talāq* revocabile, così da concedere al marito la possibilità di riconsiderare la sua decisione durante l’*iddat* e, ove lo desideri, di modificarla<sup>77</sup>.

Infine, è opportuno menzionare anche *Nazeer v Shemeema*<sup>78</sup>, una sentenza in cui il tema del triplo *talāq* si pone soltanto in maniera incidentale; nondimeno, il giudice prende atto che, per quanto nel caso in parola non si faccia questione direttamente in merito alla validità di tale istituto, la corte non può ignorare il fatto che la propria decisione potrebbe condurre al prodursi di ingiustizie, qualora essa rimanesse ignara delle ripercussioni che il permettere il ripudio unilaterale della moglie potrebbe produrre.

Per tale motivo, l’estensore esamina diverse opere dottrinali, al fine di individuare quali siano le regole corrette, in una prospettiva coranica, in fatto di triplo *talāq*. Tuttavia, dopo analizzato il problema, la conclusione è che esso non sia idoneo ad essere risolto dall’autorità giudiziaria. Nel provvedimento, infatti, si afferma che solo lo Stato può intervenire per modificare il diritto personale dei musulmani, al fine di correggere quella che viene definita una ‘patologia’ di tale ordinamento, che offende la dignità delle donne e il principio dell’eguaglianza davanti alla legge.

La corte, poi, si domanda perché lo Stato continui ad esitare, finendo per

---

<sup>75</sup> La corte richiama la già menzionata differenza fra riprovazione religiosa e accettazione giuridica.

<sup>76</sup> Il giudice, qui, conclude, affermando che il triplo *talāq* è un’innovazione che può aver avuto uno scopo in un particolare momento della storia, ma, qualora esso fosse eradicato con successo, una tale mossa non sarebbe contraria a nessun principio fondamentale dell’islam o del Corano, né ad alcuna sentenza del Profeta.

<sup>77</sup> Così facendo, peraltro, si darebbe anche modo ai familiari dei coniugi di compiere sinceri sforzi per farli addivenire ad una riconciliazione. Inoltre, se anche l’*iddat* dovesse scadere e il divorzio divenire irrevocabile, ai due sarebbe ancora permesso risposarsi immediatamente senza dover rispettare le più gravose condizioni imposte in caso di triplo *talāq* – ovviamente, eccettuando il caso in cui, anche contando il *talāq* di cui si tratta come singolo, esso fosse il terzo, così integrando un caso di *talāq hasan*.

<sup>78</sup> 2017 (1) KLT 300.

rispondersi che ‘la resistenza proviene da una piccola parte degli ulema sulla base del fatto che la *shari’a* è immutabile e qualsiasi interferenza equivarrebbe alla negazione della libertà di religione garantita dalla Costituzione.’

In conclusione, il giudice, dopo aver ripetutamente biasimato il triplo *talāq*, si limita ad esortare il legislatore ad agire, disponendo che una copia della sentenza sia inviata al Ministero della Giustizia ed una alla *Law Commission*, indirizzando nel contempo ai fedeli musulmani un incoraggiamento basato sulle parole del Corano: ‘[r]imetterà i peccati e volgerà al bene lo spirito di coloro che credono e compiono il bene e credono in quel che è stato rivelato a Muhammad. Questa è la verità che proviene dal loro Signore’<sup>79</sup>.

#### *4. L'intervento della Corte Suprema*

In questa spinosa questione, nel 2017, è intervenuta la Corte Suprema con la sentenza *Shayara Bano v Union of India & Ors*.

Questo caso trae origine da una *public interest litigation* iniziata, *suo motu*, dalla corte stessa in *Prakash v Phulavati*<sup>80</sup>. Durante la trattazione di tale causa, infatti, è stata sollevata, in via incidentale, ‘[a]n important issue of gender discrimination’ riguardante le donne musulmane<sup>81</sup>. Nella decisione, il collegio afferma che l’autorità giudiziaria non può astenersi dall’intervenire quando i diritti fondamentali siano pericolati o lesi, e, di conseguenza, dispone che il *Chief Justice* sia investito della questione, affinché convenga una *constitutional bench*<sup>82</sup>. Per tale motivo, è stato affermato che la decisione in commento è nata dal desiderio di due giudici di ‘salvare’ le donne musulmane dal diritto islamico<sup>83</sup>.

Parallelamente alla *public interest litigation*, nel febbraio del 2016, una donna, Shayara Bano, ha adito la corte, per ottenere una dichiarazione d’inco-

---

<sup>79</sup> Si tratta del versetto 2 della sura 47 del Corano, qui nella traduzione a cura di Hamza Piccardo, reperibile all’indirizzo: <http://www.corano.it/corano.html> (ultimo accesso dicembre 2018.)

<sup>80</sup> (2016) 2 SCC 36. Si tratta di una controversia riguardante delle norme discriminatorie presenti nel diritto indù.

<sup>81</sup> Nella sentenza, i giudici scrivono che «discussions on gender discrimination led to this issue also. It was pointed out that inspite of guarantee of the Constitution, muslim women are subjected to discrimination. There is no safeguard against arbitrary divorce and second marriage by her husband during currency of the first marriage [...] resulting in denial of dignity and security to her».

<sup>82</sup> La causa viene registrata come *Suo Motu Writ Petition* (Civil) No. 2 of 2015.

<sup>83</sup> SAPTHARSI MANDAL, *Out of Shah Bano’s shadow: Muslim women’s rights and the Supreme Court’s triple talāq verdict*, in *Indian Law Review*, 2018, p. 81 e p. 93.

stituzionalità del *triplo talāq*, della poligamia, e dell'istituto del *nikah halala*<sup>84</sup>.

#### 4.1. La decisione

Non essendo stato possibile per i cinque giudici raggiungere un accordo, la sentenza si compone di tre opinioni, che seguono delle linee di argomentazione differenti. Il *Chief Justice* Khehar ha scritto per sé e per Nazeer una lunga *dissenting opinion* che discorda in maniera significativa e sostanziale da quelle degli altri membri del collegio. La maggioranza, invece, è costituita dall'opinione di Nariman e di Lalit e dalla *concurring opinion* di Joseph<sup>85</sup>.

#### 4.2. L'opinione di Khehar e Nazeer

La sentenza si apre con l'opinione di minoranza del *Chief Justice*, che ripercorre il dibattito finora intervenuto sul tema del ripudio istantaneo, al fine di stabilirne lo stato all'interno del diritto islamico e, di riflesso, determinarne l'applicabilità presso il sistema indiano sulla base dello *Shariat Act*, nonché, infine, analizzarne la compatibilità coi precetti costituzionali dello Stato.

Innanzitutto, egli riprende la decisione *Rashid Ahmad* e dichiara di ritenere opportuno riesaminare le conclusioni raggiunte dal *Privy Council*, alla luce delle successive sentenze pronunciate da varie Alte Corti, che hanno introdotto significative modifiche al principio di diritto ivi enunciato<sup>86</sup>.

---

<sup>84</sup> Ossia la necessità che la donna ripudiata contragga matrimonio con un terzo e consumi la sua unione, prima di poter risposare il primo marito.

<sup>85</sup> Sul tema, Correndo ha correttamente osservato che «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». CHIARA CORRENDO, *La Corte Suprema indiana tra istanze religiose, conflitti intercomunitari e questioni di genere*, in *DPCE on line*, 33, 2017, p. 1007 e p. 1008.

<sup>86</sup> Vi sono anche alcune sentenze in cui si dichiara *expressis verbis* che il *Privy Council* aveva male interpretato il diritto islamico. Uno dei casi in cui tale critica è presente in modo particolarmente evidente è *A. Yousuf Rawther v Sowramma*, AIR 1971 Ker 261, una decisione che riguardava principalmente il divorzio *khula*, ossia una forma di scioglimento del vincolo su iniziativa della donna; qui, il giudice, riferendosi a *Rashid Ahmad* scrive che «since infallibility is not an attribute of the judiciary, the view has been ventured by Muslim jurists that the Indo-Anglian judicial exposition of the Islamic law of divorce has not exactly been just to the Holy Prophet or the Holy Book. Marginal distortions are inevitable when the Judicial Committee in Downing Street has to interpret Manu and Muhammad of India and Arabia. The soul of a culture [...] cannot be fully understood by alien minds. The view that the Muslim husband enjoys an arbitrary, unilateral power to inflict instant divorce does not accord with Islamic injunctions». La Corte, poi, continua: «it is a popular fallacy that a Muslim

Sul tema, il giudice comincia fissando un punto fermo: indipendentemente dalle argomentazioni delle parti, il *talāq-ul-bidaat* è praticato sin dai tempi di Omar Ibn al-Khattab, secondo califfo dell' Islam. In aggiunta a ciò, Khehar ripete che, malgrado le differenze di opinioni fra le parti, entrambe riconoscono come, tradizionalmente, l' istituto in parola, per quanto biasimato dal punto di vista della teologia, sia stato accettato dal diritto, con ciò ripiegandosi sulla piú volte menzionata distinzione già tracciata da Batchelor in *Sarabai*.

Poste tali basi, la decisione passa, poi, ad esaminare gli *hadith* che il *Privy Council* e le diverse Alte Corti hanno diversamente interpretato, al fine di determinare quale posizione sia conforme alla *shari'a*. All' esito di tale analisi minuziosa, tuttavia, il *Chief Justice* si trova costretto a concludere di non avere 'altra scelta che accettare [...] il consiglio di non addentrarsi nella selva di determinare – in base agli *hadith* su cui si controverte – se il triplo *talāq* costituisca una pratica valida ai sensi del diritto personale islamico'.

Egli, infatti, afferma che l' autorità giudiziaria non è competente ad interpretare le sfumature della *shari'a*: tale compito spetterebbe, bensí, all' *imam*, chiamato a decifrare gli insegnamenti contenuti nel Corano e negli *hadith*.

Tale conclusione è ammissibile perché, ad avviso del giudice, la questione può essere altrimenti risolta, anche senza giungere ad una decisione su questo specifico punto.

A tal fine, Khehar passa a verificare se il *talāq-ul-bidaat* possa essere considerato una parte costitutiva del diritto personale dei musulmani che afferiscono alla scuola hanafita o se, invece, non costituisca una mera consuetudine.

Per fare ciò, egli osserva, nuovamente, come la pratica in questione sia stata osservata per piú di un millennio, sia stata riconosciuta in molti Paesi islamici diversi<sup>87</sup>, e sia stata discussa in numerosi *hadith*. Da tali premesse,

---

male enjoys, under the Quaranic law, unbridled authority to liquidate the marriage. The whole Quoran expressly forbids a man to seek pretexts for divorcing his wife, so long as she remains faithful and obedient to him, 'if they (namely, women) obey you, then do not seek a way against them'. (Quoran IV:34). The Islamic law gives to the man primarily the faculty of dissolving the marriage, if the wife, by her indocility or her bad character, renders the married life unhappy; but in the absence of serious reasons, no man can justify a divorce, either in the eye of religion or the law. If he abandons his wife or puts her away in simple caprice, he draws upon himself the divine anger, for the curse of God, said the Prophet, rests on him who repudiates his wife capriciously». La conclusione è che «Muslim law, as applied in India, has taken a course contrary to the spirit of what the Prophet or the Holy Quoran laid down and the same misconception vitiates the law dealing with the wife's right to divorce». Si veda anche il già citato caso *Fazlunbi*.

<sup>87</sup> Con scarsa acribia, qui, il giudice osserva come il fatto che il *talāq-ul-bidaat* sia stato oggetto d' interventi legislativi in diversi Paesi islamici dimostra che tale pratica era prevalente fra i musulmani di tali Stati; infatti, scrive Khehar, se cosí non fosse stato, non sarebbe stato necessario legiferare in materia. Di conseguenza, a suo avviso, appare chiaro che l' istituto *de quo* non era limitato a determinate aree, ma era molto diffuso.

Khehar fa discendere la conseguenza che il ripudio istantaneo debba essere considerato ‘integrale alla denominazione religiosa di cui si tratta’; anzi, egli continua, ‘la pratica del *talāq-e-bidaat* ha avuto la sanzione e l’approvazione della denominazione religiosa che la praticava e, perciò, non vi può essere alcun dubbio che tale pratica sia parte del loro diritto personale’. Si tratta di un’argomentazione particolarmente debole, che, come osservato anche da numerosi altri autori<sup>88</sup>, salta da ‘largamente diffuso’ a ‘elemento integrale’ della confessione *de qua*, quasi applicando, pur senza mai dirlo, la dottrina secondo cui *communis error facit jus*.

In realtà, questo non è il solo aspetto dell’opinione che susciti perplessità; infatti, il giudice prosegue asserendo che il diritto personale gode di protezione costituzionale attraverso la previsione dell’art. 25 della Costituzione, con la conseguenza che il diritto personale ha la stessa statura di un diritto fondamentale. Addirittura, egli asserisce che ‘il diritto personale di tutte le denominazioni religiose è protetto da qualsiasi interferenza, salvo per quanto disposto in base all’art. 25’ e, cioè, nei casi di violazione dell’ordine pubblico, del buon costume, o per ragioni di salute. Questa è un’interpretazione alquanto innovativa della tutela offerta dall’art. 25 al diritto personale, che peraltro pare basarsi su di un’estensione della tutela della libertà di religione dal singolo alla comunità e che potrebbe, se fosse portata alla sua estrema, ma logica, conseguenza, privare persino il legislatore del potere di modificare i diritti personali dei cittadini, salvo nei casi in cui le condizioni poste dall’articolo in parola siano soddisfatte, il che, peraltro, direttamente contrasta con quanto lo stesso giudice afferma successivamente nella sua opinione, laddove spiega che solo il parlamento può intervenire per proibire il triplo *talāq*<sup>89</sup>.

---

<sup>88</sup> Scolart, per esempio, scrive che «si tratta di un passaggio di non poco conto liquidato, a mio giudizio, un po’ troppo frettolosamente» e continua osservando come «il consenso è nel diritto musulmano fonte che opera su due livelli distinti: quando si tratta di credo (unicità divina, missione profetica di Muḥammad, rivelazione coranica) il consenso è della intera comunità (*iğmā’ al-umma*) sulla base dello *hadīt* profetico: «la mia comunità non consentirà mai in un errore». Al contrario, sulle questioni giuridiche, il consenso è ristretto a coloro che hanno la capacità di comprendere (*iğmā’ al-a’imma*)», DEBORAH SCOLART, *Diritto personale v. diritto statale. Riflessioni a partire dalla sentenza della Corte Suprema indiana del 22 agosto 2017 sul triplice ripudio*, cit., pp. 8-9). Similmente, CORRENDO sottolinea come «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* [...]. 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», CHIARA CORRENDO, *La Corte Suprema indiana tra istanze religiose, conflitti intercomunitari e questioni di genere*, cit., p. 1009. Si veda anche SAPHARSI MANDAL, *Out of Shah Bano’s shadow: Muslim women’s rights and the Supreme Court’s triple talāq verdict*, cit., pp. 96-97.

<sup>89</sup> In relazione a questo problema, Mandal scrive che c’è un equivoco di fondo riguardo all’art.



Tale conclusione, affermata dogmaticamente da Khehar, è stata approvata da taluni commentatori<sup>90</sup>, ma non pare confortata né dal tenore letterale della Costituzione, né da alcun precedente.<sup>91</sup> Infatti, in India, in fatto di libertà religiosa, la determinazione di quali pratiche siano costituzionalmente protette – ed entro quali limiti – compete all'autorità giudiziaria e non dipende dal credo dei praticanti o dalle dottrine di tale confessione. Come la stessa Corte Suprema chiarisce, in *Javed & Ors v State of Haryana & Ors*<sup>92</sup>, la tutela di cui agli articoli 25 e 26 della Costituzione riguarda esclusivamente le pratiche religiose che costituiscono parte integrante ed essenziale di una religione. Quando, invece, una pratica è religiosa, ma non è qualificabile come fondamentale, essa non gode di tutela costituzionale.<sup>93</sup>

Il giudice, poi, prosegue domandandosi se, con la promulgazione dello *Shariat Act*, il diritto musulmano sia stato codificato o sia stato semplicemente riconosciuto. Tale differenza è significativa, ad avviso del *Chief Justice*, perché, soltanto nel primo caso le sue disposizioni possono costituire oggetto di sindacato di legittimità costituzionale, ai sensi dell'art. 13 della Costituzio-

---

25, co. 1, nell'invocarlo siffattamente; tanto per cominciare, la disposizione stessa chiarisce che essa riguarda gli individui e non già i gruppi, né i loro diritti personali. Inoltre, se pure l'argomento fosse che il triplo *talāq* fa parte del credo religioso dei musulmani e, come tale, è protetto dalla norma in parola, tale ragionamento sarebbe giuridicamente fallace, *Ibidem*, p. 97.

<sup>90</sup> Si veda SALMAN KHURSHID, *Triple Talāq: Examining Faith*, Oxford University Press, Nuova Delhi, 2018, p. 138 ss.

<sup>91</sup> Giunge alla medesima conclusione, per quanto espressa in termini maggiormente graffianti, Bhatia, che definisce la linea argomentativa del giudice 'bizzarra' e continua: «notably, no authority is advanced to support this proposition. That is because there is none. No Court has held that 'personal law' is a fundamental right. In fact, that sentence is incoherent – how can 'personal law' have the 'stature' of a 'fundamental right'? Rights under Article 25 belong to individuals, not to 'laws'. More importantly, Article 25 does not confer constitutional protection upon personal laws. It guarantees that 'all persons [sottolineatura nell'originale, n.d.a.] are equally entitled to freedom of conscience and the right freely to profess, practise and propagate religion'. To go from 'all persons are equally entitled to... freely... practice... religion' to 'Article 25 protects personal laws' is to put language into a rack and torture it into a shapeless mass», GAUTAM BHATIA, *The Supreme Court's Triple Talāq Judgment*, in *Indian Constitutional Law and Philosophy*, 22 agosto 2017, disponibile all'indirizzo: <https://indconlawphil.wordpress.com/2017/08/22/the-supreme-courts-triple-talāq-judgment/>, ultimo accesso dicembre 2018. Precedentemente, l'autore aveva criticato l'opinione del *Chief Justice* perché, a suo avviso, essa avanza nuove proposizioni costituzionali che compromettono gravemente l'equilibrio costituzionale tra diritti individuali e precetti religiosi.

<sup>92</sup> AIR 2003 SC 3057. Si tratta dell'*essential religious practice test* formulato per la prima volta in *The Commissioner, Hindu Religious Endowments, Madras v Sri Lakshmindra Thirtha Swamiar Of Sri Shirur Mutt*, 1954 AIR 282.

<sup>93</sup> Sul tema si vedano RONOJOY SEN, *The Indian Supreme Court and the quest for a 'rational' Hinduism*, in *South Asian History and Culture*, 1, 2009, p. 86; FAIZAN MUSTAFA, JAGTESHWAR SINGH SOHI, *Freedom of Religion in India: Current Issues and Supreme Court Acting as Clergy*, in *Brigham Young University Law Review*, 2017, p. 915 e p. 931 ss.

ne.<sup>94</sup> Questa conclusione si basa sul fatto che l'articolo di cui si tratta, proibendo le 'laws' in contrasto con i diritti fondamentali, definisce tale termine come inclusivo di 'any Ordinance, order, bye-law, rule, regulation, notification, custom or usage having in the territory of India the force of law'. Da tale enumerazione i diritti personali sono esclusi.

Quanto allo *Shariat Act*, la conclusione raggiunta da Khehar è che la legge in parola non detti né dichiari il diritto personale musulmano<sup>95</sup>, e che la sua s. 2 abbia il solo scopo di escludere che le consuetudini possano prevalere sulla *shari'a*, con la conseguenza che tale legge rimanga, allo stato, diritto non codificato – e, come tale, non soggetto all'art. 13 cost. Quest'osservazione è conforme alla tradizionale visione, espressa per la prima volta in *Narasu Appa Mali*, secondo cui i diritti personali si sottraggono al sindacato di conformità con i diritti fondamentali.

Il passo successivo consiste nel determinare se il *talāq-ul-bidaat* possa violare l'art. 25 cost. e, cioè, rappresentare una violazione dell'ordine pubblico, del buon costume, o attentare alla salute. Nuovamente, il *Chief Justice* afferma apoditticamente che l'istituto in parola non contrasta in alcun modo con l'articolo *de quo*<sup>96</sup>.

Khehar concede, in effetti, un'ulteriore possibilità di dichiarare illegittimo il triplo ripudio ai sensi dell'art. 25; egli, infatti, asserisce che esso potrebbe essere proibito, se fosse possibile dimostrarne il contrasto con gli artt. 14, 15, e 21 della Costituzione, che, rispettivamente, stabiliscono il principio dell'eguaglianza di fronte alla legge, proibiscono le discriminazioni, e vietano le privazioni della vita e della libertà personale.

---

<sup>94</sup> L'art. 13 statuisce che: «(1) All laws in force in the territory of India immediately before the commencement of this Constitution, in so far as they are inconsistent with the provisions of this Part, shall, to the extent of such inconsistency, be void. (2) The State shall not make any law which takes away or abridges the rights conferred by this Part and any law made in contravention of this clause shall, to the extent of the contravention, be void. (3) In this article, unless the context otherwise requires, (a) «law» includes any Ordinance, order, bye-law, rule, regulation, notification, custom or usage having in the territory of India the force of law; (b) «laws in force» includes laws passed or made by a Legislature or other competent authority in the territory of India before the commencement of this Constitution and not previously repealed, notwithstanding that any such law or any part thereof may not be then in operation either at all or in particular areas. (4) Nothing in this article shall apply to any amendment of this Constitution made under article 368».

<sup>95</sup> In maniera chiara, il giudice scrive che «the Shariat Act, in our considered view, neither lays down nor declares the Muslim personal law».

<sup>96</sup> L'argomentazione, nella sua intierezza, è che «viewed from any angle, it is impossible to conclude, that the practice impinges on 'public order', or for that matter on 'health'. We are also satisfied, that it has no nexus to 'morality', as well. Therefore, in our considered view, the practice of 'talāq-e-bidaat' cannot be struck down on the three non permissible/prohibited areas which Article 25 forbids even in respect of 'personal law'. It is therefore not possible for us to uphold the contention raised on behalf of the petitioners on this account».

Anche questa possibilità è, tuttavia, esclusa, perché gli articoli in parola proteggono i singoli dall'agire dello Stato e, poiché il diritto personale non è un diritto emanato dallo Stato, ad esso non si applicano gli artt. 14, 15, e 21<sup>97</sup>. Parimenti, trattandosi di diritto non codificato, il diritto personale non può nemmeno essere abrogato per incompatibilità con trattati e convenzioni in tema di diritti umani ratificati dall'India<sup>98</sup>.

Nuovamente, la conclusione non pare essere condivisibile; infatti, se una norma confligge con i diritti fondamentali o con le obbligazioni internazionali che gravano sul Paese, non rileva il fatto che essa sia stata dettata dallo Stato o, invece, sia da questo solo riconosciuta. In entrambi i casi si verifica un *vulnus* e l'autorità giudiziaria deve, comunque, intervenire.

Al termine della sua lunga opinione dissenziente, pertanto, Khehar – d'accordo con Nazeer – delibera che il *talāq-ul-bidaat* è conforme ai dettami della legge fondamentale.

Tuttavia, facendo uso del margine di discrezione concesso alla Corte Suprema dall'art. 142 della Costituzione<sup>99</sup>, egli ordina all'Unione Indiana di considerare di promulgare una 'normativa appropriata' sul tema, anche tenendo conto delle regole adottate presso gli altri Paesi islamici che hanno proibito la pratica di cui si tratta. Nel frattempo, egli ritiene sufficiente emanare un'ingiunzione che interdica ai mariti musulmani di intimare il triplo ripudio; tale ordine sarà valido, dappprincipio, per sei mesi, ma potrà essere prorogato, se il procedimento legislativo sarà stato attivato entro tale termine.

---

<sup>97</sup> Per una critica, v. DEBORAH SCOLART, *Diritto personale v. diritto statale. Riflessioni a partire dalla sentenza della Corte Suprema indiana del 22 agosto 2017 sul triplice ripudio*, cit., p. 10

<sup>98</sup> Infatti, come afferma il *Chief Justice*, riprendendo la sua ricostruzione qui già criticata, «[t]he protection of 'personal laws' of religious sections, is elevated to the stature of a fundamental right, inasmuch as Article 25 of the Constitution, which affords such protection to 'personal law' is a part of Part III (– Fundamental Rights), of the Constitution. It is therefore apparent, that whilst the Constitution of India supports all conventions and declarations which call for gender equality, the Constitution preserves 'personal law' through which religious communities and denominations have governed themselves, as an exception». E, successivamente, «insofar as 'personal law' is concerned, the same has constitutional protection. Therefore if 'personal law' is in conflict with international' conventions and declarations, 'personal law' will prevail».

<sup>99</sup> La norma consente alla Corte Suprema, nell'esercizio della sua giurisdizione, «di adottare provvedimenti finalizzati al raggiungimento della *complete justice* in ogni controversia di cui si trovi a conoscere – di tale potere, espressamente lasciato indefinito, la Corte ha fatto uso in varie materie, come la concessione di un provvedimento di divorzio in un caso non previsto dalla legislazione, l'imposizione di spese di lite esemplari, l'ordine di pagamento di una *interim compensation* in favore di una vittima di stupro, nonché la condanna al risarcimento del danno subito da un soggetto per ingiusta carcerazione», MARCO SEGHESSIO, *Hindu Code I. Legge, consuetudine, e tradizione nel diritto matrimoniale indù*, Libellula, Tricase, 2016, p. 131.

### 4.3. L'opinione di Joseph

La seconda opinione che figura nella sentenza è quella del giudice Joseph. Egli prende le mosse dalla considerazione che in *Shamim Ara*, la Corte Suprema ha confermato che il divorzio istantaneo difetta di 'legal sanctity' e, perciò, alla luce dell'art. 141 cost.,<sup>100</sup> tal è il diritto in vigore in India.

Nondimeno, l'autore espone alcune osservazioni sul tema in parola.

Innanzitutto, egli guarda allo *Shariat Act* e, richiamando i lavori preparatori,<sup>101</sup> osserva che esso era stato adottato per far sí che tutti gli indiani di religione islamica tornassero ad essere regolati dalla *shari'a*, privando di vigore tutte le consuetudini che erano in contrasto con essa. Sotto questo profilo, egli concorda con Khehar e Nazeer che la legge in parola non detta nuove regole, bensí si limita a richiamare il diritto personale islamico come legge applicabile nelle materie individuate dalla s. 2. Su questo egli discorda da Nariman e Lalit, che, invece, ritengono che la legge del 1937 detti norme sostanziali e, pertanto, debba conformarsi all'art. 14 cost., alla cui stregua la sua legittimità può essere valutata. Ciononostante, Joseph concorda con Nariman e Lalit che, in punto di diritto, una norma possa essere dichiarata contraria alla Costituzione perché arbitraria.

Tornando alla *shari'a*, Joseph continua asserendo che, per effetto dello *Shariat Act*, compete all'autorità giudiziaria determinare quale sia la corretta norma da applicare in base al diritto personale delle parti. In questo, egli discorda dall'ammonimento di Khehar, secondo cui i giudici non dovrebbero arrischiarsi a discettare di *hadith*, perché tale compito spetterebbe soltanto alle autorità religiose. E, anzi, analizza nuovamente i versetti del Corano che trattano di *talāq* già analizzati in *Jiauddin Ahmed*.

Al termine della disamina, egli conclude che le sure sono chiare ed inequivocabili: il Corano ha attribuito santità e permanenza al matrimonio.

È certo possibile, in situazioni estremamente inevitabili, sciogliere il coniugio; tuttavia, prima che il ripudio possa produrre i suoi effetti, è necessario che alcuni passi essenziali siano compiuti: prima un tentativo di

---

<sup>100</sup> Si tratta dell'articolo che prescrive che i precedenti della Corte Suprema siano vincolanti per le Corti inferiori.

<sup>101</sup> Segnatamente, egli fa riferimento allo *statement of objects and reasons*, in cui si spiegava che il disegno di legge, successivamente approvato, era stato introdotto per soddisfare il desiderio da tempo formulato dai musulmani di tornare alla *shari'a*, abbandonando le consuetudini che nel frattempo si erano venute costituendo e che con essa contrastavano. In particolar modo, gli inglesi obiettavano che gli usi non avevano alcuna base solida su cui poggiare ed erano soggetti a frequenti cambiamenti, con la conseguenza che non sarebbe stato possibile raggiungere quella certezza e definitività che deve essere la caratteristica di tutte le leggi. Inoltre, il potere coloniale riconosceva che, per quanto riguardava lo status delle donne musulmane, il diritto consuetudinario conteneva delle norme definite 'disgraceful'.

riconciliazione e, poi, se esso ha successo, la revoca del *talāq*.

Poiché nel triplo divorzio questa possibilità non sussiste, esso contrasta con i principi fondamentali del Corano e, di conseguenza, viola la *shari'a* e, in via mediata, lo *Shariat Act*.

Tale conclusione è conforme con quelle espresse dai giudici che avevano risolto i casi *Jiauddin Ahmed* e *Shamim Ara* – peraltro, quest'ultimo precedente era già stato inteso da diverse corti come quello che stabilisce che è possibile intimare il *talāq-ul-bidaat* solo per un motivo ragionevole e purché vi siano stati tentativi di riconciliazione.

Per tali motivi, Joseph ritiene di non poter condividere la ricostruzione di Khehar e Nazeer, statuendo che la pratica in questione non costituisce parte integrante dell'islam, che essa non fa parte del diritto personale islamico, e che essa non gode di alcuna protezione costituzionale<sup>102</sup>.

#### *4.4. L'opinione di Nariman e Lalit*

In apertura dell'opinione, Nariman chiarisce come oggetto della decisione sia esclusivamente il triplo *talāq* e non le rimanenti forme di ripudio unilaterale, con questo decisamente restringendo l'ambito di applicazione della sentenza.

Detto ciò, egli passa ad analizzare quale sia la natura dello *Shariat Act*, poiché essendo tale legge stata promulgata prima dell'entrata in vigore della Costituzione, ad essa si applica l'art. 13, co. 1 di quest'ultima.

La conclusione cui Nariman giunge – con cui Lalit concorda e su cui gli altri tre membri del collegio discordano – è che la s. 2 dello *Shariat Act* costituisce la norma che riconosce e dà valore, fra gli altri istituti, al *talāq* presso il sistema indiano. Tale interpretazione si basa anche su due risalenti precedenti, *Aswini Kumar Ghosh v Arabinda Bose*<sup>103</sup> e *A.V. Fernandez v State of Kerala*<sup>104</sup>, in cui si esclude che sia possibile adottare una '*non obstante clause*', come quella che è presente nella s. 2 della legge in parola, per determinare

---

<sup>102</sup> Sul punto, il giudice sembra concordare con Khehar e Nazeer che l'art. 25 della Costituzione protegga come diritto fondamentale degli individui il poter essere regolati dal proprio diritto personale; tuttavia, egli ritiene che tale principio non si applichi al triplo *talāq*. Il motivo è che, con la promulgazione dello *Shariat Act*, tutte le pratiche che contrastino con la *shari'a* sono state proibite; di conseguenza, non vi può essere alcuna tutela, men che meno di rango costituzionale, nei confronti di usi o prassi che vadano contro al Corano, come nel caso del divorzio istantaneo.

<sup>103</sup> 1953 SCR 1

<sup>104</sup> 1957 SCR 837

l'ambito di applicazione della norma stessa<sup>105</sup>.

Per tale motivo, secondo il giudice, è possibile sottoporre a sindacato di legittimità costituzionale l'istituto del *talāq-ul-bidaat*, poiché esso trae la propria forza dallo *Shariat Act*, legge che deve sottostare alle disposizioni dell'art. 13 cost. Questo, di conseguenza, pare implicare che anche il diritto personale islamico non codificato debba rispettare i diritti fondamentali, poiché anch'esso, alla fine, deriva la sua autorità dallo Stato. Nariman, per tale motivo, ritiene superfluo determinare se *Narasu Appa Mali* costituisca ancora *good law*<sup>106</sup>.

Successivamente, il giudice passa a confutare l'opinione avanzata da Khehar e Nazeer che il triplo *talāq* sia protetto dall'art. 25 della legge fondamentale. A tal proposito, richiama le decisioni adottate in *Shirur Mutt*, *Javed*, e *Commissioner of Police v Acharya Jagdishwarananda Avadhuta*<sup>107</sup>, per confermare che la Costituzione protegge soltanto le pratiche religiose considerate essenziali. Il ripudio istantaneo, tuttavia, non è annoverabile fra queste, perché, pure adottando la dottrina delle cinque decisioni<sup>108</sup>, esso non può che rientrare o fra le condotte semplicemente permesse o, forse piú correttamente, fra quelle sconsigliate<sup>109</sup>.

Inoltre, la stessa scuola hanafita che lo riconosce, allo stesso tempo lo riprova, ulteriore dimostrazione del fatto che esso non possa godere di alcuna

---

<sup>105</sup> In *Aswini Kumar Ghosh*, la Corte Suprema, infatti, scrive che «turning now to the non obstante clause in section 2 of the new Act, which appears to have furnished the whole basis for the reasoning of the Court below – and the argument before us closely followed that reasoning – we find the learned Judges begin by inquiring what are the provisions which that clause seeks to supersede and then place upon the enacting clause such construction as would make the right conferred by it co-extensive with the disability imposed by the superseded provisions. «The meaning of the section will become clearer», they observe, «if we examine a little more closely what the section in fact supersedes or repeals..... The disability which the section removes and the right which it confers are co-extensive.» This is not, in our judgment, a correct approach to the construction of section 2. It should first be ascertained what the enacting part of the section provides on a fair construction of the words used according to their natural and ordinary meaning, and the non obstante clause is to be understood as operating to set aside as no longer valid anything contained in relevant existing laws which is inconsistent with the new enactment».

<sup>106</sup> E questo malgrado lo stesso Nariman riconosca che, in un successivo caso, potrebbe essere necessario riesaminare tale precedente.

<sup>107</sup> 2004 (12) SCC 770.

<sup>108</sup> Ossia la teoria che suddivide le possibili azioni di un fedele in cinque categorie: *fard*, ossia obbligatorio; *mandub*, raccomandato; *halal* o *ja'iz*, permesso; *makruh*, riprovevole; *haram*, proibito. Si veda ABDEL WAHAB, *Meaning and Structure of Law in Islam*, in *Vanderbilt Law Review*, 16, 1962, p. 15 e p. 119.

<sup>109</sup> Il giudice scrive: «Triple Talāq at best falls within the third degree, but probably falls more squarely within the fourth degree. It will be remembered that under the third degree, Triple Talāq is a permissible action as to which religion is indifferent. Within the fourth degree, it is reprobated as unworthy».

tutela costituzionale.

L'ultimo aspetto che l'autore affronta riguarda la questione della costituzionalità del triplo *talāq* alla luce dell'art. 14. Infatti, mediante una discussione dettagliata dei precedenti, Nariman dimostra che tanto una legge, quanto l'azione di una pubblica autorità possono essere annullate per violazione della disposizione in argomento, non solo quando comportino una classificazione irragionevole – il test tradizionalmente utilizzato dalle corti – ma anche quando siano stimate arbitrarie.

Egli scrive: '[t]he thread of reasonableness runs through the entire fundamental rights chapter. What is manifestly arbitrary is obviously unreasonable and being contrary to the rule of law, would violate Article 14'. E, ispirandosi alla vasta gamma di sentenze da lui citate, egli definisce l'arbitrarietà manifesta come 'something done by the legislature capriciously, irrationally and/or without a dequate determining principle. Also, when something is done which is excessive and disproportionate, such legislation would be manifestly arbitrary'<sup>110</sup>.

Quanto al *talāq-ul-bidaat*, il giudice fa affidamento sugli *hadith* che biasimano tale pratica, come dimostrato da un commentario<sup>111</sup> e dalla giurisprudenza citata in *Shamim Ara*, che egli richiama, per ritenere che il triplo ripudio sia manifestamente arbitrario, perché consente al marito di sciogliere il coniugio 'capriciously and whimsically' senza permettere alcun tentativo di riconciliazione per salvare il legame.

La conclusione, di per sé, pare condivisibile. Ciò che non persuade interamente è l'*iter* argomentativo seguito per giustificarla. Nariman dichiara che questa forma di *talāq* viola l'art. 14 della Costituzione, che, giova ricordarlo, contiene il principio di eguaglianza, non tanto perché produce una disparità di trattamento fra marito e moglie, bensì, apparentemente, perché è arbitrario, non permettendo di provare a rappacificare i coniugi, come richiesto dal Corano. In questo, la concezione religiosa, che tiene il triplo ripudio per irregolare, improprio e peccaminoso, concorre a determinarne l'arbitrarietà.

---

<sup>110</sup> Sull'affascinante tema della proporzionalità e della ragionevolezza come limiti all'agire del legislatore indiano, si rimanda a VIKRAM ADYITA NARAYAN, JAHNAVI SINDHU, *A historical argument for proportionality under the Indian Constitution*, in *Indian Law Review*, 2, 2018, p. 51.

<sup>111</sup> Nariman cita ASAF ALI ASGHAR FYZEE, *Outlines of Muhammadan Law* (5ª ed. riveduta e aggiornata da T. Mahmood), Oxford University Press, Nuova Delhi, 2008.

## 5. Il dispositivo della sentenza

Alla luce della difformità di vedute, il dispositivo della sentenza è estremamente scarno: “by a majority of 3:2 the practice of ‘talāq-e-biddat’ – triple talāq is set aside”. È, inoltre, importante sottolineare come non vi sia uniformità nemmeno in quanto alla *ratio* di tale decisione; infatti, Nariman e Lalit concludono che il triplo ripudio è incostituzionale, perché arbitrario, mentre Joseph evita la questione della costituzionalità e ritiene, semplicemente, che la pratica in questione sia illegale perché contraria alla *shari’a* e, quindi, in via mediata allo *Shariat Act*.

In minoranza, invece, rimangono Khehar e Nazeer, il cui dissenso è ancora più marcato, poiché essi sono dell’opinione che il triplo *talāq* addirittura goda di tutela costituzionale ai sensi dell’art. 25.

## 6. Successive evoluzioni giurisprudenziali

L’opinione di Nariman e Lalit è stata ripresa dall’Alta Corte di Jammu & Kashmir in tre decisioni – *Mohammad Yaseen Bhat v Aisha Yaseen & Anr*<sup>112</sup>, *Javaid Iqbal Wagay v Mst. Naza*,<sup>113</sup> e *Javaid Ahmad Wani Alias Waza vs Nigee-na Akhter*<sup>114</sup> – per negare valore al triplo *talāq*, poiché, ad avviso della corte, tale tipo di ripudio è, per sua natura, arbitrario, giacché permette al marito di sciogliere il vincolo matrimoniale in maniera imprevedibile, capricciosa, impulsiva, e mercuriale, con la conseguenza che esso viola in ogni caso l’art. 14 cost.

Ed anche la Corte Suprema, in *Joseph Shine v Union of India*<sup>115</sup>, è intervenuta a chiarire il senso di *Shayara Bano*. In tale caso, la corte doveva valutare se le norme che ancora dichiaravano l’adulterio penalmente illecito erano conformi a Costituzione e, per farlo, i giudici si basano su *Shayara Bano*. Infatti, essi prendono atto che la norma *de qua* è, ormai, arcaica, è sopravvissuta al suo scopo, e non è più conforme alla morale costituzionale attuale. Sulla base di ciò, concludono che la legge, avendo da tempo perso la sua *ratio*, è oggi divenuta totalmente irrazionale.

Questa considerazione è sufficiente perché del precetto in parola sia dichiarata l’illegittimità costituzionale, poiché «with the passage of time, Article 14 springs into action and interdicts such law as being manifestly arbitrary».

---

<sup>112</sup> Decisione pronunciata il 30 novembre 2017.

<sup>113</sup> Decisione pronunciata il 24 aprile 2018.

<sup>114</sup> Decisione pronunciata il 14 agosto 2018.

<sup>115</sup> Decisione pronunciata il 27 settembre 2018.



In questa sentenza, così, si giunge ad estendere la nozione di ‘norma arbitraria’ fino ad includervi ciò che ormai risulta anacronistico.

Ai fini della presente trattazione, inoltre, il provvedimento in parola è altresì interessante, perché vi si conferma che, in *Shayara Bano*, il triplo *talāq* è stato dichiarato incostituzionale in quanto arbitrario e che soltanto Khehar e Nazeer, nella loro opinione dissenziente, hanno ritenuto che, per poter apportare delle riforme sociali, sia necessario attendere che il diritto sia modificato dal legislatore.

Un’ultima decisione significativa è *Firdaus Bano v Abdul Majeed*,<sup>116</sup> perché essa dimostra come, ancora a novembre 2018, ossia piú di un anno dopo la sentenza della Corte Suprema, vi siano ancora giudici che non si conformano al principio di diritto ivi sancito.

In *Firdaus*, infatti, l’Alta Corte del Rajasthan, decidendo in grado di appello, riforma una sentenza, perché il giudice di prime cure, nel ritenere privo di effetti il *talāq-ul-bidaat* intimato da un marito musulmano, non aveva tenuto in debito conto il fatto che la moglie aveva accettato il divorzio istantaneo, la cui validità non era stata contestata da nessuna delle parti intervenute nel corso del giudizio di primo grado. Si tratta di una decisione che, ad avviso di chi scrive, è stata data *per incuriam* ed è ben lecito dubitare che essa costituisca *good law*; tuttavia, il fatto che la stessa autorità giudiziaria pregiudichi l’esecuzione delle sentenze della Corte Suprema può essere motivo di apprensione.

## 7. Iniziative legislative

La sentenza della Corte Suprema non è stata sufficiente a fermare una volta per tutte il triplo ripudio.

Infatti, proponendo un disegno di legge finalizzato a proibire la pratica<sup>117</sup>, il 15 dicembre 2017, nello *statement of objects and reasons*, il Ministro della Giustizia dichiara che, nonostante la decisione adottata nel caso *Shayara Bano*, vi sono ancora segnalazioni di casi di divorzio istantaneo, provenienti da tutto il Paese<sup>118</sup>; sicché, egli continua, è possibile affermare che la sentenza non abbia funzionato come deterrente. Emerge, pertanto, l’esigenza che lo Stato intervenga per dare esecuzione al verdetto della Corte Suprema e per

---

<sup>116</sup> Decisione pronunciata il 28 ottobre 2018.

<sup>117</sup> Si tratta del *Muslim Women (Protection of Rights on Marriage) Bill*, 2017.

<sup>118</sup> In un recente articolo di giornale si riporta che, da quando la Corte Suprema l’ha proibito, vi sono stati almeno 201 casi di triplo *talāq* (AGENCE FRANCE-PRESSE, *India makes Islamic ‘triple-talāq’ instant divorce punishable by up to three years in prison*, 19 settembre 2018, *The Telegraph*, disponibile all’indirizzo: <https://www.telegraph.co.uk/news/2018/09/19/india-makes-islamic-triple-talāq-instant-divorce-punishable/>, ultimo accesso dicembre 2018).

risarcire le vittime del triplo ripudio.

In questo disegno di legge si stabilisce che il termine *talāq* si riferisca esclusivamente al *talāq-ul-bidaat* e a qualsiasi altra forma di *talāq* simile che abbia l'effetto di procurare un divorzio istantaneo ed irrevocabile, pronunciato da un marito musulmano. Di questi ripudî l'art. 3 commina la nullità, mentre l'art. 4 punisce chiunque li intimi con la reclusione fino a tre anni e una multa. Gli artt. 5 e 6, successivamente, stabiliscono che le donne contro cui sia invocato il *talāq* possono pretendere il mantenimento per sé ed i figli, di cui hanno diritto di ottenere la custodia.

Questo disegno di legge è stato approvato dalla *Lok Sabha* ed è ora pendente davanti alla *Rajya Sabha*, sebbene ne sia stato richiesto il ritiro.

Nelle more, il 19 novembre 2018, il Presidente Ram Nath Kovind ha promulgato una *ordinance*<sup>119</sup>, che riprende il contenuto dell'appena menzionato disegno di legge, con tre sole differenze: a) il delitto è procedibile solo se la notizia di reato proviene dalla donna, da un parente, o da un affine; b) il giudice può liberare l'imputato su cauzione; c) il reato può essere estinto, su richiesta della donna, secondo la procedura nota come *compounding*<sup>120</sup>.

Infine, il 17 dicembre, il Ministro della Giustizia ha introdotto un nuovo disegno di legge<sup>121</sup>, che sostituisce l'*ordinance*, riproducendone interamente il contenuto.

Nella sua breve vigenza, l'*ordinance* è già stata oggetto di un ricorso per la dichiarazione d'illegittimità costituzionale; infatti, un fedele ha adito l'Alta Corte di Delhi, lamentando che essa incide negativamente sui suoi diritti fondamentali. Inoltre, ad avviso del ricorrente, essa è contraria alla fede, alle pratiche, ed alle tradizioni comuni dell'islam ed ha natura discriminatoria. In aggiunta, appare superflua, alla luce della decisione raggiunta dalla Corte Suprema in *Shayara Bano*. Pertanto, essa dovrebbe essere dichiarata *ultra vires*. L'Alta Corte ha, tuttavia, rigettato l'intero impianto argomentativo dell'attore, riconoscendo che l'*ordinance* costituisce un lecito esercizio del potere nomopoietico<sup>122</sup>.

---

<sup>119</sup> Si tratta della *Muslim Women (Protection of Rights on Marriage) Ordinance*, 2018. Un'*ordinance* può essere adottata solo quando il parlamento non sia in sessione; tuttavia, dal giorno in cui il parlamento torna a riunirsi, essa deve essere sostituita da un disegno di legge che deve essere approvato entro 42 giorni, altrimenti decade (art. 123 della Costituzione); ai sensi dell'art. 85, fra due diverse sessioni del parlamento non possono intercorrere più di sei mesi, con la conseguenza che una *ordinance* non può in nessun caso rimanere in vigore per più di sei mesi e sei settimane.

<sup>120</sup> Con '*compounding*' ci si riferisce alla procedura con cui le due parti, ottenuto il permesso della corte, decidono di concludere un procedimento giudiziario, risolvendo la controversia. I termini e le condizioni per l'estinzione del reato saranno determinati dal magistrato (si v. la s. 7(b) dell'*ordinance* e 320 del *Code of Criminal Procedure*, 1973).

<sup>121</sup> Si tratta del *Muslim Women (Protection of Rights on Marriage) Bill*, 2018.

<sup>122</sup> Si veda *Shahid Azad v Union of India*, pronunciata il 28 settembre 2018.

## 8. Conclusioni

*Shayara Bano* è stata definita una decisione storica<sup>123</sup>, perché, per la prima volta, la Corte Suprema dichiara in maniera incontrovertibile che il triplo *talāq* non costituisce piú un valido metodo di divorzio. Tuttavia, già sulla natura di tale invalidità, la corte non è chiara; infatti, due soli giudici dichiarano la pratica incostituzionale, mentre un terzo non si esprime sul tema<sup>124</sup>.

Pure l'espressione scelta, ossia 'triple *talāq* is set aside', non lascia comprendere fino in fondo che cosa intendessero i giudici. Tale forma di ripudio è interamente priva di effetti? O, piú semplicemente, vale come una singola intimazione di *talāq*, come già era stato affermato in *Masroor Ahmed*?

A parte di tali quesiti ha risposto la giurisprudenza successiva, che pare avere accettato che il *talāq-ul-bidaat* sia costituzionalmente illegittimo; ai restanti pare aver risposto il legislatore. Infatti, sia l'*ordinance* sia il disegno di legge, al momento pendente di fronte al parlamento, dichiarano il triplo ripudio nullo.

E anche in quanto all'effetto realmente innovativo della presente decisione è lecito esprimere dubbî, come dimostrato dalla stessa opinione di Joseph, in cui il giudice frequentemente ripete come le conclusioni raggiunte nella sentenza in argomento si limitino a dire apertamente ciò che *Shamim Ara* sottintendeva solamente. Di certo, però, il provvedimento qui esaminato ha il pregio di certificare incontrovertibilmente l'antigiuridicità del triplo ripudio.

Tuttavia, quanto appena esposto non costituisce il solo aspetto della decisione che sollevi perplessità.

Intanto, la decisione pecca di poco coraggio sotto varî aspetti.

Innanzitutto, la Corte Suprema si esprime soltanto su di una specifica forma di *talāq*, lasciando ancora in vigore sia il *talāq ahsan* sia il *talāq hasan*, come del resto confermato *expressis verbis* in *Shahid Azad*, anche dopo l'entrata in vigore dell'*ordinance*.

Tuttavia, tali pratiche condividono uno dei difetti del *talāq-ul-bidaat*:

---

<sup>123</sup> Si vedano, a solo titolo di esempio, RIN HIRSCHL, AYELET SHACHAR, *Competing Orders: The Challenge of Religion to Modern Constitutionalism*, in *The University of Chicago Law Review*, 85, 2018, p. 425 e p. 440; TANJA HERKLOTZ, *Shayara Bano versus Union of India and Others. The Indian Supreme Court's Ban of Triple Talāq and the Debate around Muslim Personal Law and Gender Justice*, in *Zeitschrift Verfassung und Recht in Übersee*, 50, 2017, p. 300 e pp. 309-310, ma anche BBC, *Triple talāq: India court bans Islamic instant divorce*, *BBC News*, 22 agosto 2017, reperibile all'indirizzo: <https://www.bbc.com/news/world-asia-india-41008802>, ultimo accesso dicembre 2018.

<sup>124</sup> Cosí, molto rapidamente, a tale mancanza di consenso si sono appigliati i *leaders* musulmani e gli attivisti per sostenere che pratiche come il triplo *talāq* dovrebbero essere riesaminate dalla comunità di riferimento. Cfr. RAN HIRSCHL, AYELET SHACHAR, *Competing Orders: The Challenge of Religion to Modern Constitutionalism*, in *The University of Chicago Law Review*, 85, 2018, pp. 425, 440.

anch'esse costituiscono forme di ripudio unilaterale e, come tali, producono una disparità di trattamento fra musulmani di sesso maschile e femminile<sup>125</sup>.

Nondimeno, la decisione dei giudici di limitarsi al divorzio istantaneo è comprensibile alla luce di valutazioni politiche, ma anche giuridiche: infatti, per quanto riguarda gli uomini di fede musulmana, lo scioglimento del vincolo matrimoniale è regolato dal solo diritto personale. Nessuna legge tratta dell'argomento, salvo che essi non abbiano deciso di contrarre matrimonio ai sensi dello *Special Marriage Act*, 1954.

In tale circostanza – e alla luce del fatto che, già adesso, qualsiasi intima-zione di *talāq* deve essere sorretta da un motivo ragionevole ed essere preceduta da tentativi di riconciliazione –, un eventuale intervento poco accorto sulle altre forme di ripudio avrebbe potuto condurre ad un'eccessiva limitazione del diritto dei cittadini di religione musulmana di ottenere lo scioglimento del vincolo matrimoniale.

Un ulteriore aspetto opinabile della sentenza in argomento è costituito dal fatto che i giudici decidono di non affrontare in maniera esplicita il rapporto fra diritti personali e Costituzione. Anzi, le opinioni sostenute rischiano di poter condurre, in futuro, a soluzioni non condivisibili e pericolose per la tutela dei soggetti deboli nei confronti di disposizioni discriminatorie del proprio diritto personale.

Infatti, Khehar and Nazeer dichiarano di ritenere che i diritti personali siano coperti dall'art. 25 cost., avendo addirittura la stessa statura di un diritto fondamentale. Joseph, di passata, si dichiara d'accordo e non manca chi si è appellato a questa concordanza, per affermare che «three out of five judges who constitute a majority have held freedom of religion as absolute»<sup>126</sup>.

---

<sup>125</sup> Le donne islamiche possono soltanto divorziare in base al *Dissolution of Muslim Marriages Act*, 1939, su cui si veda SAADYA SULEMAN, *Muslim Personal Law and Gender Equality Concerns in India*, in *Advances in Social Science, Education and Humanities Research*, 6, 2017, p. 162 disponibile all'indirizzo: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3164220](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3164220) (ultimo accesso dicembre 2018). Si confronti tale situazione con quanto accade in Pakistan a seguito della pronuncia di *Saleem Ahmed v Government of Pakistan*, PLD 2014 FSC 43, in cui la *Federal Shariat Court* ha statuito che una donna possa procedere ad un divorzio *khula* anche senza il consenso del marito. Peraltro, la vigente normativa in fatto di divorzio è altresì causa di discriminazione nei confronti degli indù, che possono soltanto divorziare in base alle previsioni dell'*Hindu Marriage Act*, che escludono la possibilità di divorziare in maniera unilaterale, salvo in caso di *matrimonial offences* da parte del coniuge.

<sup>126</sup> FAIZAN MUSTAFA, JAGTESHWAR SINGH SOHI, *Freedom of Religion in India: Current Issues and Supreme Court Acting as Clergy*, cit., p. 955. Gli autori, nel testo scrivono di ritenere incoraggiante che in *Shayara Bano* una *constitutional bench* della Corte Suprema abbia dichiarato che la libertà di religione, soggetta alle restrizioni di cui all'art. 25, è assoluta. Questa sentenza, a loro avviso, è infatti l'apice della libertà di religione in India, perché il *Chief Justice* ha dichiarato esplicitamente che i diritti personali godono di tutela costituzionale – giungendo ad affermare che essi hanno la statura di un diritto fondamentale. Per gli autori, il giudice Khehar ha fatto un passo avanti e ha detto che, fatte salve le restrizioni di cui all'articolo, la libertà di religione ai sensi della Costituzione su questo

D'altro lato, Khehar and Nazeer escludono altresí che i diritti personali debbano conformarsi ai diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione, in questo confermando *Narasu Appa Mali*. La questione non è affrontata da Joseph ed è aggirata da Nariman and Lalit, che sottopongono a sindacato di legittimità costituzionale non tanto il diritto personale islamico, quanto piú lo *Shariat Act* che lo riconosce. La conseguenza è che, su questo argomento, permane confusione<sup>127</sup>.

Infatti, questa volta è stato possibile giungere ad una soluzione che soddisfa il senso di giustizia anche attraverso il diverso percorso tentato da Joseph, ma un simile approccio non sarebbe stato disponibile se la Corte Suprema si fosse trovata a dover conoscere di un caso riguardante una forma di discriminazione espressamente riconosciuta o, peggio, ordinata dalla *shari'a*. In tal caso, difatti, non sarebbe possibile dichiarare l'illegalità della pratica *de qua* per contrasto con l'art. 2 dello *Shariat Act*.

Al riguardo, vi è chi è pessimista: Mandal, per esempio sottolinea come tre giudici su cinque, Khehar, Nazeer, e Joseph, abbiano tracciato una distinzione fra diritto codificato e non codificato, aggiungendo che lo *Shariat Act* non codifica quest'ultimo, cosí impedendo una qualsivoglia opera di sindacato di legittimità costituzionale da parte dell'autorità giudiziaria ed aggiungendo che approcci giudiziari come quello di Joseph sono le uniche vie percorribili per un ulteriore cambiamento giuridico in questo settore<sup>128</sup>.

Chi scrive è piú ottimista. Non può negarsi che, malgrado gli innegabili difetti della decisione, essa è stata ripresa, in sentenze successive<sup>129</sup>, da giudici che hanno ritenuto che essa avesse dichiarato l'illegittimità costituzionale del *talāq*, senza menzionare la s. 2 dello *Shariat Act* come norma interposta.

Né può trascurarsi che un collegio di tre giudici della Corte Suprema, in *Sameena Begum v Union of India & Ors*<sup>130</sup>, ha deciso di rinviare alla *constitutional bench* la trattazione di un caso riguardante la poligamia, il *nikah halala*,

---

punto è assoluta. (*ibidem*).

<sup>127</sup> SAPTARSHI MANDAL, *Triple Talāq Judgment and the Continuing Confusion about the Constitutional Status of Personal Law*, in *Economic and Political Weekly*, 4 settembre 2017, reperibile all'indirizzo: <http://www.jgu.edu.in/article/triple-talāq-judgment-and-continuing-confusion-about-constitutional-status-personal-law>, ultimo accesso dicembre 2018.

<sup>128</sup> SAPTARSHI MANDAL, *Out of Shah Bano's shadow: Muslim women's rights and the Supreme Court's triple talāq verdict*, cit., p. 102.

<sup>129</sup> Per esempio, in *Mohammad Yaseen Bhat, Javaid Iqbal Wagay, e Javaid Ahmad Wani*, nonché, dalla stessa Corte Suprema per quanto in un *obiter dictum*, in *Joseph Shine*.

<sup>130</sup> Decisione pronunciata il 26 marzo 2018.

il *nikah mut'ah*<sup>131</sup>, e il *nikah misyar*<sup>132</sup>. Nell'ordinanza di rimessione si legge che di tali pratiche i ricorrenti hanno lamentato l'incostituzionalità, avanzando varie argomentazioni per affermare che i detti istituti, per quanto facenti parte del diritto personale islamico, non sono immuni dal sindacato di conformità ai diritti fondamentali, aggiungendo che *Shayara Bano* su quegli aspetti tace. Concordando sul fatto che, in quest'ultima decisione, il collegio su tali argomenti non s'è espresso e alla luce dell'importanza della questione, i giudici ordinano che la controversia sia portata all'attenzione del *Chief Justice*, affinché convenga una *constitutional bench* che possa esprimersi sul ricorso.

È vero che sovrastimare la portata di *Sameena Begum* non conviene; dopotutto, non vi sono garanzie che la sentenza che sarà pronunciata si discosti da *Shayara Bano*, né che essa compia un definitivo *overruling* di *Narasu Appa Mali*.

Giova, infatti, ricordare che tutto l'*iter*, che avrebbe condotto a *Shayara Bano*, era partito da *Prakash v Phulwat*, in cui un collegio di due giudici della Corte lamentava l'esistenza di forme di discriminazione di genere che affliggevano le donne musulmane, in ispregio dei loro diritti fondamentali.

Nondimeno, pur con la debita circospezione, pare che l'opinione Khehar non abbia, per ora, attecchito.

Infine, un ulteriore elemento di *Shayara Bano* ch'è suscettibile di critica è rappresentato dal percorso argomentativo che ha condotto la maggioranza a giungere alla loro decisione finale. Infatti, nel corso dell'intera sentenza, il tema della discriminazione di genere non è approfondito. E, quando lo è, ossia nell'opinione di Khehar, la conclusione è che il principio di eguaglianza è gerarchicamente subordinato al principio di non interferenza nel diritto personale.

Pure nell'opinione di Nariman i diritti delle donne non compaiono; in essa, il difetto identificato dal giudice è che il triplo *talāq* contrasta con il principio della conservazione del matrimonio, perché tale forma di ripudio permette di interrompere arbitrariamente il vincolo coniugale, senza che possano essere esperiti dei tentativi di salvarlo<sup>133</sup>.

---

<sup>131</sup> Ossia un matrimonio temporaneo, tipico del diritto sciita, in cui la durata del vincolo è fissata prima delle nozze.

<sup>132</sup> Ossia un matrimonio, tipico del diritto wahabita, in alcuni aspetti simile al *nikah mut'ah*, in cui marito e moglie, per quanto ancora legati dal vincolo del coniugio, possono rinunciare ad alcuni dei diritti che da esso discendono.

<sup>133</sup> Sul tema, Atrey lamenta il fatto che la pronuncia, per quanto progressista, faccia leva più sull'arbitrarietà della pratica che non sulla sua natura discriminatoria. Secondo l'autrice, per una decisione propagandata come una delle vittorie più significative per i diritti delle donne musulmane in India, *Shayara Bano* pare equiparare l'uguaglianza delle donne a una semplice questione di non arbitrarietà, con la conseguenza che finisce per limitare gli argomenti che possono essere invocati per combattere le restanti forme di discriminazione che ancora permangono nel diritto personale islamico. Cfr. SHREYA ATREY, *Women's Human Rights: From Progress to Transformation, An Intersectional Re-*

Nonostante quanto finora detto, tuttavia, l'autore ritiene che sarebbe ingeneroso criticare oltremisura la decisione. In essa, infatti, i giudici raggiungono una conclusione condivisibile e giudiziosa e prestano attenzione a non cedere ad un fervore eccessivo. Si può forse criticare l'eccesso di cautela, ma è certo meglio d'un approccio temerario e scriteriato.

RIASSUNTO

In India, dove ancora il diritto matrimoniale è regolato dal diritto personale dei coniugi, i mariti di religione islamica hanno tradizionalmente goduto del diritto di divorziare dalle proprie mogli mediante la procedura del cosiddetto triplo *talāq*.

Nel 2017, su tale questione è, finalmente, intervenuta la Corte Suprema che ha proibito la pratica nella sentenza *Shayara Bano v Union of India & Ors.*

Nel presente articolo, l'autore, dopo aver illustrato i precedenti in fatto di triplo ripudio, esamina la decisione in parola, prendendone in considerazione gli aspetti positivi, nonché i profili che suscitano ancora perplessità e discute quale potrebbe essere, in futuro, l'approccio della Corte in casi simili.

PAROLE CHIAVE

*India; talāq; casi giurisprudenziali*

ABSTRACT

In India, where marriage is still governed by the religion-inspired personal laws, Muslim husbands have traditionally had the right to divorce their wives by resorting to triple *talāq*. In 2017, the Supreme Court finally intervened and prohibited the practice in question in *Shayara Bano v Union of India & Ors.*

In this article, the Author, after presenting the case law on the topic, examines the judgment and discusses its positive aspects as well as its shortcomings and discusses what may be, in future, the Court's approach in similar cases.

KEY WORDS

*India; talāq; cases law*

---

*sponse to Martha Nussbaum, in Human Rights Quarterly, 40, 2018, p. 859 e p. 886. Un'altra autrice ha invece sottolineato come tale decisione rifletta la mancanza di bilanciamento nella composizione della Corte Suprema; infatti, ella, pur ritenendo lodevole il fatto che il collegio si componesse di giudici appartenenti a diverse confessioni religiose, biasima l'assenza di donne sia nel gruppo di giudici che hanno deciso la controversia sia nella Corte Suprema in generale. Cfr. TANJA HERKLOTZ, *Shayara Bano versus Union of India and Others. The Indian Supreme Court's Ban of Triple Talāq and the Debate around Muslim Personal Law and Gender Justice*, cit., p. 300 e p. 310. Mandal, dal canto suo, enfatizza la partecipazione di organizzazioni di donne musulmane, esprimendo l'opinione che *Shayara Bano* segni, così, una rottura decisiva rispetto al passato in cui gli interessi di queste erano rappresentati o dallo Stato o dalla comunità di appartenenza. Cfr. SAPTARSHI MANDAL, *Out of Shah Bano's shadow: Muslim women's rights and the Supreme Court's triple talāq verdict*, cit., p. 140.*