

# Comparative and Transnational Law

6

**Domenico Francavilla**

**Matrimoni di bambini e riforme del diritto  
di famiglia in India**

Suggested citation: Francavilla, Domenico, "Matrimoni di bambini e riforme del diritto di famiglia in India", CDCT working paper 14-2012/ Comparative and Transnational Law 6, available at <http://www.cdct.it/Pubblicazioni.aspx>

## Abstract

**IT** *L'articolo analizza l'evoluzione del diritto indiano relativamente al matrimonio di bambini considerando alcuni aspetti del diritto tradizionale hindu, i caratteri dell'intervento coloniale e le riforme giuridiche successive all'Indipendenza. L'articolo intende evidenziare l'interazione tra le diverse fonti da cui emerge il diritto hindu e i conflitti che si verificano tra diritto ufficiale e non ufficiale. Su questa base, l'articolo cerca di spiegare come la modernizzazione del diritto hindu abbia incontrato diverse resistenze che si sono tradotte in una peculiare separazione tra disciplina privatistica e penalistica del matrimonio di bambini, punito penalmente ma considerato valido sino al Child Marriage Prohibition Act del 2006, la cui efficacia nel contesto indiano rimane comunque ancora problematica.*

**EN** *The article analyzes the evolution of Indian law on child marriages by focusing on selected aspects of traditional Hindu laws, colonial intervention and legal reforms after Independence. The article aims at highlighting the interaction between the different sources from which Hindu law emerges and conflicts occurring between official law and non-official law. On this basis, the article will try to explain how modernization of Hindu law has had to deal with a resistance that has resulted in a peculiar separation between private law and criminal law regimes of child marriages. In fact, they have been punished under criminal law but deemed as valid under private law till the Child Marriage Prohibition Act of 2006. Finally, the article will discuss several problems concerning the effectiveness in the Indian context of the new rules on child marriages introduced in 2006.*

**Keywords:** Marriage – Personal laws - India

## MATRIMONI DI BAMBINI E RIFORME DEL DIRITTO DI FAMIGLIA IN INDIA

DOMENICO FRANCAVILLA\*

*1. Diritto hindu e matrimonio di bambini - 2. Il matrimonio di bambini nel diritto hindu classico e nel periodo coloniale - 3. Il matrimonio di bambini e le riforme del diritto di famiglia nell'India indipendente - 4. Uniformità e mutamento*

### 1. Diritto hindu e matrimonio di bambini

Il diritto hindu ha una posizione particolare nel quadro dei diritti contemporanei. Si tratta di un diritto religioso, dalle origini molto antiche, che rappresenta agli occhi di molti un diritto arretrato, basato su concezioni sociali che dovrebbero essere superate nel mondo contemporaneo. Ciononostante il diritto hindu rimane un diritto vitale ed è una componente ufficiale del diritto di famiglia della Repubblica indiana contemporanea. Bisogna però osservare che il diritto hindu contemporaneo applicato come diritto ufficiale nell'India di oggi è un diritto diverso da quello tradizionale, sia sul piano delle fonti che sul piano dei contenuti e dei valori. Questo nuovo diritto hindu statalizzato rimane comunque distintamente hindu. Come vedremo, il diritto statale non ha inteso sostituire semplicemente il diritto hindu precedente all'Indipendenza del 1947 con un diritto completamente nuovo e laico, ma ha piuttosto cercato di modernizzare il diritto hindu preesistente riformandolo nelle parti che non erano coerenti con i principi incorporati nella Costituzione del 1949, entrata in vigore nel 1950. Pertanto il diritto di famiglia hindu contemporaneo rappresenta, nel suo complesso, un significativo campo di studi per analizzare l'interazione tra fonti, norme e concezioni di un diritto religioso e tradizionale e del diritto statale di una Repubblica laica.

Il diritto hindu tradizionale, non diversamente da altri diritti religiosi, come ad esempio il diritto islamico, include alcuni istituti che appaiono inaccettabili per la cultura giuridica moderna. Tra questi, indubbiamente un posto di primo piano ha il matrimonio di bambini, che nella percezione occidentale ha sempre rappresentato, assieme al meno diffuso istituto del suicidio rituale della vedova (*sati*), un simbolo della legittimazione nel diritto hindu di pratiche profondamente lesive dei diritti delle persone. Quest'articolo cerca quindi di

---

\*Professore Associato di Diritto privato comparato, Università di Torino; Research Associate, School of Law, School of Oriental and African Studies, University of London; domenico.francavilla@unito.it

analizzare il fenomeno delle “spose bambine” all’interno della più ampia problematica relativa alle riforme del diritto hindu contemporaneo e alla resistenza di istituti tradizionali nell’India contemporanea.

Il matrimonio di bambini è un istituto che si collega alle regole sull’età legale per il matrimonio. Queste regole definiscono, assieme ad altre – ad esempio quelle relative alla monogamia o poligamia - le condizioni che devono sussistere perché due individui possano entrare in una relazione matrimoniale, e forniscono molte indicazioni importanti sulla concezione generale del matrimonio e sui ruoli assegnati culturalmente e giuridicamente ai coniugi. L’età legale per il matrimonio muta nei diversi sistemi giuridici. La sua determinazione ha comunque due punti principali di riferimento, vale a dire l’inizio dell’età puberale, che si collega all’aspetto della sessualità e della gravidanza, e la maggiore età, che si collega invece alla libera scelta individuale. Attorno a questi due punti di riferimento le diverse tradizioni giuridiche hanno determinato l’età appropriata per il matrimonio. In questo quadro, diversi sistemi giuridici hanno selezionato nel corso della storia norme diverse per regolare l’età minima per il matrimonio. Anche attualmente, queste regole non sono uniformi in tutto il mondo, sia considerando i soli diritti ufficiali che includendo nell’analisi i cd. diritti non ufficiali<sup>1</sup>. Regole diverse coesistono ad ogni livello e il diritto statale può essere in conflitto con regole tradizionali o di altro tipo riguardanti l’età appropriata per il matrimonio.

Attualmente in India, l’età legale per i matrimoni hindu è fissata a ventuno anni per gli uomini e diciotto per le donne<sup>2</sup>. Il diritto statale prevede che tutti i matrimoni sotto questa età siano considerati “child marriages”<sup>3</sup>. Naturalmente non destano preoccupazione i matrimoni tra due persone entrambe di diciotto anni. Quando si pensa al problema dei matrimoni di bambini in India ci si riferisce a matrimoni che coinvolgono bambini di età significativamente minore e che possono non aver ancora raggiunto l’età puberale. L’immagine di un bambino o di una bambina di otto anni, per esempio, che prende parte a un vero matrimonio, che avrà conseguenze importanti per il suo futuro, senza essere pienamente consapevole di cosa un matrimonio comporti, viene

---

1.Per i concetti di diritto ufficiale e diritto non ufficiale si rinvia a MASAJI CHIBA, *Introduction, in ASIAN INDIGENOUS LAW IN INTERACTION WITH RECEIVED LAW* 5-7 (1986) (“*Official law* is the legal system sanctioned by the legitimate authority of a country . . . . *Unofficial law* is the legal system not officially sanctioned by any legitimate authority, but sanctioned in practice by the general consensus of a certain circle of people.”). L’analisi di Chiba utilizza anche il concetto di “legal postulate”, inteso come “a value principle or value system specifically connected with a particular official or unofficial law, which acts to found, justify, and orient the latter.”

2.Si veda *infra* nota 31.

3.Si veda WERNER F. MENSKI, *HINDU LAW: BEYOND TRADITION AND MODERNITY* 324 (2003), dove si evidenzia che l’ampiezza di questa definizione rende l’espressione “child marriage” priva di senso.

percepita come violazione di diritti e bisogni fondamentali del bambino<sup>4</sup>. Questa pratica, che ferisce profondamente la sensibilità di molti e genera grande preoccupazione in India e altrove, non è sorprendente se si considera che matrimoni in età precoce sono stati praticati e legittimati nella storia del diritto in molti contesti diversi. Ciononostante, è in alcuni specifici contesti, soprattutto asiatici, che il matrimonio di bambini, oramai avvertito come profondamente ingiusto e lesivo di bisogni e diritti fondamentali, rimane diffuso nonostante la tendenza verso la modernizzazione e la globalizzazione. Questo istituto si presta quindi ad essere analizzato secondo alcune coppie teoriche di grande importanza per l'analisi dei diritti contemporanei, in particolare: tradizione e modernità, religione e stato, asiatico ed occidentale, locale e globale.

Nella prima parte dell'articolo verrà analizzato il matrimonio di bambini nel diritto hindu classico e verranno considerati i primi interventi riformisti attuati nel periodo coloniale<sup>5</sup>. Il fine di questa analisi è inserire il matrimonio di bambini all'interno delle concezioni generali del diritto e del matrimonio elaborate nel seno dell'induismo e di mostrare il fondamento della sua legittimazione nel *dharma*, vale a dire nell'insieme dei doveri che devono essere osservati da un hindu per sostenere l'ordine sociale e cosmico. Inoltre, l'individuazione dei tratti principali dell'atteggiamento coloniale nei confronti di questa pratica può essere assunta come esempio delle prime reazioni occidentali e come momento iniziale di una separazione tra disciplina privatistica e disciplina penalistica del matrimonio di bambini che è stata conservata successivamente all'Indipendenza.

La seconda parte dell'articolo si concentrerà sulle riforme del diritto hindu nell'India contemporanea, analizzando la complessa interazione che si verifica tra più tipi di diritto basati su presupposti diversi, i conflitti tra diritto ufficiale e diritto non ufficiale, e il tipo di strategie che sono state utilizzate a livello statale per intervenire sulle pratiche socio-giuridiche hindu. Sotto quest'ultimo aspetto è molto significativo il fatto che i matrimoni di bambini sono stati ritenuti validi sul piano civilistico, anche se punibili con strumenti del diritto penale, fino a poco tempo fa. Infatti, solo nel 2006 è stata introdotta una nuova disciplina che considera i matrimoni di bambini nulli o annullabili, a seconda dei casi. Ci si chiederà quindi come mai il matrimonio di bambini sia stato considerato valido per il diritto ufficiale indiano sino a pochi anni fa e

---

4. I matrimoni di bambini riguardano sia maschi che femmine ma, come dato di fatto, sono le bambine a essere più coinvolte e, soprattutto, a soffrire maggiormente dell'impatto di questa pratica sulle loro vite. Pertanto questo tema riguarda allo stesso tempo i diritti dei minori e i diritti delle donne. Si veda JAYA SAGADE, *CHILD MARRIAGE IN INDIA: SOCIO-LEGAL AND HUMAN RIGHTS DIMENSIONS* 4-7 (2005).

5. Si veda MENSKI, *supra* nota 3, dove viene dettagliatamente descritta l'evoluzione del diritto hindu nelle diverse epoche. Bisogna anche ricordare che il diritto indiano non può essere identificato con il diritto hindu.

quali fattori abbiano portato alla riforma del 2006. Anche dopo il 2006, però, matrimoni di bambini continuano ad essere celebrati.

L'ultima parte inserisce il problema del matrimonio di bambini all'interno di processi più generali di uniformazione del diritto hindu e indiano e discute i limiti, forse insuperabili, dell'intervento riformista dello Stato, per quanto importante, e alcune questioni generali quali l'effettività del diritto statale, la diffusione di nuove regole all'interno di una determinata cultura, e il legame tra regole e identità religiosa. Il fenomeno del matrimonio di bambini assume in India dimensioni tali da divenire caso paradigmatico della resistenza dei diritti tradizionali nelle società moderne. Pertanto, alcuni degli argomenti che saranno trattati in relazione all'evoluzione del matrimonio di bambini nel diritto hindu possono essere riferiti più in generale al complesso processo di interazione tra culture giuridiche diverse che si verifica in molti altri contesti.

## **2. Il matrimonio di bambini nel diritto hindu classico e nel periodo coloniale**

Il diritto di famiglia indiano è storicamente caratterizzato da grande pluralismo. La coesistenza nel contesto indiano di una pluralità di culture, regole di comportamento e istituzioni può essere vista come il risultato della presenza nel subcontinente indiano sin da tempi molto antichi di popoli e culture che hanno sviluppato i loro propri sistemi giuridici. Questi sistemi giuridici in molti casi hanno carattere religioso. Il diritto hindu è indubbiamente il principale diritto che ha avuto origine nel subcontinente indiano. Al diritto hindu si sono affiancati nel corso della storia precoloniale diversi altri importanti diritti, dal diritto buddhista al diritto islamico, passando per i diritti tribali, diffusi in molte parti dell'India<sup>6</sup>. Questi diritti hanno interagito variamente in diversi contesti indiani, con la conseguenza che i diritti storici indiani hanno assunto forme molto differenziate. Questo pluralismo, inteso come stato di fatto, è stato ampiamente legittimato anche sul piano teorico. Nel suo complesso la tradizione giuridica indiana ha fatto spazio a regole e concezioni diverse e ha cercato di tenerle assieme.

Avendo questo quadro sullo sfondo, si può osservare che i diversi sistemi giuridici locali hindu hanno stabilito regole specifiche in materia matrimoniale. I requisiti che devono essere soddisfatti affinché una coppia possa validamente sposarsi, compresi quelli riguardanti l'età per il matrimonio, sono mutati a

---

<sup>6</sup> Questi sistemi giuridici sono comparsi in fasi diverse della storia giuridica dell'India e hanno interagito tra loro. Non è possibile fornire qui un resoconto dettagliato di queste interazioni e discutere i problemi connessi alla periodizzazione del diritto indiano. Tuttavia si possono tenere presenti i seguenti punti di riferimento. Le origini della tradizione hindu possono essere fatte risalire al 1500 a.C., mentre la tradizione giuridica buddhista si è sviluppata nel subcontinente indiano a partire dal 500 a.C. Il diritto islamico è divenuto una parte sostanziale del diritto indiano nel 1100 d.C. I diritti tribali sono principalmente diritti aborigeni che si sono sviluppati ai margini di altri diritti indiani.

seconda delle epoche, delle aree geografiche e delle diverse componenti sociali e culturali dell'induismo<sup>7</sup>.

La maggior parte degli studiosi sono d'accordo nel ritenere che nel periodo vedico (c. 1500-600 a.C.), i matrimoni di bambini non erano diffusi<sup>8</sup>. Essi hanno fatto la loro apparizione nelle fonti classiche successive (600 a.C. – 200 d.C.). Ciò non significa che i matrimoni di bambini fossero del tutto assenti in epoca vedica né si può d'altronde affermare che in epoca classica rappresentassero la regola generale. Il fatto che una età matrimoniale bassa fosse preferita nel periodo classico risulta in modo distinto dai testi appartenenti alla letteratura dei *dharmasutra* e *dharmashastra*, opere dottrinali in cui vengono elaborate le regole del *dharma*<sup>9</sup>. Queste opere normalmente includono alcune regole sull'età appropriata per il matrimonio, in base alle quali una ragazza dovrebbe essere data in sposa pochi mesi dopo l'inizio della pubertà o anche prima. Occorre ricordare che gli autori di *dharmashastra* si basano su una serie di fonti del *dharma*, tra cui i testi vedici, i *dharmashastra* scritti da altri autori e riconosciuti come dotati di autorità, modelli di comportamento e prassi accettate come dharmiche (*sadacara*) e la loro propria opinione personale, che acquista autorità nella misura in cui questi autori vengono considerati conoscitori del Veda e saggi rispettosi del *dharma*. Inoltre, molto spesso gli autori dei testi del *dharmashastra* partono dalle regole effettivamente seguite nella pratica e ne discutono la validità dharmica, fornendo così preziose indicazioni sulle regole effettivamente seguire. I *dharmashastra*, in quanto opere dottrinali, non sono strettamente vincolanti, ma la loro autorità veniva presa in considerazione nella pratica, anche nel quadro dell'amministrazione della giustizia da parte del sovrano. Le regole descritte nei *dharmashastra* sono regole dharmiche. La descrizione da essi fornita del *dharma* è dotata di autorità per un hindu, e, in questo senso, risulta chiaramente che, almeno nell'induismo tradizionale, l'opinione prevalente è che un matrimonio in età precoce viene considerato un dovere. Ciò significa che il matrimonio infantile viene considerato come forma appropriata di matrimonio e che la sua realizzazione viene vista come parte del processo di mantenimento dell'ordine cosmico e sociale, vale a dire del *dharma*. In questa concezione, pertanto, i matrimoni di bambini hanno effetti positivi per quel che riguarda il mantenimento dell'ordine cosmico, la conservazione della società e i meriti spirituali di coloro che sono coinvolti. Tuttavia, come evidenzia Menski, l'obbligo dharmico fondamentale era trovare uno sposo adatto e i matrimoni di bambini erano legittimati nella misura in cui contribuivano a realizzare questo obiettivo<sup>10</sup>.

---

7.Si veda in generale MENSKI, *supra* nota 3, 322-70.

8.Si veda, *e.g.*, RAJ BALI PANDEY, *HINDU SAMSKARAS* 200 (2 ed. 1969).

9.Si veda ROBERT LINGAT, *THE CLASSICAL LAW OF INDIA* 3-14 (1973), dove vengono descritto dettagliatamente il concetto di *dharma* e i caratteri di *dharmasutra* e *dharmashastra*.

10.Si veda MENSKI, *supra* nota 3, 330-33.

Se quanto detto sinora può valere come una descrizione semplificata delle implicazioni dharmiche del matrimonio di bambini, bisogna considerare che queste regole dharmiche sono servite a legittimare alcuni fatti sociali originari. Da una prospettiva sociologica, sono state proposte diverse teorie per spiegare la diffusione dei matrimoni di bambini. Probabilmente, la funzione principale del matrimonio precoce può essere individuata nella necessità di garantire il controllo della sessualità femminile e di limitare i rapporti sessuali illeciti al di fuori del contesto istituzionalizzato del matrimonio attraverso la sua anticipazione. Un'altra spiegazione può essere identificata nella logica delle caste. Se il matrimonio è un passaggio necessario nella vita di un hindu, e se un buon matrimonio deve superare tutta una serie di requisiti che riguardano casta e stato sociale, allora un matrimonio precoce può rappresentare una strategia per risolvere tutti questi problemi in modo efficiente. Inoltre, la sposa hindu diventa parte della famiglia dello sposo e, in questo senso, il matrimonio infantile potrebbe essere visto come finalizzato a rendere più facile il passaggio della sposa alla nuova famiglia prima che possa opporsi. Alcuni autori suggeriscono anche che il matrimonio di bambini non sia originariamente una pratica hindu e che si sia diffusa durante il periodo musulmano (1100 d.C.-1600 d.C.), al fine di creare unioni tra gli hindu il prima possibile e limitare i contatti con i musulmani.

Alcune spiegazioni sono collegate alla funzione che i matrimoni precoci hanno svolto in tutte le società, mentre altre sono più strettamente connesse alla cultura hindu. Regole identiche possono essere giustificate in termini molto differenti in culture diverse, sulla base di tratti culturali fondamentali che influenzano una intera visione del mondo. I matrimoni di bambini sono stati diffusi in molti contesti diversi, ma, se le regole che li disciplinano possono essere molto simili, può variare significativamente il modo in cui esse sono state legittimate culturalmente. Da un punto di vista teorico, è importante non solo l'esistenza di questo fenomeno sociale, ma anche la sua legittimazione all'interno di una cultura o tradizione giuridica.

In epoca classica, e ancora oggi se si adotta una prospettiva socio-giuridica, le norme sul matrimonio di bambini nel contesto culturale hindu sono regole dharmiche: i matrimoni di bambini sono matrimoni dharmici. Tuttavia, il fatto che i matrimoni di bambini siano approvati in alcuni testi fondamentali non significa che il matrimonio di bambini sia stato la regola generale nel diritto dell'India classica. Oltre al fatto che questo risultava dall'interazione di diverse fonti, bisogna considerare che per la filosofia del diritto hindu le regole del *dharma* non sono fissate una volta per tutte, e possono variare a seconda dei contesti. Per quanto riguarda specificamente i matrimoni di bambini, ciò significa che, almeno in linea di principio, il carattere dharmico di questi matrimoni non era inteso come assoluto e che altre regole sull'età per matrimonio (che prevedevano una età maggiore) potevano essere considerate ugualmente dharmiche. Se è senz'altro un'esagerazione ritenere che il

matrimonio di bambini sia la regola generale nel diritto hindu tradizionale, è altrettanto esagerato ritenere che esso sia in qualche modo un fenomeno marginale nell'induismo. Infatti, indipendentemente dalla loro origine, i matrimoni di bambini sono stati legittimati e istituzionalizzati nella tradizione giuridica hindu, e, anche se non uniformemente seguiti, sono stati diffusi in molte zone dell'India e parti dell'induismo.

L'insieme di concezioni dharmiche che circondano la pratica del matrimonio di bambini, come vedremo, continuano ad essere significative per gli hindu di oggi, ma, a partire dal periodo coloniale, il diritto hindu ha interagito con nuove concezioni e norme giuridiche aventi caratteri diversi. Nel considerare l'impatto della dominazione britannica sulla pratica del matrimonio dei bambini in India, bisogna ricordare che il governo coloniale britannico in linea generale aveva deciso di non intervenire sui diversi diritti di famiglia dei soggetti governati. Fu deciso infatti che, per quanto riguardava la questione di diritto di famiglia e le successioni, le corti coloniali dovevano applicare il diritto hindu agli hindu e il diritto islamico ai musulmani<sup>11</sup>. Così, il governo coloniale britannico, pur codificando e uniformando il diritto penale e altre parti del diritto (ad esempio i contratti) come diritto territoriale di applicazione generale, adottò un sistema pluralistico per il diritto di famiglia, che viene identificato come sistema di diritti personali, in cui un diverso diritto veniva applicato a seconda dell'appartenenza religiosa e comunitaria delle persone interessate. Questa scelta dipese dal fatto che, data l'esistenza di molte comunità diverse e potenzialmente in conflitto, ognuna con il proprio sistema di diritto di famiglia, era sconsigliabile e anche probabilmente irrealistico provare ad intervenire radicalmente in materia di diritto di famiglia.

Nonostante il sistema di diritti personali, gli organi ufficiali coloniali finirono in realtà con l'intervenire sul diritto di famiglia hindu in una varietà di modi. In primo luogo, le corti ufficiali, nell'applicare il diritto hindu su base personale, non ne intesero correttamente la natura e soprattutto all'inizio considerarono i *dharmashastra* alla stregua dei codici, disconoscendo l'importanza delle consuetudini hindu. In secondo luogo, le corti pur arrivando a riconoscere le consuetudini locali ne condizionarono l'applicazione a regole molto rigide, richiedendo ad esempio un'origine immemorabile, finendo in tal modo per mettere da parte importanti regole consuetudinarie hindu. In terzo luogo, attraverso il principio interpretativo di "justice, equity and good conscience", le corti introducevano nuovi concetti e regole che erano aliene al diritto tradizionale hindu<sup>12</sup>. Di conseguenza, i giudici britannici di fatto modificarono il diritto di famiglia hindu, ma, paradossalmente, in un modo che generalizzò un modello giuridico ortodosso basato sui testi sanscriti, marginalizzando i sistemi giuridici locali, in particolare le consuetudini, che in alcuni casi erano più "moderni".

---

11.Si veda MENSKI, *supra* nota 3, 161.

12.Si veda MENSKI, *supra* nota 3, 156-85.

Considerando la giurisprudenza anglo-hindu sui matrimoni di bambini, la prima cosa da notare è che le Corti riconoscono il concetto hindu di *samskara*, traducibile come “sacramento”. L’induismo adotta una concezione sacramentale del matrimonio come rito che trasforma status e ruolo “cosmico” degli individui, producendo un vincolo sacro e indissolubile. Da questo punto di vista, ciò che è importante per la validità del matrimonio è che i rituali vengano eseguiti correttamente. In una sentenza del periodo coloniale, *Venkatacharyulu v. Rangacharyulu*, si afferma:

There can be no doubt that a Hindu marriage is a religious ceremony. According to all the texts, it is a *samskaram* or sacrament, the only one prescribed for a woman and one of the principal religious rites prescribed for purification of the soul. It is binding for life because the marriage rite completed by *saptapadi* or the walking of seven steps before the consecrated fire creates a religious tie, and a religious tie when once created cannot be untied. It is not a mere contract in which a consenting mind is indispensable. The person married may be a minor or even of unsound mind, and yet, if the marriage rite is duly solemnized, there is a valid marriage.<sup>13</sup>

Questo approccio è prova evidente del riconoscimento da parte delle Corti della natura sacramentale del matrimonio hindu, per cui il matrimonio è indipendente dal consenso, con l’importante conseguenza della legittimità del matrimonio di bambini. La Corte si basa sul diritto tradizionale hindu, almeno nella forma emergente dalle concezioni maggioritarie dell’induismo. In altri casi, le Corti ufficiali non riconobbero alcune regole consuetudinarie, che potevano non supportare i matrimoni di bambini, perché avevano difficoltà a comprendere il pluralismo interno della tradizione giuridica hindu, che comprendeva diverse concezioni e regole matrimoniali<sup>14</sup>.

Deve essere inoltre considerato un altro aspetto importante e generale della politica coloniale nei confronti dei diritti personali dei sudditi indiani. Pur rispettando formalmente il sistema dei diritti personali, in alcuni casi le autorità coloniali intervennero direttamente su aspetti limitati del diritto di famiglia utilizzando lo strumento legislativo, che nella maggior parte dei casi aveva carattere territoriale ma toccava indirettamente i diritti personali. Questo è precisamente ciò che è accaduto nel caso dei matrimoni di bambini. L’amministrazione coloniale era riluttante a intervenire in questo campo, ma alla fine del XIX secolo stava emergendo un attivismo sociale indiano, che si aggiungeva alla preoccupazione dell’opinione pubblica nella madrepatria per

---

13.1891 I.L.R. 14 (Mad.) 318.

14.Si veda MENSKI, *supra* nota 3, 180-81, dove viene descritto il processo di riconoscimento giudiziario delle consuetudini e viene evidenziato che le consuetudini non riconosciute possono continuare ad esistere nella realtà sociale.

alcune pratiche che venivano percepite come inaccettabili<sup>15</sup>. Come sottolineato da Menski, invece di cercare di sradicare queste pratiche, “the focus fell on curtailing the worst excesses to alleviate the suffering of Indian women. The resulting legal regulation took the shape of ‘restraint’ rather than ‘prohibition.’”<sup>16</sup> Questo è stato fatto disciplinando penalmente il matrimonio di bambini senza intervenire sugli aspetti privatistici. La legittimazione di questo tipo di intervento, che separava la sfera giuridica penale e quella civile, si trovava nella necessità di prevenire casi di maternità precoce e di abuso sessuale nel contesto del matrimonio di bambini piuttosto che di intervenire direttamente sul matrimonio di bambini come tale.

Un esempio è fornito dalla sezione 375 del codice penale indiano del 1860, una norma sulla violenza sessuale che può applicarsi ai rapporti sessuali all'interno del matrimonio: “A man is said to commit rape who, except in the case hereinafter excepted, has sexual intercourse with a woman under circumstances following any of the five following descriptions: . . . Fifthly: with or without her consent, when she is under ten years of age. . . . Exception; sexual intercourse by a man with his own wife, the wife not being under ten years of age is not rape.”

Nel 1891, l'età è stata alzata a dodici anni<sup>17</sup>. I movimenti hindu sollevarono diverse critiche che, come osserva Menski, dipesero non tanto dalla novità delle norme, quanto dalla volontà di interferenza britannica nelle pratiche sociali hindu. In ogni caso, l'impatto di questi provvedimenti non fu molto significativo. Nel 1921 circa 218.000 ragazze risultavano sposatesi a un'età inferiore ai cinque anni, e circa 8.500.000 inferiore ai quindici anni<sup>18</sup>. Tuttavia, l'opposizione hindu scoraggiò altri interventi coloniali<sup>19</sup>. Gli hindu non legittimarono l'intervento coloniale perché lo percepirono come un attacco contro il sistema dei diritti personali nel suo complesso e questo valse anche per quei movimenti che combattevano contro il matrimonio di bambini ma operavano per un suo superamento dall'interno.

Nel 1929, i britannici ripresero l'iniziativa con il *Child Marriage Restraint Bill*<sup>20</sup>. In questo disegno di legge si stabiliva la non validità del matrimonio quando l'età della ragazza al momento del matrimonio era inferiore a dodici

---

15.Si veda MENSKI, *supra* nota 3, 335.

16.Si veda *id.*

17. Menski commenta: “After much debate, a Bill was finally introduced in 1891 to raise the minimum age for marital cohabitation from ten to twelve years. This became the so-called Age of Consent Act, 1891 (Act X of 1891), which Banerjee . . . saw as a ‘poor substitute for prohibition of early marriage of girls’ and Sarkar . . . depicts as ‘an unbelievably messy and impractical measure’. *Id.*, 337, dove si ricorda anche che il nome ufficiale dell’Act è *Indian Criminal Law Amendment Act*.

18.1921 CENSUS (India).

19.Si veda MENSKI, *supra* nota 3, 340.

20.Si veda *id.* Per una presentazione delle principali opinioni emerse nel corso del dibattito sul progetto.

anni o l'età del ragazzo ai quindici anni, ma alla fine questa disposizione cruciale fu eliminata e il testo definitivo del *Child Marriage Restraint Act* del 1929 restò nel solco tracciato in precedenza, prevedendo semplicemente una sanzione penale detentiva o pecuniaria, o una combinazione di entrambe<sup>21</sup>. In definitiva, i britannici cercarono di intervenire sulla pratica del matrimonio di bambini attraverso norme penali volte a limitare e controllare gli effetti peggiori collegati alla pratica, senza metterne in discussione la validità<sup>22</sup>. Il diritto personale hindu rimase quindi formalmente salvo.

### 3. Il matrimonio di bambini e le riforme del diritto di famiglia nell'India indipendente

L'India indipendente ha dovuto affrontare i difficili problemi derivanti dal sistema dei diritti personali. La Costituzione dell'India ha adottato una norma programmatica, l'art. 44, collocato tra i *Directive Principles of State Policy*, che prevede l'adozione da parte dello Stato di un codice civile uniforme<sup>23</sup>, ma questa disposizione costituzionale non è stata messa in opera e, secondo alcuni autori, probabilmente non verrà messa in opera neanche in futuro<sup>24</sup>. Subito dopo l'Indipendenza, molti sostenevano che un codice civile uniforme sarebbe stato un complemento necessario del laicismo indiano. Tuttavia, la diversità giuridica sul terreno e la pericolosità di potenziali conflitti tra diverse comunità religiose indiane portarono all'adozione di un semplice principio direttivo non applicabile direttamente dalle Corti e la rinuncia a piani più ambiziosi. Il Parlamento promulgò allora una serie di leggi volte a semplificare ed emendare almeno il diritto personale degli hindu, perseguendo quindi un obiettivo che sembrava più realistico. Nel 1955 fu promulgato l'*Hindu Marriage Act* e nel 1956 fu la volta di *Hindu Minority and Guardianship Act*, *Hindu Adoptions and Maintenance Act* e *Hindu Succession Act*<sup>25</sup>.

Il diritto hindu contemporaneo, che è una componente ufficiale del sistema giuridico dell'India indipendente, è quindi regolato dalla legislazione

---

21.Si veda The Child Marriage Restraint Act, 1929, No. 19, Acts of Parliament, 1929 (India), che prevede diverse sanzioni sulla base di età, genere e ruolo svolto nella celebrazione del matrimonio.

22.Si veda MENSKI, *supra* nota 3, 341-42, dove si osserva che l'Act dichiara chiaramente che è pensato al fine di "restrain the solemnization of child marriages"; si veda LINGAT, *supra* nota 11, 263-66 per una discussione sull'approccio graduale adottato dai Britannici nell'introdurre riforme legislative in India.

23.Si veda INDIA CONST. art. 44.

24.Per una discussione dei problemi connessi al codice civile uniforme, si veda in generale Werner MENSKI, *The Uniform Civil Code Debate in Indian Law: New Developments and Changing Agenda*, 9 GERMAN L.J. 211, 250 (2008).

25.Si veda The Hindu Marriage Act, 1955, No. 25, Acts of Parliament, 1955 (India); si vedano anche The Hindu Minority and Guardianship Act, 1956, No. 32, Acts of Parliament, 1956 (India); The Hindu Adoptions and Maintenance Act, 1956, No. 78, Acts of Parliament, 1956 (India); The Hindu Succession Act, 1956, No. 30, Acts of Parliament, 1956 (India).

statale ed applicato da Corti statali, ma, per quanto semplificato, è ancora caratterizzato da un ampio pluralismo. Per esempio, le consuetudini, che sono manifestazioni dei diritti locali e possono essere viste come "diritto spontaneo" o come "diritto dal basso", sono largamente riconosciute e vengono applicate da giudici statali. Tuttavia, esistono alcuni requisiti posti dallo Stato come condizioni per l'applicazione del diritto consuetudinario; in particolare, una consuetudine deve essere stata osservata per un lungo tempo, in modo continuo e uniforme, deve essere certa e non deve essere irragionevole o contraria all'ordine pubblico<sup>26</sup>.

Le regole che riguardano specificamente i matrimoni di bambini si trovano innanzitutto nella sezione 5.3 dell'Hindu Marriage Act del 1955, che stabilisce le condizioni per un matrimonio hindu: "A marriage may be solemnized between any two Hindus, if the following conditions are fulfilled, namely: . . . the bridegroom has completed the age of eighteen years and the bride the age of fifteen years at the time of marriage."<sup>27</sup> Il requisito dell'età è successivamente cambiato, venendo elevato a ventuno anni per gli uomini e diciotto anni per le donne<sup>28</sup>. In caso di violazione di questa norma, la sezione 18 prevede una sanzione penale: "Every person who procures a marriage for himself or herself to be solemnized under this Act . . . shall be punishable—(a) in the case of a contravention of the condition specified in clause (iii) of section 5, with simple imprisonment which may extend to fifteen days, or with fine which may extend to one thousand rupees, or with both"<sup>29</sup>.

Il punto importante da sottolineare è che, in caso di violazione della norma che stabilisce l'età minima per il matrimonio, il matrimonio resta valido, non essendo prevista né la nullità né l'annullabilità. Infatti, le sezioni 11 (*void marriage*) e 12 (*voidable marriage*) non contemplano il caso di violazione della sezione 5.3.<sup>30</sup> In altre parole, l'*Hindu Marriage Act* non fornisce alcuna soluzione esplicita, come fa invece con riferimento alla monogamia e agli altri requisiti del matrimonio, e questa mancanza di previsione è stata interpretata nel senso che il matrimonio rimane valido<sup>31</sup>. Così, fino al 2006, il diritto

---

26. La definizione legale di consuetudine è variabile e riguarda il problema dei limiti del riconoscimento di una determinata consuetudine da parte dello Stato. Sul livello che le è proprio, una consuetudine potrebbe non essere seguita per un lungo periodo di tempo, non essere continua e anche essere contraria ai principi generali di un ordinamento statale e ciononostante essere una regola vincolante per coloro che prendono parte a quel sistema giuridico consuetudinario.

27. Hindu Marriage Act § 5.

28. Hindu Marriage Act § 5, come modificato dal Child Marriage Restraint (Amendment) Act of 1978 (Act 2 of 1978).

29. *Id.* § 18.

30. Si veda *id.* §§ 11, 12.

31. Si veda *id.* § 13. Nel 1955, la monogamia è stata elevata a regola generale per tutti gli hindu a dispetto del fatto che significative comunità hindu erano in realtà poligamiche. Si osservi anche che la violazione del requisito del matrimonio rende il matrimonio successivo nullo.

ufficiale hindu ha proibito la pratica del matrimonio di bambini, stabilendo un'età minima per il matrimonio e prevedendo una sanzione penale in caso di non rispetto di questa età, ma dal punto di vista del diritto privato, un matrimonio di minorenni, anche se coinvolgeva un bambino o una bambina di otto anni rimaneva perfettamente valido.

Il fatto che l'Hindu Marriage Act faccia salvi i matrimoni di bambini può essere visto come il risultato di un compromesso reso necessario dalla diffusione di questa pratica che rappresentava ancora un istituto tradizionale in alcune parti dell'induismo. In altri termini, dopo l'Indipendenza si è temuto che rendere il matrimonio di bambini nullo o annullabile avrebbe prodotto una grande quantità di contenzioso e di incertezza giuridica. In un contesto dove i matrimoni non sono registrati obbligatoriamente e sono amministrati a livello comunitario, era alto il rischio che l'invalidità del matrimonio finisse con l'andare a danno proprio delle parti più deboli che l'invalidità avrebbe dovuto tutelare. Ad esempio, un uomo avrebbe potuto agire per la nullità di un matrimonio, piuttosto che chiedere il divorzio, senza tenere conto del fatto che quel matrimonio era riconosciuto come valido nella realtà sociale. In secondo luogo, intervenire radicalmente sul matrimonio di bambini avrebbe significato mettersi contro una pratica che gli hindu sentivano come legittima sul piano religioso e doverosa in molti contesti.

Pertanto dopo l'Indipendenza gli indiani hanno ritenuto che la diffusione e legittimazione culturale della pratica del matrimonio di bambini rendesse controproducente l'introduzione di una rigorosa regolamentazione sul piano del diritto privato e che la sanzione penale fosse un'opzione di politica del diritto adeguata, scegliendo in tal modo una soluzione in continuità con il periodo coloniale<sup>32</sup>. Tuttavia, bisogna considerare che la sanzione penale non era severa e aveva un effetto dissuasivo molto limitato, tanto che in un certo senso, poteva essere considerata semplicemente come un costo aggiuntivo del matrimonio. Pertanto l'effetto di questa disciplina sulla diffusione della pratica è stato ridotto.

Negli ultimi anni, l'agenda del riformismo sociale ha percorso una lunga strada. Molti attivisti hanno lottato contro i matrimoni di bambini a diversi livelli. Oltre ai diritti umani, delle donne e dei bambini, sono in gioco varie considerazioni di benessere sociale<sup>33</sup>. Anche come effetto di questo attivismo, la disciplina del matrimonio di bambini in India è stata recentemente cambiata con il *Child Marriage Prohibition Act* del 2006, che per la prima volta stabilisce che i matrimoni di minorenni sono annullabili o nulli in alcuni casi particolarmente gravi, per esempio quando un matrimonio è collegato al

---

32.Si veda MENSKI, *supra* nota 3, 345.

33.Si veda SAGADE, *supra* nota 6, 132-33, 181 (2005), per una discussione su matrimonio dei bambini e violazione dei diritti umani, a partire dal diritto all'uguaglianza come fissato nella Carta delle Nazioni Unite e dal diritto alla salute fisica e mentale come stabilito nella Dichiarazione dei diritti umani.

rapimento di bambini<sup>34</sup>. Il diritto indiano ha quindi accettato, in linea con altri ordinamenti giuridici, che i matrimoni di bambini non possono essere semplicemente puniti penalmente, ma devono essere invalidabili per consentire all'interessato di porre fine al rapporto di matrimonio. Queste nuove norme danno alle donne nuovi strumenti giuridici per decidere della propria vita.

Il *Child Marriage Prohibition Act* è diritto territoriale e, come tale, è applicabile a tutti gli indiani, indipendentemente dalla loro appartenenza religiosa e comunitaria, pur trattandosi di una materia rientrante nella sfera dei diritti personali. Si può osservare a questo proposito come una uniformazione del diritto di famiglia indiano stia in parte avvenendo attraverso il ricorso a una combinazione di diritto territoriale e diritti personali

Ci si può chiedere se questa nuova disciplina giuridica rispecchi un'evoluzione della concezione indiana della famiglia. Certamente, nuovi fattori stanno ora operando contro i matrimoni di bambini, in particolare la sempre più diffusa consapevolezza del problema del benessere sociale e la necessità per l'India di investire nell'istruzione delle donne. Inoltre, è molto importante l'aspetto patrimoniale della vita familiare. In generale, la moglie diventa parte della famiglia del marito e assume una serie di compiti pratici nella gestione della famiglia contribuendo alla sua ricchezza. Un recente cambiamento di grande rilievo è che la moderna vita economica sta spingendo verso l'aumento dell'età del matrimonio, in India come altrove, al fine di accrescere la ricchezza familiare attraverso un maggiore contributo alle entrate da parte della moglie.

Esistono comunque ancora fattori che sostengono i matrimoni di bambini. Da un punto di vista religioso, è ancora molto diffusa la convinzione che un matrimonio precoce produca meriti spirituali e che una famiglia abbia il dovere di trovare un marito adatto per una figlia. Ugualmente restano attuali le implicazioni connesse con il controllo della sessualità femminile. Alcuni movimenti hindu contestano decisamente questo recente cambiamento legislativo, che viene percepito come pericoloso per la struttura familiare hindu e alcuni valori fondamentali dell'induismo. Significativamente resistono ancora anche fattori più propriamente tradizionali. Infatti, i matrimoni di bambini trovano legittimazione anche nel semplice fatto che rappresentano una prassi consolidata sin da un passato molto lontano. In altre parole, in determinati contesti, l'opzione più naturale per una donna è osservare la regola seguita dalla propria madre, che è stata a sua volta la regola seguita dalla propria nonna. Questo significa che i matrimoni di bambini possono contare su una sorta di presunzione di appropriatezza, correttezza e meritorietà e su una notevole pressione sociale a conformarsi a quanto sempre fatto in precedenza.

---

34.Si veda The Prohibition of Child Marriage Act, 2006, No. 6, Acts of Parliament, 2007 (India).

Dopo il 2006 i matrimoni di bambini non sono più legittimati nel diritto hindu ufficiale, ma restano legittimi dal punto di vista di alcune autorità religiose e di alcune comunità al livello del diritto tradizionale non ufficiale. Pertanto, può verificarsi un conflitto tra una regola del diritto ufficiale hindu, che considera un matrimonio di bambini nullo o annullabile, e una regola del diritto hindu non ufficiale, che lo considera valido e anzi obbligatorio. Dopo il *Child Marriage Prohibition Act* vi sono state alcune sentenze che hanno applicato la nuova disciplina (ad es. *Association for Social Justice and Research v. Union of India and others*, Delhi High Court, 2010; *G. Saravanan v. Commissioner of Police*, Madras High Court, 2011), ma il problema non può essere considerato solo dal punto di vista del diritto ufficiale. Bisogna quindi approfondire il problema del rapporto tra diritto ufficiale e diritto non ufficiale e la questione dei limiti dell'intervento dello Stato.

#### 4. Uniformità e mutamento

Prima del 2006 il matrimonio di bambini era già vietato e sanzionato penalmente nel diritto hindu ufficiale, ma il fatto che fosse valido sul piano privatistico permette di affermare che in realtà esso era parte del diritto ufficiale, visto che le corti statali riconoscevano esistenza ed effetti di un matrimonio di bambini.

Il *Child Marriage Prohibition Act* è diritto territoriale e si applica a tutti gli indiani in un importante, seppur delimitato, aspetto del diritto di famiglia. Questa legge rappresenta un passo significativo rispetto alla disciplina precedente. Bisogna però chiedersi se questa riforma può avere un effetto significativo nella realtà sociale. La risposta a questa domanda richiede una concettualizzazione dei limiti dell'intervento dello Stato nel diritto privato. Il fatto è che la legge applicata dagli organi ufficiali dello Stato e il diritto seguito a livello di comunità possono ancora divergere. Dopo il 2006, un giudice indiano è chiamato a dichiarare un matrimonio di bambini nullo o annullabile, e in questo senso il matrimonio di bambini non è più una parte del diritto hindu ufficiale. Tuttavia, l'ordinamento sociale può preservare i matrimoni di bambini, anche perché non è necessario ricorrere alle Corti statali in materia di famiglia e le controversie possono essere risolte a livello locale e informale.

Il cambiamento sociale guidato dall'attività dello Stato funziona in modo diverso a seconda dei fenomeni sociali che lo Stato cerca di affrontare. In un contesto pluralistico, in cui vengono seguite regole diverse, la regolamentazione giuridica statale è più significativa per alcune persone e gruppi che per altri. Per comprendere questo punto bisogna ricordare che, per quanto si tratti di una pratica diffusa, il matrimonio di bambini non è presente nella maggioranza degli Stati indiani ed è concentrato soprattutto in alcune aree. Ad esempio, questo tipo di matrimonio è molto diffuso nel Gujarat e nel

Rajasthan, mentre altri Stati, per esempio Kerala, non ne sono interessati<sup>35</sup>. Inoltre, i matrimoni di bambini sono più diffusi tra gli hindu che presso altre comunità religiose<sup>36</sup>.

Il *Child Marriage Prohibition Act* del 2006 ha reso generale e uniforme una nuova regola relativa all'età del matrimonio per tutti gli hindu e tutti gli indiani. Dal punto di vista del diritto privato, prima del 2006 di fatto non c'era nessun requisito per l'età matrimoniale (tutti i matrimoni di minorenni erano validi), e diverse norme locali potevano essere seguite, mentre, dopo il 2006, i matrimoni di bambini sono divenuti nulli o annullabili, a seconda delle circostanze. Il punto teorico importante qui è che l'introduzione di questa regola al livello della legislazione statale ha reso di applicazione generale alcuni requisiti relativi all'età matrimoniale che erano già osservati da molti hindu sulla base delle loro specifiche regole consuetudinarie<sup>37</sup>. Ciò significa che gli hindu che avevano già adottato nel proprio sistema giuridico locale la regola per cui l'età matrimoniale è ventuno anni per gli uomini e diciotto per le donne non sono stati toccati da questo cambiamento nella legislazione ufficiale dello stato. Pertanto, il *Child Marriage Prohibition Act* ha un impatto molto più significativo sul Rajasthan che sul Kerala.

Normalmente uno Stato cerca di attuare un intervento riformista di questo tipo quando è ragionevole supporre che la maggioranza della popolazione accetterà la nuova regola. Può anche decidere di porre una disciplina giuridica formale che è più "avanzata" rispetto a quanto fatto dalla maggior parte della popolazione, al fine di stimolare il cambiamento sociale proprio mediante l'introduzione di una nuova disciplina, ma, in ogni caso, i legislatori solitamente prevedono l'efficacia del loro intervento. Gli stessi dominatori coloniali non ebbero la presunzione di provare a cambiare radicalmente l'ordinamento sociale dei loro sudditi, almeno in queste materie.

Il cambiamento giuridico è stato perseguito dal *Child Marriage Prohibition Act* attraverso la generalizzazione a livello formale di regole già seguite da una parte della società al fine di stimolare processi che alla fine potrebbero

---

35.Si veda *Gujarat, AP Top List of Child Marriages*, THE TIMES OF INDIA, Mar. 30, 2010, disponibile a <http://timesofindia.indiatimes.com/articleshow /5742216.cms?prtpage=1>, dove si afferma che 23 casi di matrimoni di bambini sono stati riportati nel Gujarat nel 2008; si veda anche SAGADE, *supra* nota 6, 4-6, dove si osserva che le donne del Rajasthan si sposano in media all'età di 15.9 anni, mentre in Kerala l'età media è di 20 anni.

36.Si veda a questo proposito SAGADE, *supra* nota 6, 4.

37.Occorre conservare una distinzione tra regole e pratiche. Una determinata pratica può testimoniare l'esistenza di regole giuridiche ma può anche essere una violazione di regole giuridiche. Ciò che è importante è l'esistenza di regole diverse e non semplicemente di pratiche diverse. Una comunità può accettare una regola che prevede un'età precoce per il matrimonio indipendentemente dal fatto che nella pratica nessuno segua quella regola. Se tutti, per esempio, si sposano a 18 anni ciò non significa necessariamente che non ci si possa sposare anche ad otto anni. Comunque, se nessuno si sposa a un'età precoce, dopo un certo periodo di tempo si potrebbe ritenere che la stessa regola sia mutata.

uniformare tali regole nella pratica. Il processo di diffusione delle nuove regole nella pratica sociale richiede qualche ulteriore osservazione. Anche se la nuova disciplina formale potrebbe essere vista come la formulazione, provvista dell'autorità statale, di una regola che era già seguita in alcune parti della società indiana e che viene a essere generalizzata, queste nuove regole, per poter essere effettive, devono essere diffuse ai gruppi sociali che, prima della nuova disciplina formale, seguivano regole diverse e accettavano il matrimonio di bambini. Questo processo è particolarmente complesso.

Se la regola scritta formale è in conflitto con la regola che è seguita da una parte della società, normalmente una regola non scritta, accade spesso che coloro che osservano la regola non scritta continueranno ad apprendere, trasmettere e diffondere tale pratica, creando conflitti con la disciplina giuridica formale. In questo processo, gioca un ruolo cruciale l'imitazione delle pratiche esistenti. Una regola formale ha bisogno di tempo per entrare nella pratica perché in alcuni casi deve superare un intero sistema di regole e credenze che sono apprese attraverso meccanismi molto più "fondamentali", che agiscono con maggiore immediatezza. L'ineffettività dipende certamente da un conflitto di autorità, ma non bisogna sottovalutare l'importanza degli aspetti antropologici del processo di diffusione delle regole e, in particolare, i caratteri cognitivi dei processi di apprendimento.

Nei contesti in cui i modelli di comportamento sono fonti del diritto, nel senso che le forme di comportamento considerate legittime sono "incarnate" nelle pratiche sociali di alcune persone e gli altri le apprendono da loro, è improbabile che un mutamento giuridico si verifichi attraverso strumenti legislativi. Il *Child Marriage Restraint Act* del 2006 è sicuramente una legislazione importante, ma molto più efficace sarebbe che alcune parti rilevanti dell'induismo agissero come innovatori sociali, seguendo nuove regole, diffondendole ad altre parti della società e trasmettendole alle generazioni successive. Ciò dipende dal fatto che quante più persone seguono una nuova regola, tanto maggiore è la possibilità di imitazione e di diffusione del mutamento giuridico. Ovviamente, considerando la pluralità interna dell'induismo, il cambiamento deve essere attivato all'interno di quei contesti dove viene celebrato il matrimoni di bambini. Inoltre, l'aspetto qualitativo dell'autorevolezza delle persone che agiscono come innovatori è almeno tanto importante quanto l'aspetto quantitativo. In questo processo, la chiave è ancora una volta la legittimazione. Molte cerchie hindu sono ancora attivamente contro la proibizione dei matrimoni di bambini, che viene vista come un pericolo per l'ordine sociale hindu, e ciò favorisce la resistenza di questi matrimoni a livello non ufficiale. D'altra parte, come osservato in precedenza, la maggior parte degli hindu seguirà agevolmente la nuova disciplina giuridica formale semplicemente perché essa è coerente con le regole che già seguiva.

I matrimoni di bambini possono essere visti come un esempio di conflitto tra diritti tradizionali e diritto statale. A questo proposito, si può evidenziare che gli studi sul diritto hindu e in particolare sulla condizione giuridica delle donne hindu sono normalmente condotti da due prospettive diverse e inconciliabili. Gli studiosi riformisti tendono a criticare il diritto hindu nella prospettiva dei diritti umani internazionali, mentre altri studiosi sono più preoccupati di comprendere queste pratiche all'interno della loro tradizione culturale specifica. Si sta inoltre sviluppando una terza via che non respinge il diritto hindu in blocco come diritto arretrato, ma piuttosto suggerisce che esso si trovi ora in una fase postmoderna, al di là della contrapposizione fra tradizione e modernità<sup>38</sup>. Da questo punto di vista, il diritto hindu è un diritto vitale, che si evolve attraverso l'interazione con altri tipi di diritto, tra cui il diritto statale, ma nei suoi termini propri.

Il conflitto tra diritto hindu tradizionale e diritto dello stato può essere visto anche come un conflitto tra i fondamenti culturali incorporati nel concetto di *dharmā* e in quello di diritti umani. Anche su questo punto ci sono opinioni opposte. Alcuni autori pensano che il concetto di *dharmā* potrebbe essere utilizzato come concetto fondativo per i diritti umani in India<sup>39</sup>. Secondo altri autori, al contrario, molti dei problemi che affliggono la società indiana dipendono proprio dalla rigidità del suo sistema normativo tradizionale, che è alla base di gravi violazioni dei diritti umani. Un'opinione rappresentativa di questa seconda prospettiva è quella formulata da V.S. Naipaul, secondo cui il *dharmā* può giustificare ogni forma di ingiustizia in India, e pertanto il diritto dello Stato, se vuole avere un ruolo dinamico, deve lottare contro il *dharmā*<sup>40</sup>.

L'idea di una lotta del diritto statale contro il *dharmā* viene spesso giustificata rappresentando il sistema tradizionale hindu come immutabile<sup>41</sup>.

---

38.Si veda MENSKI, *supra* nota 3, 546-47, dove si sostiene che il diritto hindu è un esempio di un sistema giuridico non occidentale che non aderisce a un approccio al diritto imperniato attorno allo Stato.

39.Si veda Mahendra P. Singh, *Human Rights in the Indian Tradition: Alternatives in the Understanding and Realization of the Human Rights Regime*, 63 HEIDELBERG J. INT'L L. 551, 579 (2003), dove viene discusso il ruolo potenziale del *dharmā* nel fornire una prospettiva alternativa ma coerente con la protezione dei diritti umani.

40.Si veda V.S. NAIPAUL, *INDIA: A WOUNDED CIVILIZATION* 142 (1977).

41.Come osserva Menski: "The frequently stated Hindu belief that Hindu law as an eternal ordering system (*sanātānadharma*) is rooted in religion and ultimately based on some form of divine revelation has led to scholarly assumptions that as a religious law, Hindu law could be modernized, secularized and ultimately deconstructed as a thing of the past. In reality, as a chthonic legal system, Hindu law is much closer to African laws and informal East Asian laws than to the major monotheistic legal traditions coming from the Middle East. But a desire to be grouped with 'advanced' legal systems and scholarly inability even among Hindus to explain the roots of Hindu law within their culture-specific environment have combined to lead the general public astray when it comes to grasping the essence of Hindu law" (MENSKI, *supra* nota 3, 38).

Ma questa rappresentazione non è basata su una comprensione adeguata del diritto hindu. Il sistema dharmico è un complesso culturale che non può essere facilmente identificato con specifiche norme. In altri termini, esso fornisce le strutture concettuali di base attraverso le quali vengono elaborate regole di comportamento ma non si identifica con uno specifico insieme di regole. Ciò rende il sistema estremamente flessibile e aperto al cambiamento senza perdita di continuità. Anche se i sistemi giuridici locali che rientrano sotto l'etichetta di "diritto hindu" possono essere di fatto statici e irrigiditi, almeno in linea di principio, i fondamenti del sistema dharmico permettono che nuove regole vengano integrate e regole vecchie vengano messe da parte. Menski osserva<sup>42</sup>:

If the basic Hindu conceptual rule was and is that every individual is unique and different, and that every situational context has its peculiar features, requiring a situation-specific response and solution, an appropriate law must of necessity be something different from positivist state laws that prescribe how all people must act in certain situations.

La comprensione predominante del modello hindu, concentrandosi su alcune norme che si prestano ad essere fortemente criticate, ha portato ad una scarsa conoscenza dei suoi concetti di base e della loro specificità culturale, che, al contrario, sono molto rilevanti per capire come il diritto funziona in questo contesto.

Un approccio positivista suggerirebbe che al fine di produrre un cambiamento sociale sia necessario uniformare le regole, fissate sulla base di un concetto razionalistico della giustizia, centralizzarne la produzione e non riconoscere fonti non statali, dando al legislatore anche il compito di adattare questo diritto alle nuove esigenze sociali. Ma questo approccio si scontra con i principi di base del modello hindu. Come mostra l'ampiezza in India del fenomeno della non effettività del diritto statale, alcune strutture concettuali di base semplicemente non possono essere messe da parte. Pertanto, se si prende sul serio l'esistenza di un modello hindu, con i suoi concetti di base e i suoi vincoli nell'organizzare la complessità della vita sociale, bisogna prendere sul serio il problema del cambiamento non in astratto ma in *questo* modello.

Il diritto di famiglia di origine statale in India normalmente è intervenuto su alcuni aspetti limitati, lasciando la definizione della struttura complessiva dell'ordine sociale a individui e gruppi. I matrimoni di bambini sono stati legittimati fino a tempi recenti all'interno del diritto di famiglia hindu attraverso il riconoscimento da parte dello Stato di diversi ordini sociali. Ora che un importante cambiamento si è verificato con il *Child Marriage Prohibition Act*, bisogna prendere in considerazione nuove reazioni nella realtà sociale. In generale, i problemi che la società indiana deve affrontare stanno attivando un meccanismo di *push-and-pull* alla ricerca di nuove soluzioni. Questo processo è

---

42.*Id.*, 85.

portato avanti da vari soggetti, in conformità con la struttura pluralistica della società indiana. Lo Stato svolge un ruolo importante in questo processo, ma il risultato finale dipenderà dalla interazione con altri tipi di diritto.

Il *Child Marriage Prohibition Act* non risolverà facilmente il problema dei matrimoni di bambini in India. Anche ora che il diritto di famiglia ufficiale indiano non ne riconosce la validità, i matrimoni di bambini resistono perché molti hindu vivono in base a un diritto hindu non ufficiale, seguendo regole che possono essere in conflitto con il diritto statale. Pertanto, per comprendere l'evoluzione del matrimonio di bambini, bisogna analizzare l'interazione tra diverse fonti: diritto consuetudinario tradizionale, legislazione, sentenze dei tribunali e fonti internazionali. In questo contesto, il diritto statale e il diritto tradizionale non dovrebbero essere visti come due corpi totalmente separati. Il diritto statale ha un ruolo importante da svolgere nel promuovere il cambiamento sociale, ma rimane cruciale la diffusione di questo cambiamento nella società e ciò richiede la cooperazione di concetti e meccanismi giuridici tradizionali. D'altronde, in molti casi, diritto statale e diritto tradizionale sono già intrecciati dagli hindu, che prendono regole e principi dall'uno e dall'altro sulla base delle loro esigenze, vincoli e aspirazioni.