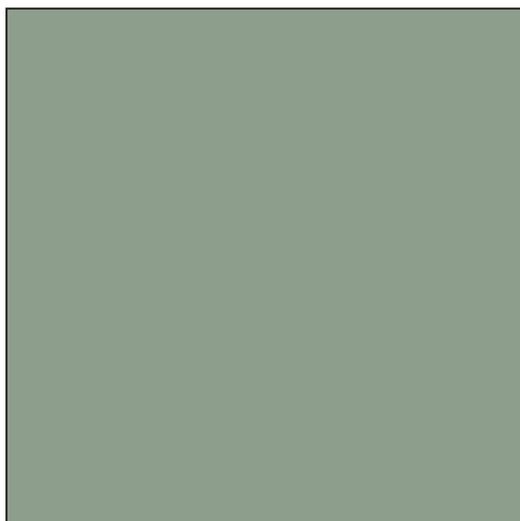


**per la storia
del pensiero
giuridico
moderno**

109



GIULIO ABBATE

**«UN DISPOTISMO
ILLUMINATO E PATERNO»**

*RIFORME E CODIFICAZIONE
NELL'INDIA BRITANNICA (1772-1883)*



GIUFFRÈ EDITORE

UNIVERSITA' DI FIRENZE
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA



CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO
GIURIDICO MODERNO

BIBLIOTECA

fondata nel 1973 da PAOLO GROSSI
diretta da PAOLO CAPPELLINI

La sede del Centro di Studi è in FIRENZE
(50129) - piazza Indipendenza, 9

www.centropgm.unifi.it

VOLUME CENTONOVESIMO

UNIVERSITA' DI FIRENZE
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA



CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO
GIURIDICO MODERNO

BIBLIOTECA

fondata nel 1973 da PAOLO GROSSI
diretta da PAOLO CAPPELLINI

La sede del Centro di Studi è in FIRENZE
(50129) - piazza Indipendenza, 9

www.centropgm.unifi.it

VOLUME CENTONOVESIMO

GIULIO ABBATE

**«UN DISPOTISMO
ILLUMINATO E PATERNO»**

Riforme e codificazione nell'India britannica (1772-1883)



GIUFFRÈ EDITORE

ISBN 9788814209666

© Copyright Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano - 2015

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

Tipografia «MORI & C. S.p.A.» - 21100 Varese - Via F. Guicciardini 66

PRESENTAZIONE E RINGRAZIAMENTI

Questo lavoro si colloca all'interno di una ricchissima stagione di studi dedicati al tema del colonialismo; stagione i cui risultati hanno avuto larga circolazione in Italia anche grazie a riviste di respiro internazionale quali, ad esempio, i "Quaderni fiorentini" (penso al volume del 2004/2005 "L'Europa e gli Altri: il diritto coloniale tra Otto e Novecento") e il "Giornale di Storia costituzionale" (penso al numero monografico del 2013 dedicato al tema "Colonie e Costituzioni").

In un quadro così fertile, segnato da autorevolissimi contributi, ci si può chiedere quale specifico, seppur parziale apporto possa rappresentare quest'analisi dell'esperienza coloniale britannica in India — tema non certo inesplorato — sia pure sotto il profilo particolare del pluralismo degli ordinamenti giudiziari e di polizia e dell'unificazione del diritto penale.

Va detto che proprio l'analisi di quei diversificati ordinamenti impone anzitutto di sostituire all'immagine bipolare e topica — dominanti/dominati — una triangolazione che lasci emergere il ruolo del personale indigeno, cui vennero affidati dagli amministratori coloniali ruoli di esazione fiscale e di disciplinamento sociale per ottenere il pieno controllo politico dei territori e dei sudditi indiani. I compiti specificatamente giudiziari di questi stessi soggetti determinarono notevoli distorsioni del sistema criminale sperimentato in colonia. Tra le prassi processuali distorte, il ricorso a strumenti di indagine e di ricerca delle prove definibili come tortura: una prassi, questa, fortemente stigmatizzata dall'amministrazione coloniale, ma drammaticamente funzionale alle logiche di controllo dei territori periferici e, per tale motivo, mai completamente sradicata. All'eco di queste pratiche nel dibattito parlamentare inglese, ed allo scandalo da esse suscitato — tortura e sistemi inquisitori, propri dell'iniquo

sistema continentale non potevano inquinare, nemmeno nei territori coloniali, il proverbiale garantismo del sistema processuale inglese — il libro dedica attenzione.

Il filo rosso che attraversa tuttavia l'intero lavoro può essere identificato nella messa a fuoco del rapporto tra “costituzione” e “colonia” e delle relative costruzioni discorsive. Queste rinviano, tutte, ad una contraddizione di fondo: l'orgogliosa difesa della tradizione costituzionale inglese — certo segnata da principi universalistici — come “privilegio”, oltre che dei cittadini della madrepatria, dei residenti britannici in India. Questa concezione rappresentava il presupposto teorico adeguato ad una costruzione differenziata della cittadinanza: da un lato, i “nativi” del subcontinente; dall'altro lato gli *European-British subjects* residenti in India, tenacissimi nel richiedere un'applicazione coloniale, ad essi esclusivamente riservata, dei principi fondamentali della Costituzione — non scritta — d'Inghilterra.

La seconda parte del lavoro, dal titolo “Colonialismo e Codificazione”, rivela il singolare gioco di specchi — a ruoli capovolti — che le sperimentazioni indiane, dirette a realizzare la codificazione penale, suscitavano negli ambienti giuridici della madrepatria e nello stesso parlamento inglese. Nonostante l'egemonia di una cultura ancora fortemente restia — nonostante le voci isolate di tradizione benthamiana — a rinunciare al carattere giurisprudenziale del proprio ordinamento, il processo di codificazione in atto in India costrinse la madrepatria a reinterrogarsi sulle proprie scelte, ancora una volta sotto il profilo della semplificazione e conoscibilità del diritto. Obiettivi che alcune originali soluzioni adottate nella redazione del codice indiano sembravano realizzare. Se l'esempio indiano non ebbe esiti codificatori in Inghilterra, la colonia sembrò tuttavia assumere, per una volta, un ruolo trainante, di riferimento. Tanto più che all'origine dell'esperimento indiano stava l'opera di giuristi inglesi significativi come Thomas Babington Macaulay e James Fitzjames Stephen.

Sullo sfondo del racconto “coloniale” l'immagine ideal tipica — alle cui remote origini sette e ottocentesche il volume dà spazio nella sua primissima parte — della dominazione britannica, che alimentava, negli osservatori coevi, una costruzione dicotomica del colonialismo europeo: da una parte la dominazione “buona”, saggia-

mente civilizzatrice degli inglesi, sul fronte opposto le altre. Questa rappresentazione rinviava ad un discorso più generale sulla natura e sulle gerarchie interne della civiltà europea; tema affascinante per la storiografia giuridica italiana coeva, qui esaminata, fortemente impegnata nell'elaborazione di un discorso scientifico suo proprio sul fenomeno coloniale.

Il lavoro è frutto di un percorso di studi iniziato, nel 2009, nell'ambito del dottorato di ricerca in "Diritto romano e tradizione romanistica: fondamenti del diritto europeo" dell'Università "Federico II" di Napoli e svolto anche presso il Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte di Frankfurt am Main. Il volume che vede ora la luce deve molto al prezioso contributo di studiosi sia italiani che stranieri che desidero qui ringraziare.

Un primo ringraziamento va al Prof. Aldo Mazzacane che ha contribuito alla definizione del tema oggetto del lavoro e ha seguito gli sviluppi dell'indagine nell'ambito del dottorato. Del pari ringrazio la Prof. Cristina Vano per il sostegno nell'ambito del programma LLP-Erasmus Placement 2009/2010, che mi ha permesso di frequentare l'Istituto Max-Planck. Ai proff. Michael Stolleis e Thomas Duve, che tra l'ottobre del 2009 ed il marzo del 2010 mi hanno ospitato presso il prestigioso Istituto di Frankfurt am Main e sotto la cui direzione ho svolto un'indimenticabile esperienza di studio, va la mia immutata riconoscenza. Un grazie speciale al Prof. Marco Meriggi che ha letto parte delle mie ricerche e mi ha fornito importanti indicazioni sia metodologiche sia bibliografiche. Un particolare ringraziamento ai proff. Pietro Costa e Carlos Petit, per la lettura del manoscritto, e Paolo Cappellini, per aver accolto il libro nella Biblioteca del Centro Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, di cui è Direttore.

Alla Prof. Giorgia Alessi, che mi ha costantemente sostenuto con fiducia e generosità rendendo possibile la realizzazione del volume, esprimo la mia più sincera gratitudine.

GIULIO ABBATE

PARTE PRIMA

PLURALISMO E UNIFICAZIONE DEI DIRITTI

CAPITOLO PRIMO
IMMAGINI DELLA CITTADINANZA COLONIALE

1. L'eccezionalità della dimensione coloniale. — 2. Immagini dell'India tra Sette e Ottocento: “*ancient constitution*” e “dispotismo orientale”. — 3. Immagini della colonizzazione moderna: la civiltà dell'India e il governo della colonia. — 4. Un modello “virtuoso” di colonialismo: lo sguardo italiano sull'India coloniale.

1. *L'eccezionalità della dimensione coloniale.*

I termini-concetto “colonia” e “colonialismo”, i quali rimandano immediatamente a uno spazio “extraeuropeo” e a una dimensione temporale “pre-costituzionale”, si contrappongono logicamente, costituendone addirittura l'antitesi semantica, a quelli di “costituzione” e “costituzionalismo” (1). Se il costituzionalismo, quale processo facente parte dell'idea stessa di civilizzazione occidentale, identifica « quel percorso di esperienze concrete e di elaborazioni dottrinali » che ha condotto, « pur attraverso una pluralità di manifestazioni, alla figura dello Stato costituzionale di diritto », il colonialismo identifica un processo caratterizzato dalla continua ricerca ed implementazione di spazi politici eccezionali, dunque « il contrario dell'idea della costituzione come civiltà » (2). Non senza qualche avvertenza è tuttavia possibile parlare, in riferimento alle strutture politico-istituzionali della colonia e al riconoscimento di attribuzioni politiche ai sudditi indigeni, di “costituzione”, “costituzionalismo” e “cittadinanza” coloniale.

Gli argomenti della soggettività e della costituzione coloniale

(1) Sul punto, L. LACCHÈ, *Introduzione. Dilemmi della costituzione coloniale*, in « *Giornale di Storia Costituzionale* », XXV (2013) 1 (numero monografico dedicato al tema *Colonie e Costituzioni*), pp. 5-10.

(2) Ivi, p. 5.

rimandano immediatamente ai temi, che il mondo “moderno” nell’Ottocento si accingeva ad accantonare ⁽³⁾, della rilevanza dello status nella vita pubblica, dell’assenza diffusa di strumenti politici rappresentativi, dell’attribuzione diversificata dei diritti e dei doveri; a partire dalla grande distinzione tra il dentro e il fuori della colonia ⁽⁴⁾.

Per un verso, l’elaborazione del sistema politico coloniale venne costantemente ispirata all’idea di una necessaria differenziazione tra “dominatori” e “sudditi” nonché ad un presupposto teorico di difficile giustificazione: « il tempo della metropoli non era quello della colonia » ⁽⁵⁾. Se la forma di organizzazione politica dell’Europa, dimensione che viveva a pieno la fase storica della modernità, era rappresentata dallo stato costituzionale ⁽⁶⁾, l’unico modello organizzativo valido per le colonie, bloccate in uno stadio di pre-modernità, era costituito dallo « stato patrimoniale »: da quel modello, cioè, che vedeva lo Stato come proprietà del sovrano e che conobbe, tra l’Ottocento e il Novecento, la sostituzione del rapporto tra monarca e Stato con quello tra universo metropolitano e coloniale. Per l’altro verso, pur non risolvendosi nella semplice opposizione binaria inclusione/esclusione la governamentalità coloniale faceva leva su meccanismi istituzionali volti a separare la dimensione dei sudditi da quella dei dominatori e a delineare differenti modelli di cittadinanza: all’interno di ogni società coloniale operava un insieme di « linee di esclusione e di separazione delle comunità amministrate » le quali riuscivano a modulare l’attribuzione di diritti

⁽³⁾ “Moderno”, nel senso indicato in C. A. BAYLY, *La nascita del mondo moderno. 1780-1914*, Torino, Einaudi, 2007.

⁽⁴⁾ È questa la terminologia indicata da Pietro Costa nella relazione tra la dimensione extraeuropea (il “fuori”) e quella europea (il “dentro”). P. COSTA, *Il fardello della civilizzazione. Metamorfosi della sovranità nella giuscolonialistica italiana*, in « Quaderni fiorentini », XXXIV/XXXV (2004/2005), pp. 169-258. Sul tema della soggettività coloniale e dei “diritti” dei colonizzati, si veda anche M. FIORAVANTI, *Il lato oscuro del moderno. Diritti dell’uomo, schiavitù ed emancipazione tra storia e storiografia*, in « Quaderni fiorentini », XLII (2013) pp. 9-41.

⁽⁵⁾ L. NUZZO, *Dal colonialismo al post colonialismo, tempi e avventure del soggetto indigeno*, in « Quaderni fiorentini », XXXIV/XXXV (2004/2005), pp. 464-508, p. 480.

⁽⁶⁾ Ovvero, « una forma di organizzazione politica in i cui poteri » erano « separati ». *Ibidem*.

tra i differenti settori sociali secondo « aspettative di comportamento e strutture di obbedienza e/o adesione differenziate » (7).

E così, da una parte, la soggettività coloniale differiva profondamente dal modello di cittadinanza che l'Europa si accingeva ad implementare subendo, allo stesso tempo, una profonda diversificazione interna dipendente dalla posizione del soggetto nell'ambito della colonia. Dall'altra parte, lo Stato coloniale — al pari del suo omologo metropolitano — cercò di eliminare qualsiasi elemento intermedio che si frapponesse nei rapporti tra potere politico e sudditi nella rivendicazione di un controllo esclusivo della sfera pubblica nei suoi territori (8).

Lungi dal rimanere relegate in un tempo storico ormai passato, le sperimentazioni politiche coloniali contribuiscono ad offrire valide chiavi di lettura dell'attuale condizione post-coloniale dell'Occidente. A partire dall'inaspettato prodotto della dominazione coloniale: la definizione dell'immagine del suddito della colonia e del suo opposto metropolitano. Riprendendo la celebre lezione di alterità di Étienne Balibar, facente leva sull'idea di "alterità" coloniale quale componente indispensabile dell'identità politica e culturale europea (9), la storiografia recente ha mostrato come « il discorso europeo della cittadinanza intrattenga fin dalle sue origini un rapporto strettissimo con il "progetto coloniale" » (10). Ed infatti, da un lato, gli Stati colonialisti europei definivano se stessi e la loro identità prendendo le distanze dall'altro da sé della dimensione coloniale; dall'altro lato, era implicito nel fenomeno coloniale un « movimento di contaminazione, di transiti e di "traslazione" » (11) capace di anticipare la presente condizione post-coloniale e di proiettare l'immagine del rapporto tra l'Europa e le colonie non già come una

(7) A. TRIULZI, *La colonia come spazio di esclusione*, in « Quaderni fiorentini », XXXIV/XXXV (2004/2005), pp. 359-378, in part. p. 360.

(8) BAYLY, *La nascita*, cit., p. 314.

(9) É. BALIBAR, *L'Europe, l'Amérique, la guerre*, Paris, La Découverte, 2003, pp. 38, ss.

(10) S. MEZZADRA, *La condizione postcoloniale. Storia e politica nel presente globale*, Verona, Ombrecorte, 2008, p. 74.

(11) *Ibidem*.

semplice relazione di esclusione quanto semmai come quella, assai più complicata, della « forclusione » (12).

Nella riflessione di Gayatri Chakravorty Spivak è proprio questo concetto di origine lacaniana, il quale indica « qualcosa di più sofisticato della piagnucolosa “esclusione” o della semplicemente rivendicativa “preclusione” » (13), che meglio riesce a spiegare le sorti dell’altro coloniale, « quell’altro che le scienze sociali ed etnografiche novecentesche, così come la lingua media politicamente corretta della contemporaneità, definiscono “nativo” » (14). I sudditi coloniali, privati « dell’affetto che inaugura l’essere umani » ed esclusi, quali « rappresentazione insopportabile » (15), dal “Simbolo” della cultura colonialista, non potevano che essere spogliati di ogni soggettività per divenire meri oggetti della missione civilizzatrice. Allo stesso tempo, il soggetto coloniale non poteva che informare di sé, della sua identità negata, l’intera vicenda della colonizzazione europea e del presente post-coloniale (16).

Alla luce di queste riflessioni la governamentalità coloniale, come categoria foucaultiana che rimanda all’insieme delle pratiche e

(12) Il termine “forclusione”, che traduce il termine freudiano Verwerfung (quale meccanismo di difesa, di rigetto dall’inconscio di una rappresentazione simbolica) è stato utilizzato da Lacan per spiegare il processo di inclusione e di successiva espulsione del Nome-del-Padre (quale elemento centrale del sistema della parentela e che informa di sé l’intero ordine simbolico dell’individuo) dall’inconscio di un soggetto destinato alla psicosi. La studiosa Gayatri Chakravorty Spivak ha utilizzato tale concetto nel saggio del 1999 *A Critique of Postcolonial Reason* (Harvard University Press, Cambridge-London, 1999, trad. it. A. D’Ottavio, *Critica della ragione postcoloniale. Verso una storia del presente in dissolvenza*, Roma, Meltemi, 2004) per spiegare, in una prospettiva postcoloniale, il rapporto tra l’Occidente e la dimensione coloniale.

(13) Così Patrizia Calefato nell’introduzione all’edizione italiana di SPIVAK, *Critica*, cit., p. 8.

(14) *Ibidem*.

(15) L’espressione è tratta da *Enciclopedia della psicanalisi*, Laplanche, Pontalis, 1971, p. 394 citata in SPIVAK, *Critica*, cit., p. 30.

(16) Spivak, in particolare, ha insistito sul concetto di “esclusione dell’affetto” (implicito nel processo di rimozione della rappresentazione dall’inconscio) che il rifiuto del suddito coloniale — non già “Uomo” quanto piuttosto “Informatore nativo” — ha prodotto in termini di legittimazione al colonialismo; un’esclusione che è servita « e serve da energica ed efficace difesa della missione civilizzatrice ». SPIVAK, *Critica*, cit., p. 30. Sulle “identità” postcoloniali, anche A. LOOMBA, *Colonialism/postcolonialism*, Abingdon (Oxon) - New York, Routledge, 2015³.

delle tecniche che assicurano il governo del territorio e dei suoi abitanti (17), non può che risultare del tutto contraddittoria e rimandare, nella sua stessa fase costitutiva, al concetto di eccezionalità: non a caso, mentre i teorici dell'Europa liberale definivano in madrepatria il “nuovo” modello politico dello Stato di diritto con riferimento ai pilastri della separazione dei poteri, del primato della legge, della tutela dei diritti soggettivi, la costituzione coloniale si costruiva, principalmente, attorno ai concetti di “terrore” e “violenza”, di primato dell'esecutivo, di esclusione dai diritti (18). Proprio nella messa a punto, teorica e regolamentare, di un meccanismo di esclusione e differenziazione delle attribuzioni politiche risiede, ad un tempo, una delle principali caratteristiche ed uno dei più vistosi paradossi della governamentalità coloniale: l'amministrazione coloniale, da un lato, escludeva la comunità indigena « dalle garanzie di diritti riconosciute in patria » e, dall'altro lato, predisponeva spazi istituzionali di legalità in favore dei cittadini europei residenti in colonia (19).

Questi i “limiti”, queste le “regole” del modello di cittadinanza coloniale: un modello politico che, nella sua stessa fase genetica e costitutiva, recava in sé una fortissima cifra di eccezionalità e di esclusione.

2. *Immagini dell'India tra Sette e Ottocento: “ancient constitution” e “dispotismo orientale”.*

La vicenda storica della colonizzazione britannica dell'India costituisce un campione assai esemplificativo di queste tematiche. Il modello politico e governamentale sperimentato dagli inglesi in India era segnato dall'attribuzione di diritti e doveri condizionata dal ceto sociale e religioso (ma anche dallo status di nativo dell'India

(17) Cfr. E. DE CRISTOFARO, *La nozione di “governo” nei corsi di Foucault*, in « Quaderni fiorentini », XXXVII (2008), pp. 665-675.

(18) Per una storia dello Stato di diritto, come modello politico declinato nelle differenti esperienze storiche del *Rechtsstaat*, del *rule of law*, dell'*État de droit*, si veda *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, a cura di D. Zolo e P. Costa, Milano, Feltrinelli, 2003.

(19) TRIULZI, *La colonia*, p. 360.

o dell'Europa) nonché da un accesso diversificato alle corti di giustizia, alle procedure giudiziarie, ai meccanismi di tutela delle libertà importati dalla madrepatria (tra tutti i *writs* di *habeas corpus*). Sebbene in apparenza declinate in una prospettiva di mera "esclusione" dai diritti, le logiche della governamentalità coloniale indiana sembravano tuttavia orientate al raggiungimento di obiettivi contrapposti: per un verso, separare il corpo sociale dei sudditi della colonia creando spazi differenziati all'interno della stessa comunità indigena (gli opposti concettuali di interno/esterno, centro/periferia della colonia orientarono, ad esempio, l'intera vicenda dell'amministrazione della giustizia indiana); per l'altro verso, cooptare i tratti alti della società indigena incorporandoli, in funzione di comunicazione politica, nella gestione dei territori coloniali: dall'aristocrazia feudale alle autorità religiose e patriarcali del paese, dagli esattori fiscali nativi al notabilato borghese, la partecipazione dei soggetti indigeni all'amministrazione dei territori coloniali conferiva legittimazione politica al potere e al governo inglese dell'India (20).

La sperimentazione del modello politico coloniale ha richiesto l'elaborazione di un impianto discorsivo capace di legittimarne, dal punto di vista teorico, i caratteri di eccezionalità. Differenti settori della storiografia hanno messo in luce come, a partire dalla fine del Settecento, i colonizzatori inglesi dell'India abbiano cercato di ancorare la presenza europea nei territori d'oltreoceano a una riconoscibile base teorica elaborando un discorso capace di legittimare, ad un tempo, la sperimentazione coloniale di un regime politico incompatibile con le forme costituzionali dell'Europa nonché la stessa azione espansiva degli europei in Oriente (21). Come è noto, il ricorso alle

(20) Sul punto, S. MEZZADRA, E. RIGO, *Diritti d'Europa. Una prospettiva postcoloniale sul diritto coloniale*, in *Oltremare. Diritto e istituzioni dal colonialismo all'età postcoloniale*, a cura di A. Mazzacane, Napoli, Cuen, 2006, p. 178.

(21) Sul punto, R. TRAVERS, *Ideology and Empire in Eighteenth-Century India. The British in Bengal*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007; J. PITTS, *A turn to Empire. The rise of imperial liberalism in Britain and France*, Princeton University Press, Princeton and London, 2005; Id., *Empire and Legal Universalisms in the Eighteenth Century*, in « The American Historical Review », CXVII (2012) 1, pp. 92-12; U.S. MEHTA, *Liberalism and Empire. A study in Nineteenth Century British Liberal Thought*, Chicago-London, The University of Chicago Press, 1999; T.R. METCALF, *Ideologies of the Raj*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995; M. MERIGGI, *Costituzioni antiche e*

chiavi concettuali dell'assenza di nazionalità o di sovranità, scarto di civiltà e di temporalità tra l'Europa e l'universo extraeuropeo, ha costituito un riferimento "obbligato" per la giuscolonialistica otto-novecentesca (22). È bene sottolineare, tuttavia, che i concetti elaborati dall'Occidente per "leggere" la dimensione coloniale e giustificarne l'eccezionalità politica e normativa cambiarono sensibilmente tra la fine del secolo XVIII e i successivi XIX e XX.

La storiografia più recente riferita al tema della dominazione britannica in India ha sottolineato come, alla fine del Settecento, sarebbe stato impossibile per gli inglesi elaborare un discorso teorico fondato sull'idea del deficit di civiltà della colonia indiana. Ed infatti, nella rappresentazione diffusa dell'Inghilterra del tardo Settecento, l'India non era un paese incivile. Anzi: i territori indiani potevano vantare una rinomata tradizione filosofica e culturale nonché — circostanza di fondamentale rilievo — una lunga storia di sviluppo industriale e manifatturiero paragonabile a quella dell'Eu-

narrazioni orientalistiche. Dal Sette all'Ottocento, in « Storica », XLIII-XLV (2009), pp. 209-255; si veda anche K. MANTENA, *Alibis of Empire. Henry Maine and the Ends of Liberal Imperialism*, Princeton-Oxford, Princeton University Press, 2010.

(22) Sul punto, N. THOMAS, *Colonialism's Culture. Anthropology, Travel and Government*, Princeton, Princeton University Press, 1994; R.J.K. YOUNG, *Introduzione al postcolonialismo*, Roma, Meltemi, 2005; MEZZADRA, *La condizione*, cit.; NUZZO, *Dal colonialismo*, cit. Sull'elaborazione del concetto di "civiltà" come paradigma legittimante l'espansione coloniale si veda G.W. GONG, *The standard of "Civilization" in International Society*, Oxford, Clarendon Press, 1984, M. KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001; L. NUZZO, *Un mondo senza nemici. La costruzione del diritto internazionale e il controllo delle differenze*, in « Quaderni Fiorentini », XXXVIII (2009), pp. 1311-1381. Su tutti questi temi si veda da ultimo L. NUZZO, *Origini di una Scienza. Diritto internazionale e colonialismo nel XIX secolo*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2012. Per quanto riguarda l'India britannica si veda R. GUHA, *Dominance without Hegemony. History and Power in Colonial India*, Cambridge (Massachusetts), London, Harvard University Press, 1997. Sull'affermazione tardo ottocentesca del « mito occidentale del progresso » e la sostituzione di tale idea alla « antica vocazione missionaria », C. PETTIT, *Il modello coloniale dello Stato di diritto. La Costituzione africana in Guinea*, in *Lo Stato di diritto*, a cura di D. Zolo e P. Costa, cit., pp. 566-613, in particolare pp. 578-583; le citazioni a p. 580. Sull'elaborazione della categoria di "discorso coloniale" si veda E. SAID, *Orientalismo*, New York, Pantheon Books, 1978; trad. it. Feltrinelli, Milano 1999. Si veda anche LOOMBA, *Colonialism/postcolonialism*, cit.

ropa (23). Secondo Jennifer Pitts, la quale in anni recenti ha dedicato al tema del rapporto tra l'Europa e le colonie un saggio di grande successo, proprio in questa rappresentazione, presto abbandonata in favore di una visione razzialmente orientata della società coloniale, risiede uno dei più evidenti paradossi della dominazione coloniale europea in Oriente nel periodo tra Sette, Otto e Novecento (24). In particolare, riprendendo gli studi condotti da Kenneth Pomeranz sul tema della nascita della moderna economia globale, strettamente connesso a quello della "missione civilizzatrice" dell'Occidente (25), Pitts ha sottolineato come, nel corso del secolo XVIII, le società europee e asiatiche (il riferimento è in particolare alla Cina, al Giappone e al Bengala) equivalessero quanto a prosperità, standard di vita, tasso di mortalità, qualità della manifattura e innovatività della tecnologia (26). Soltanto quando, negli ultimi decenni del Settecento, le economie occidentali iniziarono a divenire più produttive di quelle asiatiche — questo fenomeno venne naturalmente amplificato proprio dalla dominazione coloniale — l'Europa iniziò a diffondere un'immagine dell'Asia fortemente segnata dall'idea di "stagnazione" e "stazionarietà" (27). Fu proprio in questa "stagnazione" che, nel periodo a cavallo tra Sette e Ottocento, l'Europa iniziò ad individuare il tratto differenziale tra l'Oriente e l'Occidente legittimante la dominazione coloniale: paradossalmente, a partire dagli inizi dell'Ottocento la retorica coloniale, che in quel periodo si arricchiva degli stereotipi razzisti relativi alla società coloniale e alla "natura" dei sudditi delle colonie, riferiva l'arretratezza produttiva del subcontinente indiano alla cultura "incivile" e retrograda dell'India rappresentando, di contro, la dominazione inglese come un

(23) TRAVERS, *Ideology*, cit., pp. 6-7.

(24) PITTS, *A turn*, cit., p. 17, ss.

(25) K. POMERANZ, *The Great Divergence: China, Europe, and the Making of the Modern World Economy*, Princeton (N.J.), Princeton University Press, 2000. Si veda anche ID. *Empire & "civilizing" missions, past & present*, in « Daedalus », CXXXIV (2005) 2, pp. 34-45.

(26) PITTS, *A turn*, cit., p. 17.

(27) Ivi, p. 18. È interessante notare come tale dichiarazione di "stazionarietà" fosse limitata agli aspetti economici e produttivi delle società asiatiche non includendo, nel giudizio europeo dell'Oriente, gli aspetti sociali e politici dei territori coloniali.

fattore di sviluppo sociale ed economico, come il principale vettore della modernità e civiltà occidentale (28).

Il dibattito tardo settecentesco sulla legittimità dell'espansione coloniale e sui modi di governo della colonia era invece dominato dalla visione del mondo come un insieme di « ancient constitutions » (29). Ogni area geografica era caratterizzata da un particolare modello costituzionale — i cui tratti distintivi dipendevano da fattori endemici quali il clima ovvero il temperamento della popolazione — al quale corrispondeva una determinata forma di governo. Proprio nell'elaborazione di un discorso teorico orientato, da un lato, a individuare le tradizionali forme costituzionali del subcontinente indiano e, dall'altro lato, a rappresentare il sistema politico coloniale come un modello conforme a tali tradizioni, risiede una delle principali chiavi di lettura del rapporto tra l'Inghilterra e l'India nel corso del Settecento.

Il tema della visione europea della società indiana è strettamente connesso alla vicenda dell'assunzione del potere politico coloniale da parte inglese.

Come è noto, la storia della dominazione coloniale dell'Inghilterra in India è inscindibilmente legata alla storia della compagnia commerciale, presente nei territori del subcontinente sin dal Seicento, denominata *East India Company*. La Compagnia, che vantò diritti di monopolio sui commerci asiatici fino al 1834 per concessione della Corona inglese (30), esercitò nei territori coloniali prerogative propriamente sovrane, tra le quali l'amministrazione della

(28) *Ibidem*.

(29) TRAVERS, *Ideology*, cit., pp. 6-7.

(30) Il 1834 è l'anno di emanazione del *Charter Act* denominato *An Act for effecting an Arrangement with the East India Company, and for the better Government of His Majesty's Indian Territories, till the Thirtieth Day of April One thousand eight hundred and fifty-four*. La concessione del monopolio sui commerci asiatici venne formalizzata attraverso lettere patenti (*royal charters*). Si veda P. AUBER, *Rise and Progress of the British Power in India*, London, H. Allen & Co., 1837, Vol. II, pp. 658-712. Più in generale, sulle previsioni del *Charter Act*, C. ILBERT, *The Government of India. A Brief Historical Survey of Parliamentary Legislation Relating to India*, Oxford, University Press, 1922, pp. 81-90.

giurisdizione civile e criminale, fino alla fine degli anni Cinquanta dell'Ottocento (1858) ⁽³¹⁾.

È altresì noto che a partire dal 1773, anno di promulgazione del *Regulating Act*, al governatore del Bengala (*Governor-general of Bengal*) venne conferita, unitamente al *Supreme Council* di nuova creazione, autorità legislativa per i territori sottoposti alla relativa presidenza. Con l'emanazione del *Pitt's India Act* (1784) la gestione dei territori coloniali venne condivisa tra gli agenti della *East India Company* e il governo britannico: i primi operavano dai quartieri generali di Calcutta, Madras e Bombay pur essendo guidati, nelle loro scelte politiche, dall'organo esecutivo della Compagnia operante a Londra, la *Court of Directors*; il secondo era rappresentato dal *Board of Control*, un organo composto dai membri del governo e dotato del potere di veto sulle nomine degli ufficiali indiani ⁽³²⁾.

Oltre ai poteri concessi dalla Corona inglese, la *East India Company* vantava in India prerogative di varia natura per diretta concessione del potere politico locale, l'Impero moghul, il quale a partire dagli inizi del Settecento si trovava in uno stato di decadenza ed irreversibile declino ⁽³³⁾.

In un saggio dedicato alle matrici ideologiche dell'acquisto del Bengala da parte inglese tra Sette e Ottocento, lo storico Robert Travers ha chiarito che i privilegi concessi alla *East India Company*

⁽³¹⁾ Nel 1858, a seguito di uno degli eventi più "traumatici" della storia indiana, ovvero la *Great Mutiny* del 1857-1858, il governo indiano fu trasferito dalla *East India Company* direttamente alla Corona d'Inghilterra (*Act for the Better Government of India*). Per una rapida panoramica dei rapporti tra governo inglese e *East India Company* si veda J. DUPONT, *Common Law Abroad: Constitutional and Legal Legacy of the British Empire*, Buffalo (NY.), William S. Hein & Co., 2001, pp. 481-484. Sulle fasi iniziali del governo indiano da parte della *East India Company* si veda anche J. MALCOLM, *The Political History of India from 1784 to 1823*, 2 voll., London, John Murray & Co., 1826.

⁽³²⁾ Per una rapida panoramica dei rapporti tra governo inglese e *East India Company* si veda J. DUPONT, *Common Law Abroad: Constitutional and Legal Legacy of the British Empire*, Buffalo (NY), William S. Hein & Co., 2001, pp. 481-484. Sull'*Act* del 1784 e, in generale, sugli sviluppi costituzionali indiani tra la fine del Settecento e la prima metà dell'Ottocento si veda MALCOLM, *The Political History*, cit., p. 43, ss.

⁽³³⁾ Tra la fine del Seicento e gli inizi del Settecento, ad esempio, la *East India Company* acquisì dall'imperatore moghul il diritto di riscuotere le imposte nei villaggi vicino Calcutta e un'esenzione fiscale sui traffici commerciali dell'intero Bengala. TRAVERS, *Ideology*, cit., p. 33.

dal potere imperiale indiano generarono non pochi contrasti tra la compagnia commerciale e i governatori provinciali moghul (i *nawabs*), i quali godevano, nei territori da loro amministrati, di una larga sfera di autonomia rispetto ai vertici dell'impero in disfacimento ⁽³⁴⁾.

Tuttavia, fu proprio in forza dei privilegi concessi dall'imperatore moghul che la *East India Company* iniziò a rivendicare, nel corso del secolo XVIII, prerogative di indipendenza dai poteri indiani delle regioni del nord dell'India (in particolare del Bengala). E, se fino alla metà del Settecento difettò della forza necessaria a emanciparsi dal governo locale moghul, nel biennio 1756-1757 accrebbe sensibilmente la propria potenza militare riuscendo, nel giro di un decennio, a rompere ogni limite all'esercizio della propria autorità in Bengala. In particolare, a seguito della battaglia di Plassey del luglio 1757, uno degli scenari indiani del confitto anglo-francese della guerra dei Sette Anni grazie al quale gli inglesi estromisero quasi completamente la Francia dai territori coloniali, la Compagnia acquisì un enorme peso politico avviandosi a divenire un vero e proprio "potere" indiano ⁽³⁵⁾.

A partire dal 1765, la *East India Company* iniziò altresì a beneficiare di un'immensa fonte di ricchezza attraverso la concessione imperiale del "*diwanato*", il diritto di riscuotere l'imposta fondiaria nella regione del Bengala e nei territori di Bihar e Orissa ⁽³⁶⁾. Fu così che, « all'originario profilo mercantile », che da sempre contraddistingueva la Compagnia, « venne ora affiancando una sempre più pervasiva caratterizzazione politico-istituzionale » ⁽³⁷⁾. Da compagnia originariamente dedita ad attività di tipo commerciale, la *joint-stock company* inglese iniziava ad acquisire, a partire dalla seconda metà del Settecento, le sembianze di un vero e proprio « sovereign body » ⁽³⁸⁾, un organismo politico, dipendente

⁽³⁴⁾ TRAVERS, *Ideology*, cit., pp. 31, ss.

⁽³⁵⁾ Ivi, pp. 32-43.

⁽³⁶⁾ Ivi, pp. 34-35.

⁽³⁷⁾ La citazione in MERIGGI, *Costituzioni*, cit., p. 211.

⁽³⁸⁾ L'espressione è tratta da T.B. MACAULAY, *A speech delivered in the House of Commons on the 10th of July, 1833*, in *The complete works of Lord Macaulay*, Longmans Greens & Co., London, 1889 V. XII, p. 548.

dalla corona britannica, incaricato dell'esercizio di prerogative di sovranità nel subcontinente indiano ⁽³⁹⁾.

Nel periodo del tardo Settecento, la posizione della *East India Company* nell'ambito della dimensione politico-costituzionale della colonia non era dunque delle più chiare ⁽⁴⁰⁾. Seppure agisse in India a titolo di "potere mediato", rappresentando un agente territoriale di governo della Corona britannica, la *East India Company* esercitava diritti di natura propriamente politica anche per concessione del potere imperiale moghul. E dunque, per un verso, la Compagnia era soggetta ai poteri del *King-in-Parliament* così come espressi nelle *royal charters*; per l'altro verso, non v'era dubbio che « a consegnare le chiavi del governo territoriale dell'India nord-orientale, per quanto *obtorto collo* », fossero stati proprio i vertici dell'impero moghul ⁽⁴¹⁾.

Sul finire del secolo XVIII la sovranità indiana era dunque condivisa da differenti soggetti politici e si presentava come frammentata. La particolare situazione politico-costituzionale indiana ha influito sensibilmente sull'elaborazione inglese di una strategia discorsiva idonea a legittimare, anche agli occhi della madrepatria, l'assunzione di un ruolo politico-istituzionale da parte della *East India Company*.

La coesistenza di differenti ed autonome fonti costitutive dell'autorità coloniale incontrava le censure di quanti, tra le élites politiche inglesi, individuavano nell'indivisibilità del potere politico una garanzia in favore della sicurezza e del buon ordine territoriale. Secondo una rappresentazione diffusa in Inghilterra nel periodo a cavallo tra Sette e Ottocento, affinché potesse dirsi legittima la Sovranità doveva essere contenuta all'interno di una costituzione, un insieme di leggi fondamentali capace, ad un tempo, di esprimerne e limitarne l'esercizio. Svincolato dal tessuto costituzionale del paese

⁽³⁹⁾ Cfr. J. WESTLAKE, *Chapters on the Principles of International Law*, Cambridge University Press, 1894, p. 192. Sul punto si veda anche MERIGGI, *Costituzioni*, cit., p. 211.

⁽⁴⁰⁾ Un'ampia panoramica della sovranità indiana tra Sette e Ottocento in H.H. DODWELL, *The development of sovereignty in British India*, in *The Cambridge History of India*, a cura di H.H. Dodwell, 6 voll., Cambridge, Cambridge University Press, 1929, vol. V (*British India 1407-1858*), pp. 589-608.

⁽⁴¹⁾ MERIGGI, *Costituzioni*, cit., p. 211.

ogni potere sovrano sarebbe stato “arbitrario”, potenzialmente pericoloso per la libertà e la proprietà dei sudditi (42). Questa particolare visione dei limiti e delle caratteristiche del potere politico proiettava i suoi effetti “garantisti” anche rispetto al governo della colonia. La legittimità del modello politico coloniale, e del sistema regolamentare che ne avrebbe costituito la diretta estrinsecazione amministrativa, sarebbe dipeso dal grado di compatibilità con l'*ancient constitution* dell'India. Pertanto, ancor prima di definire il giusto modello di governo coloniale da esportare in India, i dominatori inglesi avrebbero dovuto individuare i tratti caratteristici della tradizione costituzionale indiana (43).

Nella definizione dell'*ancient constitution* dell'India le élites politiche britanniche furono influenzate dal concetto di “dispotismo orientale” formulato da Montesquieu nell'opera *Esprit des lois* (1748): ad ogni area geografica corrispondeva una determinata forma politico-costituzionale i cui tratti caratteristici dipendevano dalla storia, dal clima, dal temperamento degli abitanti del paese. Nella visione di Montesquieu, se il tradizionale modello politico britannico riusciva ad assicurare un ampio grado di libertà ai sudditi del regno, grazie, soprattutto, ad un perfetto equilibrio tra forme monarchiche, aristocratiche e repubblicane, le costituzioni asiatiche erano invece caratterizzate da un'endemica cifra di dispotismo, strettamente legata ai climi caldi e alle peculiarità dei soggetti di nascita asiatica (44). Tuttavia, sebbene fosse sinonimo di mancanza di libertà e di esercizio arbitrario del potere sovrano, oltre che di totale assenza dell'istituto della proprietà privata, il modello tradizionale della costituzione orientale costituiva la più adeguata forma politica per i popoli dell'Asia (45).

Partendo dalla visione offerta da Montesquieu del modello costituzionale asiatico, i dominatori britannici dell'India iniziarono a

(42) TRAVERS, *Ideology*, cit., p. 47.

(43) Ivi, pp. 47, ss.

(44) Ivi, pp. 48-49. Sul concetto di “dispotismo asiatico” si veda anche MERIGGI, *Costituzioni*, cit., pp. 216, ss. e F. VENTURI, *Despotismo orientale*, in « Rivista storica italiana », LXXII (1960) 1, pp. 117, ss.

(45) TRAVERS, *Ideology*, cit., pp. 48-49. Sul punto anche MERIGGI, *Costituzioni*, cit., pp. 216 e ss; MEHTA, *Liberalism*, cit., pp. 14, ss.

giustificare l'eccezionalità del sistema politico sperimentato in colonia attraverso la presunta conformità di questo sistema alle preesistenti forme di governo dei territori del subcontinente; allo stesso tempo, cercarono di offrire una visione parzialmente "riabilitata", quanto meno con riferimento a un presunto valore pratico di amministrazione del territorio e gestione della popolazione, del modello politico della tradizione dell'India e in generale dell'Asia.

E così, per un verso, il dispotismo indiano poteva essere presentato come una "necessità culturale" (costituiva, secondo questa visione, la migliore forma politica per i sudditi d'oltreoceano) capace di giustificare anche le più vistose deviazioni dalle tradizioni politiche della madrepatria; per l'altro verso, lo stesso sistema di governo coloniale iniziò ad essere rappresentato come uno strumento capace, ad un tempo, di ripristinare l'antica costituzione indiana e di rimediare ai principali difetti delle forme politiche del paese. Così facendo, il sistema politico coloniale avrebbe agito all'interno di una tradizione costituzionale di cui riprendeva le caratteristiche essenziali pur correggendone i tratti deteriori ⁽⁴⁶⁾.

Un esempio del ricorso alla chiave concettuale del "dispotismo orientale", con tutte le conseguenti contraddizioni inerenti al giudizio di adeguatezza di un regime politico eccezionale con riferimento alla dimensione extraeuropea, è offerto nell'ambito della vicenda del governatorato indiano di Warren Hastings (governatore del Bengala dal 1772 e governatore generale dell'India dal 1774 al 1785).

Nel descrivere questa particolare esperienza politica la storiografia ha sottolineato come, al fine di estendere il potere coercitivo dello stato coloniale e acquisire il diretto controllo dei territori del Nord dell'India anche attraverso l'istituzione di un governo « di matrice sostanzialmente autocratica e militare » ⁽⁴⁷⁾, Hastings si avvale di un'efficace elaborazione teorica che mescolava riferimenti allo "stato di eccezione" ad elementi suggeriti dalla rappresentazione europea delle costituzioni asiatiche ⁽⁴⁸⁾. Nella visione di Hastings i sistemi politici della storia pre-coloniale indiana configuravano un

⁽⁴⁶⁾ TRAVERS, *Ideology*, cit., p. 59. Sul punto anche B. K. ACHARYYA, *Codification in British India*, Calcutta, S.K. Banerji & Sons, 1914, p. 150, ss.

⁽⁴⁷⁾ MERIGGI, *Costituzioni antiche*, cit., p. 216.

⁽⁴⁸⁾ *Ibidem*. Cfr. TRAVERS, *Ideology*, cit., pp. 100, ss.

tipo speciale di dispotismo il quale, nonostante avesse in diverse occasioni manifestato una connotazione propriamente “barbara”, costituiva una forma praticabile di sovranità. Hastings riteneva legittimo implementare un sistema politico che potesse riproporre, sotto la guida inglese, una versione aggiornata del tradizionale modello costituzionale del paese. Per Hastings il linguaggio politico dell’India era quello del dispotismo. Di conseguenza, riprodurne i tratti essenziali equivaleva ad esercitare i poteri di governo nel solco di una lunga tradizione costituzionale, familiare ai sudditi e adatta alle condizioni del paese.

Non fu tuttavia estraneo al progetto di Hastings il tentativo di giustificare l’interferenza inglese rispetto alle locali strutture politico-istituzionali anche attraverso il riferimento alla necessità di correggere i tratti deteriori del modello costituzionale indiano.

Dal punto di vista della regolamentazione amministrativa, Hastings intervenne, anzitutto, negli affari della giustizia della presidenza del Bengala istituendo un nuovo sistema giurisdizionale progettato per favorire l’esercizio del potere politico e lo svolgimento delle attività commerciali della *East India Company*. In secondo luogo, nel tentativo di delegittimare le autorità locali della tradizione rurale indiana, sequestrò le terre degli *zemindars*, gli esattori feudali moghul tradizionalmente incaricati della gestione delle entrate fiscali, dell’amministrazione della giustizia e della supervisione dell’attività di polizia in particolari aree sottoposte al potere imperiale ⁽⁴⁹⁾, i quali furono accusati di avere usurpato vasti territori approfittando dell’assenza di potere nelle periferie nord orientali ⁽⁵⁰⁾.

Per quanto questa particolare visione del tradizionale modello indiano fosse ben radicata nell’Inghilterra del tardo Settecento, grazie,

⁽⁴⁹⁾ Importanti indicazioni sul ruolo degli *zemindars* nella società rurale del Bengala del tardo Settecento in B. CHATTERJI, *The Darogah and the Countryside: The Imposition of Police Control in Bengal and its Impact (1793-1837)*, in « Indian Economic and Social History Review », XVIII (1981) 1, pp. 19-42. Un’interessante rappresentazione della figura degli *zemindars* in *Mr. Secretary Dowdeswell’s report on the general state of the police of Bengal, The Fifth Report from the Select Committee on the Affairs of the East India Company*, in PP, 1812, Vol. 7, n. 377, pp. 613-614.

⁽⁵⁰⁾ In generale, su tentativo dell’amministrazione coloniale di delegittimare le autorità tradizionali indiane, R. SINGHA, *A Despotism of Law. Crime and Justice in Early Colonial India*, Delhi, Oxford University Press, 1998. Cfr. TRAVERS, *Ideology*, cit., p. 106.

soprattutto, alla formalizzazione teorica del concetto di “dispotismo orientale” operata da Montesquieu⁽⁵¹⁾, non mancavano, nell’ambito del panorama politico-filosofico inglese di fine secolo XVIII, rappresentazioni “alternative” della storia costituzionale indiana. La più famosa di queste rappresentazioni è stata offerta da Edmund Burke, politico e pensatore di origine irlandese, figura di spicco della corrente conservatrice del partito *whig*, nei lunghi discorsi parlamentari tenuti nell’ambito del processo di incriminazione del governatore Hastings (1788-1795). Lungi dal volere ripercorrere, sia pure brevemente, gli eventi che condussero all’avvio di una procedura di *impeachment* nei confronti di Hastings, ovvero anche solo riportare le fasi salienti della battaglia parlamentare condotta da Burke⁽⁵²⁾, occorre richiamare, in chiusura del discorso sulle *ancient constitutions* asiatiche, alcune delle tesi del politico irlandese relative alla società e alla struttura politica dell’India pre-coloniale.

Va premesso che, nella versione dei fatti offerta da Burke, il governatore Hastings si era reso colpevole di avere implementato nei territori indiani, « divenuti surrettiziamente inglesi dopo l’assunzione del *diwani* da parte della Compagnia »⁽⁵³⁾, un sistema di governo totalmente divincolato dai meccanismi di controllo del Parlamento d’Inghilterra e irrispettoso sia delle tradizioni giuridico-costituzionali britanniche, sia delle tradizionali forme politiche locali. Secondo Burke, « che si attestava da tempo su una posizione molto critica nei confronti della prerogativa regia »⁽⁵⁴⁾, la rappresentanza parlamentare costituiva il fulcro delle garanzie costituzionali della tradizione di *common law*. Di conseguenza, la totale assenza di controllo da parte delle camere dei *Commons* e dei *Lords*

⁽⁵¹⁾ È Marco Meriggi a parlare di “formalizzazione teorica” del concetto di dispotismo orientale da parte di Montesquieu, MERIGGI, *Costituzioni*, cit., p. 216.

⁽⁵²⁾ Su questi temi si rimanda al più volte citato MERIGGI, *Costituzioni*, cit. Sul pensiero di Burke in relazione ai temi del “dispotismo orientale” si vedano anche i saggi già citati di TRAVERS, *Ideology*, cit.; J. PITTS, *A turn*, cit.; MEHTA, *Liberalism and Empire*, cit.; METCALF, *Ideologies*, cit. Al pensiero politico di Burke, e in generale al costituzionalismo britannico tra il secolo XVII e XIX, è stato dedicato il recente numero monografico (XXIX, 2015, 1) della rivista “Giornale di Storia Costituzionale” dal titolo *Il pensiero di Edmund Burke. Costituzionalismo ereditato e costituzioni rivoluzionarie*.

⁽⁵³⁾ MERIGGI, *Costituzioni*, cit., p. 215.

⁽⁵⁴⁾ *Ibidem*.

rispetto agli affari indiani non poteva che rappresentare un sintomo eloquente del carattere autoritario del modello politico coloniale.

Pertanto, nel tentativo di mostrare l'illegittimità dell'operato dell'ex governatore, Burke, per un verso, rappresentava il passato indiano come la storia dello sviluppo di una società antica e venerabile e, per l'altro verso, denunciava il carattere eccezionale e "anti-costituzionale" dei meccanismi di governo sperimentati in colonia.

Per sovvertire l'immagine della costituzione dell'India come modello politico di dispotismo orientale, Burke, che pure individuava nelle teorie di Montesquieu un elemento fondamentale per l'elaborazione di chiavi concettuali utili per la lettura della dimensione coloniale, valorizzava il ruolo dei "corpi intermedi" nell'ambito della società indiana respingendo, al contempo, la tesi della natura tutta patrimoniale dei governi asiatici e dell'assenza della proprietà privata sul suolo indiano. Secondo Burke esisteva in India, da un lato, un'aristocrazia antica e venerabile e, « insieme ad essa, una costituzione le cui funzioni, pur se a prezzo di uno spericolato esercizio di contestualizzazione, potevano venire [...] avvicinate a quelle che, in forme diverse, nel continente europeo garantivano istituzionalmente modalità negoziali e pattizie di irrogazione del potere »⁽⁵⁵⁾; dall'altro lato, una quasi-aristocrazia territoriale, individuata in figure della tradizione locale, come quelle degli *zemindars* o dei *polygars*, carica di un senso di responsabilità nei confronti della comunità ad essa subordinata e capaci di controllare i possibili abusi dell'autorità politica imperiale.

Secondo Burke il tentativo di Hastings di interferire nelle tradizionali dinamiche di potere della società rurale indiana costituiva un altro dei gravi crimini ascrivibili all'ex governatore: livellando le tradizionali gerarchie costituzionali e sociali (Burke ricordava come il sequestro delle terre degli *zemindars* costituisse, altresì, un'operazione animata dallo spirito di rapina e di spoliazione caratteristico degli impiegati della *Company*) l'ex governatore aveva privato la comunità indigena dell'India delle garanzie tradizional-

(55) Ivi, p. 220.

mente assicurate dall'aristocrazia terriera contro l'arbitrio del potere politico ⁽⁵⁶⁾.

Proprio in virtù del rispetto che l'Inghilterra avrebbe dovuto riconoscere alla tradizione costituzionale della principale tra le colonie d'oltreoceano, l'India avrebbe dovuto vivere, secondo Burke, un vero e proprio processo di *State building* da intendersi come l'introduzione « di un sistema costituzionale misto, costruito con materiali eterogenei attinti tanto dalla tradizione locale quanto da quella britannica » ⁽⁵⁷⁾.

Tutto quanto auspicato da Burke non ebbe luogo né alla fine del Settecento né nel periodo storico successivo. È noto infatti che, durante tutto il corso dell'Ottocento, la determinazione del sistema regolamentare indiano fu costantemente ispirata dall'idea della rimozione delle tradizionali strutture politico-istituzionali e dalla sostituzione di queste con un apparato amministrativo capace di favorire il perseguimento degli obiettivi della dominazione coloniale ⁽⁵⁸⁾. E, sebbene non fossero mancati tentativi da parte inglese di rappresentare la civiltà indiana come facente parte del più ampio « mondo dell'antichità classica europea » ⁽⁵⁹⁾, nessun uomo politico e pensatore dell'Europa tra Sette e Ottocento si spinse ad elaborare, in riferimento alle logiche dell'impero, un giudizio critico paragonabile al dissenso espresso da Burke ⁽⁶⁰⁾.

3. *Immagini della colonizzazione moderna: la civiltà dell'India e il governo della colonia.*

Ed infatti, nella rappresentazione diffusa della dottrina colonialista, l'India necessitava di un miglioramento morale e materiale da raggiungere anche attraverso un sistema politico che, per quanto eccezionale, fosse idoneo a incrementare il livello generale di “civiltà” della colonia. All'interno del contesto politico culturale-inglese del secolo XIX è tuttavia possibile individuare voci che, per

⁽⁵⁶⁾ Ivi, p. 229.

⁽⁵⁷⁾ Ivi, p. 240.

⁽⁵⁸⁾ Ivi, p. 241.

⁽⁵⁹⁾ METCALF, *Ideologies*, cit., p. 14.

⁽⁶⁰⁾ MEHTA, *Liberalism*, cit., pp. 2-3.

quanto guardassero con grande favore alla presenza britannica nel subcontinente, auspicavano profondi mutamenti nel regime politico indiano tali da rendere il modello coloniale in qualche modo conforme a quello metropolitano.

Proprio in considerazione dell'ampio grado di discrezionalità concesso agli inglesi in India John Malcolm, soldato scozzese, storico e ufficiale di governo della colonia indiana (fu, in particolare, governatore della presidenza di Bombay tra il 1827 e il 1830) proponeva di sperimentare un sistema politico "ibrido" capace, da un lato, di assicurare l'efficace funzionamento della macchina amministrativa coloniale e, dall'altro lato, di superare un vaglio di costituzionalità nel raffronto con le tradizioni politiche della madrepatria.

Il punto a partire dal quale Malcolm sviluppava le sue tesi consisteva in una presa di posizione circa il passato dei rapporti anglo-indiani: la vicenda della conquista inglese dell'India era la storia di un susseguirsi fortuito di accadimenti politico-militari, alcuni dei quali ai limiti della "giustificabilità" storica, che aveva condotto a un evento, più unico che raro, consistente nella trasformazione di una compagnia commerciale in un organismo propriamente politico. In particolare, ripercorrendo in un'opera in due volumi le vicende politiche indiane tra la fine del Settecento e gli anni Venti dell'Ottocento (1826), Malcolm accennava, con sentimenti vicini all'incredulità («astonishment»), alle circostanze che avevano condotto la Gran Bretagna ad instaurare e mantenere il suo dominio nel subcontinente. «But that astonishment», sottolineava il futuro governatore di Bombay in un bel passo del libro,

[...] will be increased when it is added, that this great conquest was made, not by the collective force of the nation, but by a company of merchants, who, originally vested with a charter of exclusive commerce, and with the privilege and right to protect their property by arms, were in a few years, through the enterprise and ambition of their agents; the hostile and rival spirit of the other nations of Europe; and the weakness and perfidy of the princess of Asia, to whom they became, from the encroachments or their riches, and object of jealousy or plunder, hurried into the possession of royal power; and actually found themselves called upon to act

in the character of sovereigns over extended kingdoms before they had ceased to be the mercantile directors of petty factories ⁽⁶¹⁾.

Attraverso il linguaggio proprio della narrazione storica, Malcolm così descriveva le fasi salienti della conquista indiana: i primi coloni inglesi, presenti nei territori d'oltreoceano sin dal Seicento e riuniti sotto l'egida della compagnia *East India Company*, difesero i loro possedimenti (*factories*) con uno spirito combattivo tanto feroce da mostrare, ai poteri locali, una potenzialità militare addirittura superiore alle notorie capacità mercantili ⁽⁶²⁾. La necessità di salvaguardare gli interessi commerciali spinse la Compagnia a stringere contatti politici con i poteri dell'India; così facendo gli agenti inglesi « [...] were involved, beyond the power of retreating, in all the complicated relations of a political state » ⁽⁶³⁾.

L'assunzione del potere politico andò di pari passo con l'acquisizione di vaste aree territoriali. E, dal momento in cui la Compagnia si allontanò dai propri stabilimenti, l'impiego della forza militare divenne un mezzo di auto-conservazione che provocò due risultati: l'assunzione di un immenso potere territoriale; il raggiungimento di uno stato di stabilità politica ⁽⁶⁴⁾. Al termine di ogni disputa ingaggiata dai poteri locali per gelosia e avarizia (ma anche « by the rapacity and ambition of their own servants ») la *East India Company*, risultatane immancabilmente vincitrice, accresceva il proprio potere interno limitando, per questa via, i pericoli della frammentazione politica indiana ⁽⁶⁵⁾. Questo inaspettato effetto "collaterale" della conquista indiana aveva assicurato il successo e la popolarità della Compagnia presso gli indigeni della colonia.

Secondo Malcolm, per quanto l'assunzione del potere politico in India fosse stata raggiunta in maniera quasi "fortuita", i sudditi indiani avevano garantito, almeno fino agli anni Venti dell'Ottocento, appoggio politico ai dominatori stranieri: il modello di governo coloniale, caratterizzato da uno spiccato atteggiamento di

⁽⁶¹⁾ MALCOLM, *The Political History*, cit., pp. 1-2.

⁽⁶²⁾ Ivi, p. 2.

⁽⁶³⁾ Ivi, p. 3.

⁽⁶⁴⁾ Ivi, p. 4.

⁽⁶⁵⁾ *Ibidem*.

tolleranza religiosa e da uno sforzo costante in direzione della sicurezza della proprietà, prometteva una tranquillità durevole ed a lungo desiderata dalle comunità native. Abituati alla frammentazione politica dell'impero in disfacimento, ed alla insicurezza sociale ed instabilità politico-istituzionale che da questa derivava, gli abitanti dell'India non potevano che salutare con entusiasmo l'assunzione del potere da parte della Compagnia inglese. E ciò tanto più che, a causa della lunga dominazione straniera, i sudditi avevano da tempo perduto ogni sentimento di orgoglio nazionale:

To men tired out as they were with wars and contentions, and who, from the repeated conquests to which they had been subjected, were lost to all feeling of national pride, the very permanency of usurpation was a blessing; and it was natural for them to forget their prejudices against their European masters in a contemplation of that superior regard to justice, good faith, and civilization, by which they saw their rule accompanied ⁽⁶⁶⁾.

Malcolm guardava ai possibili futuri scenari politici indiani interrogandosi sulle migliori strategie di governo coloniale. Il presupposto che spingeva Malcolm a formulare ipotesi di riforma era costituito dall'urgenza di un profondo mutamento nell'esistente « constitution of government » della colonia ⁽⁶⁷⁾. Secondo Malcolm, il sistema di governo indiano non avrebbe potuto assicurare, ancora a lungo, l'incondizionato consenso dei nativi dell'India (terminata la fase dell'assunzione del potere politico, i sudditi premevano per una maggiore partecipazione agli affari del paese); inoltre, il modello politico coloniale era fondato su di un principio dogmatico (« that dogmatical principle on which [Indian laws and regulations] proceed ») totalmente erroneo. Secondo Malcolm, il più evidente difetto delle leggi inglesi relative al governo coloniale era costituito da un atteggiamento culturale, ancor prima che politico, consistente nel tentativo di fissare ciò che è costantemente in movimento (« the endeavour to fix that which is constantly changing »). Tale direttrice politico-culturale, tanto profondamente radicata dall'essere di quasi impossibile eliminazione nonché condizionata da un profondo sen-

⁽⁶⁶⁾ Ivi, p. 6.

⁽⁶⁷⁾ Ivi, p. 9.

timento di egoismo nazionale e da un quasi completo disinteresse per le sorti dei possedimenti indiani, sfociava nella irrealizzabile ambizione di definire l'estensione dei confini coloniali e di fissare « l'esatto potere del governo britannico in Asia » (68).

Le incertezze relative alla continua mutabilità dei confini indiani, sia territoriali che politico-costituzionali, spaventava tanto l'Inghilterra da rendere il rapporto con la colonia « as awful as it is important » (69). Tuttavia i vantaggi derivanti dalla dominazione dell'India, che di gran lunga superavano gli innegabili svantaggi dell'eventuale perdita dei possedimenti d'oltreoceano in favore di una rivale potenza europea, avrebbero dovuto spingere l'Inghilterra nella direzione della riforma. Il nuovo regime politico indiano avrebbe dovuto, in primo luogo, assicurare il rispetto dei diritti individuali degli indigeni (« just and established rights ») (70) nonché garantire l'equilibrio tra l'interesse inglese all'efficace amministrazione dei territori coloniali e l'esigenza costituzionale del rispetto dei principi politici della tradizione metropolitana:

it will no doubt proceed, on the most enlarged and enlightened principles, to fix the government of our empire in India on a foundation commensurate with its present magnitude; and which shall reconcile, as far as the two objects can be reconciled, the most vigorous and efficient system of local government for India with an observation of those important principles of check and control which form the soul and essence of the government of England (71).

E dunque, terminata la fase “emergenziale” della conquista dell'India, l'Inghilterra avrebbe dovuto elaborare un modello di governo conforme ai principi di « Check and Balance » tipici della costituzione inglese, capace di combinare lo “spirito” politico di un governo assoluto ma temperato (« an absolute but tempered rule ») a un co-

(68) Ivi, pp. 9-10. Traduzione mia.

(69) Ivi, p. 10.

(70) *Ibidem*.

(71) Ivi, pp. 10-11.

stante rispetto dei sentimenti religiosi e dei diritti civili dei sudditi nativi della colonia (72).

La narrazione storica offerta da Malcolm degli sviluppi politico-costituzionali dell'India, ed in particolare il richiamo, con riferimento alle fasi della conquista, ai principi di auto-conservazione territoriale, era parte di una strategia discorsiva volta a comprovare la piena legittimità della dominazione inglese del subcontinente. Non v'era dubbio che alcuni dei momenti salienti della presa dei territori indiani fossero stati caratterizzati dal massiccio ricorso alla forza militare e da un grado di violenza, il quale sarebbe stato soltanto in un secondo momento "compensato" dalle spinte modernizzanti derivanti dal contatto con una nazione civile, difficilmente giustificabile agli occhi dell'Europa dell'Ottocento.

Il riferimento alla necessità di protezione militare dei territori legittimamente acquisiti dall'Inghilterra giustificava, anche dal punto di vista internazionalistico, la presenza britannica sul suolo indiano. A riprova dell'efficacia di tali rappresentazioni storiche delle vicende coloniali possiamo considerare che, ancora sul finire dell'Ottocento, il richiamo al principio di *self-preservation* costituiva una chiave di lettura "alternativa" a quella del deficit di civiltà della colonia utilizzata dalla giusinternazionalistica inglese per spiegare l'acquisto della sovranità britannica in India: sia sui territori direttamente sottoposti alla madrepatria, sia sui c.d. "Stati nativi" (ovvero quei territori facenti parte dell'Impero pur essendo sottoposti al diretto controllo dei poteri indiani).

Secondo una tesi largamente seguita, a partire dalla seconda metà dell'Ottocento, dalla giusinternazionalistica europea e nordamericana l'occupazione delle regioni incivili costituiva un titolo internazionalistico di legittimazione alla sovranità territoriale (73). Questa tesi riusciva soltanto parzialmente a giustificare l'acquisto indiano da parte

(72) Ivi, p. 8. Secondo Malcolm: « Their condition it must be our continual study to improve, in the conviction that our government, on the great scale upon which it is now established, cannot be permanent but by their means; and that it is not in nature that they should contribute their efforts to its support unless they are, by a constantly recurring sense of benefit, made feel a lively and warm interest in its prosperity and duration », *ibidem*.

(73) Secondo il giusinternazionalista T.J. Lawrence, ad esempio, l'estensione del governo dei paesi dell'Occidente sulla dimensione extraeuropea aveva una propria giu-

dell'Inghilterra. Una parte della scienza internazionalistica tardo ottocentesca stentava a vedere l'India come una dimensione incivile. Ad esempio, John Westlake, *Whewell Professor of International Law* presso l'Università di Cambridge (1888-1908) ed autore di un fortunato libro dal titolo *Chapters on the Principles of International Law* (1894), giustificava la progressiva annessione dei territori indiani da parte dell'Inghilterra facendo riferimento non già a un presunto deficit di civiltà della colonia bensì alla necessità di protezione dei territori legittimamente acquistati dalla madrepatria inglese (primi fra tutti, quelli acquisiti tramite cessione: era il caso dell'isola di Bombay, ceduta dal Portogallo all'Inghilterra nel 1661 come parte della dote di nozze di Caterina di Braganza) ⁽⁷⁴⁾. Secondo Westlake, l'India non era un paese incivile possedendo « una civiltà diversa ma tale da impedire che l'occupazione » fosse « legittima » ⁽⁷⁵⁾. Il titolo internazionalistico attraverso cui l'Inghilterra manteneva la sua sovranità sulle aree soggette al suo diretto controllo era costituito, invece, dalla cessione ovvero dalla conquista (quest'ultima, imposta dal bisogno di autoconservazione della *East India Company*).

Secondo Westlake, la situazione degli Stati nativi dell'India era solo in parte diversa. Questi territori, soggetti al controllo diretto di poteri locali, erano diventati parte dell'Impero attraverso una conquista « operante tramite acquiescenza »: il sistema delle “alleanze sussidiarie”, concepito al fine di privare gli stati indiani « dei mezzi necessari per attentare alla sicurezza dell'Impero », aveva progressivamente privato i principati nativi di qualsiasi tipo di soggettività internazionale ⁽⁷⁶⁾. Nella visione di Westlake, condivisa da altri giusinternazionalisti del periodo, l'autonomia interna di queste regioni non era sinonimo di “sovranità” internazionale o esterna. Anzi, i poteri nativi, sebbene non fossero soggetti al governo diretto inglese, non erano indipendenti dal punto di vista internazionale. Il

stificazione morale coincidente col diritto-dovere di civilizzazione della colonia. Si veda T.J. LAWRENCE, *The Principles of International Law*, London, Rothman, 1895, p. 161.

⁽⁷⁴⁾ J. WESTLAKE, *Chapters on the Principles of International Law*, Elibron Classics, ristampa dell'edizione pubblicata da The University Press, Cambridge, 1894, cit., pp. 203, ss.

⁽⁷⁵⁾ Ivi, p. 209.

⁽⁷⁶⁾ Ivi, p. 203-205.

rapporto internazionalistico tra la madrepatria inglese e i territori che, pur essendo indipendenti dal punto di vista interno, facevano parte dell'Impero si determinava a partire dalla teoria della "sovranità": la determinazione del loro status internazionale non era influenzata dal deficit di civiltà quanto piuttosto dalla progressiva perdita di sovranità "esterna" o internazionalistica (77).

È noto, tuttavia, che le principali chiavi concettuali utilizzate, tra Otto e Novecento, dalla dottrina colonialista facevano leva sull'idea dell'inciviltà dell'India come circostanza giustificante la sperimentazioni di un regime politico eccezionale.

La storiografia ha sottolineato come, rispetto alla dimensione indiana, sia possibile registrare una strettissima corrispondenza tra i riferimenti teorici alla legittimità dell'espansione territoriale e l'attività di concreta regolamentazione coloniale. Alcuni dei più eminenti osservatori europei della realtà indiana hanno avuto parte attiva, da un lato, nella sperimentazione del sistema regolamentare della colonia e, dall'altro lato, nell'elaborazione di un discorso teorico capace di spiegarne l'eccezionalità. A partire da un assunto di non facile giustificazione: il modello politico coloniale non poteva coincidere con quello metropolitano. In considerazione di tale presupposto, il quale dava luogo ad esiti teorici a dir poco paradossali, autori della fama di James e John Stuart Mill, Thomas Babington Macaulay, Henry Sumner Maine contribuirono, ad un tempo, alla diffusione europea dell'ideologia colonialista e all'implementazione di un modello di governo visibilmente carente degli istituti previsti dalla cultura liberale europea (78); tra i quali, in primo luogo, il governo rappresentativo (79).

Proprio con riferimento al tema dell'eccezionalità coloniale, la storiografia recente ha mostrato l'esistenza di uno strettissimo rap-

(77) In questo senso, anche H.S. MAINE, *International Law*, Elibron Classic series, 2003, ristampa dell'edizione pubblicata a Londra da John Murray nel 1888; E.S. CREAMER, *First Platform of International Law*, London, John Van Voorst, 1876.

(78) Sul punto, G. BORSA, *L'India moderna nella storiografia britannica ed in quella nazionalista indiana*, in « Nuova Rivista Storica », gennaio-aprile 1964, 1-2, pp. 119-143 e E.T. STOKES, *The Administrators and Historical Writing on India*, in *Historians of India, Pakistan and Ceylon*, a cura di C.H. Philips, London, Oxford University Press, 1961, pp. 384-403.

(79) MEHTA, *Liberalism*, cit., p. 65.

porto tra gli sviluppi sette ottocenteschi del pensiero liberale europeo e la diffusione occidentale di un'ideologia propriamente imperialista. Secondo Uday Singh Mehta, ad esempio, alcune delle "anomalie" del sistema politico indiano, in particolare la sperimentazione di un modello di governo incompatibile con le forme costituzionali della madrepatria, rappresentarono un esito pratico obbligato delle teorie liberali applicate al tema dell'amministrazione coloniale. Ed infatti, ha notato Mehta, sebbene l'attribuzione "universale" di diritti e capacità discendenti dalla stessa nascita (« the moment of an assured political identity ») costituisse il nucleo centrale del pensiero liberale europeo tra Seicento e Ottocento, molti degli autori generalmente ascritti alla corrente del liberalismo subordinavano la possibilità di un'inclusione a carattere universalistico alla sussistenza di un insieme di variabili "credenziali" politiche ⁽⁸⁰⁾. I diritti e le capacità naturali necessitavano di una concreta "messa in pratica" politica assicurata da particolari condizioni sociali o psicologiche. In pratica, secondo Mehta: « Liberal exclusion works by modulating the distance between the interstices of human capacities and the conditions for their political effectivity » ⁽⁸¹⁾.

Questo meccanismo, che pur muovendosi nell'ambito di un discorso teorico mirante a stabilire l'uguaglianza universale di ogni individuo esprimeva una fortissima cifra di esclusione e differenziazione dei diritti, costituiva una delle strategie volte a negare le naturali attribuzioni politiche di speciali categorie di individui. In particolare, la linea di demarcazione tra potenziale ed effettiva inclusione trovava nella dimensione coloniale terreno fertile per la sperimentazione di modelli politici eccezionali.

Le strategie di esclusione descritte da Mehta potevano concretizzarsi in discorsi eterogenei apparentemente in contrasto l'uno con l'altro. Ad esempio, nell'opera di James Mill *History of British India* (1817), l'eccezionalità della colonia indiana veniva spiegata attraverso il riferimento a due distinte chiavi di lettura: la prima, riassunta dal concetto di « inscrutability » della dimensione coloniale (circo- stanza che, escludendo la possibilità di valutare l'esistenza dei requisiti minimi idonei a garantire il regime rappresentativo, legitti-

⁽⁸⁰⁾ Ivi, p. 46.

⁽⁸¹⁾ Ivi, p. 49.

mava il modello politico coloniale) ⁽⁸²⁾; la seconda, consistente in un giudizio di inciviltà della colonia conseguente ad un'analisi minuziosa del passato e del presente indiano. Così che il deficit di civiltà dell'India (per Mill l'intera cultura indiana rappresentava « the rudest and the weakest state of human mind ») ⁽⁸³⁾, traducendosi nell'assenza dei requisiti sociali e individuali necessari al riconoscimento di un governo di tipo rappresentativo, legittimava la sperimentazione di un modello politico propriamente dispotico ⁽⁸⁴⁾.

La corrispondenza tra deficit di civiltà e spazi politici eccezionali rappresentava un elemento discorsivo comune a più autori "liberali". Ed infatti, nella riflessione della dottrina ottocentesca, il differente livello di civiltà non solo impediva che la metropoli e le colonie condividessero lo stesso ordinamento giuridico e politico, ma rendeva non plausibile anche un semplice raffronto tra i rispettivi sistemi ⁽⁸⁵⁾.

Secondo John Stuart Mill, ad esempio, esistevano diversi modelli di governo della colonia corrispondenti ad altrettanti livelli di civiltà e progresso ⁽⁸⁶⁾: quanto più la civiltà della colonia appariva irreconciliabile rispetto a quella della madrepatria tanto più sarebbe stato legittimo elaborare un regime di governo coloniale totalmente libero dai vincoli dello Stato di diritto e caratterizzato, addirittura, dalla presenza di elementi tipici delle forme premoderne di dominio. Secondo Mill i territori coloniali potevano essere di due tipi: alcuni, quali ad esempio i possedimenti inglesi in America o in Australia, potevano vantare « una civiltà analoga a quella del paese conquistatore » ed erano per tanto maturi per il governo rappresentativo ⁽⁸⁷⁾. Altri, invece (era il caso dell'India), non erano pervenuti ad un livello di progresso paragonabile a quello della madrepatria e, pertanto,

⁽⁸²⁾ Ivi, p. 68.

⁽⁸³⁾ Citato in ivi, p. 90.

⁽⁸⁴⁾ Ivi, p. 81. Sull'influenza di James Mill in India, anche G. GIULIANI, *Beyond Curiosity. James Mill e la nascita del governo coloniale britannico in India*, Roma, Aracne, 2008.

⁽⁸⁵⁾ Così NUZZO, *Dal colonialismo*, cit., p., 480.

⁽⁸⁶⁾ J.S. MILL, *Considerazioni sul governo rappresentativo*, traduzione italiana a cura di M. Prospero, Roma, Editori Riuniti, 1996.

⁽⁸⁷⁾ Ivi, p. 235.

dovevano essere governati dal paese dominante o da qualche suo delegato.

Mill non dubitava che il regime di governo vigente nella colonia indiana fosse ampiamente sbilanciato verso l'esclusione di qualsiasi elemento di rappresentanza politica ed apparisse, pertanto, come un modello politico propriamente dispotico. Tuttavia, secondo il teorico liberale, « in certe situazioni di arretratezza un vigoroso dispotismo » costituiva il migliore strumento « per avviare il popolo verso una civiltà superiore » (88). Non fu estraneo al pensiero liberale il tentativo di giustificare le sperimentazioni coloniali rappresentando l'intervento politico europeo come un sicuro rimedio al “fatto storico” dell'arretratezza della dimensione extraeuropea (89).

Nonostante l'ampio ricorso alla chiave concettuale del deficit di civiltà della colonia, la lettura della società indiana da parte del pensiero liberale inglese non fu immobile. I progressi compiuti, tra gli anni Trenta e gli anni Settanta dell'Ottocento, dagli studi sull'India antica imposero la ridefinizione delle tesi classiche relative alla società indiana nonché della rappresentazione delle comunità indigene come un corpo indifferenziato e primitivo, privo di qualsiasi attitudine alla civiltà e al lavoro (90).

Nell'opera *The Effects of Observation of India on Modern European Thought* (1875), Henry Sumner Maine affermava l'esistenza

(88) Ivi, p. 241.

(89) Ivi, p. 107.

(90) Offrono un esempio di questa rappresentazione l'opera di Charles Grant *Observations on the State of Society among the Asian Subjects of Great Britain, particularly with respect to Morals: and the Means of improving it* (1797) e la monumentale *History of India* di James Mill (1817) nelle quali, secondo un tema comune tanto alle correnti evangeliche quanto al pensiero utilitarista, l'unico rimedio allo stato di arretratezza della società indiana era costituito da un insieme di riforme radicali che spaziavano dall'educazione morale e la cristianizzazione dei sudditi indigeni all'introduzione di un sistema di governo fondato sugli istituti della società occidentale ma privo degli strumenti politici “rappresentativi”. Sul punto, *Historians of India, Pakistan and Ceylon*, a cura di C.H. Philips, cit., e, in particolare, C.H. PHILIPS, *James Mill, Mountstuart Elphinston, and the History of India*, in ivi, pp. 271-229, e STOKES, *The Administrators*, cit. Sul punto anche BORSA, *L'India moderna*, cit., M. TORRI, *Dalla collaborazione alla rivoluzione non violenta*, Torino Einaudi, 1975, ID., *Colonialismo e nazionalismo in India: il modello interpretativo della scuola di Cambridge*, in « Rivista Storica Italiana », 1991, 2, pp. 483-527. Di recente, MEHTA, *Liberalism*, cit.

di una porzione della società coloniale che, nonostante fosse definibile come barbara, presentava in potenza tutti i tratti e le caratteristiche della civiltà occidentale ⁽⁹¹⁾. Secondo Maine, esistevano in India più livelli e stadi di civiltà misurabili a partire dal grado di interferenza della Gran Bretagna nelle diverse aree della colonia. Nelle città della costa, dove l'influenza inglese aveva stimolato la crescita intellettuale degli abitanti nativi, era riscontrabile un certo grado di sviluppo che ricordava quello europeo dei secoli passati: « Qui si offre ai nostri occhi lo spettacolo di Università affollate come le scuole del Medioevo, qui la letteratura e la scienze dell'Occidente sono studiate con un'avidità che ricorda l'entusiasmo dei dotti europei nel Rinascimento » ⁽⁹²⁾.

Secondo Maine, il fenomeno antropologico più interessante era di certo osservabile nelle aree dell'interno: la condizione sociale riscontrabile in queste zone era definibile come « barbarie ». Si trattava, tuttavia, di una barbarie « del ceppo umano al quale noi stessi apparteniamo, o di razze che hanno adottato le sue istituzioni fondamentali e più caratteristiche; di una barbarie che contiene, allo stato embrionale, e prima che i suoi elementi si siano separati l'uno dall'altro, gran parte della nostra civiltà » ⁽⁹³⁾.

Come si evince dall'opera in esame, e secondo una tesi già esposta in *Ancient Law* (1861), Maine riteneva che la società indiana fosse “stazionaria”. Pertanto, affinché l'India riuscisse ad accrescere le proprie potenzialità, era necessario che l'Inghilterra le trasmettesse un principio di “progresso” ⁽⁹⁴⁾. L'operazione andava condotta, necessariamente, di pari passo con l'osservazione della realtà coloniale. Secondo Maine, lo studio delle lingue, delle consuetudini, delle istituzioni e delle credenze religiose avrebbe inoltre offerto all'Europa i materiali per la costruzione di una disciplina innovativa, una nuova scienza definita “giurisprudenza comparata”. L'Osservatore europeo della dimensione indiana non avrebbe dovuto di-

⁽⁹¹⁾ *The Effects of Observation of India on Modern European Thought. The Rede Lecture*, London, Murray, 1875. Ampii stralci del testo di Maine sono riportati in A. CASSANI, *Società primitiva e diritto antico*, Faenza, 1986, in part. pp. 135-150.

⁽⁹²⁾ Il testo di Maine citato è in CASSANI, *Società*, cit., p. 139.

⁽⁹³⁾ Ivi, p. 145.

⁽⁹⁴⁾ Ivi, p. 150.

menticare, tuttavia, lo scarto di temporalità esistente tra la metropoli e le colonie:

[G]li inglesi che governano l'India sono simili a uomini costretti a regolare il proprio orologio su due meridiani diversi. La situazione è paradossale, ma non può essere elusa. Se i tempi della trasformazione saranno troppo lenti, non vi sarà alcun progresso; se saranno troppo rapidi, sarà la sicurezza a soffrirne. Solo se applicheremo ai fenomeni che incontriamo in India il metodo di analisi e di classificazione di cui mi sono sforzato di mostrare la praticabilità, saremo in grado, a mio avviso, di risolvere realmente il problema. Coloro i quali, lasciandosi guidare dall'esperienza delle società occidentali, sono troppo ansiosi di introdurre innovazioni (che per loro sono indistinguibili dal progresso), saranno forse colti da un dubbio salutare nel rendersi conto che quelle istituzioni e quei costumi che altrimenti apparirebbero maturi per la distruzione offrono la chiave per interpretare il passato, e in una certa misura, il presente dell'Occidente ⁽⁹⁵⁾.

Il riferimento al “tempo” della colonia mirava a mostrare, ad integrazione del giudizio di inciviltà dell'universo extraeuropeo, l'esistenza di stadi intermedi di sviluppo e civilizzazione. Nei discorsi della dottrina colonialista non tutte le società avevano raggiunto la piena maturazione storica; e, per quanto alcune di esse avessero in potenza tutti gli elementi della civiltà occidentale, esisteva una visibile disparità tra i livelli di “progresso” dell'Europa e quelli dell'universo extraeuropeo. Naturalmente, anche la visione “gradualista” della storia, che il ricorso alla chiave concettuale dello scarto di temporalità offriva, era funzionale alle logiche della dominazione coloniale: soltanto le società che avevano raggiunto la piena “maturità” storica erano in grado di godere del privilegio del governo rappresentativo ⁽⁹⁶⁾; di contro, le società bloccate in un tempo storico antecedente a quello del “presente” ottocentesco, potevano beneficiare dei vantaggi della modernità soltanto attraverso un intervento politico “esterno”.

⁽⁹⁵⁾ *Ibidem*. Sulla stazionarietà della società indiana cfr. H. S. MAINE, *Ancient Law. Its Connection With The Early History Of Society And Its Relation To Modern Ideas*, London, 1861. In merito, M. PICCININI, *Tra legge e contratto. Una lettura di Ancient Law di Henry Sumner Maine*, Milano, Giuffrè, 2003.

⁽⁹⁶⁾ MEHTA, *Liberalism*, cit., p. 81.

L'osservazione antropologica della dimensione coloniale complicava, talvolta, il quadro teorico di riferimento con l'individuazione, all'interno del medesimo contesto territoriale, di gruppi sociali "diversamente" progressivi. Secondo John Seeley, ad esempio, l'India non era, dal punto di vista etnico, un paese unitario ⁽⁹⁷⁾. I sudditi nativi appartenevano a tre differenti razze a ciascuna delle quali corrispondeva un particolare livello di civiltà: la razza di pelle nera, concentrata nelle regioni meridionali della penisola, era « ribelle alla civiltà » e poteva essere classificata come "barbara" ⁽⁹⁸⁾; la razza derivante dalla migrazione musulmana, caratterizzata da « un miscuglio di vedute e di idee che non bastano alle forme moderne della società », era invece semi-civile ⁽⁹⁹⁾; infine, la razza tipicamente indiana, « la razza ariana, che discese dal Penjab col linguaggio sanscrito sulle labbra », non era incivile ed aveva anzi mostrato una formidabile attitudine alla civiltà. E « anche la sua barbarie, quale si riflette nella letteratura vedica, è umana ed intelligente » ⁽¹⁰⁰⁾.

Secondo Seeley, l'attitudine alla letteratura e all'arte, dimostrata anche dall'elaborazione di un sistema filosofico e religioso, rendevano le tradizionali comunità indiane del tutto somiglianti a « quelle razze privilegiate che hanno creato la nostra civiltà » ⁽¹⁰¹⁾.

La tendenza progressiva della popolazione ariana, osservava Seeley, si era tuttavia arrestata a causa della conquista straniera. Per questo motivo la civiltà dell'India, che recava in potenza tutti i requisiti della civiltà occidentale, poteva essere paragonata alle società europee dell'epoca medievale.

Secondo Seeley, la dimensione coloniale era sospesa nello stadio della pre-modernità. Di conseguenza, il dominio dell'Inghilterra sull'India non poteva essere definito come l'impero della civiltà sulla barbarie quanto piuttosto come l'impero del mondo moderno sul medioevo: « la luce che noi vi rechiamo non è meno reale, ma è probabilmente meno attraente ed è accolta con minore gratitudine.

⁽⁹⁷⁾ J.R. SEELEY, *L'espansione dell'Inghilterra*, traduzione italiana di G. Falco, Bari, Laterza, 1928.

⁽⁹⁸⁾ *Ivi*, p. 207.

⁽⁹⁹⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁰⁰⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁰¹⁾ *Ibidem*.

Non è una luce gloriosa, brillante nelle tenebre, è piuttosto un giorno freddo e chiaro introdotto tra un crepuscolo caldo e splendido » (102).

Per quanto esistessero segmenti della società coloniale dotati di un potenziale civile paragonabile a quello europeo, il tratto differenziale tra la metropoli e le colonie era costituito proprio da una differente propensione al progresso e allo sviluppo.

Durante tutto il corso dell'Ottocento l'assunto della non piena modernità della colonia venne giustificato attraverso il costante riferimento a quegli elementi sociali tipici delle società occidentali e dei quali, nella visione europea, la dimensione coloniale difettava. Un efficace discorso di lunga durata, che ha orientato la visione europea dell'universo indiano fino alla metà del Novecento, riguardava, ad esempio, il senso di nazionalità della colonia. Era opinione comune che l'India fosse priva del sentimento della nazionalità e che tale circostanza spiegasse il mantenimento della dominazione coloniale. Secondo questa visione della realtà indiana era l'assenza di un'unità politica, sociale, religiosa e culturale — capace, da un lato, di fare dell'insieme dei sudditi indiani un'entità omogenea unificata dalla propria identità e di proiettare, dall'altro lato, l'immagine della colonizzazione europea come dominazione straniera — a giustificare la presenza inglese nei territori coloniali. Nei discorsi di una parte della dottrina colonialista, soltanto l'elaborazione di un sentimento di nazionalità avrebbe portato l'India a superare lo stato "molecolare" in cui si trovava e, di conseguenza, a reagire alla dominazione straniera rivendicando l'autogoverno dei propri territori. È ancora una volta lo storico Seeley a chiarire il punto attraverso un "esotico" riferimento alle fasi finali del Risorgimento italiano: « Se potesse sorgere in India un movimento nazionale simile a quello che vedemmo in Italia, il dominio inglese non potrebbe neppure opporre quella resistenza che oppose in Italia l'Austria, ma dovrebbe cedere tosto » (103).

Oltre a spiegare il fatto storico dell'espansione europea nel subcontinente, nonché a rappresentare il principale ostacolo alla

(102) Ivi, p. 209.

(103) J.R. SEELEY, *L'espansione dell'Inghilterra*, in Biblioteca di scienze politiche e amministrative, diretta da A. Brunialti, II serie, Torino, 1897, p. 835.

futura indipendenza della colonia (contribuendo a giustificare, ancora nel corso del secolo XX, il “non ancora” opposto dagli inglesi alle richieste di autonomia avanzate dall’India) ⁽¹⁰⁴⁾, il riferimento all’assenza di nazionalità legittimava anche la sperimentazione coloniale di sistemi regolamentari e politico-istituzionali eccezionali. Proprio a partire dalla rappresentazione dell’India come una dimensione caratterizzata da un evidente deficit di civiltà/nazionalità, il funzionario coloniale Alfred Comyn Lyall ⁽¹⁰⁵⁾, proponeva di mantenere ed implementare in colonia una forma di governo « onnipotente », capace di modellare « dal punto di vista morale e materiale, una grande moltitudine di esseri appartenenti a razze meno avanzate di quella dominante » ⁽¹⁰⁶⁾.

Sebbene il giudizio europeo della società indiana fosse severo nelle forme che abbiamo descritto, non fu estraneo al pensiero liberale inglese la previsione di un percorso di sviluppo politico capace di elevare la dimensione coloniale fino al livello “alto” della civiltà e rappresentare, di converso, la dominazione straniera come un potentissimo strumento di civilizzazione. Famosa è al riguardo la posizione di Thomas Babington Macaulay il quale, nel promuovere il ricorso agli strumenti dell’educazione e della diffusione della cultura europea in Oriente (finalizzati, se non altro, alla creazione di una classe di individui capaci di farsi interpreti fra la dimensione dei sudditi e quella dei dominatori) ⁽¹⁰⁷⁾, auspicava che lo “spirito” pubblico indiano potesse crescere e maturare sotto l’influenza inglese fino a favorire la capacità di autogoverno dei sudditi coloniali. Secondo Macaulay tale azione educativa avrebbe costituito, senza dubbio, un motivo di vanto per la dimensione metropolitana: « To have found a great people sunk in the lowest depths of slavery and

⁽¹⁰⁴⁾ D. CHAKRABARTY, *Provincializing Europe: postcolonial thought and historical difference*, Princeton University Press, 2000, pp. 6-11.

⁽¹⁰⁵⁾ Alfred Comyn Lyall, funzionario pubblico, storico e poeta britannico, ricoprì l’incarico di *Lieutenant Governor of the North West Provinces and Chief Commissioner of Oudh* dal 1882 al 1887. Sull’esperienza coloniale di Lyall si veda MANTENA, *Alibis of Empire*, cit., pp. 165-171.

⁽¹⁰⁶⁾ A.C. LYALL, *Etudes sur les moeurs religieuses et sociales de l’extreme-orient*, Paris, Ernest Thorin, 1885, pp. 522-523. Traduzione mia.

⁽¹⁰⁷⁾ A. SEN, *L’altra India. La tradizione razionalista e scettica alle radici della cultura indiana*, Mondadori, Milano, 2005, p. 156.

superstition, to have so ruled them as to have made them desirous and capable of all the privileges of citizens, would indeed be a title to glory all our own »⁽¹⁰⁸⁾.

Voci autorevoli del panorama culturale europeo della fine del secolo XIX guardavano, invece, alla crescita politica dell'India come a uno sviluppo contrario alle logiche stesse della governamentalità coloniale e invitavano l'Inghilterra a utilizzare le dovute cautele nel riconoscimento di diritti politici e civili ai "nativi" della colonia: queste concessioni, sottolineava ad esempio Paul Leroy-Beaulieu, avrebbero dovuto essere gradualali al fine di « evitare di suscitare » nei sudditi indigeni « un sentimento di nazionalità » ancora inesistente⁽¹⁰⁹⁾.

4. *Un modello "virtuoso" di colonialismo: lo sguardo italiano sull'India coloniale.*

Durante tutto il corso dell'Ottocento le nazioni europee interessate ad una politica di espansione territoriale elaborarono, a partire da alcune chiavi di lettura condivise a livello continentale, un discorso teorico sul colonialismo.

L'analisi delle opere scientifiche otto novecentesche relative all'espansione coloniale mostra, da un lato, una sicura convergenza intorno ad alcuni nodi teorici (come, ad esempio, le chiavi concettuali di assenza di nazionalità o di sovranità, scarto di civiltà e di temporalità tra l'Europa e l'universo extraeuropeo) e, dall'altro lato, un continuo richiamo ad alcune delle principali vicende coloniali europee: entrambe le circostanze suggeriscono una circolazione di portata sovranazionale delle idee sul fenomeno coloniale e sul governo della colonia⁽¹¹⁰⁾.

⁽¹⁰⁸⁾ T.B. MACAULAY, *The complete works*, cit., pp. 585-586.

⁽¹⁰⁹⁾ P. LEROY-BEAULIEU, *La colonizzazione presso i popoli moderni*, in *Biblioteca di scienze politiche e amministrative*, diretta da A. Brunialti, II serie, Torino, 1897, p. 542.

⁽¹¹⁰⁾ In generale, sui riferimenti alla "grandezza" coloniale dell'Inghilterra nell'Ottocento e sui diversi significati del termine *Imperialism* si veda P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, vol. 3, *La civiltà liberale*, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 470-476. Per un esempio della circolazione sovranazionale degli studi sul colonialismo si veda il volume monografico del 1897 della *Biblioteca di scienze politiche e amministrative* diretta da Attilio Brunialti, il quale raccolse diversi contributi della dottrina colonialista europea.

Da lungo tempo, ormai, la storiografia ha chiarito come sia impossibile parlare, in relazione all'azione di espansione che ha accomunato molte delle nazioni europee tra Otto e Novecento, di "progetto coloniale europeo", se non con limitato riferimento ad un « insieme flessibile di pratiche e di discorsi » riferiti ad esperienze coloniali tra loro irriducibili ⁽¹¹¹⁾. Tuttavia è innegabile che, a partire dalla fine dell'Ottocento, si assisteva in Europa alla definizione teorica di una forma "ideale" di espansione che segnava il passaggio tra le antiche e le moderne forme di colonizzazione. La chiave concettuale di riferimento per l'elaborazione del "nuovo" progetto coloniale era costituita dall'individuazione dell'idea di civilizzazione, sostituiva di quella di cristianizzazione, come forma paradigmatica di relazione tra l'Europa e l'universo extraeuropeo ⁽¹¹²⁾.

Era il diritto/dovere alla civilizzazione a rappresentare il tratto caratteristico della colonizzazione tardo ottocentesca: attraverso l'azione di espansione coloniale, l'universo occidentale contribuiva alla diffusione della civiltà nel mondo adempiendo, così, alla missione che si imponeva alle società civili. Proprio per rispondere ai bisogni della civiltà, la "moderna" azione di espansione doveva disconoscere la visione "proprietaria" della colonia, rifiutare l'espropriazione fondiaria e favorire, invece, lo sviluppo economico ed intellettuale delle dipendenze coloniali.

Nei discorsi di una parte della dottrina colonialista esistevano esempi concreti di sperimentazione delle moderne forme di colonizzazione. In particolare, era l'espansione coloniale inglese ad assumere le caratteristiche idealtipiche del modello di "colonizzazione moderna": le peculiarità della nazione britannica, il carattere "tendenzialmente liberale" delle forme di colonizzazione da essa sperimentate, ponevano l'Inghilterra e il suo modello coloniale al centro degli studi tardo ottocenteschi dedicati al tema del colonialismo ⁽¹¹³⁾.

Il riferimento all'esperienza inglese di espansione territoriale costituì il punto di partenza per l'elaborazione di un discorso teorico sul

⁽¹¹¹⁾ La citazione in MEZZADRA, *La condizione*, cit., p. 47. Sul punto, THOMAS, *Colonialism's Culture*, cit.; YOUNG, *Introduzione*, cit.

⁽¹¹²⁾ Sul punto, tra gli altri, THOMAS, *Colonialism's Culture*, cit.; YOUNG, *Introduzione*, cit.; MEZZADRA, *La condizione*, cit.; NUZZO, *Origini di una Scienza*, cit.

⁽¹¹³⁾ COSTA, *Civitas*, cit., vol. 3, pp. 470-476.

colonialismo da parte di quelle nazioni che, ancora nella seconda metà dell'Ottocento, erano assenti dalla scena coloniale europea. È il caso dell'Italia che, raggiunto l'obiettivo risorgimentale dell'Unità, stentava a proiettarsi nella scena internazionale limitandosi a ricercare un equilibrio capace di assicurare stabilità politica e di bilancio⁽¹¹⁴⁾. A partire dagli anni Sessanta dell'Ottocento anche l'Italia avviò una riflessione teorica sul fenomeno coloniale, dedicandosi, anzitutto, allo studio dell'unico modello "virtuoso" di colonialismo offerto dalla storia europea: attraverso la costruzione teorica di una discontinuità tra i modelli coloniali spagnoli, olandesi e francesi, da un lato, e il modello inglese, dall'altro lato, gli studiosi italiani di età liberale iniziarono, ad un tempo, ad innalzare l'esperienza inglese a forma idealtipica di colonizzazione, e ad elaborare, a partire da questa rappresentazione, i paradigmi italiani dell'azione coloniale⁽¹¹⁵⁾.

Il riferimento al campione indiano, in particolare, compariva sovente nelle opere italiane dedicate al tema del colonialismo:

Lo spirito di espansione che prevale in tutti o quasi gli Stati europei, consiglia lo studio di quanto, a questo riguardo, è stato fatto fin qui; e materia ben feconda per tale studio troveremo nel progressivo sviluppo dell'influenza inglese nell'India; perché da una parte, l'Inghilterra rappresenta le tendenze progressive della civiltà moderna, che vuole unire le nazioni della terra in un legame di fratellanza per l'accomunamento di interessi e di istituzioni; dall'altra parte l'India per la sua vastità, per le sue risorse naturali, per il suo isolamento dal resto dell'Asia, forma un continente a sé che mantiene una popolazione più numerosa di quella dell'Africa e dell'America, riunite; è ricca di prodotti ricercati da ogni parte del

⁽¹¹⁴⁾ N. LABANCA, *Oltremare. Storia dell'espansione coloniale italiana*, Bologna, Il Mulino, 2002, pp. 39-45.

⁽¹¹⁵⁾ Si veda, a titolo di esempio, G. BOCCARDO, *Le colonie e l'Italia*, Torino, Tipografia scolastica di Seb. Franco e figli, 1864; G.E. CERRUTI, *La questione delle colonie considerata in rapporto alle attuali condizioni dell'Italia*, Torino, Stamperia Gazzetta del Popolo, 1872; G. SOLIMBERGO, *Della navigazione e del commercio alle Indie Orientali*, Roma, Tipografia Eredi Botta, 1877; A. BOTTONI, *I nostri commerci coll'estremo Oriente*, in « Rivista Europea. Rivista internazionale », X, novembre 1878, 2, pp. 257-292; Id, *Bombay*, « Nuova Antologia », Seconda serie, V, 1877, pp. 147-189; U. SILVAGNI, *Le colonie e l'avvenire dell'Italia*, parte V, in « Rivista europea. Rivista internazionale », XXI, ottobre 1880, 4, pp. 632-659. G. BRANCHI, *Il sistema coloniale inglese studiato da un italiano in Australia*, in « Nuova Antologia », XII, gennaio 1872, pp. 147-169; A. BRUNIALTI, *L'Inghilterra nell'Africa australe*, in « Nuova Antologia », XIV, 1879, pp. 486-520, pp. 39-75.

mondo, ed è stata, fino dal principio delle relazioni fra le diverse stirpi umane, l'oggetto di un'attenzione sempre crescente ⁽¹¹⁶⁾.

Tra gli anni Sessanta e Settanta dell'Ottocento iniziava a diffondersi in Italia una particolare rappresentazione del fenomeno coloniale: per essere davvero "moderna", conforme al progresso e alla scienza, l'azione coloniale doveva rifiutare la conquista come strumento di acquisizione territoriale, così come l'espropriazione fondiaria, doveva invece basarsi sulla valorizzazione dei rapporti commerciali e sul rispetto del diritto internazionale. Nella rappresentazione italiana di età liberale questo particolare modello di espansione aveva trovato una formidabile sperimentazione nella vicenda coloniale degli inglesi in India: era grazie alla presenza inglese nel subcontinente che l'India, un paese incapace di self-government ⁽¹¹⁷⁾, aveva ricevuto un forte impulso alla prosperità materiale e un grosso freno alla decadenza morale e alla dissoluzione dei legami sociali ⁽¹¹⁸⁾.

E così, l'osservazione diretta dei territori del subcontinente, da un lato ⁽¹¹⁹⁾, la circolazione nazionale delle opere inglesi sull'argomento del governo della colonia, dall'altro lato, contribuirono ad alimentare la rappresentazione dell'esperienza coloniale indiana come un esempio luminoso delle forme moderne di espansione territoriale e un modello da seguire per l'elaborazione di un progetto italiano di colonialismo ⁽¹²⁰⁾.

Gli studi italiani dedicati al tema del colonialismo non omettevano di considerare l'innegabile cifra di violenza che aveva caratterizzato le prime fasi delle vicende anglo-indiane. Tuttavia, le chiavi

⁽¹¹⁶⁾ C. TAGLIABUE, *Gli inglesi nell'India*, in «Nuova Antologia di scienze, lettere ed arti», Terza serie, Volume XXXIX, della raccolta Volume CXXIII, Roma, Direzione della Nuova Antologia, 1892, pp. 532-552, cit., p. 543.

⁽¹¹⁷⁾ L. PALMA, *L'odierno regime parlamentare nelle colonie inglesi*, in «Nuova Antologia», seconda serie, XXXIV, Roma 1882, p. 42.

⁽¹¹⁸⁾ TAGLIABUE, *Gli inglesi*, cit., p. 543. Sul punto anche SILVAGNI, *Le colonie*, cit.; SOLIMBERGO, *Della navigazione*, cit.

⁽¹¹⁹⁾ Di grande interesse, in proposito, la descrizione della città coloniale di Bombay da parte di Antonio Bottoni, medico di bordo della nave Batavia, in rotta verso i possedimenti olandesi d'oltreoceano, il quale riproponeva per i lettori italiani alcuni degli stereotipi della società coloniale. BOTTONI, *Bombay*, cit, pp. 147-159.

⁽¹²⁰⁾ Sul punto G. ABBATE, *Modelli di colonizzazione. Il dibattito in Italia dal 1864 al 1890*, in «Le Carte e la Storia» 1/2013, pp. 91-110.

di lettura storiografica utilizzate nella descrizione della conquista del subcontinente riprendevano gli schemi interpretativi rinvenibili nelle opere inglesi dedicati alla storia dell'India. Non veniva taciuto, ad esempio, che i mezzi utilizzati dall'Inghilterra nell'acquisto della sovranità in colonia fossero stati assai poco lodevoli (ed anzi, in alcuni casi si parlava apertamente di delitti, violenze e rapine come *modus operandi* degli ufficiali della *East India Company*). Allo stesso tempo veniva sovente sottolineato che la madrepatria britannica aveva assunto su di sé tutte le responsabilità del governo della colonia sostituendosi alla Compagnia commerciale. Così che, nella fase storica della fine dell'Ottocento, ogni giudizio sulle vicende indiane avrebbe dovuto prescindere « dai mali causati dalla follia e dall'ingiustizia di una generazione passata »⁽¹²¹⁾.

Inoltre, secondo una visione condivisa da più autori, non poteva negarsi che l'India necessitasse di una tutela esterna da parte di un paese civile e moderno: considerando « la miserabile anarchia in cui era caduta, vedendola senza speranza di miglioramento all'interno, e abbandonata alle esterne aggressioni, dobbiamo ammettere che veramente abbisognasse di essere presa in custodia da qualche potente tutore che la salvasse e dalla propria follia, e dalla malvagità dei nemici »⁽¹²²⁾.

In ogni caso, e in ossequio ad una visione civilizzatrice della colonizzazione, gli studi italiani sul tema della dominazione britannica in India sottolineavano l'importanza di un'azione di educazione politica in favore dei sudditi della colonia tale da rendere il paese meritevole dell'autogoverno e da trasformare, di conseguenza, i rapporti con la Gran Bretagna in semplici relazioni commerciali.

Così come gli osservatori inglesi della realtà indiana, anche gli studiosi italiani ritenevano che l'educazione politica della colonia, e l'inevitabile conseguente concessione di diritti civili e politici ai sudditi, dovesse avvenire rispettando le particolarità del subcontinente e senza pretesa di accelerare l'opera di civilizzazione: « Affrettare infatti la conoscenza dei bisogni e dei diritti popolari in gente non per anche disposta a una completa istruzione non sarebbe già da

⁽¹²¹⁾ TAGLIABUE, *Gli inglesi*, cit., p., 542; Bottoni, *Bombay*, cit., pp. 162, ss.

⁽¹²²⁾ TAGLIABUE, *Gli inglesi*, cit., p., 542.

savio, ma da chi volesse far pericolare tutto l'edificio politico col creare pretese che sarebbe poi difficile soddisfare » (123).

Come è noto, a partire dagli anni Ottanta dell'Ottocento, acquisiti i primi territori africani, iniziò una progressiva ma decisa ridefinizione dei paradigmi italiani dell'azione coloniale. La colonizzazione iniziò a divenire una pratica rispondente ai bisogni della "giustizia distributiva" e alle esigenze della moderna civiltà, da realizzare anche attraverso la conquista e l'occupazione territoriale (124).

Ancora sul finire del secolo, tuttavia, il riferimento al modello britannico di colonizzazione compariva nei discorsi della dottrina colonialista italiana. Anche a seguito dell'avvio di un progetto nazionale di espansione territoriale e dell'elaborazione di un discorso teorico, dotato di carattere propriamente "scientifico", sul fenomeno del colonialismo l'Inghilterra continuava a costituire, da vari punti di vista, un "modello" da seguire; l'Italia, alla luce dell'esempio indiano, non poteva che ammirarne l'opera di colonizzazione:

Dobbiamo ammirare tanto più l'opera dell'Inghilterra, poiché essa dimostra d'aver non solo saputo asservire un vastissimo paese, impresa che non era senza esempi anteriori negli annali delle conquiste, ma d'aver saputo altresì adattare con nuovo esempio un regime europeo ad un popolo asiatico senza soffocare il genio peculiare di questo sotto la tirannica uniformità di quello, ma facendo servire il primo ad affinare ed a sviluppare le buone qualità del secondo, così da lasciar prevedere che, se un giorno l'India dovrà scuotere il giogo inglese, sarà costretta a sentire piuttosto gratitudine che avversione a chi riscattò coll'utilità del suo governo la violenza ingiustificata del primo acquisto del suo dominio (125).

(123) BOTTONI, *Bombay*, cit., p. 162.

(124) Si veda, ad esempio, E. CATELLANI, *Le Colonie e la Conferenza di Berlino*, Torino, Utet, 1885, p. 590. Su questi temi, L. NUZZO, *Da Mazzini a Mancini: il principio di nazionalità tra politica e diritto*, in « Giornale di Storia costituzionale », XIV (2007) 2, pp. 161-186; COSTA, *Il fardello della civilizzazione*, cit., pp. 172, ss; ABBATE, *Modelli*, cit., pp. 99, ss.

(125) CATELLANI, *Le Colonie*, cit., p. 94.

CAPITOLO SECONDO

L'ORDINE GIURIDICO COLONIALE

1. Il *common law* in India: il caso delle *Presidency towns*. — 2. Particolarismo giuridico e processo: il modello del *mofussil*. — 3. Poteri di polizia e controllo del territorio. — 4. « *Confessions are to be received with caution* »: giustizia criminale e pratiche di polizia. — 5. Produzione agricola e criminalità rurale: l'indaco del Bengala. — 6. Cenni conclusivi.

1. *Il common law in India: il caso delle Presidency towns.*

L'esistenza in India di un doppio livello di cittadinanza, con tutte le molteplici implicazioni sul piano politico e istituzionale, era particolarmente evidente con riferimento alla dimensione giurisdizionale della colonia. Fino agli anni Sessanta dell'Ottocento, la colonia indiana fu caratterizzata dalla coesistenza di due distinti apparati di corti di giustizia: uno formato dalle Corti istituite nelle città capitali (*Presidency towns*) di Calcutta, Madras e Bombay direttamente dalla Corona britannica, le quali erano competenti a giudicare, da un lato, i sudditi coloniali entro i limiti delle *Presidency towns* e, dall'altro lato, i cittadini britannici ovunque residenti in colonia; l'altro, dai tribunali istituiti dalla *East India Company* per il giudizio dei sudditi nativi residenti nelle aree dell'interno (*mofussil*)⁽¹⁾.

(1) Sul modello processuale vigente nelle *Presidency towns* si veda C. FAWCETT, *The First Century of British Justice in India: an account on the Court of Judicature at Bombay, established in 1672, and of other courts of justice in Madras, Calcutta and Bombay, from 1661 to the latter part of the Eighteenth Century*, Aalen, Scientia Verlag, 1979. Sulla recezione del *common law* in India si vedano i classici M.C. SETALVAD, *The Common Law in India*, London, Stevens & Sons, 1960; V. BOSE, *The Migration of the Common Law, 5. India*, in « *The Law Quarterly Review* », LXXVI, 1960, pp. 59-63; M. LAU, *The reception of Common Law in India*, in *La reception Des Systèmes Juridiques: Implantation*

La duplicazione del sistema giurisdizionale indiano influenzò lo sviluppo dei sistemi di diritto vigenti in colonia, intensificando una situazione di particolarismo giuridico già insita nella società pre-coloniale: alla tradizionale contrapposizione tra diritto indù e diritto musulmano, la dominazione coloniale aggiunse il nuovo elemento del diritto inglese, concepito ad un tempo come principale sistema di diritto del “centro” e come diritto personale dei sudditi di nascita britannica residenti in India.

La definizione del sistema giuridico della colonia seguì di pari passo la sperimentazione del modello giurisdizionale indiano, in sostanziale controtendenza rispetto ai tradizionali principi inglesi disciplinanti i *legal transplants* coloniali. Ed infatti, sin dalle prime fasi del colonialismo britannico oltreoceano, la determinazione del sistema di diritto applicabile nei territori coloniali della Corona britannica era strettamente legata alla distinzione, di carattere costituzionale, tra colonie acquisite tramite insediamento e colonie acquisite tramite conquista o cessione. Secondo una prassi emersa già agli inizi del Seicento, nei territori della prima categoria trovava automatica e immediata applicazione, sin dal momento del primo insediamento coloniale, il *common law* d’Inghilterra; nei territori della seconda categoria, invece, rimaneva in vigore, a discrezione del nuovo sovrano, il diritto preesistente all’acquisizione territoriale (2).

at Destin. Textes presentes au premier colloque international du Centre international de la common law en français (CICLEF), Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 267-289. Sul potere delle *Supreme Courts of Judicature* di emanare ordini di *habeas corpus*, P.D. HALLIDAY, *Habeas Corpus. From England to Empire*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2010, p. 287. Sul ruolo delle istituzioni giudiziarie delle *Presidency towns* nell’ambito della società coloniale, con tutto quanto ne derivava in ordine alla definizione del modello costituzionale indiano tra Sette e Ottocento, R. TRAVERS, *Contested Despotism. Problems of Liberty in British India*, in *Exclusionary Empire. English liberty overseas, 1600-1900*, a cura di J.P. Green, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 191-219. Sui *legal transplants* in Oriente, anche J.L. HALPÉRIN, *Transplants of European Normativity in India and in Japan: a Historical Comparison*, in « *Rechtsgeschichte-Legal History* », 2014, pp. 150-157.

(2) In merito, W.S. HOLDSWORTH, *History of the Law of England*, Methuen & co, London, 1938, Vol. XIII, p. 234. Sui modelli di governo sperimentati dalla Gran Bretagna nelle diverse categorie di colonie, brevemente, I. ROSONI, *La coloniale Eritrea. La prima amministrazione coloniale italiana, (1882-1912)*, Macerata, EUM, 2006, pp. 51-53 e 67-68.

Le particolari vicende relative ai primi sviluppi della sovranità inglese in India impedirono un'applicazione tout court del tradizionale principio costituzionale ⁽³⁾.

Nonostante tutte le difficoltà legate all'esatta ricostruzione delle prime fasi della "colonizzazione normativa" dell'India, la storiografia è concorde nell'indicare l'inizio del secondo quarto del secolo XVIII come uno dei periodi fondamentali della recezione del *common law* in colonia ⁽⁴⁾. Ed infatti, nel 1726 una patente regia autorizzò la *East India Company* ad istituire, nelle città capitali di Calcutta, Madras e Bombay, organi di giustizia denominati *Mayor's Courts*, autorizzati a conoscere tutte le cause civili e a giudicare ogni lite incorsa tra le parti in materia di commercio, credito e successioni.

Parallelamente alla creazione di queste corti, le quali dovevano essere composte da un *mayor* e nove *aldermen*, di cui almeno sette di nascita britannica, i governi locali delle presidenze indiane di Bengala, Madras e Bombay vennero costituiti *Courts of Record* e furono incaricati, da un lato, di esercitare la giurisdizione di appello sulle decisioni delle *Mayor's Court* e, dall'altro lato, di amministrare la giustizia penale attraverso le procedure seguite dalle corti di *oyer, terminer* e *gaol delivery* operanti nella madrepatria britannica ⁽⁵⁾.

Sebbene la patente regia non stabilisse espressamente quale fosse il diritto applicabile presso gli istituiti organi di giustizia, i

⁽³⁾ La sentenza *The Indian Chief* del 1801 confermò questo principio stabilendo che i territori ospitanti le *factories* inglesi dovevano essere considerati come territori britannici soggetti alle regole del *common law*: «Wherever even a mere factory is founded in the eastern part of the world, European persons trading under the shelter and protection of those establishments, are conceived to take their national character from that association under which they live and carry on their commerce. It is a rule of the law of nations, applying peculiarly to those countries, and is different from what prevails ordinarily in Europe and the western parts of the world, in which men take their present national character of the country in which they are resident [...]». citato in Holdsworth, cit. p. 240.

⁽⁴⁾ Si veda SETALVAD, *The Common Law*, cit., pp. 12-13; FAWCETT, *The First Century*, cit., pp. 214-228; BOSE, *The Migration*, cit.

⁽⁵⁾ La *Letter Patent* del 1726 dispose che il governatore e il consiglio fossero nominati *justices of the peace*, con il compito di catturare o di assicurare la cauzione dei sospettati, e di presiedere le *Quarter Sessions*. W.H. MORLEY, *The Administration of Justice in British India. Its past history and present state*, London, Williams and Norgate, 1858, p. 33.

giudici coloniali iniziarono a basare le loro decisioni sul diritto inglese (6). Così facendo, a partire dal 1726, il *common law* d'Inghilterra iniziò a rappresentare il sistema giuridico in vigore nelle *Presidency towns* indiane.

Ancor prima dell'istituzione ufficiale, da parte della Corona, di corti di giustizia funzionanti secondo il diritto inglese, in alcuni territori della colonia indiana erano già in uso forme di giustizia tipicamente britanniche, le quali generarono una sorta di precezione degli istituti chiave della tradizione di *common law* in colonia. Ad esempio, le corti di giustizia di Madras e Bombay, istituite dalla *East India Company* nella seconda metà del Seicento, giudicavano le cause civili e criminali « by Juries in accordance with the laws of England » (7).

Fu con l'istituzione delle *Supreme Courts of Judicature*, organi di giustizia composti da quattro giudici inglesi (8) (i quali dovevano avere un'esperienza da *barrister* almeno quinquennale) e dotati di un'ampia giurisdizione *ratione personae*, che il diritto inglese iniziò a diffondersi in tutti i territori dell'India britannica provocando un profondo mutamento del "volto" istituzionale della giustizia coloniale.

La prima *Supreme Court* indiana, istituita a Calcutta nel 1774 (9) e dipendente direttamente dalla Corona d'Inghilterra, aveva giurisdizione su tutti i *British-born subjects* residenti nella presidenza del Bengala e nei territori di Agra (10).

(6) SETALVAD, *The Common Law*, cit., pp. 12-13.

(7) FAWCETT, *The First Century*, cit., p. 201.

(8) Il numero dei giudici venne poi ridotto a tre (37 Geo. III c. 142, s.1).

(9) L'istituzione della *Supreme Court of Judicature* di Calcutta venne autorizzata dallo Statuto 13th Geo. III c. 63 del 1773, meglio conosciuto come *Regulating Act*. La Corte venne poi istituita attraverso una *Letter Patent* del 26 marzo 1774, la quale è integralmente riportata in *Letters Patent, establishing a Supreme Court of Judicature, at Fort William, in Bengal*, London, 1774. Sia lo Statuto del 1773 che la *Letter Patent* sono poi riassunte in E.B. IMPEY, *Memoirs of Sir Elijah Impey*, London, Simpkin, Marshall, and Co., 1846, pp. 367-45.

(10) *Outline of the Constitution and Procedure of Her Majesty's Supreme Courts of Judicature at Calcutta, Madras, and Bombay*, è parte di *First report of Her Majesty's commissioners appointed to consider the reform of the judicial establishments, judicial procedure, and laws of India*, in « House of Commons Parliamentary Papers » (d'ora in avanti PP), 1856, Vol. XXV, Paper N. 2035, pp. 187-191, cit., p. 188.

La *Supreme Court* di Calcutta, concepita come un'istituzione del tutto indipendente dagli organi del governo coloniale della *East India Company*, contribuì a riprodurre nel cuore della presidenza del Bengala alcuni degli elementi caratteristici del modello processuale di *common law*. I giudici della Corte, dotati degli stessi poteri dei giudici del *King's Bench* inglese ⁽¹¹⁾, giudicavano nei casi criminali attraverso il modello del *trial by jury* ⁽¹²⁾ ed erano competenti a emanare, a tutela delle libertà personali, ordini di *habeas corpus* ⁽¹³⁾.

La *Supreme Court*, il cui funzionamento era quasi del tutto mutuato dalla prassi giudiziaria inglese, esercitava giurisdizione sia civile ⁽¹⁴⁾ che penale, agendo come una corte di *oyer, terminer and gaol delivery* ⁽¹⁵⁾, e giudicava applicando i sistemi di *common* e *statute law* vigenti in Inghilterra ⁽¹⁶⁾. La *Crown's Court* di Calcutta era tuttavia tenuta ad amministrare, a seconda della religione delle parti, il diritto indù e musulmano per tutte le cause relative a successioni, contratti e altre relazioni tra privati ⁽¹⁷⁾, anche avvalendosi di esperti nativi in diritto (*pandits* e *maulvis*).

Avverso le decisioni della *Supreme Court of Judicature*, rese in

⁽¹¹⁾ Sezione IV della *Letter Patent* del marzo 1774. Alla sezione XVIII, era invece stabilito che la Corte di Calcutta esercitasse altresì giurisdizione di *equity*, « according to the Rules and Proceedings of Our High Court of Chancery, in Great-Britain [...] ».

⁽¹²⁾ Sezione XVIII della *Letter Patent*.

⁽¹³⁾ Essendo dotata degli stessi poteri della *Court of King's Bench*, la Corte venne autorizzata ad emanare *writs* di *mandamus*, *procedendo*, *error*, *certiorari* (sezione XXI della *Letter Patent*). Sebbene la *Letter Patent* non lo dichiarasse esplicitamente, i giudici della *Supreme Court* di Calcutta avevano anche il potere di emanare *writs* di *habeas corpus*. W.H. MORLEY, *An Analytical Digest of all the Reported Cases decided in the Supreme Courts of Judicature in India, in the Courts of the Hon. East India Company, and on Appeal from India, by Her Majesty in Council*, 2 Voll., London, H. Allen, and Co., 1850, Vol. I, p. 381.

⁽¹⁴⁾ « [U]nder the different heads of Common Law, Equity, Ecclesiastical, and Admiralty ». Citato in *Outline of the Constitution*, cit., p. 188. Si vedano in proposito le sezioni I, XVIII, XXII e XXVI della *Letter Patent*.

⁽¹⁵⁾ *Outline of the Constitution*, cit., p. 188.

⁽¹⁶⁾ Applicava, altresì, il « Civil Law as it obtains in the Ecclesiastical and Admiralty Court ». Ivi, p. 189.

⁽¹⁷⁾ Questa regola venne prevista da 21 Geo. 3, c. 17 (1781), *Ibidem*. Cfr. SETALVAD, *The Common Law*, cit., p. 21.

cause civili di elevato valore economico, era ammesso l'appello al *Privy Council* di sua Maestà (18).

Secondo un indirizzo storiografico risalente nel tempo, l'istituzione della *Supreme Court* di Calcutta era finalizzata al raggiungimento di due obiettivi: amministrare il diritto inglese per gli europei ed operare come un'istituzione di salvaguardia degli interessi dei sudditi europei contro i possibili abusi del governo coloniale (proprio per soddisfare questo secondo obiettivo, la corte venne dotata di un potere di interinazione dei provvedimenti del governo) (19). La storiografia recente tende invece a sottolineare come la creazione della corte, che incrementava sensibilmente il peso della giustizia regia in colonia, serviva a provocare il definitivo superamento di un sistema giurisdizionale, interamente gestito dalla *East India Company* e dalla comunità europea della città di Calcutta, del tutto inadatto a vigilare sulle condotte degli impiegati della *Company* e, in generale, sui sudditi europei residenti in colonia (20).

Vero è che, a partire dal 1774, i giudici della Corona, competenti a decidere anche in ordine alle azioni civili intentate contro i *servants* della *East India Company* (21), iniziarono ad utilizzare gli ampi poteri loro attribuiti come uno strumento volto a rimediare alla situazione di diffusa illegalità della città di Calcutta. A differenza delle *Mayor's Courts*, composte dai notabili europei della capitale, la *Supreme Court* ignorava le reti cittadine di potere e non mancava di interferire rispetto alle decisioni delle corti provinciali governative (22). Così facendo, la nuova corte di giustizia minacciava l'autonomia della comunità europea della capitale nonché la stessa autorità degli organi giurisdizionali istituiti dal governo coloniale (23).

Per tali motivi, sin dagli anni dell'insediamento della *Supreme Court of Judicature*, i residenti europei di Calcutta, compresi gli

(18) MORLEY, *The Administration of Justice*, cit., pp. 139, ss.

(19) J.F. STEPHEN, *A History of Criminal Law of England*, 3 Voll., London, Macmillan and Co, 1883, Vol. III, p. 289-290.

(20) TRAVERS, *Ideology*, cit., p. 181.

(21) Clausola XIII della *Letter Patent* del 1774.

(22) TRAVERS, *Ideology*, cit., pp. 186 e 191.

(23) Ivi, p. 191.

ufficiali del governo indiano, iniziarono a manifestare una crescente insofferenza, talvolta espressa anche attraverso petizioni inviate direttamente al Parlamento inglese, rispetto al funzionamento della giustizia regia in colonia (24).

Un'altra ragione, consistente nel timore di una tendenziale parificazione di diritti e libertà dei sudditi coloniali, contribuiva a suscitare le censure dei soggetti europei della colonia rispetto ai nuovi indirizzi della politica coloniale indiana. Secondo una rappresentazione largamente diffusa tra la comunità europea di Calcutta, l'attribuzione a tutti gli abitanti della colonia, a prescindere dallo status di nativo dell'India o dell'Europa, dei "privilegi" processuali della tradizione di *common law* avrebbe avuto l'effetto di sminuire, agli occhi dei sudditi indiani, l'immagine della superiorità dei dominatori britannici dell'India (25).

Proprio per arginare il potenziale destabilizzatore della giustizia regia in colonia, derivante, in ultima analisi, dalla sostanziale indipendenza delle *Crown's Courts* rispetto al governo coloniale della *East India Company*, nel 1776 il governatore Hastings propose di riunire la *Supreme Court of Judicature* della Corona e le corti superiori istituite dalla Compagnia in un unico organo giudiziario. Il piano venne ampiamente ignorato dalle autorità della madrepatria e non trovò applicazione (26).

A prescindere dagli effetti "indesiderati" della sperimentazione coloniale del nuovo modello di giustizia, a partire dagli anni Settanta del Settecento il diritto inglese iniziò a costituire il sistema normativo generalmente applicabile a tutti i sudditi inglesi della colonia (27). Seguendo la giurisdizione delle corti della Corona (l'istituzione delle *Supreme Courts* di Madras e Bombay avvenne rispettivamente nel 1801 e nel 1823) (28), il *common* e lo *statute law* d'Inghilterra

(24) TRAVERS, *Ideology*, cit., pp. 182-200, alle quali si rimanda per la narrazione di una delle più famose vicende giudiziarie della *Supreme Court of Judicature* di Calcutta, la c.d. "Patna cause", rispetto alla quale si registrò un acceso contrasto tra il governo coloniale della *East India Company* e la Corte.

(25) TRAVERS, *Contested Despotism*, cit., pp. 192, ss.

(26) TRAVERS, *Ideology*, cit., pp. 188-191.

(27) Cfr. *Outline of the Constitution*, cit., pp. 188-189.

(28) Per quanto riguarda Madras, l'*Act 37 Geo III. c.142* (1797) abolì le *Mayor's court* istituite nel 1726 ed autorizzò l'istituzione della *Court of the Recorder of Madras*.

divennero i sistemi di diritto, ad un tempo, “locali” delle città capitali e “personali” degli *British-born subjects* residenti in India.

Sebbene la giurisdizione delle *Supreme Courts* si estendesse a tutti i sudditi delle capitali, ai *British-born subjects* della colonia erano comunque riconosciuti significativi privilegi processuali. Ne offre un esempio la regolamentazione in materia di formazione delle giurie. Fino agli anni Venti dell'Ottocento, nei casi criminali decisi dinanzi alla Corte di Calcutta, ammessi a svolgere le funzioni di giurato erano i soli soggetti di nascita europea. Uno Statuto del 1826 ⁽²⁹⁾ estese agli abitanti nativi delle capitali la possibilità di partecipare all'attività delle giurie individuando, tuttavia, nuovi motivi di disparità a partire dallo status religioso dei sudditi: lo Statuto specificava che le giurie di accusa, in ogni caso, e le giurie di verdetto, nelle cause relative a soggetti di religione cristiana, dovevano essere interamente formate da persone professanti la religione cristiana ⁽³⁰⁾.

Parallelamente all'istituzione della *Supreme Court*, nella presidenza del Bengala venne creato un apparato di *justices of the peace*, composto dallo stesso governatore generale e dai giudici della *Supreme Court*, destinato ad operare entro i limiti territoriali della

Questa corte venne a sua volta abolita con l'Act 39 & 40 Geo III, c. 79 e al suo posto fu stabilita la *Supreme Court of Judicature at Madras*. La competenza territoriale della nuova corte si estendeva alla città capitale di Madras; tuttavia, al pari della corte di Calcutta, la *Supreme Court* di Madras esercitava giurisdizione su tutti i soggetti inglesi residenti nelle province dipendenti dalla presidenza di Madras. Per quanto riguarda Bombay, l'Act 37 Geo. III, c. 142 abolì le *Mayor's courts* ed istituì la *Court of the Recorder of Bombay*, con giurisdizione civile e criminale. Solo nel 1823 l'Act 4 Geo. IV c.171 autorizzò l'istituzione della *Supreme Court of Judicature at Bombay*; come la corte di Calcutta e Madras, anche la corte di Bombay aveva giurisdizione su tutti i soggetti residenti nell'*Island of Bombay* e su tutti i sudditi di nascita inglese residenti nei limiti della presidenza di Bombay. MORLEY, *The Administration*, cit., pp. 13-16.

⁽²⁹⁾ Act 7. Geo. 3, cap. 37 del maggio 1826.

⁽³⁰⁾ Cfr. P. AUBER, *Supplement to an analysis of the constitution of the East-India Company, and of the laws passed by Parliament for the Government of their affairs, at home and abroad. To which is prefixed, a brief history of the Company, and of the rise and progress of the British Power in India*, London, Parbury, Allen and Co., 1828, pp. 144-146. Nella regolamentazione della *Supreme Court* di Calcutta, venne stabilito che chiunque avesse proprietà del valore superiore a 5000 rupie aveva titolo a partecipare alle giurie, con l'esclusione dei sudditi non cristiani per tutte le cause relative a soggetti cristiani.

Presidency town di Calcutta. I nuovi ufficiali di giustizia svolgevano compiti di polizia ed avevano il potere di interrogare testimoni, esaminare il materiale probatorio e decidere sull'ammissione a cauzione degli accusati in attesa di giudizio ⁽³¹⁾. Allo stesso tempo, i soli giudici della *Supreme Court* vennero designati «Justices and Conservators of the Peace, and Coroners» per le province del Bengala, Bihar e Orissa ⁽³²⁾.

L'istituzione di una rete di controllo a livello cittadino non era tuttavia sufficiente ad assicurare il corretto funzionamento della macchina della giustizia coloniale: le *Crown's courts* avevano giurisdizione sui cittadini inglesi della colonia ma erano tuttavia prive degli strumenti necessari ad assicurare la presenza in giudizio dei sudditi britannici residenti nelle aree dell'interno (*mofussil*) e nelle province rurali indiane.

Per fronteggiare l'esigenza di una pronta comunicazione con le aree periferiche, nel 1793 il Parlamento inglese conferì alla *East India Company* l'autorità di selezionare, tra i propri dipendenti ovvero tra gli altri abitanti inglesi della colonia, soggetti autorizzati a svolgere le funzioni di *justices of the peace* per le province e le presidenze di Calcutta, Madras, Bombay ⁽³³⁾. Questi ufficiali di giustizia, incaricati su mandato delle *Supreme Courts* ovvero dei Governatori provinciali di vigilare sulle aree dell'interno, avevano il compito di ricevere denunce, raccogliere elementi di prova e disporre il rinvio a giudizio degli *European-British subjects* residenti nel *mofussil*. A partire dal 1813, ai *justices of the peace* venne conferita l'autorità di svolgere indagini nonché di giudicare e punire i sudditi inglesi della colonia per i reati di minore entità (sanzionabili con la multa non eccedente cinquecento rupie) ⁽³⁴⁾.

I *justices of the peace* vennero inoltre incaricati di vigilare sui

⁽³¹⁾ *Regulating Act* del 1773, sezione XXXVIII. Il governatore e il consiglio vennero poi incaricati di presiedere le *Quarter Sessions* sempre entro l'ambito territoriale della città di Calcutta. La *Letter Patent* del 1774 attribuì ai giudici della *Supreme Court* un potere di controllo sulla *Court of Quarter Sessions*, da esercitarsi anche attraverso *writs* di *mandamus*, *certiorari*, *procedendo*, *error* (sezione XXI).

⁽³²⁾ *Letter Patent* del 1774, sezione IV.

⁽³³⁾ 33 Geo. 3, c. 52, s. 151. Con 47 Geo. 3, Sez., 2, c. 68 tale potere fu attribuito anche ai governatori provinciali di Madras e Bombay.

⁽³⁴⁾ 53 Geo. 3, c.155.

fenomeni cittadini di vagabondaggio e di presiedere, una volta la settimana, le *Courts of Petty Sessions*. Tali organi, composti da tre giudici e dotati di poteri di giudizio sommario, giudicavano e punivano, con la detenzione e il lavoro forzato per un periodo non eccedente trenta giorni, i mendicanti catturati all'interno delle città ⁽³⁵⁾.

Le *Supreme Courts of Judicature* operarono fino agli anni Sessanta dell'Ottocento (in particolare fino al 1861, anno di emanazione dell'*High Courts Act*) per essere poi sostituite a seguito di un lungo e travagliato dibattito politico.

A partire dagli anni Trenta dell'Ottocento, furono numerose le proposte di eliminazione delle *Crown's Courts* avanzate dagli organi della *East India Company*. L'amministrazione coloniale riteneva che la posizione di sostanziale indipendenza delle corti di giustizia istituite dalla Corona confondesse gli abitanti nativi della colonia con una rappresentazione frammentata della sovranità indiana e fosse, pertanto, pericolosissima per la stessa tenuta politica dei territori coloniali ⁽³⁶⁾.

Al contrario, le commissioni d'inchiesta incaricate dal Parlamento inglese di valutare le proposte di eliminazione segnarono come, secondo alcuni osservatori, i sudditi nativi, proprio in virtù della sfera di autonomia che caratterizzava gli organi di istituzioni regia, riponevano grande fiducia nell'operato delle *Supreme Courts of Judicature* le quali venivano percepite come autorità capaci di controllare e arginare il potere di governo della Compagnia ⁽³⁷⁾.

Non mancarono casi in cui, affermando la parità di status tra sudditi coloniali e cittadini europei, i giudici delle *Supreme Courts* decisero di estendere anche ai nativi residenti nelle aree dell'interno della colonia alcune delle garanzie processuali, tipiche della tradi-

⁽³⁵⁾ Si consideri, in proposito, l'esempio della città di Bombay. Si veda *Bombay. Rule, Ordinance, and Regulation I of 1834*, in *Papers relating to East India Affairs. Regulation passed by the Governments of Bengal, Fort St. George, and Bombay, in the years 1832 to 1836*, in PP, 1837-38, LXI, n. 156.

⁽³⁶⁾ Si veda, ad esempio, *Report from the Select Committee on the Affairs of the East India Company; with minutes of evidence in six parts, and an appendix and index to each*, in PP, 1831-32, n. 735-IV, Vol. XII.

⁽³⁷⁾ Ivi, p. 120, in particolare punto 1028.

zione di *common law*, formalmente riservate ai soli sudditi britannici e agli abitanti delle città capitali di Calcutta, Madras e Bombay.

In questi casi i giudici delle *Supreme Courts of Judicature*, come diretta emanazione della autorità della Corona britannica in colonia, guardarono ai sudditi indiani come ai « natural born subjects » di Sua Maestà, senza temere di dare applicazione in India ad un principio costituzionale ampiamente seguito nell'Inghilterra dell'Ottocento: i territori coloniali acquisiti tramite conquista o cessione, così come quelli acquisiti tramite insediamento, dovevano ritenersi, quand'anche direttamente sottoposti al potere "mediato" di una compagnia commerciale, soggetti alla sovranità della Corona ⁽³⁸⁾. Di conseguenza, anche gli abitanti nativi delle colonie dovevano considerarsi, a tutti gli effetti, come sudditi naturali della Corona inglese, e destinatari, al pari dei nativi dell'Inghilterra, di tutti i diritti e le libertà riconosciuti dal sovrano.

In ossequio alle logiche della dominazione coloniale, ampiamente basate sull'assunto dell'eccezionalità politica e normativa della colonia, gli organi di governo della *East India Company* non avrebbero potuto che criticare qualsivoglia attribuzione di diritti, libertà o garanzie processuali ispirata all'equiparazione politica tra i soggetti nativi e i sudditi europei dell'India britannica.

Le tensioni tra i giudici delle *Crown's Court* e il governo coloniale relative alla definizione dello status politico dei nativi dell'India emersero in maniera esplosiva in un caso di *habeas corpus* trattato nel 1828 dalla *Supreme Court of Judicature* di Bombay.

Il 22 agosto 1828 i giudici della *Supreme Court* diressero un *writ*

⁽³⁸⁾ Questo principio venne enunciato da Lord Mansfield nel 1774 e confermato dal *British Settlements Act* del 1887 (50, 51 Victoria c. 54). Sul punto HOLDSWORTH, *History*, cit., Vol. XIII, pp. 230-232. Secondo John Westlake, quando una compagnia commerciale « acquisisce un territorio, il territorio e la sovranità internazionale su di esso appartengono alla Corona Britannica, sebbene venga mantenuto in maniera mediata dalla compagnia. Se la compagnia, nel suo carattere di sovrano "mediato" subisce un torto da uno stato straniero, o da altre compagnie, la Corona può trattare il torto come se questo fosse stato diretto a se stessa o ai suoi sudditi; se la compagnia fa un torto ad uno stato straniero o ad un'altra compagnia, la Corona è responsabile come se il torto fosse stato commesso da un suddito "naturale" della Corona ». In pratica, « The part which the East India Company has played was played by England ». WESTLAKE, *Chapters*, cit., p. 192. Traduzione mia.

di *habeas corpus* nei confronti di un ricco abitante della città di Puna, ordinandogli di condurre in udienza il giovane Moro Ragoonath, da lui tenuto in detenzione. Alla scadenza del termine concesso, Moro Ragoonath non era stato accompagnato in giudizio e, all'udienza del 29 settembre 1828, i giudici considerarono la possibilità di emanare un secondo *writ* nella natura del primo (un *alias habeas corpus*) ⁽³⁹⁾.

Dal dibattito sviluppato in apertura della nuova udienza, avente ad oggetto la possibilità di indirizzare ordini nella natura di *writs* a soggetti nativi residenti al di fuori della città capitale, emerse immediatamente che nessuna delle parti processuali era soggetta alla giurisdizione della corte, limitata, dal punto di vista territoriale, ai confini della città di Bombay. Tuttavia, i giudici della *Supreme Court* ritenevano che il potere di emanare ordini di *habeas corpus* derivasse non già dalle regole disciplinanti i confini giurisdizionali della Corte, quanto piuttosto da « some other principle of a wider and more extensive influence » ⁽⁴⁰⁾.

Attingendo direttamente alla tradizione costituzionale d'Inghilterra, con specifico riferimento ai monumenti costituzionali della *Magna Charta* e della *Petition of Rights*, i giudici della Corte di Bombay ricordarono come ogni uomo libero del regno vantasse il diritto di conoscere le cause del proprio imprigionamento (« and if no legal cause of detention can be shewn, there must necessarily be a mode of freeing by law from all coercion ») ⁽⁴¹⁾. Questo diritto, riconosciuto a tutti i sudditi come conseguenza dell'obbedienza dovuta al sovrano, doveva essere concesso anche agli abitanti nativi della presidenza di Bombay, i quali dovevano a tutti gli effetti considerarsi come « natural born subjects » della Corona.

Per i giudici di Bombay ogni paese acquisito dalla Gran Bretagna diveniva parte dei domini di Sua Maestà; ogni “nuovo” suddito del regno acquisiva, « by a kind of reciprocity » derivante dalla

⁽³⁹⁾ *Report of the proceedings in the Supreme Court of Judicature at Bombay, on the occasion of the issue of a writ of habeas corpus into the Deccan, including the arguments of the honorable Company's Advocate general and the judgement of the Judges of the supreme court, Printed at the Courier Press, Bombay, 1828, India Office Records (IOR) F/4/1036/28549 (7).*

⁽⁴⁰⁾ Ivi, p. 8.

⁽⁴¹⁾ Ivi, p. 9.

fiducia riposta nella Corona, il diritto di beneficiare delle garanzie della costituzione britannica ⁽⁴²⁾. Era compito dei giudici della *Supreme Court*, incaricati di svolgere le funzioni di *justices of the peace* nelle aree sottoposte alla presidenza di Bombay, sorvegliare e proteggere le libertà dei sudditi dei territori soggetti al governo della presidenza. Così configurato, il potere di emanare *writ of habeas corpus* non avrebbe potuto subire alcuna limitazione territoriale o di status ⁽⁴³⁾.

Le autorità politiche della presidenza, decise a limitare il più possibile il ricorso a ordini di *habeas corpus* riguardanti i sudditi nativi della colonia, criticarono apertamente la posizione assunta dalla *Supreme Court*. Per il governo di Bombay, la concessione di rimedi processuali capaci di sovvertire le decisioni delle corti criminali del *mofussil* avrebbe finito per confondere e turbare i sudditi nativi, totalmente ignari delle sottigliezze del linguaggio giuridico della tradizione inglese, con l'immagine di una giustizia fluttuante e continuamente rivedibile, vanificando ogni sforzo per un efficace controllo dei territori periferici ⁽⁴⁴⁾.

Attraverso una lettera indirizzata ai giudici della *Supreme Court*, datata 3 ottobre 1828, il governo della presidenza cercò di interferire rispetto alla possibile emanazione di ulteriori ordini di *habeas corpus*:

[...] In consequence of recent proceedings in the Supreme Court in the cases of Moro Ragonath [...] we have felt compelled, for reason we have fully stated to our superiors, to direct, that no further legal proceedings be admitted in the case of Moro Ragonath, and that no returns be made to any writs of Habeas Corpus of a similar nature of those recently issued, and directed to any Officers of the Provincial Courts or to any of our native subjects not residing on the island of Bombay. [...] The grounds upon

⁽⁴²⁾ *Ibidem*.

⁽⁴³⁾ Ivi, p. 13.

⁽⁴⁴⁾ Nell'udienza del 15 agosto 1828 l'*Advocate General* della corte di Bombay sottolineò che, confusi dall'esistenza di autorità confliggenti, i sudditi nativi avrebbero altresì perso fiducia nei loro governanti: « If they saw the doors of the Zillah Gaol fly open at the stranger's order and the prisoner for a time free to go they knew not where, the native in the first place would see the Nazir, a servant of the local Government, disobey his master. If the prisoner did not again return to his confinement they would see that the decrees of the local Court must be disobeyed — if he returned they would see him come back because a grater power permitted it ». Ivi, p. 6.

which we act have exclusive reference to consideration of Civil Government and of State policy [...] (45).

Nella lettera il governo di Bombay manifestò non poca preoccupazione anche rispetto a un'altra vicenda processuale, discussa sempre dinanzi la *Supreme Court* della presidenza, avente ad oggetto l'emanazione di un *writ of habeas corpus* in favore di un suddito nativo detenuto in una prigione del *mofussil*.

Il 10 settembre 1828 la Corte di Bombay aveva indirizzato, nei confronti dell'*head gaoler* della prigione, un *writ of habeas corpus ad subjiciendum* contenente l'ordine di condurre davanti ai giudici di Sua Maestà un detenuto di nome Bapoo Gunness. L'ordine era stato emanato su richiesta di un certo Babool Ranjee, soggetto al quale, in precedenza, le autorità della prigione avevano negato copia del mandato d'arresto di Bapoo Gunness (46). Vinte le resistenze del *gaoler*, il detenuto era stato accompagnato in giudizio, con un ritardo di circa una settimana rispetto al termine indicato nel *writ*, e la Corte, giudicati insufficienti i documenti prodotti dalle autorità della prigione per comprovare la legittimità dell'arresto, ne aveva disposto la liberazione (47).

I giudici della *Supreme Court of Judicature* espressero vivo disappunto rispetto agli indirizzi di politica coloniale espressi nella lettera del 3 ottobre 1828 e, all'udienza del successivo 6 ottobre, non mancarono di ribadire il carattere di indipendenza dal governo che da sempre caratterizzava le *Crown's Court* indiane. Ciò che soprattutto urtava la Corte era « the supposition that our sacred obligation to distribution of justice according to our consciences, to which we

(45) No. 1124 of 1828. *To the Honorable Sir C.H. Chambers, Knight, Acting Chief Justice, and the Honorable Sir G.P. Grant, Knight, Puisne Justice of the Honorable the Supreme Court of Judicature, in Report of the proceedings in the Supreme Court of Judicature at Bombay, cit., p. 35.*

(46) J.W. KNAPP, *Reports of Cases argued and determined before the Committees of His Majesty's most Honourable Privy Council, Appointed to hear Appeal and Petitions, 1828 to 1829*, London, J. & W.T. Clarke, 1831, pp. 11-12.

(47) *Report of the proceedings in the Supreme Court of Judicature at Bombay, cit., pp. 37-38.*

are bound by Oath, has been deemed capable of being bent to the maxims of state policy » (48).

L'emanazione di un *writ* di *habeas corpus*, sottolineava uno dei giudici della corte, Sir John Peter Grant, costituiva un atto di diritto dovuto ad ogni suddito che ne avesse fatto richiesta sulla base di cause sufficienti. « [T]o refuse it is to refuse to administer justice, and is denegatio justitiae » (49).

Alla successiva udienza del 10 ottobre i giudici di Bombay indirizzarono quindi un *alias writ of habeas corpus* nei confronti del residente nativo di Puna e non si trattennero dal manifestare biasimo rispetto alla pretesa governativa di sacrificare le tradizionali garanzie processuali della tradizione di *common law* per ragioni di politica coloniale. Secondo il giudice Grant, inoltre, gli organi del governo provinciale dimostravano una profonda ignoranza circa i presupposti di emanazione di ordini aventi natura di *habeas corpus*:

[...] they do not seem to know that a writ of *Habeas Corpus ad Subjiciendum*, that is a writ containing the command of the King, in a matter containing His Prerogative Royal for bringing a person, said to be unlawfully confined, before the King's Judges that they may ascertain whether he be lawfully confined, and deal with him accordingly, is not a matter of discretion in the King's Judges to grant or to refuse, but is a writ of Right, due to such as demand it, *ex debito justitiae*, on sufficient cause shown, and which the King's Judges are bound by their allegiance and their ought to issue without delay, and to deliver to the applicant (50).

I giudici della Corte di Bombay intesero mettere al corrente dell'accaduto anche la madrepatria britannica. Di conseguenza richiesero, attraverso una una petizione al *Privy Council*, che fosse accertato il carattere illegittimo dell'intervento del governo provinciale negli affari della giustizia e che venissero adottate misure necessarie « for the due vindication and protection of the dignity and lawful authority of his Majesty's Supreme Court of Judicature at Bombay » (51).

(48) Ivi, p. 36.

(49) Ivi, p. 39.

(50) *Ibidem*.

(51) KNAPP, *Reports of Cases*, cit., p. 8.

Nelle more del giudizio dinanzi al *Privy Council* ⁽⁵²⁾, i contrasti tra il governo e i giudici regi si fecero via via più acuti. Essendo stato disatteso anche l'*alias writ of habeas corpus* del 10 ottobre 1828, in data 23 febbraio 1829 il giudice John Peter Grant richiese che le autorità provinciali eseguissero un ordine di imprigionamento (*attachment*) diretto contro il residente di Puna che teneva in detenzione il giovane Moro Ragoonath ⁽⁵³⁾. Le autorità politiche di Bombay si rifiutarono di eseguire l'ordine e dichiararono che, fino a quando non avessero ricevuto istruzioni dai vertici della *East India Company*, avrebbero agito in conformità alle linee politiche indicate nella lettera del 3 ottobre 1828. A questa presa di posizione Sir Grant reagì dichiarando che, a partire dal 1 aprile 1829, la Corte di Bombay avrebbe cessato ogni attività fino a quando non avesse ricevuto dalla madrepatria piene rassicurazioni circa il rispetto, anche da parte del governo, delle proprie decisioni e dei propri ordini ⁽⁵⁴⁾.

Tuttavia, con una decisione resa il 24 maggio 1829, il *Privy Council* disattese completamente le richieste dei giudici di Bombay e, anzi, negò il potere rivendicato dalla *Crown's Court* di emanare *writs* di *habeas corpus* oltre i limiti della giurisdizione espressamente assegnatale dalle patenti regie ⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵²⁾ Nell'ambito del giudizio venne sostenuto che, secondo un principio affermato da Lord Mansfield nel caso *The King v. Cowle* (1759), combinato con uno dei principi emerso dal celeberrimo *Calvin's case* del 1608, il diritto dei sudditi ad ottenere uno dei *prerogative writs* (tra i quali i *writ* di *habeas corpus*) discendeva direttamente dall'obbedienza dovuta al sovrano e dalla conseguente protezione accordata ai sudditi. Di conseguenza, « [...] can it be contended that in the case of any conquered country annexed to his Majesty's dominions the inhabitants of that country do not owe him allegiance? If they do, it must follow that the King must owe them protection, and that protection is to be, as in the present instance, given, by his issuing by virtue of his prerogative his writ of *habeas corpus*, that he may know whether they are lawfully imprisoned or not [...] ». Ivi, p. 23-24.

⁽⁵³⁾ Ivi, p. 59, n.

⁽⁵⁴⁾ *Ibidem*.

⁽⁵⁵⁾ In particolare il *Privy Council* dichiarò: « That the writs of *habeas corpus* were improperly issued in the two cases referred to in the said petition. That the Supreme Court has no power or authority to issue a writ of *habeas corpus* except when directed either to a person resident within those local limits wherein such court has a general jurisdiction, or to a person out of such local limits, who is personally subject to the civil

Tra la fine degli anni Venti e gli inizi degli anni Trenta dell'Ottocento, l'esigenza di una ridefinizione del ruolo e dei poteri delle *Crown's Courts* indiane iniziò ad essere avvertita come improrogabile.

2. *Particolarismo giuridico e processo: il modello del mofussil.*

Sebbene le *Supreme Courts of Judicature*, come organi indipendenti dal governo coloniale della Compagnia, fossero per molti versi svincolate dalle logiche della governamentalità coloniale indiana, l'esistenza in India di corti di giustizia funzionanti secondo le regole del diritto inglese contribuì ad amplificare la separazione tra la dimensione giuridica dei sudditi nativi e quella degli *European-British subjects*.

Rispetto all'amministrazione della giustizia il rapporto tra dominatori e sudditi coloniali poteva misurarsi con riferimento agli opposti geografici del "centro" e della "periferia" della colonia. E se il sistema processuale in uso presso le corti di giustizia delle capitali indiane riprendeva, sia pure in una versione coloniale, alcuni degli elementi tipici della tradizione processuale di *common law*, il modello di processo in vigore nel *mofussil* era invece apertamente ispirato, soprattutto con riferimento alla sfera del penale, alle forme di giustizia della tradizione musulmana in uso durante il periodo imperiale moghul.

I tribunali criminali istituiti dalla *East India Company*, ad esempio, erano formati da giudici europei e dai *mufti*, gli interpreti tradizionali della *sharia* ⁽⁵⁶⁾, e applicavano il sistema di diritto penale

and criminal jurisdiction of the Supreme Court. That the Supreme Court has no power or authority to issue a writ of *habeas corpus* to the gaoler or officer of a native court as such officer, the Supreme Court having no power to discharge persons imprisoned under the authority of a native courts. That the Supreme Court is bound to notice the jurisdiction of the Native Court, without having the same specially set forth in the return to a writ of *habeas corpus* ». Ivi, pp. 59-60.

⁽⁵⁶⁾ Si veda *The Fifth Report from the Select Committee on the Affairs of the East India Company*, in PP, 1812, Vol. 7, N. 377, p. 42. Cfr. J. MINATTUR, *Legal Systems in British Indian Settlements*, in « Journal of the Indian Law Institute », Vol. 15, 4, 1973, pp. 582-593; M.R. ANDERSON, *Legal Scholarship and the Politics of Islam in British India*, in *Perspectives on Islamic Law, Justice, and Society*, a cura di R.S. Khare, Lanham,

musulmano così come modificato dalla legislazione positiva del governo coloniale ⁽⁵⁷⁾. Inoltre la gestione delle primissime fasi del procedimento penale era affidata agli ufficiali nativi di polizia i quali godevano di ampi poteri investigativi, sconosciuti al tradizionale modello della polizia inglese ⁽⁵⁸⁾, ed erano autorizzati a operare arresti, esaminare gli accusati, verbalizzarne le eventuali confessioni di colpevolezza ⁽⁵⁹⁾.

La sperimentazione tra *mofussil* e *Presidency towns* di due differenti modelli processuali riflette bene uno dei paradossi del rapporto tra l'India e la madrepatria inglese. Durante tutto il corso della dominazione coloniale l'Inghilterra proponeva in colonia il modello occidentale di civiltà e, allo stesso tempo, vi sperimentava sistemi regolamentari di impossibile implementazione in madrepatria; e, se per un verso elaborava per i sudditi coloniali un modello di processo totalmente estraneo alla tradizione giuridica inglese, per l'altro verso rivendicava per i suoi cittadini le garanzie riconosciute dalla tradizione di *common law* procedendo al trasferimento in colonia degli istituti tipici di quel sistema.

Rowman & Littlefield Publishers, 1999, pp. 61-91; T.K. BANARJEE, *Background to Indian Criminal Law*, Calcutta, Cambay & Co., 1990; J. FISCH, *Cheap lives and dear limbs, The British transformation of the Bengal Criminal Law 1769-1817*, Wiesbaden, Franz Steiner Verlag, 1983, pp. 43-44.

⁽⁵⁷⁾ Tale sistema di diritto rimase in vigore nell'India britannica fino all'emanazione dell'*Indian Penal Code (Act XLV of 1860)*. Si trattava di un sistema ibrido, composto in parte dalle regole della *sharia* interpretate secondo le dottrine della scuola hanafita e in parte dalla legislazione positiva della colonia. Sul punto si veda M.R. ANDERSON, *Legal Scholarship*, cit.; J. SCHACHT, *Introduzione al diritto musulmano*, Torino, Edizioni della Fondazione Giovanni Agnelli, 1995, p. 103.

⁽⁵⁸⁾ Come è noto l'Inghilterra, fedele alla tradizionale figura del *constable*, ancora agli inizi dell'Ottocento era contraria alla sperimentazione in madrepatria di un sistema di polizia investigativa dotato di forti e pervasivi poteri di indagine e documentazione del materiale probatorio, sperimentazione che aveva invece compiuto, sin dalla metà del Seicento, la Francia con l'istituzione di un apparato di polizia civile metropolitano retto dalla figura del *lieutenant*. G. ALESSI, *Il processo penale. Profilo storico*, Roma-Bari, Laterza, 2007(VI ed.), pp. 133-141.

⁽⁵⁹⁾ Per un resoconto e un'analisi delle *Regulations* del Bengala sull'amministrazione della giustizia criminale dal 1793 al 1831 si veda *Regulations for the Administration of Criminal Justice, Report from the Select Committee on the Affairs of the East India Company; with minutes of evidence in six parts, and an appendix and index to each. (Judicial)*, in PP, 1831-32, XII, 735-IV, pp. 703-740, in part. pp. 728-737.

Le ragioni che avevano imposto di adottare, nelle aree periferiche della colonia, un modello processuale conforme alle tradizioni dell'India pre-coloniale sono grosso modo note. A partire dalla fine del secolo XVIII l'amministrazione britannica iniziò, da un lato, a rivendicare prerogative di sovranità sul subcontinente e, dall'altro lato, a negoziare il potere coloniale con le autorità patriarcali e giuridico-religiose indiane: la legittimazione all'attività di governo imponeva il rispetto delle leggi del paese, delle consuetudini locali e delle forme tradizionali di amministrazione della giustizia nonché la tolleranza di quelle pratiche sociali dotate di un forte radicamento religioso ⁽⁶⁰⁾.

Negli anni Settanta del Settecento l'apparente contraddittorietà insita in questo processo trovò precisi riscontri istituzionali con la creazione di corti di giustizia civile e penale dotate di una giurisdizione limitata alle aree periferiche del Bengala (1772) ⁽⁶¹⁾.

Occorre premettere che, come *diwan* dell'impero moghul, responsabile della riscossione delle imposte fondiari di vastissimi territori del nord dell'India, la *East India Company* aveva il pieno controllo della dimensione della giustizia civile. L'amministrazione militare e della giustizia criminale dei territori nord orientali, venne invece lasciata, almeno formalmente, al *nawab* del Bengala ⁽⁶²⁾.

La particolare posizione politica rivestita dalla *East India Company* nell'ambito della società indiana nella seconda metà del Settecento ebbe riconoscibili riflessi anche sulla composizione e sul funzionamento dei nuovi organi giurisdizionali.

Le corti criminali istituite nel 1772, denominate *Faujdari Adalat*, erano composte sia da ufficiali di giustizia nativi, i *kazi* e i *mufti*, sia da supervisori inglesi e giudicavano, in ossequio alla tradizione imperiale, secondo il diritto penale musulmano. Le corti civili, denominate *Mofussil Diwani Adalat*, erano invece presiedute direttamente da giudici inglesi, coadiuvati dagli esperti nativi in diritto, e amministravano a seconda della religione delle parti il diritto per-

⁽⁶⁰⁾ Si veda SINGHA, *A Despotism*, cit.

⁽⁶¹⁾ Cfr. R. SINGHA, *The privilege of taking life: Some "anomalies" in the law of homicide in the Bengal Presidency*, in «The Indian Economic and Social History Review», XXX (1993) 2, pp. 181-214.

⁽⁶²⁾ TRAVERS, *Ideology*, cit., p. 118 e 133.

sonale indù e musulmano per tutte le cause relative a successioni, matrimoni, caste e altri usi o istituzioni religiose ⁽⁶³⁾.

Sempre nel 1772 furono poi istituite presso la città di Calcutta una corte superiore di giustizia criminale, la *Nizamat Adalat*, presieduta da un ufficiale nativo nominato direttamente dal *nawab* del Bengala e incaricata di rivedere le decisioni delle corti *Faujdari*, e una corte superiore di giustizia civile, la *Sadr Diwani Adalat*, composta dal governatore inglese e dai membri del suo consiglio, la quale aveva giurisdizione d'appello avverso le sentenze delle corti provinciali ⁽⁶⁴⁾.

La creazione del nuovo sistema di corti di giustizia, fortemente voluto dal governatore Hastings, venne giustificata anche attraverso il riferimento alla *ancient constitution* indiana.

Secondo un'opinione largamente condivisa dagli impiegati della *East India Company* le tradizionali forme della giustizia indiana, così come espresse nei codici religiosi e nella prassi dei tribunali moghul, erano del tutto inadatte alla gestione degli affari del paese, rappresentando uno strumento politico nella piena disponibilità dei poteri e dei notabili locali. Di questa rappresentazione della giustizia indiana venne messa al corrente anche la *House of Commons* ⁽⁶⁵⁾.

L'amministrazione coloniale era fermamente intenzionata ad intervenire nella sfera della giustizia del paese, al fine di favorire al massimo la gestione delle entrate fiscali e assicurare il pieno controllo dei territori periferici. Tuttavia negli anni Settanta del Settecento era dubbio che la *East India Company* avesse il potere costituzionale, come *diwan* dell'impero moghul in disfacimento ovvero come corpo politico delegato della Corona britannica, di modificare le presistenti istituzioni giudiziarie locali ⁽⁶⁶⁾.

Per superare ogni ostacolo teorico alla realizzazione della riforma la *East India Company* si sforzò di istituire un sistema

⁽⁶³⁾ Ivi, pp. 117-118. Proprio per consentire agli ufficiali europei di conoscere il diritto applicabile presso le corti da loro presiedute, nel 1775 venne preparato, con l'aiuto di una commissione di *pundit*, un digesto di diritto indù successivamente tradotto in inglese e pubblicato a Londra nel 1781. Si veda ACHARYYA, *Codification*, cit., p. 153.

⁽⁶⁴⁾ TRAVERS, *Ideology*, cit., p. 118 e 133.

⁽⁶⁵⁾ Ivi, p. 116.

⁽⁶⁶⁾ *Ibidem*.

giurisdizionale che, per quanto consegnasse l'amministrazione della giustizia in mani inglesi, fosse almeno in apparenza totalmente rispettoso delle « preesistenti forme costituzionali di giustizia » dell'India ⁽⁶⁷⁾. Tuttavia, a dispetto della presunta conformità alla costituzione indiana delle nuove istituzioni giudiziarie, che non a caso furono chiamate *Adalat* come le corti di giustizia imperiali ⁽⁶⁸⁾, il piano di riforma implementato da Hastings sostituì la tradizionale visione indiana di giustizia distributiva, basata sulla ripartizione dei poteri di giudizio tra differenti autorità regionali e locali, con una concezione “statocentrica” della giustizia, sconosciuta ai sudditi dell'India ⁽⁶⁹⁾.

Negli anni successivi al governatorato indiano di Warren Hastings l'interferenza della *East India Company* negli affari della giustizia indiana si fece via via più massiccia e coinvolse, in misura sempre crescente, anche la sfera del penale.

Nell'ultimo decennio del Settecento, in particolare, il sistema di amministrazione della giustizia criminale della presidenza del Bengala subì una profonda riorganizzazione. Presso ogni distretto venne posto un *district-magistrate* incaricato, in generale, del controllo dei territori periferici e della soprintendenza delle attività di polizia nelle aree rurali del *mofussil* ⁽⁷⁰⁾. Venne confermata l'istituzione della *Nizamat Adalat* di Calcutta, operante come corte centrale superiore, la quale venne definitivamente sottratta al controllo del *nawab* del Bengala e affidata agli organi del governo coloniale: a partire dal 1793 la *Nizamat Adalat*, competente ad approvare le sentenze

⁽⁶⁷⁾ La citazione è tratta da *Letter from the Committee of Circuit to the Council at Fort William (15th August 1772)*, in ACHARYYA, *Codification*, cit., p. 151. Si veda anche TRAVERS, *Ideology*, cit., p. 116.

⁽⁶⁸⁾ Sull'utilizzo della terminologia moghul come espediente volto a conferire apparenza indigena alle nuove corti di giustizia si veda K.K. RAMAN, *Utilitarianism and the Criminal Law in Colonial India: A Study of the Practical Limits of Utilitarian Jurisprudence*, in « *Modern Asian Studies* » XXVIII (1994) 4, pp. 739-791. Sugli strumenti di legittimazione politica utilizzati dalla *East India Company* in India, si veda B. COHN, *Colonialism and its Form of Knowledge. The British in India*, Princeton, University Press, 1996.

⁽⁶⁹⁾ TRAVERS, *Ideology*, cit., pp. 116-117.

⁽⁷⁰⁾ *Regulation IX of 1793*, che si può leggere in *Regulations for the Administration of Criminal Justice*, cit., pp. 703, ss.

capitali e alla detenzione a vita emanate dalle corti inferiori, era composta dal governatore generale e dai membri del *Supreme Council*, nonché dagli esperti nativi in diritto, un *kazi* e due *mufti* (71). Furono infine istituite quattro *Courts of Appeal* le quali amministravano la giustizia criminale sotto la denominazione di *Courts of Circuit*, fungendo da elemento di raccordo tra il *district-magistrate* e la *Nizamat Adalat* (72).

Come la *Nizamat Adalat* anche le *Courts of Circuit*, che sostituirono le vecchie *Faujdari Adalats* istituite dal governatore Hastings, erano presiedute dai giudici della *East India Company* ma prevedevano la necessaria presenza in giudizio degli interpreti nativi del diritto musulmano, i *mufti* (73).

Sebbene fosse apertamente ispirato alle forme della giustizia imperiale moghul, il modello giudiziario del *mofussil* proponeva una versione coloniale dell'idea inglese di circuito giudiziario, totalmente priva, tuttavia, degli elementi processuali della tradizione di *common law*.

L'amministrazione delle giustizia criminale nel *mofussil* richiedeva la stretta collaborazione tra le *Courts of Circuit* e il *district-magistrate*. Due volte l'anno le *Courts of Circuit* viaggiavano attraverso i distretti periferici del Bengala tenendo udienza come corti di *oyer and terminer* e presiedendo le sessioni di *gaol delivery*. Ricevuta la notizia dell'arrivo dei giudici il *district-magistrate* disponeva che tutti gli accusati in attesa di giudizio liberi su cauzione, gli accusatori e i testimoni, comparissero dinanzi alla corte. All'apertura della sessione giudiziaria l'ufficiale di distretto forniva ai giudici il calendario delle udienze giornaliere con l'indicazione dei nomi dei prigionieri, degli accusati liberi su cauzione e degli accusatori, accompagnato dai resoconti di ogni caso e dai verbali dei procedimenti. In udienza i giudici ascoltavano dal *prosecutor* le prove a carico dell'accusato, venendo altresì a conoscenza delle eventuali confessioni

(71) Si veda il preambolo della *Regulation IX of 1793*.

(72) Si veda la *Regulation IX of 1793*. Le *Courts of Appeal* vennero portate successivamente a sei. E. STOKES, *The English Utilitarians and India*, Delhi, Oxford University Press, 1982, pp. 142-143.

(73) Si veda *Regulation IX of 1793*.

di colpevolezza rese nel corso delle indagini, e gli eventuali elementi probatori a discarico ⁽⁷⁴⁾.

Sin dagli inizi del secolo XIX gli ufficiali di giustizia della *East India Company* denunciavano gli innumerevoli difetti del modello processuale del *mofussil* lamentando, in primo luogo, l'eccessiva concentrazione di potere nelle mani degli interpreti nativi del diritto musulmano.

I giudici inglesi, sebbene fossero gli unici soggetti processuali a detenere poteri decisorii, avevano pochissima discrezionalità circa gli esiti del giudizio ⁽⁷⁵⁾. Spettava ai *mufti* indicare la sentenza applicabile secondo il diritto musulmano: una volta assunte le prove gli interpreti nativi erano tenuti a riportare per iscritto sul retro del fascicolo processuale un parere legale sul caso (*fatwa*) sulla base del quale il giudice avrebbe successivamente emanato la sentenza ⁽⁷⁶⁾.

Questo particolare meccanismo comprimeva sensibilmente l'autonomia di giudizio degli ufficiali europei. Le *Courts of Circuit* avevano il potere di disapprovare i pareri legali degli esperti nativi in diritto musulmano ritenuti contrari alle prove ovvero « ai principi di giustizia » ⁽⁷⁷⁾. In questi casi, tuttavia, la causa veniva trasmessa automaticamente alla *Nizamat Adalat* che a sua volta giudicava secondo il rito musulmano ⁽⁷⁸⁾.

Un altro elemento del sistema processuale del *mofussil* contribuiva a complicare l'amministrazione della giustizia criminale. Il sistema probatorio musulmano era tecnico e complicato e prevedeva rigorosissime regole formali circa l'ammissione e la valutazione delle prove testimoniali ⁽⁷⁹⁾. Tale sistema stabiliva numerosi casi di inam-

⁽⁷⁴⁾ *The Fifth Report*, cit., p. 42.

⁽⁷⁵⁾ Sui problemi relativi all'amministrazione della giustizia criminale nei territori del *mofussil* si veda, *Report from the Select Committee on the Affairs of the East India Company*, cit. Si veda anche ACHARYYA, *Codification*, cit., pp. 75-103.

⁽⁷⁶⁾ Cfr. *The Fifth Report*, cit., p. 42.

⁽⁷⁷⁾ L'espressione è tratta dal preambolo della *Regulation XVII of 1817* per la presidenza del Bengala, *Regulations passed by the Governor General in Council of Bengal, in the year 1817*. N. XVII, in PP, 1819, XIII, N. 583, pp. 1-131.

⁽⁷⁸⁾ Si veda *Regulation IX of 1793* in *Report from the Select Committee on the Affairs of the East India Company*, cit., pp. 718-719.

⁽⁷⁹⁾ È noto, ad esempio, che le accuse di adulterio, violenza carnale, incesto, potevano essere provate in giudizio soltanto attraverso la testimonianza di quattro

missibilità delle dichiarazioni, per difetto di forma nell'assunzione della testimonianza ovvero per vizi sulla qualità dei dichiaranti, e contemplava gradi intermedi di responsabilità criminale ⁽⁸⁰⁾. Secondo i giudici europei delle *Courts of Circuit* queste particolari caratteristiche del sistema processuale musulmano intralciavano sensibilmente l'amministrazione della giustizia e rendevano, talvolta, « quasi impossibile una condanna penale » ⁽⁸¹⁾.

Sin dai primi anni dell'Ottocento, poi, anche un'altra istituzione coloniale iniziò a rivendicare sempre maggiori spazi di autonomia dal governo della *East India Company*. Come emerse da un'inchiesta condotta nel primo decennio del secolo XIX, gli ufficiali nativi di polizia del Bengala (*darogah*) abusavano dei poteri investigativi loro delegati contribuendo a destabilizzare le già turbolente periferie rurali del *mofussil*. Nella sola presidenza del Bengala, tra gennaio 1808 e agosto 1809, ottantaquattro ufficiali nativi vennero rilevati dall'incarico e sette di questi vennero giudicati davanti a corti criminali ⁽⁸²⁾.

uomini ovvero attraverso la confessione ripetuta per quattro volte e che, in generale, l'emanazione di una sentenza di condanna richiedeva la necessaria assunzione di prove predeterminate: due testimonianze concordi rese da soggetti di provata condotta incensurabile, una confessione resa in giudizio secondo precise formalità, una dichiarazione auto-accusatoria debitamente registrata. Si veda SCHACHT, *Introduzione*, cit., pp. 201-206; L. SANSONE, *Diritto penale e Processuale musulmano da Sidi Khalil*, Napoli, Angelo Trani, 1913, pp. 117-118 e 121.

⁽⁸⁰⁾ Se la prova raggiunta in giudizio non era sufficiente per condannare l'imputato ad una delle pene fisse stabilite dal Corano (*badd* ovvero *kisas*) il giudice poteva infliggere una sanzione meno severa di quella prevista dalla legge; in tali casi la severità della pena dipendeva dalla quantità della prova raggiunta contro l'accusato. La *Regulation LIII of 1803* per la presidenza del Bengala abolì la possibilità di infliggere pene discrezionali in caso di insufficienza di prove. FISCH, *Cheap lives and dear limbs*, cit., pp. 18 e 66-69.

⁽⁸¹⁾ La citazione è tratta dal preambolo della *Regulation XVII del 1817* per la presidenza del Bengala. *Regulations passed by the Governor General in Council of Bengal*, cit.

⁽⁸²⁾ *Mr. Secretary Dowdeswell's report on the general state of the police of Bengal*, in *The Fifth Report*, cit., pp. 603- 618, in PP, 1812, VII, N. 377. Sull'inefficienza del sistema di polizia si veda anche *Papers relating to the East India affairs. Answers to interrogatories of the Governor General; and new system of revenue, and of judicial administration (1801); police of the district; missionaries; religion of the Hindoos; infanticide; first introduction of Christianity into India*, in PP, 1812-13, IX, N. 264.

Ricordando le incolmabili distanze tra il sistema processuale indiano e quello inglese, gli ufficiali coloniali europei manifestavano non poca insofferenza rispetto alle competenze investigative della polizia nativa ⁽⁸³⁾.

3. *Poteri di polizia e controllo del territorio.*

Il compito che il governo coloniale aveva affidato alla polizia nativa era strettamente connesso al raggiungimento di precisi obiettivi: la pacificazione dei territori periferici, l'assunzione del pieno controllo politico della colonia, il disciplinamento dei sudditi nativi. L'istituzione del sistema di polizia coloniale, avvenuta a partire dagli anni Novanta del Settecento, seguiva un periodo di profonda ridefinizione degli assetti politico-istituzionali delle periferie rurali indiane.

A partire dagli anni Settanta del secolo XVIII la *East India Company*, interessata ad incrementare il volume delle entrate derivanti dall'imposizione fiscale nei territori del *mofussil*, iniziò a delegittimare la figura degli *zemindars* e degli altri soggetti titolari di privilegi feudali qualificandoli come usurpatori di un diritto di

⁽⁸³⁾ « The darogah are not only authorized to apprehend persons in the actual commission of public offences; to make immediate pursuit after such offenders; and to seize persons detected with the stolen goods in their possession (duties to which all subordinate offices of police are confined, under our laws); they are likewise empowered to receive charges and information respecting the commission of all crimes, public offenses and misdemeanors, of whatever description, without any limitation as to the time when they may have been committed; to determine whether such charges or information shall be received on oath, or under a solemn declaration (a point of material importance, considering the prejudices of the natives with respect to an oath); whether it be proper to proceed against the party accused, by the immediate arrest of his person, or only by summons; or whether the case beailable or otherwise, & c; to fix the amount of the bail; to hold inquest on the bodies of persons, supposed to have died an unnatural death; to make or cause to be made, at their discretion, a local enquiry respecting the commission of any recent robbery or other violent crime; and finally, to apprehend, and send to the magistrates, individuals coming the vague denomination of "vagrants and suspected persons" ». Erano questi i poteri degli ufficiali nativi di polizia, « [powers] which are of almost equal extent with those of a single justice of the peace under our laws; which never have been confided to any subordinate peace officers in England; and which indeed would not be tolerated for a moment, in that country », in *Mr. Secretary Dowdeswell's report*, cit., p. 611.

proprietà spettante unicamente all'autorità centrale ⁽⁸⁴⁾ e, di conseguenza, a sequestrare vaste aree rurali sottoposte all'amministrazione delle élites locali.

Privati delle terre tradizionalmente assegnategli e di un autonomo ruolo istituzionale, gli *zemindars* vennero tuttavia cooptati nella gestione delle attività fiscali dei distretti. Sebbene alla fine del Settecento occupassero una posizione politica e sociale assai incerta ⁽⁸⁵⁾, gli esattori feudali erano pur sempre rispettati e temuti dalla popolazione rurale: l'incorporazione delle élites indigene nel governo dei territori periferici costituiva una misura strumentale ad una funzione di stabilità politica e di legittimazione dell'autorità del governo coloniale ⁽⁸⁶⁾.

I compiti svolti dagli *zemindars* nell'ambito della società pre-coloniale spaziavano dall'attività di gestione delle imposte fondiariie al mantenimento dell'ordine delle aree periferiche della colonia. Inoltre gli esattori feudali moghul costituivano il livello più basso dell'apparato del potere imperiale e rappresentavano, all'interno delle aree rurali del nord dell'India, l'immagine istituzionale dell'autorità.

Nel tentativo di occupare tutti gli spazi della dimensione pubblica nelle periferie rurali indiane, la *East India Company* privò gli *zemindars* della loro forza militare procedendo alla distruzione delle armi recuperate nei terreni sequestrati e alla dispersione dei corpi di guardie armate tradizionalmente al servizio degli esattori fiscali (la storiografia descrive questo processo come la *demilitarization of zemindars*) ⁽⁸⁷⁾. Di conseguenza a partire dalla fine del Settecento le tradizionali istituzioni preposte al controllo dei territori rurali, ereditate dall'impero moghul, divennero del tutto inefficaci nella prevenzione dei reati di brigantaggio e in generale dei crimini contro la proprietà in aumento, a partire dagli anni Settanta del secolo, a causa di una forte riduzione dei proventi agricoli nel nord dell'India ⁽⁸⁸⁾.

⁽⁸⁴⁾ TRAVERS, *Ideology*, cit., p. 70.

⁽⁸⁵⁾ Ivi, p. 81.

⁽⁸⁶⁾ R. GUHA, *Dominance without Hegemony. History and Power in Colonial India*, Cambridge (Massachusetts), London, Harvard University Press, 1997, pp. 33-55.

⁽⁸⁷⁾ CHATTERJI, *The Darogah*, cit., pp. 20, ss.

⁽⁸⁸⁾ Ivi, p. 20. Sulla criminalità nelle aree del *mofussil*, *Crime and Criminality in British India*, a cura di A. YANG, Tucson, The University of Arizona Press, 1985.

Nell'ultimo decennio del secolo la *East India Company*, decisa a raggiungere l'obiettivo della stabilità di governo, iniziò quindi ad elaborare un modello di polizia capace di soddisfare le aspirazioni politiche del giovane stato coloniale indiano.

Allo stesso tempo, nel tentativo di raggiungere una maggiore autonomia di giudizio e punizione, l'amministrazione coloniale iniziò ad interferire negli affari della giustizia penale dell'India cercando, in primo luogo, di ridefinire il sistema di diritto criminale musulmano in ossequio ad una nuova filosofia del giudicare e del punire. In primo luogo vennero progressivamente aboliti, in favore di un'applicazione generalizzata della legge penale, i privilegi sanzionatori tradizionalmente assicurati da particolari status sociali e religiosi. Alle vendette private e alle compensazioni in danaro (*kisas* e *diyya*), legalmente sanzionate dalla *sharia* in caso di omicidio, vennero poi gradualmente sostituite pene idonee ad affermare il carattere pubblico delle offese ⁽⁸⁹⁾.

Sebbene dichiarasse di aderire al modello processuale della tradizione locale, la *East India Company* intervenne rispetto agli ambiti caratterizzanti il sistema normativo musulmano, ovvero le regole probatorie e il modello sanzionatorio.

Gli amministratori coloniali cercarono, anzitutto, di attribuire maggiore discrezionalità di giudizio ai giudici europei forzando i limiti legali imposti all'ammissione delle dichiarazioni testimoniali ⁽⁹⁰⁾. In secondo luogo, procedettero a sostituire alle più crude forme punitive previste dal sistema musulmano pene conformi alla sensibilità europea ottocentesca e, allo stesso tempo, a valorizzare il potenziale deterrente e simbolico della sfera criminale. Nei territori del Bengala, ad esempio, esecuzioni spettacolari e multe collettive sostituirono, nei casi di brigantaggio, la pena del taglio della mano ⁽⁹¹⁾. Pene afflittive e infamanti, accompagnate da un periodo

⁽⁸⁹⁾ Cfr. FISCH, *Cheap lives*, cit., pp. 49-57; alla ricerca di sempre maggiori spazi nell'amministrazione della giustizia penale nelle aree rurali indiane da parte della Compagnia è poi dedicato il saggio SINGHA, *The privilege*, cit.

⁽⁹⁰⁾ Si veda *Regulations passed by the Governor General in Council of Bengal, in the year 1817, n. XVII*, in PP, 1819, XIII, n. 583, pp. 1-131.

⁽⁹¹⁾ Il riferimento è alla regola n. 35 del piano di Warren Hastings (1772) la quale stabiliva che i soggetti condannati per brigantaggio sarebbero stati trasportati nel

di detenzione, vennero invece sanzionate nei casi di spergiuo e contraffazione: coloro che fossero stati ritenuti colpevoli di tali reati, classificati come *not bailable*, sarebbero stati condannati alla pena della pubblica esposizione, ad essere segnati sulla fronte con parole che descrivevano il crimine, alla fustigazione e alla detenzione con duro lavoro per un periodo non inferiore a sette anni ⁽⁹²⁾.

Il ricorso a sanzioni fortemente simboliche quali il marchio, la fustigazione, la gogna serviva ad esaltare gli aspetti esemplari della pena, spettacolarizzarne l'esecuzione e suscitare, per questa via, il terrore della comunità. Anche le procedure seguite per l'esecuzione delle condanne alla pena capitale vennero elaborate in modo tale da incrementare il potenziale simbolico delle sanzioni criminali. La regolamentazione penale della presidenza di Bombay, ad esempio, stabiliva che la pena dell'impiccagione dovesse essere eseguita in pubblico, in luoghi facilmente accessibili, e che la cerimonia dell'esecuzione, compresi i passaggi della vestizione e dell'esposizione del condannato, dovesse svolgersi in maniera da incutere un forte sentimento di timore negli spettatori ⁽⁹³⁾.

Secondo i giudici delle *Courts of Circuit* il timore di un castigo esemplare e terribile costituiva l'unico strumento idoneo a imporre modelli di comportamento rispettosi della legge penale:

Fear is the only passion that can operate to any purpose with the natives of this part of the country. They may be restrained from committing crimes from the dread of punishment, [...] no precept or example will ever

villaggio di appartenenza, luogo in cui sarebbe avvenuta l'esecuzione; ad ogni membro della comunità sarebbe stata applicata una multa mentre i familiari del condannato sarebbero divenuti servi del governo.

⁽⁹²⁾ *Regulations for the Administration of Criminal Justice, Report from the Select Committee on the Affairs of the East India Company; with minutes of evidence in six parts, and an appendix and index to each. (Judicial)*, cit.

⁽⁹³⁾ « All execution shall be conducted in a manner calculated to impress the spectators with awe, and when specified in the warrant they shall be accompanied with such circumstances in the dress or exposure of the criminal, as without adding to his sufferings may increase the impression on the spectators », in *Papers relating to East India Affairs. Regulation passed by the Governments of Bengal, Fort St. George, and Bombay, in the year 1828, Bombay Regulation IV of 1828; Chapter II (Of Punishment and the mode of their execution), Section IV, Clause 2d*, in PP, 1830, XXVIII, n. 60.

induce them to be in love with virtue or honesty, from their purity only. Strict justice and rigorous laws can alone keep them in order ⁽⁹⁴⁾.

Dotata di fortissimi poteri di indagine e di competenze prossime alla sfera del giudiziario la polizia indiana venne incaricata di dare esecuzione al sistema di legislazione criminale e di rendere visibile, anche nelle estese e assai turbolente aree rurali, il potere sovrano dell'amministrazione coloniale ⁽⁹⁵⁾. La gestione degli affari criminali di ciascun distretto era affidata al corpo dei *district-magistrates* e all'apparato itinerante di *Courts of Circuit*. Tuttavia soltanto il controllo vigile delle aree rurali e l'intervento tempestivo contro ogni violazione della pace pubblica avrebbero garantito l'ordine dei territori periferici assicurando il pieno controllo politico della colonia. Per tutti questi motivi l'azione della polizia nativa era caratterizzata da una fortissima cifra disciplinare.

L'attività di sorveglianza, investigazione e produzione probatoria, unita alla completa conoscenza delle vicende criminali di ciascun villaggio, avrebbe garantito l'applicazione costante della legge penale contribuendo a diffondere un generale sentimento di inesorabilità della punizione. Non a caso, agli inizi del secolo XIX, i giudici criminali del Bengala invitavano l'amministrazione a implementare il sistema di legislazione criminale al fine di assicurare, attraverso la paura della punizione, la pacificazione civile della colonia; al tempo stesso, esaltavano il potenziale educativo dell'azione di polizia, la portata propriamente disciplinare dell'attività di investigazione:

It is not to be expected that the moral character of the lower classes of the inhabitants can be improved by the operation of any of those finer impulses which actuate liberal or enlightened minds. [...] [T]he probability of detection, and the certainty of punishment if detected, will be found the

⁽⁹⁴⁾ *Copy of the 15th and 35th interrogatories; proposed, by the Governor General in Council of Bengal, to the Judge of Circuit, and the Zillah Judge, in 1801: with the answers of the said Judges to those interrogatories*, in PP, 1812-13, VIII, n. 166, p. 8. Corsivo nel testo.

⁽⁹⁵⁾ Cfr. D. M. PEERS, *Torture, the Police, and the Colonial State in the Madras Presidency, 1816-55*, in «Criminal Justice History», XII, 1991, pp. 29-56.

most effectual means of progressively improving their moral character, by gradually weaning them from bad habits ⁽⁹⁶⁾.

Il modello di polizia sperimentato in Bengala alla fine del Settecento, istituito con la *Regulation XXII of 1793*, faceva largo affidamento sui sudditi nativi della colonia: all'interno di ciascun *tanah* (suddivisione amministrativa del distretto), la soprintendenza dell'attività di polizia venne affidata al *darogah*, un ufficiale selezionato tra gli abitanti nativi, il quale operava alle dirette dipendenze dei *district-magistrates* ⁽⁹⁷⁾. Il sistema si rivelò da subito del tutto inefficace nella prevenzione della criminalità rurale.

Agli inizi dell'Ottocento i giudici criminali della presidenza del Bengala ritenevano che, a seguito delle modifiche del 1793, fosse riscontrabile un sensibile incremento dei reati di brigantaggio e degli altri crimini violenti contro la proprietà ⁽⁹⁸⁾. Come risultava dalle informazioni raccolte durante i circuiti giudiziari una delle cause dell'insuccesso dei meccanismi di controllo sperimentati nel *mofussil* era costituita dalla mancata attribuzione agli *zemindars* di incarichi di polizia. Gli esattori feudali moghul erano uomini di grande prestigio e influenza sociale e potevano contare sulla collaborazione della comunità indigena. I *darogahs*, generalmente mal pagati e poco rispettati dalla popolazione, erano invece soggetti estranei alla dimensione rurale.

A dispetto dei fortissimi poteri delegati, gli ufficiali di polizia

⁽⁹⁶⁾ *Copy of the 15th and 35th interrogatories*, cit., p. 8.

⁽⁹⁷⁾ All'*establishment* regolare di polizia venne affiancato un corpo di polizia sussidiaria incaricata principalmente di assicurare, attraverso l'attività di vigilanza, il mantenimento dell'ordine pubblico: tra il 1813 ed il 1814, nelle città di Dacca, Patna e Murshidabad, e nei pressi delle stazioni di residenza dei magistrati di distretto delle province del Bengala (esclusa Benares) venne istituito un corpo di polizia con un ambito di operatività strettamente locale; i suoi agenti, i *chokeydars*, venivano selezionati, nominati e mantenuti dalle comunità che erano chiamati a vigilare. In proposito si veda *Bengal Regulations XXII of 1816 e III of 1814*; per le divisioni di Benares e Bareilly, si veda *Regulation XVI of 1814*.

⁽⁹⁸⁾ Sull'inefficienza del sistema di polizia si veda *Papers relating to the East India affairs. Answers to interrogatories of the Governor General; and new system of revenue, and of judicial administration* (1801); *police of the district; missionaries; religion of the Hindoos; infanticide; first introduction of Christianity into India*, in PP, 1812-13, Vol. IX, N. 264.

erano totalmente inadatti a vigilare sui fenomeni della criminalità rurale:

The darogah is generally unfit, possessing no spirit, vigour, or address; he is a stranger too, not interested, or possessing property in the district. He is often negligent and corrupt; sometimes, little respected, being ill paid, and unable to maintain any dignity of character ⁽⁹⁹⁾.

Ancora agli inizi dell'Ottocento, i reati di brigantaggio costituivano un fenomeno criminale assai poco controllabile. I casi giudiziari documentati nelle memorie coloniali offrono un'istantanea particolarmente allarmante della criminalità rurale dei distretti del *mofussil*. Nel maggio del 1809 la *Nizamāt Adalat* giudicò nove individui nativi accusati di brigantaggio, incendio, omicidio, e altri reati violenti compiuti nel distretto di Nuddea, in Bengala. I prigionieri vennero accusati di avere saccheggiato la residenza e gli impianti di produzione di indaco di un imprenditore europeo e di avere gravemente ferito quest'ultimo insieme a un impiegato nativo. Alcuni testimoni riferivano che l'assalto era principalmente diretto contro una delle guardie armate degli stabilimenti, la quale aveva rivestito il ruolo di denunciante e di testimone in una precedente vicenda giudiziaria. I giudici della *Nizamāt Adalat* riconobbero gli imputati colpevoli e, ricevuto il parere legale (*fatwa*) degli esperti nativi in diritto musulmano, li condannarono alla pena capitale ⁽¹⁰⁰⁾.

Il grado di efferatezza che caratterizzava i crimini di brigantaggio suscitava sgomento nelle periferie indiane. Nel settembre del 1809 la suprema corte condannò alla pena di morte altri cinque individui nativi accusati di brigantaggio e omicidio; anche in questo caso la vicenda criminale era originata, secondo le testimonianze, dal fatto che le vittime avevano denunciato gli imputati in un precedente procedimento criminale ⁽¹⁰¹⁾. Sempre nel settembre 1809 altre diciannove persone vennero giudicate e punite per gli stessi crimini

⁽⁹⁹⁾ *Appendix 11. Reports of the judge of circuit, on termination of their sessions, in The Fifth Report, cit., pp. 557-603.* Il testo citato è a p. 561.

⁽¹⁰⁰⁾ *Appendix 12. Mr. Secretary Dowdeswell's Report, cit., p. 604.*

⁽¹⁰¹⁾ *Ivi, p. 605.*

dalla *Nizamāt Adalat* ⁽¹⁰²⁾: nella notte del 27 agosto una banda di circa cinquanta briganti assaltò una casa del villaggio di Madhopbore, nel distretto di Nuddea. Gli abitanti della casa, un uomo e una donna, vennero portati all'aperto e torturati con delle torce infuocate affinché consegnassero gli oggetti di valore. I banditi ricoprirono l'uomo di paglia e di un unguento infiammabile, dando poi fuoco alla mistura; nel contempo, continuavano a torturarlo lacerandogli il petto con un bastone e strofinando le ferite con semi di mostarda « with a view to make the torment more excruciating » ⁽¹⁰³⁾. La donna subì lo stesso trattamento ed entrambi morirono nel giro di poche ore. La corte condannò a morte nove degli imputati.

Questa situazione di incontrollato ricorso alla violenza e al crimine, che turbava non poco l'ordine dei territori periferici, impose al governo coloniale di implementare i meccanismi di controllo del territorio. La presidenza del Bengala fece fronte a queste esigenze attraverso la *Regulation XX of 1817* ⁽¹⁰⁴⁾. Occorre sottolineare che, nonostante gli insuccessi legati alla prevenzione dei fenomeni di brigantaggio, la polizia indiana interpretava un ruolo propriamente politico strettamente connesso con la tenuta dell'ordine dei territori periferici. Secondo i vertici amministrativi del Bengala, ad esempio, era grazie all'ampia sfera di autonomia degli ufficiali nativi che il governo poteva godere del pieno controllo politico della colonia: i territori rurali della presidenza erano poco soggetti allo scrutinio europeo ma i *darogahs* erano capaci di interporre ovunque l'autorità del governo, « and to bring its powers immediately before the eyes of discontented or disaffected, before a systematic opposition can be organized » ⁽¹⁰⁵⁾.

Nelle diverse presidenze dell'India britannica vennero elaborati differenti modelli di polizia. Tuttavia i meccanismi predisposti per la tutela dell'ordine pubblico della colonia presentavano alcuni significativi tratti comuni tanto nel Bengala quanto a Madras e a Bombay.

⁽¹⁰²⁾ Ivi. pp. 605-606.

⁽¹⁰³⁾ Ivi, p. 605.

⁽¹⁰⁴⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁰⁵⁾ *Copy of Lord Moira's Judicial Minute; dated 2 October 1815*, in PP, 1819, XIII, N. 533, pp. 139-163, cit., p. 142.

In primo luogo, i corpi di polizia nativa erano stati concepiti come un elemento di raccordo tra le autorità europee del distretto e la dimensione rurale della colonia. Nei territori di Madras, ad esempio, erano gli esattori fiscali nativi, i *tahsildars*, a svolgere i compiti di polizia e a rappresentare l'istituzione intermedia tra le autorità native dei villaggi e i *collector-magistrates*. Questi ultimi, incaricati della soprintendenza delle attività fiscali e di polizia di ogni distretto, erano gli agenti europei della *East India Company* più vicini al contesto rurale ⁽¹⁰⁶⁾.

Il controllo criminale delle aree periferiche del Bengala si basava invece sulla stretta collaborazione tra i *districts magistrates* europei e i *darogabs*. I primi coordinavano le fasi iniziali del procedimento criminale ed erano altresì dotati di limitati poteri giurisdizionali; i secondi non avevano autorità di giudizio ma godevano di ampi poteri investigativi: erano autorizzati a ricevere denunce di reati e avevano il potere di prendere in custodia l'accusato per un periodo non superiore alle quarantotto ore, di esaminarlo, di registrarne le dichiarazioni auto-accusatorie in presenza di tre o più testimoni ⁽¹⁰⁷⁾.

Nei territori del Bengala il lavoro di investigazione della polizia nativa si svolgeva, rispetto ai reati gravi o a quelli che turbavano la pace della comunità, nelle forme di un'inchiesta da condurre nei luoghi di commissione del delitto. Secondo la *Regulation XX of 1817* nei casi di brigantaggio ovvero di morti sospette o improvvise, i *darogabs* conducevano inchieste locali finalizzate alla cattura dei colpevoli e alla raccolta di elementi di prova utilizzabili in giudizio.

In particolare, ricevuta la denuncia e raggiunto il luogo del delitto il *darogab* interrogava gli eventuali testimoni sulle circostanze del fatto al fine di ottenere informazioni utili allo svolgimento delle indagini; tutti i risultati delle investigazioni sarebbero stati riportati per iscritto alla presenza degli abitanti di buona reputazione delle aree interessate dall'inchiesta i quali sarebbero stati successivamente presentati al magistrato del distretto per confermare le dichiarazioni

⁽¹⁰⁶⁾ Si veda la *Madras Regulation XI of 1816* in *Regulations passed by the governments of Bengal, Fort St. George, and Bombay, in the year 1816*, in PP, 1819, XIII, n. 38.

⁽¹⁰⁷⁾ G. ABBATE, *Ordinamenti formali e pratiche di polizia nell'India britannica (1817-1882)*, in «Giornale di Storia Costituzionale», XXV (2013) 1, pp. 35-61.

rese all'ufficiale di polizia. I prigionieri che rendevano dichiarazioni auto-accusatorie sarebbero stati reclusi nelle stanze della stazioni di polizia, appositamente predisposte per evitare il contatto con gli altri prigionieri, e sarebbero stati trasportati presso il magistrato del distretto non oltre le quarantotto ore dall'inizio dell'inchiesta. Secondo le regole processuali della presidenza, infine, il ricorso alle gogne e a simili strumenti di contenzione era ammesso soltanto nel caso di catture avvenute durante le ore notturne ⁽¹⁰⁸⁾.

La *Regulation XX of 1817* vietava espressamente ai *darogabs* di imporre ai testimoni di giurare sul contenuto delle loro dichiarazioni. Tuttavia gli ufficiali di polizia dovevano raccogliere ogni possibile elemento di prova ed erano tenuti, in particolare, ad assicurare la presenza davanti al magistrato del distretto dei testimoni e dei sospettati di delitti.

Nella presidenza del Bengala anche la popolazione rurale era stata cooptata, attraverso meccanismi di responsabilità collettiva, nella gestione degli affari criminali del distretto: presso ogni villaggio, un corpo di vigilanti nativi era addetto alla sorveglianza del territorio e alla pronta comunicazione dei reati. Gli *zemindars* avrebbero dovuto comunicare al *darogab*, pubblicamente o in segreto, tutte le informazioni relative a rapine, furti, omicidi, incendi dolosi, nonché prestare assistenza, a pena di multa e detenzione, alla cattura dei criminali. In questi meccanismi processuali, mutuati dalla prassi pre-coloniale, gli osservatori europei non potevano che rivedere le antiche istituzioni dell'Inghilterra feudale, il *tithing*, il *franckpledge* ⁽¹⁰⁹⁾.

Già agli inizi del secolo veniva documentato come la popolazione rurale fosse generalmente poco incline a prestare assistenza allo svolgimento dell'inchiesta e i *darogabs* — i quali erano, ad un tempo, odiati e temutissimi dalla popolazione rurale — incontravano più di una difficoltà nell'ottenere informazioni valide rispetto al delitto, nel rintracciare i criminali, nel documentare elementi di prova.

⁽¹⁰⁸⁾ La *Regulation XX of 1817* per la presidenza del Bengala si può leggere in PP, 1819, XIII, n. 583.

⁽¹⁰⁹⁾ Sul punto, Art.IV. *The village watch in Bengal; or a century of abortive reform*, in « Calcutta Review », LXXX (1885) 159, pp. 97-119, in part. p. 98.

In considerazione degli ampi poteri attribuiti alla polizia nativa, la *Regulation XX of 1817* valida per i territori del Bengala intimava ai *darogahs* di astenersi da un utilizzo illegale degli strumenti investigativi e in particolare dal ricorso alla coercizione fisica, prevedendo per tali casi una pena indefinita nel genere ma che si preannunciava in ogni caso “esemplare”:

[A]ny species of maltreatment inflicted on a prisoner or witness by a police officer, landholder, or farmer, or by any other person whatever, whether with a view to extort a confession, or to procure information, will subject the offender to exemplary punishment, on conviction before the magistrate or Court of Circuit ⁽¹¹⁰⁾.

Tuttavia a partire dagli anni Cinquanta dell'Ottocento non v'era più alcun dubbio che i meccanismi dell'istruttoria criminale fossero totalmente viziati e che la polizia del Bengala ricorresse sistematicamente alla tortura al fine di estorcere confessioni di colpevolezza ⁽¹¹¹⁾.

In particolare, un'indagine compiuta nei territori del Bengala e di Madras negli anni Cinquanta dell'Ottocento mostrò come la tortura, pratica vietata dalla legislazione coloniale, venisse sistematicamente utilizzata dalla polizia tanto nei procedimenti criminali quanto nelle procedure di riscossione delle imposte. Sebbene mal pagati e talvolta odiatissimi dalla popolazione, gli agenti nativi godevano di uno status sociale privilegiato: sospesi tra la dimensione dei sudditi e quella dei dominatori, i *tahsildars* di Madras e i *darogahs* del Bengala facevano ricorso a metodi illegali di indagine o di riscossione dell'imposta per soddisfare le richieste fiscali e istruttorie dei loro superiori europei e salvaguardare i loro incarichi ⁽¹¹²⁾.

Con riferimento al carattere sistematico del ricorso alla tortura, ed in considerazione degli ampi poteri delegati agli agenti nativi, a partire dalla metà del secolo il governo indiano definiva la polizia

⁽¹¹⁰⁾ *Regulation XX of 1817*.

⁽¹¹¹⁾ Sul punto ABBATE, *Ordinamenti*, cit., pp. 42, ss. Sul tema della tortura in India si vedano anche A. RAO, *Problems of Violence, States of Terror. Torture in Colonial India*, in « Economic and Political Weekly », October 27, 2001, pp. 4125-4133; M. RUTHVEN, *Torture. The Grand Conspiracy*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1978.

⁽¹¹²⁾ PEERS, *Torture*, cit., p. 33.

rurale come « a scourge to the country in exact proportion to its strength and power » (113).

Le bande armate dei briganti e i corpi di polizia nativa non costituivano le uniche fonti di pericolo per la popolazione rurale della colonia indiana. Le fonti coloniali hanno registrato numerosissimi atti di violenza e aggressione, sfocianti talvolta addirittura nell'omicidio, commessi dagli imprenditori europei residenti in India a discapito dei loro dipendenti indigeni (114).

Il 17 novembre 1809 un *justice of the peace* della città di Calcutta, inviato nel *mofussil* su incarico della *Supreme Court of Judicature*, raccolse la dichiarazione giurata di un giovane abitante del villaggio di Bhoosaru, nel Bihar, di nome Fawruckul Roy (115).

All'ufficiale di giustizia il giovane raccontò che una mattina del mese di giugno 1809 alcuni uomini avevano catturato suo padre e lo avevano condotto presso gli stabilimenti di indaco del lontano villaggio di Balich. Il ragazzo riferì che suo padre era un coltivatore di indaco e che gli autori del misfatto, tutti nativi dell'India, erano impiegati presso gli stabilimenti di produzione di un imprenditore inglese originario del Devonshire. Il giorno successivo al rapimento a Fawruckul Roy venne comunicato che suo padre era morto e il giovane, recatosi presso gli stabilimenti di indaco, trovò il cadavere dell'uomo al suolo. Sul posto un impiegato della stazione di polizia gli ordinò di spogliare il corpo del padre e di indicargli i segni di eventuali violenze. Sul volto dell'uomo era presente sangue rapreso; sul ventre, poco sotto l'ombelico, vi era un grosso ematoma, così come sulle cosce.

(113) *Minute by the Honourable Lieutenant Governor of Bengal. Police and Criminal Justice in Bengal. 30 April 1856*, in *Copy of a despatch relating to the system of police in the Bengal presidency*, in PP, 1857- I, XI, n. 127, p. 45.

(114) Questa vicenda è stata raccontata anche da E. KOLSKY, *Colonial Justice in British India. White violence and the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

(115) *Extract of the Bengal Judicial Consultation in the Criminal Department of the 20th of July 1810; containing Abstract of the Cases of Mr. J. L. Turner, R. S. Douglas, T. Gardner, and T. Clarke, Persons accused or tried for serious Offences, committed in the interior of the Country; also, of the Case of Mr. Tichborne, accused of similar Offences; together with the Depositions, & c. referred to in the said Abstract, and Copy of the Proceedings of the Governor General thereon*, in PP, 1812-13, VIII, n. 142, pp. 13-14.

L'ufficiale di polizia incaricato dell'inchiesta dispose che il cadavere non venisse spostato dagli stabilimenti di indaco e inviò i suoi uomini a raccogliere informazioni sui fatti presso i vigilanti nativi del villaggio (*chowkeidars*). Gli agenti furono informati che, su ordine del produttore inglese, il coltivatore era stato picchiato dagli impiegati dello stabilimento ed era stato confinato alla gogna durante la notte.

Fawruckul Roy riferì inoltre che il proprietario inglese aveva offerto alla sua famiglia duecento rupie e aveva promesso di rinunciare al recupero di una somma di denaro di cui il coltivatore era debitore.

Conclusa l'indagine della polizia, il ragazzo aveva denunciato i fatti al magistrato europeo del distretto che, tuttavia, non aveva disposto lo svolgimento di ulteriori indagini. Si era poi rivolto alla *Court of Appeal* la quale aveva rinviato la causa alla *Supreme Court of Judicature* di Calcutta.

Ricevuta la denuncia il *justice of the peace* rinviò a giudizio il produttore europeo dinanzi alla Corte della capitale. Il giudizio che seguì si svolse nel rispetto delle regole processuali del *common law* e terminò in maniera favorevole all'imprenditore: il *grand jury* della corte criminale di Calcutta rigettò le accuse contro l'inglese che fu libero di ritornare presso i propri stabilimenti di indaco ⁽¹¹⁶⁾.

Come è noto dalla seconda metà del Settecento e fino al 1833 la possibilità per i soggetti europei di possedere terre e di risiedere stabilmente nei territori del *mofussil* era soggetta alla concessione degli organi del governo coloniale. La *East India Company*, fermamente intenzionata a mantenere il pieno controllo degli affari indiani, era contraria alla libera colonizzazione dei territori da essa amministrati da parte degli imprenditori occidentali ⁽¹¹⁷⁾.

⁽¹¹⁶⁾ *Ibidem*.

⁽¹¹⁷⁾ E. KOLSKY, *Codification and the Rule of Colonial Difference: Criminal Procedure in British India*, in « Law and History Review », XIII, 2005, 3, pp. 631-683, cit., pp. 643, ss. Tuttavia, è noto che il *Charter Act* del 1813, con il quale vennero rinnovati i poteri della Compagnia sul suolo indiano, pose fine al monopolio commerciale della *East India Company*, consentendo l'ingresso in colonia dei produttori e dei commercianti europei. V.B. MISHRA, *Evolution of the Constitutional History of India (1773-1947)*, Delhi, Mittal Publications, 1987, pp. 17, ss.

Inoltre, già agli inizi dell'Ottocento, gli ufficiali della Compagnia manifestavano non poca preoccupazione rispetto alla criminalità europea nelle aree rurali dei distretti indiani. Il 13 luglio 1810, ad esempio, il governo del Bengala rilevò la licenza a quattro coltivatori di indaco e indirizzò ai *district magistrates* della presidenza il seguente ordine circolare:

[...] Prenderete tutte le misure necessarie per accertare senza perdita di tempo se ciascuno dei produttori di indaco residenti nel distretto sul quale avete giurisdizione tenga gogne presso i propri stabilimenti; e, se così fosse, gli chiederete di distruggerle. Darete notizia al Governo di qualsiasi esitazione mostrata dai coltivatori di indaco rispetto alle vostre richieste; il Governatore Generale in Consiglio ordinerà a queste persone di abbandonare il distretto e recarsi presso la capitale. [...] Senza incoraggiare fastidiose e litigiose lamentele, dovrete prevenire quella pratica, che il Governo ha ragione di ritenere prevalga tra i produttori europei di indaco, di infliggere punizioni corporali illecite sui contadini. Qualora si verificino episodi di tal genere, i quali appaiano essere di natura insufficientemente grave per essere oggetto di procedimento criminale presso la Supreme Court of Judicature, riporterete i fatti al Governo. Il Governatore Generale in Consiglio valuterà se ritirare la licenza per risiedere nelle aree dell'interno che il trasgressore potrebbe avere acquisito. [...] In tutte le occasioni che avrete di comunicare con i coltivatori di indaco dovrete tentare di imprimere nelle loro menti la ferma determinazione che il Governatore Generale in Consiglio ha adottato, non solo di perseguire uniformemente tutti i crimini di questa descrizione che saranno portati all'attenzione della Supreme Court of Judicature, ma anche di utilizzare con la massima estensione il potere di impedire la residenza di ogni europeo nelle aree dell'interno del paese che non si comporti in maniera conforme allo spirito della presente risoluzione del Governo. [...] Se doveste ritenere necessario prendere qualsiasi altra misura al fine di raggiungere questi importanti risultati siete pregati di sottoporre le vostre opinioni al Governo » ⁽¹¹⁸⁾.

Nel successivo ordine circolare del 20 luglio 1810 veniva denunciato che gli imprenditori erano soliti obbligare i contadini a

⁽¹¹⁸⁾ Si veda *Papers relating to East India affairs (Resident Europeans. Police. Missionaries, Weavers, and investments)*, in PP, 1812-13, Vol. 8, n. 142, p. 39. Traduzione mia.

ricevere anticipi sulle paghe e adoperavano strumenti illeciti per forzare gli impiegati nativi a seminare l'indaco ⁽¹¹⁹⁾.

4. « Confessions are to be received with caution »: *giustizia criminale e pratiche di polizia*.

La necessità di arginare il ricorso alla coercizione fisica da parte della polizia nativa costituiva una costante preoccupazione per le alte corti indiane di giustizia criminale.

Nella presidenza di Madras, dove sin dai primi decenni dell'Ottocento vennero documentati diversi episodi di ricorso a metodi illegali di indagine da parte della polizia ⁽¹²⁰⁾, non mancarono casi di punizioni esemplari ampiamente pubblicizzati su richiesta delle alte corti di giustizia. Nell'ottobre 1824 la *Faujdary Adalat*, suprema corte criminale della presidenza, dispose di rendere noto attraverso pubblici proclami che l'11 dicembre 1820 Hussien Khan, ufficiale di polizia del distretto di Salem, era stato condannato alla pena capitale, e in seguito giustiziato, per avere torturato a morte un prigioniero accusato di furto da lui tenuto in custodia ⁽¹²¹⁾.

Già agli inizi dell'Ottocento la corte di Madras esortava gli ufficiali europei a vigilare che i termini di custodia preventiva non venissero protratti illegittimamente e a impedire che gli agenti nativi confinassero gli accusati alla gogna « on any pretence whatever,

⁽¹¹⁹⁾ *Ibidem*. Anche i primi missionari inglesi giunti in India alla fine del secolo XVIII vennero considerati un pericolo per la stabilità del governo. I missionari vennero allontanati da Calcutta e le loro pubblicazioni, preparate nella tipografia di Serampore, territorio danese in cui si erano rifugiati, furono più volte oggetto della censura del governo. Nel 1807, ad esempio, le autorità di Calcutta cercarono di arginare la distribuzione di un pamphlet giudicato pericolosissimo che esortava i nativi alla conversione al cristianesimo: secondo il governo del Bengala il pamphlet e le altre pubblicazioni missionarie offendevano i «pregiudizi religiosi» dei sudditi indiani e avrebbero potuto produrre effetti destabilizzanti per la tenuta politica della colonia. Si veda *Papers relating to East India affairs (Resident Europeans. Police. Missionaries, Weavers, and investments)*, cit., pp. 41-85.

⁽¹²⁰⁾ PEERS, *Torture*, cit., p. 34.

⁽¹²¹⁾ *Torture (Madras) Return to an Order of the Honourable The House of Commons, dated 23 July 1855; for, Copy of Report of the Commission for the Investigation of Alleged Cases of Torture at Madras*, in PP 1854-55, LX, n. 420, p. 63.

excepting only on sentence in cases in which that punishment is sanctioned by the Regulations » (122).

In più raccomandava la massima circospezione nel ricevere confessioni di colpevolezza ricordando che le dichiarazioni rese agli ufficiali nativi di polizia e non corroborate da altre prove erano del tutto insufficiente per la condanna dell'accusato (123).

Anche la *Nizamāt Adalat* del Bengala riteneva utilizzabili in giudizio solo le confessioni supportate da altri elementi di prova e mostrava, in generale, molta cautela nel ricevere dichiarazioni auto-accusatorie (124). In un caso deciso nel luglio 1855, ad esempio, la *Nizamāt Adalat* prosciolsi due imputati accusati di brigantaggio i quali erano già stati condannati dal giudice criminale di prima istanza (125). Mentre erano in custodia presso la stazione di polizia, custodia protrattasi per oltre cinque giorni, i due prigionieri avevano reso piena confessione, successivamente confermata davanti al magistrato del distretto. Nel corso del giudizio di primo grado avevano tuttavia ritrattato le loro dichiarazioni asserendo di essere stati costretti a confessare attraverso metodi brutali di interrogatorio. La *Nizamāt Adalat* assolse i due imputati e dichiarò:

Confessions thus taken after illegal detention of five days by the police, backed even by confession before the magistrate on their arrival at the station, but unsupported by other independent circumstantial evidence, and after a lapse of nearly six weeks from the date of the occurrence, are not, in my judgment, grounds such as would justify conviction (126).

(122) Ivi, p. 64. Peers ha documentato come, già a partire dal primo decennio del secolo XIX, la *Faujḍary Adalat* di Madras istruisse periodicamente i magistrati sulle violenze praticate dalla polizia nel corso delle indagini. PEERS, *Torture*, cit., p. 34.

(123) *Torture (Madras)*, cit., p. 64.

(124) Si veda *Reports of cases determined in the Court of Nizamūt Adawlut, For 1855*, Vol V, Part II, Thacker, Spink and Co, Calcutta, 1856.

(125) Ivi, pp. 75-79.

(126) Ivi, p. 79. Talvolta anche i testimoni venivano sottoposti a tortura affinché rendessero dichiarazioni accusatorie: nell'aprile 1855, ad esempio, otto prigionieri vennero condannati per falsa testimonianza (*perjury*) sebbene il reato fosse stato compiuto a seguito dei maltrattamenti subiti dalla polizia. Nel processo di revisione, uno dei giudici della *Nizamāt Adalat* dichiarò: « The prisoners are all either women or old man, selected, I doubt not, in a degree on that account as being the more likely to be acted on by ill usages », in *Art. VI. Reports of the Cases determined in the Court of*

Le fonti appena esaminate sembrano suggerire che la *Nizamut Adalat* del Bengala e la *Faujdary Adalat* di Madras fossero costantemente attive nel vigilare che i problemi relativi alla gestione degli affari criminali del *mofussil* non venissero affrontati attraverso l'illegittimo utilizzo dei poteri investigativi.

Al contrario, come emerge dai *reports* dei casi criminali trattati dalle corti superiori di giustizia, i magistrati e i giudici coloniali delle corti locali, direttamente incaricati dell'amministrazione della giustizia dei distretti indiani, condannavano sovente sulla base di confessioni scarsamente attendibili e non supportate da elementi corroborativi ⁽¹²⁷⁾.

Le confessioni di colpevolezza registrate nel corso delle indagini agevolavano non poco il lavoro istruttorio del *district magistrate* il quale, una volta riportata per iscritto la dichiarazione dinanzi a testimoni attendibili, era dispensato dal produrre ulteriori prove a carico dell'accusato. Una prassi processuale documentata negli anni Cinquanta dell'Ottocento ha mostrato che i magistrati coloniali attribuivano grande importanza alle dichiarazioni auto-accusatorie rese alla polizia nella fase delle indagini. Gli ufficiali avevano cura di esaminare immediatamente, recandosi presso le prigioni del distretto anche durante le ore notturne, soltanto i prigionieri gravati da una confessione di colpevolezza o che fossero inclini a confessare ⁽¹²⁸⁾: soltanto un intervento tempestivo, che anticipasse eventuali ritrattazioni, avrebbe consentito di documentare una dichiarazione utilizzabile come prova in giudizio.

La difficoltà di assicurare la condanna dei criminali per carenza di elementi probatori complicava non poco il lavoro dei magistrati mettendone a repentaglio la posizione istituzionale. L'efficienza dei *district magistrates* veniva infatti valutata sulla base degli esiti dei

Nizamut Adawlut at Calcutta for 1855, in «*Calcutta Review*», XXVIII, (1857) 56, pp. 462-486, cit., p. 479.

⁽¹²⁷⁾ Si veda, Art. VI. *Reports of the Cases*, cit.

⁽¹²⁸⁾ *Appendix E, Minutes of evidence taken before the Commission appointed to examine and consider the reform of the judicial establishments, judicial procedure, and laws of India. Saturday, 25th November 1854. The right Hon. Sir Edward Ryan in the Chair*, pp. 251-256 (in particolare, pp. 253-254), in *First report of Her Majesty's commissioners appointed to consider the reform of the judicial establishments, judicial procedure, and laws of India*, cit.

processi celebrati nel distretto di appartenenza: quante più sentenze di condanna fossero state emanate tanto più l'ufficiale sarebbe stato ritenuto potenzialmente idoneo per una promozione ⁽¹²⁹⁾.

Non v'è dubbio che, talvolta, i giudici criminali guardassero con grande sospetto alle confessioni rese nel corso delle indagini e presentate dal magistrato come prove a carico all'apertura delle sessioni giudiziarie. Qualora la rappresentazione dei fatti fosse risultata palesemente distorta dall'uso della violenza, i giudici criminali avrebbero dovuto astenersi dall'emanare una sentenza di condanna, in ossequio alle prescrizioni delle *Regulations* coloniali (sin dalla fine del Settecento l'amministrazione coloniale ripeteva che « a confession of guilty is always to be received with circumspection and tenderness ») ⁽¹³⁰⁾.

Il ricorso evidente alla coercizione fisica, nell'inficiare la legalità del processo, avrebbe complicato l'emanazione di una sentenza di condanna:

Sometimes we see the most unfair means taken by informers and theftakers, to detect and apprehend the accused. We find confessions extorted and witnesses suborned; at the same time, we think the accused guilty; and the prosecution fails, merely because the unfair play used against them, leads us to suspect more ⁽¹³¹⁾.

Verso la fine degli anni Dieci dell'Ottocento l'amministrazione coloniale intervenne nella sfera della giustizia penale al fine di limitare i casi di inammissibilità delle dichiarazioni testimoniali previsti dal diritto musulmano ed estendere, di conseguenza, i poteri decisori degli ufficiali europei delle corti criminali del *mofussil*.

Attraverso la *Regulation XVII of 1817* venne stabilito che quando la *fatwa* proscioglieva l'imputato dalle accuse ma i giudici

⁽¹²⁹⁾ SINGHA, *A Despotism*, cit., pp. 69-70.

⁽¹³⁰⁾ Si veda, ad esempio, *Bengal Regulation IX of 1793*; cfr. *The Fifth Report*, cit., p. 42, dove si dice che, secondo le regole processuali della presidenza del Bengala, la confessione dell'accusato « is always to be received with circumspection and tenderness ».

⁽¹³¹⁾ *Report* del giudice coloniale Sir Henry Strachey (1802) sull'amministrazione della giustizia criminale nei territori dell'interno della presidenza del Bengala, riportato in *The Fifth Report*, cit., p. 67.

ritenevano, sulla base di una confessione libera e volontaria, di una deposizione testimoniale o di prove indirette, che quest'ultimo fosse colpevole, la corte criminale non avrebbe emanato alcuna sentenza limitandosi a trasmettere il verbale del processo alla *Nizam Adalat*. La corte superiore avrebbe dovuto, a sua volta, decidere il caso secondo il diritto musulmano. Tuttavia se la *fatwa* resa presso la *Nizam Adalat* avesse assolto l'imputato, ma i giudici europei avessero giudicato il reato sufficientemente provato, la suprema corte sarebbe stata legittimata ad emanare una sentenza di condanna.

La novella legislativa introduceva, a beneficio dei giudici europei, nuovi strumenti valutativi delle dichiarazioni testimoniali disponendo che ove il *mufti* avesse ritenuto inammissibile una testimonianza, per difetto delle forme imposte dal diritto musulmano o per un vizio riguardante la persona del dichiarante, ma i giudici avessero valutato « irragionevole » il rifiuto ad ammettere la dichiarazione, la deposizione testimoniale sarebbe stata assunta e valutata ai fini del giudizio. Soltanto nel caso in cui la condanna dell'imputato fosse dipesa esclusivamente dalla testimonianza inammissibile il giudice avrebbe dovuto trasmettere il fascicolo processuale alla *Nizam Adalat* la quale avrebbe emanato la sentenza ritenuta più giusta rispetto al caso ⁽¹³²⁾.

Attribuendo ai giudici di ultima istanza un'autorità decisionale tanto potente da eludere il contenuto della *fatwa*; consentendo agli ufficiali europei di dichiarare « irragionevole » una causa di inammissibilità di una testimonianza e disporre, di conseguenza, l'ammissione e la valutazione della prova dichiarativa, la *East India Company* modificava il modello processuale del *mofussil* correggendo le "irragionevoli" stretture del sistema musulmano. Il nuovo rito risultante dalla riforma (è quanto emerge dal tenore letterale della *Regulation*) avrebbe legittimato l'emanazione di una sentenza di condanna in presenza di una confessione « libera e volontaria », ovvero della testimonianza resa da soggetti attendibili ⁽¹³³⁾, seppure

⁽¹³²⁾ Si veda *Bengal Regulation XVII of 1817*, riportata in *Regulations passed by the Governor General in Council of Bengal, in the year 1817*, cit.

⁽¹³³⁾ Ovvero sulla base di « circumstances of strong presumption ».

tali prove fossero state assunte in modo difforme dai canoni probatori del diritto musulmano (134).

Tuttavia, anche a seguito dell'intervento processuale del 1817, i giudici della *East India Company* continuarono ad incontrare non poche difficoltà nel reperire prove valide per il giudizio (135). Nell'opera del 1828 *On the Administration of Justice in the British Colonies in the East-Indies*, ad esempio, il giurista inglese John Miller denunciava come i giudici criminali della colonia (« planted as they are in a strange country, hearing nothing but strange languages, and obliged to apply the laws to persons and things to which they are equally strangers [...] ») si orientassero con difficoltà tra le differenti ricostruzioni dei fatti prospettate nel corso del giudizio e faticassero, in particolare, nel valutare la veridicità delle dichiarazioni testimoniali rese dai nativi dell'India (136).

In considerazione di tutte queste circostanze non stupisce che la maggior parte delle condanne criminali inflitte dai tribunali della *East India Company* venissero emanate sulla base di confessioni di colpevolezza (137).

Negli anni Trenta dell'Ottocento anche il modello giurisdizionale del *mofussil* subì una radicale trasformazione. La *Regulation VII*

(134) Le espressioni virgolettate sono tratte dal testo della *Regulation XVII* del 1817. Si veda *Regulations passed by the Governor General in Council of Bengal, in the year 1817*, n. XVII, cit.

(135) Tanto emerge dal dibattito che ha accompagnato l'emanazione del *Charter Act* del 1833. Sul punto, AUBER, *Rise and Progress*, cit., Vol. II, pp. 658-712. Sulle previsioni del *Charter Act*, C. ILBERT, *The Government of India*, cit., pp. 81-90.

(136) J. MILLER, *On the Administration of Justice in the British Colonies in the East-Indies*, London, Parbury, Allen & co., 1828, cit., p. 42.

(137) Si considerino, ad esempio, la dichiarazione di William Theobald, *barrister* presso la *Supreme Court* di Calcutta: « I will refrain from troubling you, but I will beg to add that a gentlemen much versed in the criminal business of the Nizamut Adawlaut, tells me there are confessions in 75 per cent. Of the cases which come up to that court, and that he believes that in 90 per cent. of the criminal cases of the sessions, torture has been practiced to obtain confessions ». Si veda *From W. Theobald, Esq., to W. Grey, in Copy of letter from the Court of Directors of the East India Company to the government of Bengal, dated 2 August 1854, and reply of the Lieutenant-Governor of Bengal, dated 8 November 1854; and of inquiry and report with reference to the statement of Mr. Theobald as to the employment of torture by the police*, pp. 7-9, la citazione a p. 9, PP, 1854-55, LX, n. 183.

of 1831 autorizzò il governatore generale ad attribuire ai giudici del Bengala il potere di presiedere le sessioni giudiziarie. Il nuovo giudice criminale (*session judge*) aveva giurisdizione di primo grado rispetto ai soggetti che il *district magistrate* rinviava al giudizio, nonché giurisdizione di appello rispetto alle sentenze emanate dall'ufficiale di distretto, e aveva altresì il compito di presiedere, almeno una volta al mese, le sessioni di *gaol delivery*. Così come i giudici delle *Courts of Circuit*, i *session judges* erano assistiti in giudizio dagli interpreti nativi del diritto musulmano. Tuttavia, attraverso la *Regulation VI of 1832*, l'amministrazione autorizzò il ricorso ad un nuovo modello di giudizio, alternativo rispetto a quello prescritto dal sistema di diritto criminale musulmano: quando l'accusato era di fede diversa da quella musulmana il giudice criminale poteva avvalersi, per la definizione della causa, della collaborazione di nativi di buona fama riuniti in un *pancayat*, il tribunale di villaggio della tradizione indù, ovvero costituiti in una giuria di verdetto.

Deferito il caso a un consesso di nativi di buona fama, al *mufti* sarebbe stato sottratto qualsiasi potere decisorio rispetto al giudizio. Di tali riforme processuali avrebbero beneficiato soprattutto i sudditi di nascita indù i quali, secondo gli ufficiali coloniali, erano totalmente ignari del contenuto dei "codici" normativi musulmani (138).

Nella presidenza di Madras il ricorso alle forme di giustizia della tradizione indù era stato autorizzato sin dal secondo decennio dell'Ottocento. Nell'ambito di una riorganizzazione giuridico-amministrativa dei territori sud orientali, avvenuta tra il 1814 e il 1816, la *East India Company* propendeva per l'adozione di un sistema giurisdizionale locale conforme alle tradizioni delle comunità-villaggio indù (139).

In una lettera inviata dalla *Court of Director* al governo provin-

(138) Era il giudice di Benares Mr. Fortescue, ad esempio, a sostenere che le previsioni del diritto musulmano fossero totalmente sconosciute ai sudditi indù: « nessuno delle migliaia dei loro pundits può leggere il persiano e ancor meno l'arabo ». L'opinione di Mr. Fortescue è citata in MILLER, *On the Administration*, cit., pp. 28-29.

(139) In merito STOKES, *The English Utilitarians*, cit., p. 141-144. Per una rappresentazione delle comunità villaggio indiane, B.H. BADEN POWELL, *Indian village community*, London, New York, and Bombay, Longmans, Green, and co., 1896.

ziale di Madras nell'aprile 1814 veniva sottolineata la necessità di ripristinare le antiche forme di giustizia delle aree meridionali del subcontinente e di coinvolgere nell'amministrazione dei territori periferici le autorità tradizionali del paese (« the natural and permanent authorities of the country ») ⁽¹⁴⁰⁾. L'organo direttivo della Compagnia proponeva di attribuire ai capi villaggio competenze propriamente giurisdizionali, da affiancare eventualmente a quelle del *pancayat*, valorizzando la dimensione propriamente comunitaria della giustizia in ossequio ai costumi delle comunità rurali indù ⁽¹⁴¹⁾.

I *reports* coloniali in possesso dell'amministrazione documentavano la tendenza, diffusa in alcune aree dei territori sud orientali sin dal periodo precoloniale, a trattenere le controversie private all'interno della comunità-villaggio. Secondo questi documenti le figure istituzionali della tradizione indù, e in particolare il *potail*, autorità che riuniva in sé compiti fiscali e competenze arbitrali, costituivano gli interlocutori privilegiati in merito agli affari della giustizia, di gran lunga preferiti alle corti provinciali musulmane ⁽¹⁴²⁾. Secondo la *Court of Director*, attribuire incarichi giurisdizionali al *potail* ed agli altri proprietari terrieri (i quali rappresentavano « the native gentry of the country » che in virtù della titolarità fondiaria vantavano un privilegiato status sociale) ⁽¹⁴³⁾ avrebbe garantito al governo di Madras legittimazione e consenso politico.

La *Court of Director* proponeva altresì di ristabilire il tradizionale sistema di polizia di villaggio — particolarmente efficace, secondo le testimonianze raccolte dall'amministrazione coloniale, nella prevenzione dei fenomeni di brigantaggio — e di riunire le attività fiscali e di polizia sotto un'unica autorità. Secondo quanto si legge nella lettera dei Direttori, il corpo tradizionale di vigilanza delle comunità indigene era composto dal *talliar* e dal *totie*. Il primo ufficiale era tenuto ad acquisire informazioni sui criminali e a scortare

⁽¹⁴⁰⁾ *Copy of a Letter in the Judicial Department, from the Court of Directors to the Governor in Council at Fort St. George; dated 29th April 1814. In Papers relating to the police, and civil and criminal justice under the respective governments of Bengal, Fort St. George, and Bombay; from 1810 to the present time, in PP, 1819, XIII, n. 533, pp. 290-308, cit. p. 289.*

⁽¹⁴¹⁾ Ivi, pp. 300-301.

⁽¹⁴²⁾ *The Fifth Report, cit., p. 86.*

⁽¹⁴³⁾ *Copy of a Letter in the Judicial Department, cit., p. 298.*

i viaggiatori tra i villaggi del distretto, mentre il secondo aveva principalmente il compito di vigilare sui raccolti.

Secondo la *Court of Director*, l'elaborazione di un modello di polizia basato sulla vigilanza del territorio e gestito dai *collectors* europei, ovvero gli ufficiali della Compagnia addetti alla gestione delle entrate fiscali dei distretti, avrebbe consentito di individuare tra le preesistenti autorità fiscali nuove figure, diverse da quelle del *darogah*, capaci di mediare tra la dimensione rurale e gli organi del governo coloniale. Avrebbe inoltre permesso di ridimensionare il numero degli agenti impiegati in attività di investigazione e controllo e di proporre alle comunità rurali un sistema rispondente alle tradizioni locali (144).

La *Regulation IV of 1816* per i territori di Madras recepì in pieno l'indirizzo della *Court of Director* conferendo ai capi villaggio (*munsiffs*) l'autorità di giudicare, senza appello, cause relative a somme di denaro o altre proprietà fino al valore di dieci rupie riguardanti gli abitanti del villaggio (145). La *Regulation V of 1816*, poi, attribuì al *munsiff* l'autorità di convocare un *pancayat* composto dai membri più rispettabili del villaggio appartenenti alla stessa casta delle parti in causa (146).

Anche la *Regulation XI of 1816* recepì le osservazioni dei direttori elaborando un sistema di polizia conforme, nella visione dell'amministrazione coloniale, agli antichi usi del paese. Nel disegno del legislatore indiano il capo villaggio, che poteva invocare la cooperazione di tutti gli abitanti della comunità, avrebbe coordinato il corpo dei *talliars* e degli altri vigilanti nativi; il magistrato/*collector* europeo avrebbe vigilato sullo svolgimento delle attività fiscali e di polizia di ogni distretto periferico; infine, il *tabaldar*, autorità intermedia tra i villaggi rurali e le postazioni governative, avrebbe svolto inchieste locali con l'ausilio degli ufficiali fiscali (*pesbkars*, *gomashtas*) e avrebbe altresì esercitato compiti di natura giurisdizionale (147).

(144) Ivi, pp. 302-307.

(145) *Regulations passed by the governments of Bengal, Fort St. George, and Bombay, in the year 1816*, cit., pp. 69-75.

(146) Ivi, pp. 75-80.

(147) Ivi, pp. 122-129.

Le misure adottate dal governo di Madras miravano a realizzare un preciso obiettivo politico: se il popolo indiano si caratterizzava per una scarsissima propensione all'innovazione sociale o culturale (« a people distinguished, above all other in the world, by a dislike to innovation, and a respect and adherence to ancient rules and customs ») ⁽¹⁴⁸⁾ l'elaborazione di un sistema di giustizia e di governo del territorio conforme alle tradizioni locali avrebbe favorito, meglio di qualsiasi altra misura, il mantenimento dell'ordine e della stabilità politica ⁽¹⁴⁹⁾.

Alla fine degli anni Venti dell'Ottocento anche il governo di Bombay scelse di aderire al modello di polizia sperimentato a Madras elaborando un sistema fondato, principalmente, « on the ancient usages of the country » ⁽¹⁵⁰⁾.

5. *Produzione agricola e criminalità rurale: l'indaco del Bengala.*

The lawless violence of Indigo planters in the interior of the country was strongly unimadverted upon in the circular orders issued by Government on 13 and 20 July 1810; and we see with regret that it has not yet been repressed ⁽¹⁵¹⁾.

Alla fine degli anni Venti dell'Ottocento la *Court of Directors* manifestò forte preoccupazione rispetto ai casi criminali riguardanti gli imprenditori europei residenti nel *mofussil* ⁽¹⁵²⁾. In una lettera indirizzata al governo del Bengala, datata 6 agosto 1828, la Corte segnalava come i processi di produzione dell'indaco fossero connotati da un continuo impiego di metodi illegali e come, proprio in virtù del massiccio ricorso alla coercizione fisica, esistesse in India un vero e proprio “mercato” della violenza.

Citando i numerosi resoconti dei magistrati e dei giudici della

⁽¹⁴⁸⁾ *Copy of a Letter in the Judicial Department*, cit., p. 298.

⁽¹⁴⁹⁾ Ivi, pp. 298-300.

⁽¹⁵⁰⁾ *Regulations passed by the government of Bengal, Fort St. George, and Bombay, in the year 1827*, in PP, 1829, XXIII, n. 201, pp. 144-167.

⁽¹⁵¹⁾ *Extract from Judicial Letter to Bengal, dated 6th August 1828*, in PP, 1812-13, XVIII, n. 142, pp. 288-291.

⁽¹⁵²⁾ *Ibidem*.

presidenza, l'organo della Compagnia sosteneva che nelle aree dell'interno operassero categorie di lavoratori armati i quali, incaricati di proteggere le proprietà e i raccolti dei coltivatori, venivano spesso impiegati per obbligare i contadini a pagare gli arretrati, per distruggere o sottrarre i raccolti alle terre confinanti, per convertire in maniera forzata i terreni dei proprietari nativi alla coltura dell'indaco ⁽¹⁵³⁾.

La *Court of Directors* si mostrò poi fortemente insoddisfatta delle politiche governative in tema di concessione delle licenze di residenza. Nella lettera ricordava la vicenda di un produttore europeo del distretto di Dacca Jelalpore, Mr. Dunlop, più volte imputato in procedimenti criminali per atti di violenza commessi a discapito di abitanti nativi. I giudizi a carico del produttore europeo erano stati tutti accantonati a causa dell'insufficienza delle prove o a seguito della ritrattazione delle accuse da parte delle vittime, terrorizzate dall'idea di possibili ritorsioni ⁽¹⁵⁴⁾. Secondo la *Court of Directors* sebbene i procedimenti a carico dell'imprenditore non avessero portato ad una condanna v'erano elementi sufficienti per espellere l'uomo dalle aree dell'interno della presidenza.

In chiusura della lettera la *Court of Directors* ordinava al governo di indicare i nomi degli europei residenti nel *mufussil* e verificare con la massima sollecitudine la regolarità delle loro licenze ⁽¹⁵⁵⁾.

La lettera del 6 agosto 1828 segnalava un profondo cambiamento degli indirizzi politici dell'amministrazione coloniale in ordine all'ammissione e alla permanenza degli europei in colonia.

⁽¹⁵³⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁵⁴⁾ Nella lettera del 6 agosto 1828 veniva riportata l'opinione del *district-magistrate* di Jelalpore sull'indole criminale dell'imprenditore europeo: «That Mr Dunlop's name does inspire terror into the breasts not only of the poor ryots in his vicinity, but even in those of the opulent zemindars, is a fact which I am sufficiently ready to admit, and that this terror must have its foundation in Mr. Dunlop's violence seems a legitimate inference; but I may be allowed to remark, that it might be the consequence of Mr. Dunlop's past conduct as well as of his present, and it is for his Lordship in Council to determine whether a circumstance of this kind, or even the character for violence which is generally ascribed to Mr. Dunlop, is sufficiently definite to be received as proof against him». *Ibidem*.

⁽¹⁵⁵⁾ Sul punto, KOLSKY, *Colonial Justice*, cit., pp. 27-44.

Se tra la fine del Settecento e gli inizi dell'Ottocento l'amministrazione inglese del Bengala aveva seguito una politica restrittiva in ordine alla colonizzazione delle aree rurali da parte dei produttori europei, a partire dagli anni Venti dell'Ottocento gli indirizzi dell'amministrazione coloniale iniziarono a mutare sensibilmente: nel 1824 il governo del Bengala aveva concesso ad alcuni imprenditori europei, interessati alla produzione e al commercio di caffè, il privilegio di occupare per lunghi periodi di tempo, sulla base di contratti di *long-term lease*, le aree rurali della presidenza ⁽¹⁵⁶⁾.

Alla fine degli anni Venti dell'Ottocento gli imprenditori europei residenti in colonia iniziarono a rivendicare parità di trattamento rispetto ai produttori di caffè. Il 29 gennaio 1829, ad esempio, alcuni mercanti residenti nella capitale scrissero a Lord William Bentinck, governatore generale del Bengala dal 1828 al 1833 e governatore generale dell'India dal 1833 al 1835, chiedendo che anche i produttori di indaco venissero autorizzati a stipulare contratti di *long-term lease*. Riferendosi alle denunce di violenza segnalate nel corso degli anni i mercanti sostenevano che fosse proprio il regime di restrizioni, il quale impediva di salvaguardare gli interessi commerciali attraverso strumenti giuridici, a provocare una situazione di illegalità ed incontrollato disordine ⁽¹⁵⁷⁾.

Avallando l'interpretazione offerta dai mercanti di Calcutta, nel febbraio 1829 il governo del Bengala ne accolse le richieste ⁽¹⁵⁸⁾.

Come è stato notato da Elizabeth Kolsky nel secondo quarto del secolo XIX si verificò, in seno all'amministrazione coloniale, una radicale inversione dell'ordine del discorso che per anni aveva supportato l'esistenza del regime delle restrizioni ⁽¹⁵⁹⁾. Tra la fine degli anni Venti e gli inizi degli anni Trenta dell'Ottocento gli ufficiali della *East India Company* iniziarono a ricollegare la circostanza di un libero e diretto contatto tra produttori europei e

⁽¹⁵⁶⁾ *Extract letter from the Court of Directors to the Governor-general in Council at Bengal (Revenue Department) dated 8th July 1829*, in PP, 1812-13, VIII, n. 142, pp. 270-272.

⁽¹⁵⁷⁾ *Memorial from the principal Merchants at Calcutta to the Governor-general in Council at Bengal, dated 28th January 1829*, in PP, 1812-13, VIII, n. 142, pp. 272-273.

⁽¹⁵⁸⁾ *Resolution of the Government of Bengal (Revenue Department), dated 17th February 1829*, in PP 1812-13, VIII, n. 142, p. 273.

⁽¹⁵⁹⁾ KOLSKY, *Codification*, cit., p. 645.

coltivatori indiani al potenziale civilizzatore della colonizzazione britannica dell'India; allo stesso tempo, avviarono una riflessione politica sulla necessità di superare le disparità giuridiche e processuali tra i sudditi della colonia attraverso l'unificazione dei differenti sistemi giurisdizionali indiani.

L'amministratore coloniale Charles Metcalfe fu uno tra i primi ufficiali della *East India Company* a sostenere che l'unico inconveniente alla « libera colonizzazione » indiana da parte dei produttori europei fosse rappresentato dall'esistenza di un apparato giurisdizionale, quello delle *Supreme Courts of Judicature*, il cui funzionamento era del tutto indipendente dagli organi del governo ⁽¹⁶⁰⁾.

Non furono poche né prive di rilievo politico le richieste, avanzate a partire dagli anni Trenta dell'Ottocento, di riconsiderazione del ruolo coloniale e dei poteri delle *Crown's courts*.

La richiesta di una ridefinizione dei meccanismi di amministrazione della giustizia era dettata principalmente da ragioni di natura politica strettamente connesse con il governo dei territori periferici. I meccanismi predisposti dalla Corona britannica per la cattura e il giudizio degli europei erano del tutto insufficienti ad assicurare il rispetto e l'applicazione della legge penale nelle aree rurali. Fino a quando gli *European-subjects* fossero stati soggetti all'esclusiva giurisdizione delle corti delle *Presidency towns*, l'amministrazione inglese avrebbe avuto scarso controllo su questa turbolenta categoria di sudditi coloniali ⁽¹⁶¹⁾.

Così come Charles Metcalfe anche il governatore Bentinck, fermamente intenzionato ad eliminare le restrizioni imposte ai produttori, sosteneva che la diffusione in colonia dello "spirito europeo" avrebbe garantito, meglio di qualsiasi altro intervento, il be-

⁽¹⁶⁰⁾ Si veda, in particolare, *Minute of Sir Charles Metcalfe, dated 19th February 1829*, in *Report from the Select Committee on the affairs of the East India Company with minutes of evidence in six parts, and appendix and index to each*. in PP, 1831-1832, VIII, n. 734, p. 274.

⁽¹⁶¹⁾ KOLSKY, *Codification*, cit., e ID., *Colonial Justice*, cit; è merito di Elizabeth Kolsky avere individuato la strettissima connessione tra la questione della "colonizzazione" delle aree rurali da parte degli imprenditori europei e la codificazione del diritto penale e processuale.

nessere dei sudditi nativi ⁽¹⁶²⁾. Il discorso che il governatore aveva elaborato per giustificare le sue posizioni faceva diretto riferimento alla necessità di rimediare, attraverso il contatto con una civiltà superiore, alla disastrosa situazione dei territori del *mofussil*. Secondo Bentinck era innegabile che la grande maggioranza della popolazione rurale visse in uno stato di assoluta povertà e ignoranza e fosse costantemente preda delle bande armate di briganti ⁽¹⁶³⁾.

Tuttavia le argomentazioni offerte dal governo per giustificare una politica di apertura rispetto all'ingresso degli europei in colonia consistevano, principalmente, in valutazioni di carattere economico. Nel settembre 1828 la *Courts of Directors* aveva comunicato l'intenzione di abbandonare il commercio dei prodotti di cotone nei territori del Bengala e Madras: attraverso l'utilizzo dei telai meccanici i manufatti di cotone fabbricati in Inghilterra erano divenuti, in termini di qualità e di prezzo, di gran lunga più convenienti dei corrispondenti prodotti indiani rendendo insostenibile la concorrenza sul mercato. Anche le mussole di Dacca, e in generale l'intero commercio della seta, avrebbero presto subito il medesimo destino a causa dei bassi costi delle materie prime in Inghilterra e la concorrenza dei fazzoletti di seta britannici ⁽¹⁶⁴⁾.

Secondo il governatore Bentinck tutte queste circostanze, nel rendere manifeste le capacità imprenditoriali britanniche, dimostravano come il libero ingresso in colonia degli imprenditori inglesi, e la conseguente circolazione di competenze e capitali, avrebbero risollevato le produzioni indiane rinforzando i mercati di seta e

⁽¹⁶²⁾ *Minute of the Governor-general, dated 30th May 1829*, in PP, 1831-1832, VIII, n. 734, pp. 274-280.

⁽¹⁶³⁾ Secondo Bentinck: « To question it is to deny the superiority which has gained us the dominion of India: it is to doubt whether national character has any effect on national wealth, strength and good government: it is to shut out our eyes to all perils and difficulties of our situation: it is to hold as nothing community of language, sentiment and interest, between the Government and the governed: it is to disregard the evidence afforded by every corner of the globe in which the British flag is hoisted: it is to tell our merchants and manufacturers that the habits of a people go for nothing in creating a market, and that enterprise, skill and capital, and the credit which creates capital, are of no avail in the production of commodities ». *Ibidem*.

⁽¹⁶⁴⁾ Ivi, pp. 274-275.

cotone e avviando nuovi commerci con l'Europa: « No stronger argument can be adduced in favour of the present proposition than is exhibited by the effects which European skill and machinery have produced against the prosperity of India » (165).

Per offrire piena legittimazione ai nuovi indirizzi di politica interna — il governo ne era consapevole — era tuttavia necessario dimostrare l'infondatezza delle argomentazioni teoriche che, per lungo tempo, avevano giustificato il regime delle restrizioni. Tra la fine del Settecento e gli inizi dell'Ottocento era opinione comune che il contatto diretto tra gli abitanti indigeni delle aree rurali e una comunità europea priva di restrizioni avrebbe condotto a preoccupanti stravolgimenti dell'ordine e della pace sociale della colonia. La libera ammissione degli europei in India, e la conseguente occupazione di terre, avrebbero accresciuto il peso degli imprenditori occidentali a scapito delle popolazioni locali: così come avvenne nelle Americhe, la popolazione nativa, assoggettata ad un regime di violenza e oppressione da parte dei produttori, avrebbe presto reclamato l'indipendenza e manifestato ostilità nei confronti del governo inglese (166).

Per contestare queste rappresentazioni sul futuro della società coloniale, il governatore Bentinck faceva notare come le comunità native, specialmente quelle indù, avessero mutato già da tempo il loro atteggiamento nei confronti degli abitanti inglesi della colonia: le giovani generazioni erano aperte allo studio della lingua, della letteratura, delle scienze inglesi e manifestavano interesse verso la cultura europea. Sosteneva poi che i grandi miglioramenti registrati nei distretti rurali del Bengala fossero una diretta conseguenza dello sviluppo dell'industria dell'indaco: ogni stabilimento di proprietà europea rappresentava, nell'opinione di Bentinck, « il centro di un circolo di miglioramento » capace di elevare « le persone in esso impiegate e gli abitanti delle immediate vicinanze, al di sopra del livello generale della popolazione » (167).

Un'ulteriore circostanza avrebbe dovuto assicurare la *East India Company* sui pericoli di disordine politico: non poteva negarsi

(165) Ivi, p. 275.

(166) Ivi, pp. 274-280.

(167) Ivi, p. 277. Traduzione mia.

che l'India difettasse di uno spirito condiviso di nazionalità e fosse pertanto incapace di sviluppare sentimenti di patriottismo potenzialmente pericolosi per la stabilità del paese. Sebbene convivessero pacificamente, i sudditi indiani sarebbero sempre stati divisi da motivi di carattere religioso:

These last-mentioned circumstances, which have in all ages rendered it comparatively easy to subjugate India, seem calculated to facilitate the settlement of our countrymen among them; but they must at the same time operate to prevent such settlement to assume the shape ordinarily exhibited on the introduction of a new race into a country ⁽¹⁶⁸⁾.

Anche Bentinck riteneva necessario subordinare la libera colonizzazione delle aree rurali alla revisione del sistema giurisdizionale indiano. Il governatore non aveva dubbi sulle linee generali da seguire nel riformare il sistema di amministrazione della giustizia: incrementare notevolmente i poteri del governo coloniale e delle corti del *mofussil*; ridimensionare sensibilmente il ruolo delle *Supreme Courts of Judicature* ⁽¹⁶⁹⁾.

Per quanto il discorso di Bentinck potesse essere persuasivo — facendo leva sui due “pilastri” della retorica coloniale: la civilizzazione e l’incremento della produzione agricola e manifatturiera — il governatore indiano non poteva tuttavia tacere che le violenze commesse dai produttori europei a danno della popolazione nativa continuassero a costituire un fenomeno criminale temutissimo ed assai poco controllabile. La strategia utilizzata per eludere l’argomento consisteva nel minimizzare gli episodi di violenza addebitati ai produttori e ricollegare tali vicende criminali alla posizione precaria degli *European-subjects* residenti in colonia: esclusi dai benefici del possesso fondiario, i sudditi europei non potevano supportare le loro pretese attraverso mezzi legali ⁽¹⁷⁰⁾.

Secondo Bentinck, grazie alla riforma invocata i nuovi colonizzatori europei, animati esclusivamente da interessi di natura economica, non avrebbero avuto motivo di violare la legislazione criminale

⁽¹⁶⁸⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁶⁹⁾ Ivi, p. 280.

⁽¹⁷⁰⁾ Ivi, p. 277.

della presidenza del Bengala. In ogni caso, ricordava Bentinck, il disvalore provocato dagli episodi di violenza era di gran lunga compensato dagli effetti benefici della presenza europea nelle aree del *mofussil*:

Breaches of the peace being necessarily brought to public notice, the individual instances of misconduct appear under the most aggravated colours; but the numerous nameless acts, by which the prudent and orderly, while quietly pursuing their own interests, have contributed to the national wealth, and to the comfort of those around them, are unnoticed and unknown ⁽¹⁷¹⁾.

Gli argomenti utilizzati dal governo del Bengala a sostegno dei nuovi indirizzi di politica interna non convinsero la *Court of Directors*. In particolare, in una lettera datata 8 luglio 1829 l'organo direttivo della Compagnia rimproverava al governo di avere escluso dalla risoluzione del febbraio 1829, con la quale era stato concesso agli imprenditori europei di stipulare contratti di *long-term lease*, qualsiasi norma che riservasse all'esecutivo il potere di rescindere i contratti in caso di cattiva condotta dei produttori, rinunciando così ad un potentissimo e indispensabile strumento di controllo.

In ogni caso la Corte approvò la risoluzione del governo limitandosi a imporre che i contratti stipulati con gli imprenditori avessero una durata massima non superiore a ventuno anni ⁽¹⁷²⁾. L'indirizzo politico suggerito dalla *Court of Directors* differiva profondamente da quello proposto dal governo del Bengala: « The permission granted by you in 1824 to certain Europeans to hold portions of land on lease [...] cannot, and must not, be drawn into a precedent » ⁽¹⁷³⁾.

6. *Cenni conclusivi.*

Durante le prime fasi della dominazione coloniale, dalla seconda metà del Settecento e fino agli anni Trenta dell'Ottocento, la madrepatria britannica, influenzata dalle particolari rappresentazioni

⁽¹⁷¹⁾ *Ibidem.*

⁽¹⁷²⁾ *Extract Letter from the Court of Directors to the Governor-general in Council at Bengal (Revenue Department), dated 8th July 1829, cit., p. 271.*

⁽¹⁷³⁾ *Ibidem.*

della realtà indiana di volta in volta offerte dagli “osservatori” metropolitani dell’universo extraeuropeo, sperimentò in India modelli di costituzione e governo sconosciuti all’Occidente e suscettibili di differenziazioni interne dipendenti tanto dalla “geografia” della colonia quanto dallo status dei suoi sudditi.

E così, all’interno delle *Presidency towns* la Gran Bretagna, preoccupata di arginare il potere del governo coloniale e diffondere in India elementi della giustizia regia, elaborò un modello istituzionale di governo del territorio che riproduceva, in qualche misura, alcune delle tradizionali caratteristiche del sistema inglese. Tra tutte: l’esistenza di corti di giustizia indipendenti dalle autorità amministrative locali e funzionanti, principalmente, secondo le regole del *common law*. Paradossalmente erano gli abitanti europei delle capitali, preoccupati dai poteri e della sfera di autonomia delle corti, a denunciare l’illegittima violazione dei diritti “naturali” dei sudditi inglesi (174).

Per tutti questi motivi è possibile affermare che la dimensione giuridica e istituzionale delle città capitali sfuggiva, per molti aspetti, alle regole della governamentalità coloniale indiana. Naturalmente, lo abbiamo visto in precedenza, anche all’interno delle *Presidency towns* esistevano notevoli motivi di disparità tra “sudditi” e “dominatori” coloniali.

Nelle aree dell’interno del subcontinente (*mofussil*), invece, l’amministrazione coloniale aveva implementato un modello eccezionale di governo del territorio, legittimato attraverso il ricorso a particolari chiavi concettuali (quali ad esempio, il “dispotismo orientale”), frutto di un compromesso tra differenti esigenze politico-amministrative: da un lato, la progressiva rivendicazione dell’esercizio esclusivo della forza nella dimensione pubblica; dall’altro lato, il riconoscimento di un ruolo “ufficiale” ad alcune delle autorità feudali, giuridiche e religiose, della società indiana.

Il modello del *mofussil* si rivelò, tuttavia, di difficile gestione. L’amministrazione coloniale, da un lato, modificò il diritto penale “tradizionale” e il sistema processuale al fine di ottenere un maggiore controllo negli affari della giustizia; dall’altro lato, intervenne

(174) TRAVERS, *Contested Despotism*, cit., pp. 193, ss.

nei sistemi di gestione del territorio proponendo modelli conformi alle tradizioni delle comunità indigene (si pensi ad esempio al caso di Madras). In ogni caso dovette affrontare difficoltà inattese e poco prevedibili: la violenza della polizia, gli abusi dei produttori europei.

A partire dagli anni Trenta dell'Ottocento la *East India Company*, alle prese con la crescente affermazione delle dottrine del libero commercio, iniziò a ripensare il modello costituzionale indiano. Le proposte di un nuovo sistema di governo (oscillanti tra la necessità di rivedere il ruolo delle *Crown's court*, ammettere i nativi all'amministrazione della giustizia, eliminare le restrizioni imposte agli europei, inaugurare nuovi sistemi a metà strada tra impresa e politica) si intrecciarono con uno dei più rilevanti dibattiti della storia istituzionale dell'India britannica: la codificazione del diritto.

PARTE SECONDA
COLONIALISMO E CODIFICAZIONE

CAPITOLO PRIMO

UN CODICE PENALE PER L'INDIA BRITANNICA

1. *World history* e riletture della vicenda coloniale. — 2. Diritto e cittadinanza coloniale: John Miller e la questione delle “fonti”. — 3. Una proposta di “risistemazione” del diritto: l’apertura agli elementi giuridici nativi. — 4. Il caso di Ceylon: *trial by jury* per i sudditi indigeni e codificazione del diritto locale. — 5. « *An enlightened and paternal despotism* »: le proposte Macaulay. — 6. L’*Indian Penal Code* e il “Penitenziario”.

1. *World history e riletture della vicenda coloniale.*

Le logiche della dominazione coloniale indiana, così come le sperimentazioni giuridiche che ne costituirono il prodotto, appaiono segnate da una forte contraddizione. Il rapporto tra Inghilterra e India si presenta come una vicenda di colonizzazione normativa che, per un verso, tendeva a sovrapporre alla dimensione locale gli istituti del *common law* e, per l’altro verso, sperimentava un sistema codicistico di impossibile attuazione nella madrepatria. Fermamente intenzionati ad abrogare le leggi della tradizione locale, gli amministratori coloniali presentavano il modello codicistico come uno strumento idoneo a liberare i sistemi di diritto indiano dalle maglie oscure delle interpretazioni giudiziali e delle dottrine. Chi ha familiarità con la storia giuridica dell’Inghilterra dell’Ottocento sa quanto quest’ordine discorsivo sia stato inefficace nel determinare un processo di codificazione del diritto inglese. Alla luce dell’esempio indiano possiamo tuttavia domandarci: è possibile che gli esperimenti giuridici della colonia abbiano reagito sulle vicende della madrepatria interferendo, in qualche misura, con gli assetti giuridici interni? Più in generale, nel raccontare la vicenda della codificazione del diritto indiano, è possibile ricomprendere la dimensione coloniale e quella metropolitana nella medesima prospettiva metodologica?

La storiografia recente ha mostrato come, nel corso dell’Otto-

cento, eventi interni a contesti non occidentali abbiano in qualche caso superato i loro naturali confini geografici producendo straordinarie e talvolta inaspettate conseguenze anche nell'Occidente. In un saggio intitolato *La nascita del mondo moderno 1780-1914*, ad esempio, Christopher A. Bayly ha mostrato « l'interconnessione e l'interdipendenza dei cambiamenti politici e sociali a livello planetario » nel periodo storico del “lungo” Ottocento (1). Ripercorrendo « il sorgere di uniformità globali nello Stato, nella religione, nelle ideologie politiche e nella vita economica » (2), il saggio di Bayly ha dimostrato come eventi e tendenze storiche di matrice europea e americana abbiano agito all'esterno della dimensione occidentale e come, di converso, eventi storici esterni all'Occidente abbiano reagito su questa dimensione producendo convergenze nelle organizzazioni statali e « nelle forme dell'agire umano », ibridazioni (nell'ordinamento, nell'ideologia, nell'arte), ma anche scontri tra i membri delle diverse società (3). Nel saggio di Bayly, la storia della nascita del mondo moderno è propriamente una *world history* la quale può legittimamente rifiutare « l'idea che esista una qualunque contraddizione fra lo studio del frammento sociale e dei subalterni e quello dei grandi processi che costruiscono la modernità » (4). Senza metterne in discussione il carattere “globale”, è tuttavia possibile scomporre la trama della narrazione e rintracciare al suo interno i racconti — tutti dinamici e ricchissimi di interconnessioni ed interdipendenze — delle vicende particolari di singoli contesti politici.

Da vari anni, in verità, differenti settori della storiografia suggeriscono di abbandonare, nella descrizione del rapporto tra l'Occidente e le colonie, una prospettiva di mero “eurocentrismo” e di

(1) BAYLY, *La nascita*, cit., p. XIX.

(2) *Ibidem*.

(3) Secondo Bayly i meccanismi di formazione del paradigma della “modernità” coincisero con i processi “globali” di costruzione dello Stato ottocentesco, i quali operarono secondo tendenze e linee politiche comuni tanto in Europa quanto nell'universo extra-europeo e si risolsero, principalmente, nella tendenza all'accentramento amministrativo, alla crescente affermazione delle pretese statali nei confronti dei sudditi. Per una lettura critica del saggio di Bayly si veda M. MERIGGI, *Come nacque la modernità?*, in « Il mestiere di storico », I (2009) 1, pp. 52-54.

(4) G. CALVI, *Storiografie sperimentali: genere e world history*, in « Storica », XLIII-XLV (2009), pp. 393-432.

ricercare, allo tempo stesso, metodologie della ricerca più sensibili alla visione d'insieme, al “globale” (5): si pensi alle prospettive di studio della *world/global history*, impegnata nella ricerca di processi di convergenza globale, ai percorsi dei *postcolonial studies*, alle metodologie sperimentali dei *subaltern studies* (6), alle proposte di “provincializzare” l'Europa (7). Tutti questi approcci metodologici appaiono utilissimi per descrivere il carattere “dinamico” delle sperimentazioni giuridiche coloniali indiane.

Il rapporto tra l'Inghilterra e la sua colonia indiana costituisce un campione significativo dell'incidenza transnazionale dei procedimenti di formazione dello Stato moderno. Sperimentando un grado di intrusività sconosciuto ai regimi preesistenti, in colonia come in madrepatria lo Stato ottocentesco operò internazionalmente per eliminare le differenze di status tra i suoi sudditi e rivendicare così il monopolio della sfera della giustizia e della punizione; procedette poi a ridefinire il campo “simbolico” della giustizia cercando di escludere le pene brutali dall'ordinamento criminale, di stigmatizzare e criminalizzare le condotte antisociali esprimendo, così, « il desiderio generale di civilizzare e gestire le popolazioni nazionali come quelle coloniali » (8).

In secondo luogo, durante il corso dell'Ottocento le evoluzioni legislative indiane hanno in qualche caso superato i confini della colonia riuscendo ad interferire con le riforme del sistema giuridico della madrepatria rispetto ad almeno tre differenti punti di vista: i codici indiani — i quali costituivano il risultato di un'attività legislativa protrattasi per quasi cinquanta anni (1833-1882) — offrono

(5) Un tentativo di superare la visione eurocentrica nella descrizione del rapporto tra Europa e Asia già in BORSA, *L'India moderna*, cit., pp. 140-141. Per una ricostruzione degli approcci sperimentali della storiografia si rinvia a CALVI, *Storiografie sperimentali*, cit.; L. DI FIORE, M. MERIGGI, *World History. Le nuove rotte della storia*, Roma-Bari, Laterza, 2011.

(6) Per una ricostruzione della metodologia dei *postcolonial* e dei *subaltern studies*, S. MEZZADRA, prefazione al volume R. GUHA, G. C. SPIVAK, *Subaltern Studies. Modernità e (post) colonialismo*, ombre corte, 2002, cit., pp. 10-11; MEZZADRA, *La condizione postcoloniale*, cit.; si veda anche G. ASCIONE, *A sud di nessun Sud. Postcolonialismo, movimenti antisistemici e studi decoloniali*, Bologna, Emil di Odoja, 2009.

(7) Il riferimento è a CHAKRABARTY, *Provincializing*, cit.

(8) BAYLY, *La nascita del mondo moderno*, cit., p. 314.

lo spunto per modificare alcune regole giuridiche del diritto criminale inglese, tra le quali quella del *felony murder*; influenzarono il dibattito tardo-ottocentesco sulla codificazione del diritto e, più in generale, sulla riorganizzazione delle sue fonti; favorirono la preparazione del *Criminal Code Bill* del 1878 ⁽⁹⁾.

Considerando le numerosissime connessioni tra le sperimentazioni giuridiche coloniali e le esperienze legislative compiute nella madrepatria britannica durante il corso dell'Ottocento, sembra legittimo tentare di raccontare la vicenda della codificazione del diritto tra India e Inghilterra come un episodio "unico", una storia che ha accomunato la dimensione coloniale e quella metropolitana rendendole entrambe protagoniste. Naturalmente, era l'Inghilterra e non l'India il principale promotore del progetto di riforma del sistema giuridico coloniale: durante il corso dell'Ottocento i giuristi e gli amministratori inglesi vicini ad un orizzonte riformista riguardante tanto la madrepatria quanto le colonie presentavano le loro proposte di riforma in India; in alcuni casi descrivevano le esperienze legislative coloniali nelle loro opere scientifiche e nei testi di divulgazione, utilizzando il campione indiano come un modello per la riorganizzazione dei sistemi di diritto della madrepatria. In questo senso, la dimensione coloniale ha costituito per l'Inghilterra un "terreno franco" di sperimentazione, un laboratorio volto ad implementare nuovi modelli giuridici da riproporre successivamente in madrepatria.

I legislatori coloniali, consapevoli delle peculiarità dell'universo indiano, credevano che la natura dispotica del regime politico avrebbe favorito i processi di codificazione del diritto. Non a caso, il compito di produrre il codice di diritto avrebbe dovuto essere affidato a una piccola commissione legislativa di giuristi inglesi. Anche in assenza di qualsiasi forma di comunicazione tra dominatori e sudditi rispetto ai processi di produzione normativa, gli indigeni dell'India sarebbero stati garantiti dai pericoli di un esercizio arbi-

⁽⁹⁾ In più, dato assai interessante, l'*Indian Penal Code* ha costituito il modello di riferimento dei codici penali dell'Africa centrale e orientale, e in particolare del codice penale del Sudan (1899), influenzando anche la legislazione penale dell'Eritrea italiana. Si veda, E. GUTTMANN, *The Reception of the Common Law in Sudan*, in « The International and Comparative Law Quarterly », VI (1857) 3, pp. 401-417.

trario dei poteri di governo: sebbene dispotico, il governo coloniale era pur sempre illuminato e operava nell'interesse della collettività. Un legislatore esterno alla colonia — sosteneva ad esempio Thomas Babington Macaulay — avrebbe assicurato la predisposizione in tempi brevi di un nuovo corpo di diritto evitando tutti i problemi delle assemblee legislative: « A quiet knot of two or three veteran jurists is an infinitely better machinery for such a purpose than a large popular assembly, divided, as such assemblies almost always are, into adverse factions »⁽¹⁰⁾.

« Il governo dispotico di un popolo libero su di una colonia » avrebbe garantito, meglio di un regime politico rappresentativo, il successo del processo di codificazione⁽¹¹⁾. La particolare posizione di sudditanza degli indigeni dell'India incideva non poco sul processo di produzione del codice definendone gli obiettivi e i limiti di legittimità. E infatti la diversa legittimazione teorica della “necessità di codificare” tra India e Inghilterra segnava una vistosa differenza discorsiva nei movimenti coloniale e metropolitano per la riforma del diritto. Le ragioni che imponevano la codificazione in India erano principalmente di natura pratica e coincidevano, grosso modo, con la necessità di fornire ai giudici coloniali uno strumento per l'amministrazione della giustizia: la riforma legislativa avrebbe assicurato ai giudici europei una posizione di privilegio all'interno delle corti di giustizia a discapito degli interpreti nativi del diritto indù e musulmano. Gli *Advocates* della codificazione inglese insistevano, invece, sulla necessità di migliorare lo stato delle fonti, trasponevano le regole giuridiche per iscritto e liberando il diritto da inutili “tecnicismi”, al fine di rendere il sistema normativo comprensibile ai sudditi, suscettibile di studio sistematico e di applicazioni costanti e uniformi⁽¹²⁾.

⁽¹⁰⁾ Citato in STOKES, *The English Utilitarians*, cit., p. 179.

⁽¹¹⁾ L'espressione citata è di H.S. MAINE, *The Effects of Observation*, cit., ed è riportata in MEZZADRA, RIGO, *Diritti d'Europa*, cit., p. 182.

⁽¹²⁾ Per una panoramica di questi temi, G. J. POSTEMA, *Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford, Clarendon Press, 1986; D. LIEBERMAN, *The Province of Legislation Determined: Legal Theory in Eighteenth-Century Britain*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989; P. SCHOFIELD, *Jeremy Bentham and Nineteenth-Century English Jurisprudence*, in « Journal of Legal History », XII, 1991, 1, pp. 58-88; K.J.M. SMITH, *Lawyers, Legislators and Theorists. Developments in English Criminal Jurisprudence*

Partendo da queste premesse metodologiche, la seconda parte di questo lavoro intende dunque affrontare la vicenda “transcontinentale” della codificazione del diritto indiano cercando di offrire una trattazione per molti versi originale. A dispetto delle innumerevoli connessioni tra le esperienze legislative della colonia e della madrepatria, il contesto indiano è stato a lungo trascurato dagli storici della codificazione inglese: in un saggio del 2005, la storica Elizabeth Kolsky lamentava che vi fosse « a dearth of scholarship on the history of codification and empire and fewer “intertwined” histories that place codification in European metropolises and colonial locales in a unitary field of analysis »⁽¹³⁾. Tenteremo dunque di colmare questa lacuna e mostrare — partendo dall’analisi dei tentativi inglesi di riforma del diritto criminale dei secoli XVIII e XIX, passando per il processo di codificazione indiano, approdando infine alle proposte e ai tentativi di codificazione dell’Inghilterra del tardo Ottocento — il carattere dinamico delle sperimentazioni giuridiche coloniali.

2. *Diritto e cittadinanza coloniale: John Miller e la questione delle “fonti”.*

La vicenda inglese di riforma del diritto criminale è grosso modo nota. Durante il corso del secolo XVIII la legislazione statutaria d’Inghilterra aveva esteso in maniera vertiginosa il numero dei reati punibili con la pena di morte e aveva ricompreso nel novero di questo terribile elenco (noto come *bloody code*, un corpo di circa

1800-1957, Oxford, Clarendon Press, 1998; M. LOBBAN, *Legal Theory and Judge-Made Law in England, 1850-1920*, in « Quaderni Fiorentini », LX (2011), pp. 553-594; D. FREDA, *Stare Decisis? Il giudice assediato nell’Inghilterra dell’Ottocento*, in « Quaderni Fiorentini », XL (2011), pp. 518-521; ID., « Una dispotica creazione ». *Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell’Ottocento*, Torino, Giappichelli, 2012; A. BRAUN, *The English codification debate and the role of jurists in the development of legal doctrines*, in *The Impact of Ideas on Legal Development*, a cura di M. Lobban e J. Moses, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 204-225.

⁽¹³⁾ KOLSKY, *Codification*, cit., p. 632. Sui tentativi di sviluppare in madrepatria il sistema codicistico sperimentato in colonia si veda il saggio di LOBBAN, *Legal Theory*, cit. Sul punto, brevemente, anche A. CADOPPI, *Common Law e principio di legalità*, in « Quaderni Fiorentini », XXXVI (2007), pp. 1161-1201, in part. pp. 1164-1181.

duecento *statutes*) fattispecie criminali assai poco gravi: il borseggio, il furto del valore di quaranta scellini, l'inosservanza dei divieti di caccia. È altresì noto che a dispetto delle « minacciose grida del legislatore »⁽¹⁴⁾ la sanzione capitale veniva inflitta di rado in Inghilterra e che tale profondissimo scarto tra dettato legislativo e pratica sanzionatoria rendeva oltremodo incerta l'applicazione del diritto penale⁽¹⁵⁾. Sconcertati dall'inefficacia del sistema criminale, i giuristi inglesi non rimasero a lungo indifferenti ai difetti della giustizia del regno: a partire dalla fine del Settecento la letteratura giuridica iniziò a costituire uno strumento di denuncia contro il ricorso indiscriminato alla sanzione criminale (ben nota è al riguardo la posizione espressa da William Blackstone nell'opera *Commentaries on the Law of England*, 1765-1769) rivelando una crescente insofferenza verso l'inflessibile applicazione della dottrina della *maximum severity of punishment* (si pensi, in particolare, al saggio di William Eden *Principles of Penal Law*, 1771)⁽¹⁶⁾.

Agli inizi dell'Ottocento la battaglia contro l'eccessiva severità delle sanzioni criminali venne portata in Parlamento. In un discorso reso presso la *House of Commons* nel maggio 1808 Samuel Romilly, giurista d'*equity* di eccezionale fama e membro del Parlamento dal 1806, denunciò che il diritto penale inglese fosse severissimo ma discontinuo — inequivocabile prova della mancata recezione in Inghilterra degli insegnamenti di Cesare Beccaria — e che fosse proprio l'estensione ipertrofica della sanzione capitale a comportare la costante disapplicazione della legislazione criminale e a viziare i meccanismi di amministrazione della giustizia⁽¹⁷⁾: rifacendosi ai

⁽¹⁴⁾ L'espressione è di ALESSI, *Il processo penale*, cit., p. 124.

⁽¹⁵⁾ Sul punto, ALESSI, *Il processo penale*, cit., pp. 124-125; P.R. GLAZEBROOK, *Criminal Law Reform. 2. England*, in *Encyclopedia of Crime and Justice* (4 Voll.), a cura di S.H. Kadish, New York, The Free Press, 1983, Vol. 2, pp. 490-500; L. FARMER, *Reconstructing the English Codification Debate: The Criminal Law Commissioners, 1833-45*, in «Law and History Review», XVIII (2000) 2, pp. 397-426, in part. pp. 405-407. In generale, sul movimento inglese per la riforma del diritto dal 1793 al 1832 (data dell'emanazione del *Reform Act*) si veda HOLDSWORTH, *History*, cit., Vol. XIII, pp. 259-308.

⁽¹⁶⁾ Sul punto GLAZEBROOK, *Criminal Law Reform*, p. 492-493.

⁽¹⁷⁾ Il discorso di Romilly si può leggere in *The Parliamentary Register or, An Impartial Report of the Debates that have occurred in the two Houses of Parliament, in the*

Commentaries di William Blackstone, Romilly ricordò al Parlamento la prassi in uso presso le giurie di verdetto di scartare parte delle prove a carico dell'imputato e condannare quest'ultimo per un reato di minore gravità rispetto a quello capitale (in pratica, i giurati si trovavano a scegliere tra l'obbedire ai doveri verso la collettività ovvero prestare ascolto ai doveri « di umanità »). In questa sede, Romilly chiese l'abolizione di uno statuto datato 1565 il quale classificava il reato di borseggio (*privately stealing from a person*) come *felony* punibile con la morte. Il tentativo di riforma riuscì ⁽¹⁸⁾.

Dopo circa due anni Romilly tentò nuovamente la strada dell'iniziativa parlamentare. In un discorso reso presso la *House of Commons* nel febbraio 1810 (successivamente pubblicato con il titolo di *Observations on the Criminal Law of England as it is relates to Capital Punishments and on the Mode in Which it is Administered* ⁽¹⁹⁾) il giurista chiese l'abolizione di alcuni *capital statutes* relativi al reato di furto di modico valore. Le argomentazioni utilizzate a supporto della sua richiesta riprendevano l'ordine discorsivo sperimentato nel 1808: il principale difetto del sistema di giustizia criminale d'Inghilterra consisteva nell'incertezza relativa all'applicazione del diritto; tale situazione era determinata dalla severità della legislazione criminale ed era amplificata dal potere dei giudici di remissione delle sentenze capitali (una prerogativa della Corona trasferita al giudiziario). Per Romilly, gli elementi da ultimo elencati rappresentavano un binomio pericolosissimo per il corretto funzionamento dei meccanismi di amministrazione della giustizia. Paradossalmente, se il giudice criminale avesse avuto le più ampie facoltà di scelta circa la sanzione da infliggere in ciascun singolo giudizio, potendo così modulare caso per caso l'intensità del potere punitivo, l'applicazione del diritto avrebbe sofferto un minor grado di arbitrarietà: il giudice, incaricato di selezionare la sanzione ritenuta più adeguata rispetto al caso concreto, avrebbe di certo evitato di

course of The Second Session of the Fourth Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Ireland, Vol. III, London, Printed for John Stockdale, Piccadilly, 1808, pp. 51-57. Sul punto, W.S. HOLDSWORTH, *History*, cit., Vol. XIII, pp. 274-281.

⁽¹⁸⁾ Lo statuto venne abolito attraverso il *Larceny Act* del 1808 (48 Geo. III, c. 129). Sul punto HOLDSWORTH, *History*, cit., Vol. XIII, p. 279.

⁽¹⁹⁾ London, 1810.

infliggere condanne sproporzionatamente severe essendo responsabile del suo operato agli occhi dell'opinione pubblica e del paese. Il sistema criminale d'Inghilterra combinava, invece, la massima severità della legge penale alla discrezionalità del giudiziario, limitata ma tuttavia radicale: l'individuazione della sanzione da infliggere era rimessa alla volontà del legislatore; il giudice criminale vantava invece un potere di remissione della sentenza da esercitare al ricorrere di circostanze determinate ma che era, tuttavia, privo di una specifica regolamentazione legislativa. Per Romilly, i difetti del sistema erano evidenti:

In this uncertain administration of justice, not only different judges act upon different principles, but the same judge, under the same circumstances, acts differently at different times. It has been observed, that in the exercise of this judicial discretion, judges, soon after their promotion, are generally inclined to great lenity; and that their practical principles alter, or as it is common expressed, they become more severe as they become more habituated to investigate the details of human misery and human depravity ⁽²⁰⁾.

Le proposte di Romilly non vennero approvate. Tuttavia, tra gli anni Venti e gli anni Trenta dell'Ottocento il "fronte" per la riforma del diritto criminale ottenne una significativa riduzione del numero dei reati capitali ed una parziale consolidazione del diritto statutario criminale grazie, da un lato, all'attività parlamentare di James Mackintosh e Robert Peel ⁽²¹⁾ e, dall'altro lato, al lavoro delle nume-

⁽²⁰⁾ Ivi, p. 19. In questa sede, Romilly ribadiva che il potere di determinare l'entità della punizione era di fatto rimesso alla discrezione di soggetti processuali istituzionalmente inadatti alla scelta della sanzione: al fine di evitare che venissero emanate sentenze capitali, i *prosecutors*, i giurati, i testimoni manipolavano le circostanze del caso venendo meno ai loro obblighi civili e ai loro giuramenti. Per tutti questi motivi era necessario mitigare la severità delle sanzioni, assicurare il rispetto della legge attraverso la certezza della pena, diffondere un sentimento di inesorabilità della punizione, raggiungere, attraverso interventi di carattere "strutturale", un grado di certezza prossimo alla perfezione: « All that can be done is, by vigilant police, by rational rules of evidence, by clear laws, and by punishments proportioned to the guilty of the offender, to approach as nearly to that certainty as human imperfection will admit », ivi, p. 21.

⁽²¹⁾ È noto che parte delle proposte formulate da Romilly vennero portate avanti grazie al lavoro di James Mackintosh e della commissione parlamentare istituita su

rosissime commissioni d'inchiesta nominate in quegli anni (tra il 1800 e il 1831 operarono più di sessanta *commissions of enquire*) (22).

È noto che accanto al tema dell'eccessiva severità delle sanzioni un altro argomento dominava, tra gli inizi dell'Ottocento e il 1832 (data di emanazione del *Reform Act*), il dibattito inglese relativo al sistema di giustizia criminale: la questione della ridefinizione della forma di espressione del diritto criminale e delle sue fonti. Tra gli anni Venti e gli anni Trenta dell'Ottocento vennero formulate varie proposte di riorganizzazione dei "sistemi" di diritto dell'Inghilterra (il *common law* e le sue fonti, da un lato, il sistema di *statute law*, dall'altro lato) (23). Tra queste, v'erano quelle del giurista John Miller, del *Lincoln's Inn*.

iniziativa di quest'ultimo (1819): la commissione raccomandò che dodici *statutes* obsoleti venissero abrogati e quindici modificati; che fosse portata avanti la proposta Romilly; che venisse consolidato il diritto statutario relativo al reato di *forgery*; che tale ultimo reato cessasse di costituire un'offesa capitale tranne in casi particolarissimi. Tra gli anni Venti e gli anni Trenta del secolo, poi, molti dei progetti di riforma si concretarono grazie al lavoro di Robert Peel: in particolare, trecentosedici *statutes* vennero consolidati in quattro *statutes* e vennero eliminati *statutes* obsoleti; in più, alcuni tipi di furto, il reato di *larceny* e altri reati vennero resi offese non capitali. Nel giro di venti anni (fino al 1839) il numero di reati capitali si ridusse da trentasette a sedici; quasi tutti questi reati richiedevano che ci fosse violenza sulle persone. Sul punto, GLAZEBOOK, *Criminal Law Reform*, cit., pp. 492-494.

(22) Nella celebre *History of English Law* (1903-1966) William Holdsworth ha elencato con decisione i fattori che, a partire dalla fine del secolo XVIII, stimolarono il ricorso alle commissioni d'inchiesta, le *Royal Commissions* e le *Committees* istituite dal Parlamento, per indagare sui problemi sociali, economici, giuridici dell'Inghilterra: da un lato, i mutamenti economico-sociali prodotti dalla Rivoluzione Industriale; dall'altro lato, il rinnovamento delle idee politiche che la Rivoluzione Francese aveva comportato; infine, un crescente favore dell'opinione pubblica rispetto alla riforma del diritto causato, per un verso, dalla necessità di adeguare lo stato del diritto alle rinnovate esigenze della società e, per un altro verso, dalla portata rivoluzionaria delle idee e degli insegnamenti di Jeremy Bentham. Si veda HOLDSWORTH, *History*, cit., Vol. XIII, p. 272.

(23) Negli anni Venti dell'Ottocento il sistema di *statute law*, in particolare, si trovava in uno stato a dir poco confusionario: erano in vigore circa settecentocinquanta *Acts* relativi al diritto criminale e circa quattrocento relativi al diritto processuale molti dei quali erano incompleti, essendo leggibili solo a partire dalle regole di *common law* che definivano le fattispecie di reato. La crescente affermazione ottocentesca della dottrina del precedente vincolante correva parallela alla crescita di importanza dei *law reports* (le raccolte di giurisprudenza) e dai trattati di diritto criminale (*criminal law treatises*) e alla ridefinizione delle funzioni di questi ultimi, considerati non più soltanto

Nel giro di pochi anni (dal 1822 al 1828) Miller formulò tre proposte di risistemazione delle “fonti”, due delle quali riguardavano l’Inghilterra (in particolare l’ambito del diritto criminale e l’ambito del diritto civile) mentre la terza riguardava la colonia indiana. Come vedremo, i testi di Miller appaiono perfetti ai fini della nostra trattazione poiché, da un lato, costituiscono un “elemento” per molti versi singolare del dibattito inglese sulla riorganizzazione delle fonti del diritto e, dall’altro lato, contribuiscono a mostrare alcuni degli elementi caratteristici del modello di cittadinanza coloniale sperimentato nell’India britannica: come emerge dall’esame delle proposte, il giurista inglese riteneva che i modelli di cittadinanza metropolitano e coloniale, irriducibili l’uno all’altro, attribuissero ai sudditi tipologie di diritti tutt’affatto differenti le quali avrebbero influito nell’eventuale processo di modifica dei sistemi giuridici modulando il significato, gli obiettivi e la “legittimità” della riforma a seconda se questa riguardasse l’Occidente ovvero la colonia.

Nel 1822 Miller diede alle stampe un testo intitolato *An Inquiry into the Present State of the Statute and Criminal Law of England* nel quale descriveva lo stato del diritto criminale d’Inghilterra e le cause che ne avevano determinato il fallimento⁽²⁴⁾. Miller concentrava la sua analisi principalmente sui difetti delle fonti del diritto penale inglese, in particolare, sulla crescita abnorme degli *Acts* e delle raccolte di *law reports*, e sull’imperfetta forma di espressione delle regole giuridiche. Nel testo di Miller il tema della riforma del diritto criminale era indissolubilmente legato ad alcune questioni di carattere costituzionale. La necessità di intervenire sulla forma di espressione del diritto veniva giustificata attraverso riflessioni relative all’esercizio e ai limiti della sovranità e ai doveri ai quali i sudditi dovevano necessariamente soggiacere. Secondo il giurista, affinché il

come una raccolta di statuizioni normative ma anche come un compendio del diritto giurisprudenziale (*case law*). Sul punto, SMITH, *Lawyers*, cit., pp. 66-67. Sulla nascita e gli sviluppi del *law reporting*, D. FREDA, *La dottrina dei lawyers. Le raccolte di giurisprudenza nell’Inghilterra dei Tudor*, Napoli, Satura editrice, 2009.

⁽²⁴⁾ J. MILLER, *An Inquiry into the Present State of the Statute and Criminal Law of England*, London, John Murray, 1822. Sull’opera di Miller, brevemente, SMITH, *Lawyers*, cit., pp. 79-80.

sovrano potesse esercitare le sue prerogative nei confronti dei sudditi (tra tutte, quella di imporre coercitivamente il rispetto del diritto) le leggi del paese avrebbero dovuto essere accurate, chiare, succinte ⁽²⁵⁾, tanto conoscibili « that every member of the community either knows them, or must be culpably negligent if he does not » ⁽²⁶⁾. L'esercizio legittimo delle prerogative statali dipendeva dal rispetto di alcuni standard relativi alla forma di espressione del diritto. Era quest'ultima una condizione essenziale per assicurare l'equilibrio costituzionale del paese, un vero e proprio obbligo posto a carico del governo, « one of the most urgent and sacred duties which it is called upon to discharge » ⁽²⁷⁾.

Venendo alla situazione dell'Inghilterra, Miller lamentava che lo stato delle fonti del diritto criminale fosse a dir poco disastroso e sottolineava la necessità di intervenire, anzitutto, rispetto al sistema di *statute law*: riteneva che la maggior parte delle leggi vigenti avesse efficacia locale o particolare ovvero, cosa assai peggiore, una durata limitata nel tempo (*temporary acts*); che vi fosse una sovra-attività di legislazione; che il linguaggio legislativo fosse verboso e tautologico, largamente incomprensibile. ⁽²⁸⁾ Il giurista esprimeva simili critiche anche rispetto alla fonte giudiziale del diritto inglese: i *reports of decided cases* erano troppo numerosi, prolissi e, dato assai preoccupante, ciascuno di essi era dotato, a prescindere dal suo valore intrinseco, di "immediata autorità" destinata a durare nel tempo. Stimava che nel giro di un cinquantennio i *reports* avrebbero raggiunto il numero di ottocento e anticipava la soluzione che, nel caso, si sarebbe necessariamente dovuta adottare:

That such an accumulation can go on for an indefinite length of time, is impossible. Either the evil must speedily and effectually be checked, of long before it has attained the height above mentioned, a Digest will be

⁽²⁵⁾ Ivi, pp. 1-2.

⁽²⁶⁾ MILLER, *An Inquiry*, cit., p. 3.

⁽²⁷⁾ Ivi, p. 4.

⁽²⁸⁾ « If it were not utterly impossible to entertain this supposition, one would be tempted to think, that instead of expressing its meaning with clearness, the legislature had so an end to serve by involving it in the greatest possible obscurity and prolixity ». Ivi, p. 47.

deemed indispensable, and another Tribonian must be selected to superintend its execution ⁽²⁹⁾.

Miller presentava dunque l'opzione di produrre un digesto di *case law* come una soluzione eventuale e, allo stesso tempo, come una misura "limite"; sembrava, in ogni caso, subordinarne l'esecuzione alla futura e insostenibile crescita ipertrofica della fonte giurisprudenziale. Il giurista, tuttavia, riteneva che la « consolidation of the whole system » avrebbe eliminato una buona parte delle cause che viziavano l'amministrazione della giustizia e, in particolare, degli elementi che rendevano il sistema di diritto criminale largamente inaccessibile ai sudditi, poco conoscibili ⁽³⁰⁾: la risistemazione delle fonti attraverso un procedimento di consolidazione avrebbe costituito una misura incidente sulla "forma" del diritto e finalizzata, in primo luogo, a ridurre la frammentarietà e l'eccessiva ampiezza delle previsioni criminali ⁽³¹⁾.

Miller pensava in primo luogo ad una riforma del sistema di *statute law* e suggeriva, anzitutto, di reindirizzare l'attività del legislatore verso la produzione di leggi aventi portata generale e una durata illimitata nel tempo ⁽³²⁾. Grazie a questo "nuovo" genere di prodotti normativi (*general acts*) sarebbe stato possibile consolidare in un unico documento tutto il diritto relativo ad una determinata materia seguendo pochi e semplici passaggi ⁽³³⁾: estrarre dagli *statute books* tutto il diritto criminale in vigore; classificarlo sotto differenti capi (*heads*), in ordine cronologico e nelle esatte parole in cui esso appariva; operare una consolidazione di tutti gli *enactments* relativi ad ogni capo, avendo cura di preservare la sostanza del diritto, garantirne l'integrità, ma rimuovendo le ripetizioni, le ridondanze, le

⁽²⁹⁾ Ivi, p. 13.

⁽³⁰⁾ Ivi, p. 304.

⁽³¹⁾ Secondo Miller « It is the misfortune of the criminal law of England that it has legislated separately not only every species of offense, but for every possible combination of circumstances in which that species can be committed. This has caused it to be spread over so many volumes, and the enactments on the same subject to become so numerous, complicated, redundant and incongruous, that the legislature is loudly called upon to attempt its simplification ». *Ibidem*.

⁽³²⁾ Ivi, p. 80.

⁽³³⁾ Ivi, pp. 82-83. Vedi anche pp. 40-43.

contraddizioni. A seguito di queste operazioni preliminari sarebbe stato agevole preparare un “corpo” unico di norme al quale sarebbe stata conferita, infine, autorità di legge: « By these means the substance of the provisions of the present Criminal Law would be preserved entire, but greatly reduced in bulk, improved in form, and rendered more intelligible whether considered singly or with reference to one another »⁽³⁴⁾.

Le proposte di Miller vanno necessariamente annoverate tra le prime esposizioni ottocentesche che contemplavano, tra le altre misure, la produzione di un digesto per la materia criminale. Va tuttavia sottolineato che, nel saggio di Miller, la risistemazione delle fonti attraverso un processo di consolidazione sembra costituire soltanto una delle possibili soluzioni ai difetti del sistema di diritto: sebbene attraverso differenti meccanismi, i sudditi inglesi avrebbero in ogni caso avuto diritto a che le leggi criminali fossero espresse in maniera comprensibile, fossero facilmente accessibili, pubbliche, conoscibili. La Costituzione del paese imponeva di ripensare le modalità di espressione del diritto e di reimpostare i procedimenti di produzione normativa; il modello inglese di cittadinanza imponeva, per Miller, una migliore sistemazione delle fonti affinché l’esercizio dei poteri di giudizio e punizione non fosse arbitrario e l’equilibrio costituzionale del paese venisse più fortemente garantito.

Qualche anno dopo la pubblicazione di quest’opera, Miller rivolse la sua attenzione al diritto civile e diede alle stampe un saggio intitolato *An Inquiry into the Present State of the Civil Law of England*⁽³⁵⁾. In questo testo del 1825 descriveva gli aspetti “pratici” del sistema di *civil law* (in particolare, la composizione ed il funzionamento delle corti di giustizia, le procedure di *common law* e di *equity*) e procedeva a denunciare i difetti della giustizia civile. Tra tutti, l’incertezza del diritto, la “fluttuante” applicazione di quest’ultimo, la frammentarietà delle fonti.

Il giurista lamentava, in particolare, la quasi totale assenza di leggi dichiarative capaci di definire, in maniera autoritativa, lo “stato del diritto”. Riteneva che il sistema di *civil law* fosse schiacciato

⁽³⁴⁾ Ivi, p. 315.

⁽³⁵⁾ J. MILLER, *An Inquiry into the Present State of the Civil Law of England*, London, John Murray, 1825.

dall'insieme delle dottrine giudiziali (*learnings*) le quali, in assenza di previsioni legislative che ne confermassero il valore giuridico, apparivano del tutto autoreferenziali. Nel saggio di Miller, era dunque il rapporto tra legislatore e giudici in relazione ai processi di produzione normativa a ricevere un'attenzione tutta particolare: se il potere giudiziario si era distinto, specialmente nei decenni precedenti, per avere fatto "troppa legislazione" (per Miller, il tenore dell'attività interpretativa equivaleva al potere propriamente legislativo) le assemblee legislative ne avevano fatta troppo poca: « Their inactivity has almost amounted to a renunciation of their office »⁽³⁶⁾.

A prescindere da ogni considerazione sulla legittimità della creazione giudiziale del diritto, Miller riteneva che soltanto l'attività legislativa avrebbe potuto rimediare ai difetti del sistema. Sosteneva, infatti, che il legislatore avrebbe dovuto correggere, attraverso lo strumento dei *remedial acts*, quelle norme che provocavano l'esercizio irregolare dell'amministrazione della giustizia. Avrebbe dovuto, attraverso *declaratory acts*, fissare i confini d'applicazione delle regole giuridiche e liberare così il sistema « dalle eterne oscillazioni alle quali è soggetto »⁽³⁷⁾. Avrebbe dovuto procedere, infine, a consolidare le decisioni delle corti di giustizia e gli *Acts* del Parlamento attraverso i *consolidating acts*. Quest'ultima misura in particolare, avrebbe posto rimedio alla frammentarietà delle fonti del diritto civile e avrebbe costituito, pertanto, una vera e propria « benedizione » agli occhi del pubblico⁽³⁸⁾.

Anche in questo testo, il tema della riforma si intrecciava con considerazioni di natura costituzionale, con questioni attinenti ai doveri del sovrano, alle pretese legittime dei sudditi. Per Miller, era obbligo di ogni governo assicurare alla popolazione una perpetua protezione sia contro gli attacchi provenienti dall'esterno, sia contro

⁽³⁶⁾ Ivi, p. 319.

⁽³⁷⁾ Ivi, p. 319. Secondo Miller un insieme di *declaratory acts* avrebbe potuto « put a stop to the vacillation which must unavoidably prevail as long as the decisions of the courts are the sole authority for the doctrines which they propagate ». Ivi, la citazione a p. 320.

⁽³⁸⁾ « [T]he decisions of courts of law or enactments of the legislature are scattered through so many volumes, that a consolidation of them would be acknowledged as a public blessing ». Ivi, p. 319.

le ingiustizie “interne” al paese. In particolare, quest’ultima attività (la quale avrebbe potuto essere garantita « by means of good laws impartially and regularly executed ») avrebbe dovuto ricevere una costante attenzione da parte dei sudditi e dei governanti ⁽³⁹⁾:

[I]f a period should arrive, when the sword shall become subservient to the balance, and the qualification of the government to promote the moral and social happiness of the people shall be deemed the best test of its excellence, and the extent of that happiness the decisive mark of national superiority, then the state of the law and the character of its administration will in every country assume that paramount importance which of right belong to them, and both among statesmen and throughout the community, become the theme of more frequent and deep deliberation that they have ever yet been ⁽⁴⁰⁾.

Il grado di liberalità di un governo si misurava, secondo Miller, proprio rispetto all’attenzione dedicata alle questioni della giustizia: soltanto il carattere dispotico o tirannico di un regime politico sarebbe stato poco compatibile con l’esercizio imparziale delle prerogative di giudizio. Cosa sarebbe accaduto, però, se il governo fosse stato ad un tempo dispotico e “liberale”? Se, in particolare, avesse garantito in patria il rispetto del *rule of law* e, allo stesso tempo, avesse implementato in colonia un sistema regolamentare lontanissimo dagli standard giuridici e politici dell’Occidente? Avrebbe potuto assicurare, in colonia, un esercizio “illuminato” delle prerogative sovrane? Avrebbero potuto, i sudditi coloniali, avanzare con legittimità una pretesa di tal genere?

Veniamo dunque alla versione “coloniale” del riformismo di Miller. Nel 1828 il giurista inglese pubblicò *On the Administration of Justice in the British Colonies in the East-Indies*, un saggio, redatto principalmente sulla base dei resoconti dei giudici del Bengala, incentrato sulle difficoltà della *East India Company* nell’amministrazione della giustizia indiana ⁽⁴¹⁾.

Secondo Miller i difetti del sistema indiano consistevano, principalmente, nell’incerta applicazione del diritto (in primo luogo, di

⁽³⁹⁾ Ivi, p. 417.

⁽⁴⁰⁾ Ivi, pp. 417-418.

⁽⁴¹⁾ J. MILLER, *On the Administration of Justice*, cit.

quello criminale), nella difficile reperibilità delle fonti, nella scarsa funzionalità dei meccanismi processuali sperimentati nel *mofussil*. Il sistema di diritto criminale musulmano era complicato e tecnico, imponeva ai giudici meccanismi probatori difficilmente comprensibili, era poco adatto alle cause relative ai sudditi di fede indù. In più, i giudici coloniali avevano poca autonomia di giudizio, scarsa discrezionalità circa gli esiti del processo: l'amministrazione della giustizia era in parte affidata agli interpreti nativi del diritto, figure processuali necessarie fino a quando i giudici europei della colonia avessero avuto scarsa dimestichezza con i sistemi normativi della tradizione indiana ⁽⁴²⁾.

Secondo Miller, sarebbe stato possibile risolvere gran parte di questi problemi promuovendo una modifica della "forma" del diritto. Il giurista auspicava in particolare la preparazione di un digesto (accurato, chiaro, tendenzialmente completo) e la riorganizzazione del diritto vigente in colonia in una forma « chiara e compatta ». Riteneva poi che lo stato confusionario del diritto indiano rendesse improrogabile tale riforma e ricordava quanto sarebbe stato facile procedere, in colonia, alla produzione di un digesto: « The private rights and interests which could obstruct it are not so numerous in India as they are in England, nor do they require to be purchased at so exorbitant a rate » ⁽⁴³⁾.

Miller non aveva un'idea precisa circa gli elementi normativi che avrebbero dovuto formare il digesto. Tuttavia, riteneva utile selezionare quei sistemi di diritto che avrebbero ricevuto approvazione da parte dei giudici coloniali scegliendo, in ogni caso, tra quelli della tradizione indiana, il diritto indù ovvero quello musulmano. Nella proposta, gli elementi giuridici indigeni sarebbero stati vagliati, "semplificati" e raccolti in un unico documento; quest'ultimo, sarebbe stato successivamente promulgato come legge dal governo

⁽⁴²⁾ « [...] without dwelling in this place on the inadequate qualifications of the judges, there can be non doubt that planted as they are in a strange country, hearing nothing but strange languages, and obliged to apply the laws to persons and things to which they are equally strangers, they have a right to expect, where unavoidable embarrassment is so great, that every facility should be afforded of ascertaining what the law is which they are bound to administer ». Ivi, p. 42.

⁽⁴³⁾ *Ibidem*.

coloniale e presentato all'India « as the authentic law of the country » (44).

Secondo Miller la riforma proposta avrebbe prodotto, principalmente, due generi di benefici. Anzitutto, l'esistenza di un digesto avrebbe equilibrato i rapporti tra gli ufficiali europei della *East India Company* e gli interpreti nativi del diritto indù e musulmano, ridimensionando il potere di questi ultimi all'interno delle corti di giustizia: i giudici europei della colonia non sarebbero stati più costretti a fare affidamento, per tutto quanto riguardasse il reperimento delle fonti e l'interpretazione delle regole giuridiche, alle opinioni spesso ambigue e sospette degli esperti nativi in diritto (45). La produzione di un corpo "unico" di diritto avrebbe assicurato ai giudici indiani un formidabile strumento di lavoro — un sistema di diritto « methodical and complete » — e li avrebbe dispensati dalla ricostruzione occasionale delle regole giuridiche, dall'accertamento caso per caso dello "stato del diritto" (46). In secondo luogo, avrebbe posto rimedio alla frammentarietà della produzione normativa della colonia, allo stato confusionario delle fonti:

No price which could be paid for a complete and accurate digest of the law, could be regarded as excessive. It would put a stop to that perpetual, partial, petty legislation which is going on at the present time in every one of the three presidencies, — would stop two-thirds of that voluminous and vexatious correspondence which is carried on between the Directors at home and their officers abroad, — and would encourage and qualify the Company to extend the same thorough revision to the other parts of their administration (47).

Miller aveva ben chiari i caratteri del regime politico della

(44) Ivi, p. 44.

(45) « The European judge would then be able to ascertain and apply the law by the exercise of his own understanding and industry. Those classes of natives whose profession it is to expound it, would, immediately and wholly vanish, and with them one of the chief causes of the delay and perversion of justice in India would disappear also. No persons have been more generally accused of corruption than them, or apparently with better reason. They are constantly accessible to the parties, and intrigues as destroys all confidence in the integrity of their opinions ». Ivi, p. 43.

(46) Ivi, p. 44.

(47) Ivi, pp. 45-46.

colonia indiana e insisteva, sin dalle prime righe del suo libro, sulla cifra di dispotismo che ne caratterizzava la natura ⁽⁴⁸⁾. Allo stesso tempo, esaltava la superiorità (evidente anche nel confronto con le nazioni dell'Europa) del governo inglese dell'India e ne descriveva il potenziale propriamente riformista:

When we reflect upon that superiority in the art of government that we are now admitted to possess over most of the civilized nations of Europe, and which will be confessed to be still more decided over that of the native princes of Hindostan, it is almost impossible to believe but that servants of the Company must be qualified to suggest various changes in its civil and criminal law, which would materially advance the private happiness and the public prosperity of the natives without offering violence either to their prejudices or religion ⁽⁴⁹⁾.

Il testo di Miller è attraversato da un sincero interesse per le sorti delle popolazioni dell'India. Tuttavia, le sue proposte sembrano piuttosto rivolte ad assicurare, in primo luogo, il corretto funzionamento della macchina della giustizia come parte del sistema amministrativo coloniale. La riforma del diritto indiano sarebbe stata indirizzata, principalmente, in favore dei giudici della colonia affinché questi ultimi potessero garantire un regolare e sempre controllabile esercizio delle prerogative di giudizio. La produzione del digesto non serviva ad equilibrare il rapporto costituzionale tra il governo e gli abitanti della colonia quanto piuttosto a garantire, attraverso una migliore gestione degli affari della giustizia, il funzionamento della macchina amministrativa della *East India Company*. Ciò nonostante avrebbe assicurato, di riflesso, maggiori garanzie ai soggetti nativi.

Il riferimento alla felicità privata e alla prosperità pubblica dei sudditi nativi non deve dunque trarci in inganno. Senza dubbio il fine ultimo della riforma avrebbe dovuto coincidere con il benessere delle popolazioni coloniali. Tuttavia, non si trattava di soddisfare la pretesa legittimamente avanzata dai sudditi ad ottenere un sistema di diritto maggiormente conoscibile, "pubblico". La richiesta di una maggiore

⁽⁴⁸⁾ Sebbene sottoposto al controllo vigile e costante della madrepatria britannica, il governo della *East India Company* appariva « no less absolut than the despotisms of Alexander, Genghis Khan or Timur ». Ivi, p. 1.

⁽⁴⁹⁾ Ivi, p. 41.

funzionalità della macchina della giustizia — richiesta che Miller avrebbe voluto soddisfare attraverso la produzione di un digesto — proveniva dall'interno della colonia ma veniva avanzata dai soggetti appartenenti alla dimensione dei dominatori. Si parlava di valorizzare la posizione dei soggetti indigeni, ma non erano le voci dei nativi a spingere Miller nella direzione della riforma: basti pensare che le fonti prese in considerazione per ricostruire i problemi della dimensione della giustizia consistevano principalmente nei *reports* dei magistrati coloniali, nelle opinioni di volta in volta espresse dagli ufficiali coloniali inglesi, nei documenti ufficiali della *East India Company*.

In assenza di un qualsiasi tessuto costituzionale, sia pure non scritto, che definisse gli obblighi reciproci dei sudditi e del Sovrano, una riforma volta a rendere il diritto “pubblico” e conoscibile avrebbe costituito niente più che una concessione da parte del potere politico. Non essendoci, del resto, alcuna comunicazione tra i sudditi ed il governo riguardo ai processi di produzione normativa, gli indigeni della colonia non avrebbero avuto in nessun caso gli strumenti adatti a rappresentare le loro esigenze. Si trattava dunque di portare avanti una riforma che, sebbene i sudditi non avessero spontaneamente concepito, avrebbe migliorato la posizione giuridica di questi ultimi incrementando, di riflesso, la portata civilizzatrice dell'amministrazione britannica dell'India.

A differenza dei sudditi nativi, il governo coloniale sapeva quali fossero gli strumenti per promuovere il benessere della colonia. Bisognava soltanto convincere gli indigeni della portata benefica della riforma, dimostrare quanto il governo inglese fosse liberale, moderno, attento alle esigenze dei suoi sudditi coloniali:

If it were made known to the natives, that the object was not to subvert their laws, but to ascertain, collect, and promulgate them, no degree of ignorance and prejudice could prevent them from feeling grateful for such a token of the solicitude of their rulers for their tranquillity and comfort. If it succeeded, as with prudence to do, it would fix the Company more firmly than they have ever yet been in the confidence and affection of their subject, and tend more effectually than any of its proudest acts to spread its honour and renown among surrounding nations ⁽⁵⁰⁾.

⁽⁵⁰⁾ Ivi, pp. 50-51.

3. Una proposta di “risistemazione” del diritto: l’apertura agli elementi giuridici nativi.

A partire dagli anni Trenta dell’Ottocento il sistema di governo coloniale sperimentato dagli inglesi in India iniziò a subire una profonda quanto irreversibile trasformazione.

Il modello regolamentare e giuridico-istituzionale vigente in colonia, elaborato per assicurare il pieno controllo dei territori indiani e garantire legittimazione politica ai dominatori britannici, si mostrò non più in linea con le esigenze dello stato coloniale. La necessità di una continua negoziazione tra l’autorità del governo coloniale e le figure patriarcali e religiose della tradizione indiana — necessità sorta con riferimento alla particolare situazione politica e sociale dell’India del tardo Settecento — cedeva il passo a nuove situazioni d’emergenza.

In generale la condizione di disordine delle periferie rurali imponeva di rimediare allo stato insoddisfacente dell’amministrazione della giustizia nel *mofussil*, risolvere l’anomala duplicazione del sistema giurisdizionale, fronteggiare la criminalità europea nelle aree rurali dell’India.

Le questioni che l’amministrazione coloniale venne chiamata a decidere non erano di facile soluzione. Occorreva infatti valutare se fosse o meno opportuno estendere la giurisdizione delle corti del *mofussil* anche agli europei residenti nelle aree dell’interno; se fosse necessario affidare la definizione dei principi direttivi in materia possessoria, ereditaria e contrattuale ad un sistema codicistico ancora inesistente; se i sudditi nativi dell’India potessero fare parte delle giurie o, addirittura, esercitare giurisdizione criminale sui sudditi europei; se fosse o meno opportuno creare consigli legislativi (*Legislative Councils*) e ammettere, eventualmente, i nativi della colonia ai processi di produzione legislativa ⁽⁵¹⁾.

Tutti questi temi vennero affrontati nel dibattito che precedette l’emanazione del *Charter Act* del 1833 (l’*Act* che avrebbe dovuto rinnovare i poteri della *East India Company* sul suolo indiano) e che coinvolse direttamente la madrepatria britannica.

⁽⁵¹⁾ Si veda *Report from the Select Committee on the Affairs of the East India Company*, cit., pp. iii-iv.

Nel 1831 il Parlamento d'Inghilterra votò per l'istituzione di una *Select Committee* incaricata di indagare sul funzionamento della macchina amministrativa della colonia indiana ⁽⁵²⁾. La Commissione, che raccolse le proposte di riforma degli ufficiali della *East India Company*, registrò una pluralità di opinioni favorevoli sia all'estensione della giurisdizione delle corti del *mofussil* sia all'ammissione dei sudditi nativi alle funzioni di giurato, sia all'apertura dell'amministrazione della giustizia criminale ai giudici indiani.

Inoltre, la *Select Committee* ricevette diverse proposte di sperimentazione di un modello codicistico che annoverava, tra le proprie fonti, i sistemi di diritto e le consuetudini della tradizione indiana. Tra queste proposte v'era quella di James Mill, ascoltato dalla Commissione nel giugno del 1832 ⁽⁵³⁾.

Apertamente ispirato alla corrente filosofica dell'utilitarismo, Mill riteneva che uno dei principali difetti della giustizia indiana consistesse nell'assenza di un sistema di regole certe capace di definire i diritti individuali e di assicurare un sufficiente grado di uniformità delle decisioni giudiziali ⁽⁵⁴⁾. Mill criticava fortemente il modello giuridico e processuale del *mofussil* e manifestava non poca insofferenza rispetto alla situazione di pluralismo giurisdizionale della colonia.

Tuttavia, l'ufficiale coloniale era anche favorevole all'abolizione *tout court* delle Corti istituite dalla Corona britannica.

Secondo Mill l'istituzione delle *Crown's Courts* era stata imposta, in un periodo storico in cui l'Inghilterra non esercitava alcuna sovranità in India, dalla necessità di tutelare i sudditi britannici residenti in colonia dai possibili arbitri del potere politico locale. In questo modo la Corona britannica aveva offerto ai suoi sudditi il privilegio di una giustizia indipendente e amministrata secondo le regole processuali della tradizione di *common law*.

La duplicazione del sistema giurisdizionale indiano, resa inutile dall'assunzione del pieno controllo politico da parte inglese, generava deleterie e assai pericolose disparità di trattamento:

⁽⁵²⁾ KOLSKY, *Codification*, cit., p. 638.

⁽⁵³⁾ *Report from the Select Committee*, cit., pp. 119-128.

⁽⁵⁴⁾ STOKES, *The English Utilitarians*, cit., pp. 145-146.

The tribunals of the country are no longer the tribunals of a barbarous sovereign, but our own tribunals; and therefore to maintain a special set of tribunals for a small number of individuals mixed with the immense population of the country, appears to me in the first place needles, and on account of inconvenience with which it is necessarily connected, highly impolitic ⁽⁵⁵⁾.

Riconoscibili ragioni di opportunità politica spingevano Mill a esprimersi in favore dell'abolizione delle *Supreme Courts of Judicature*. Secondo Mill il fatto che le corti di giustizia istituite dalla Corona fossero completamente indipendenti dal governo coloniale avrebbe potuto compromettere in maniera irreversibile la stabilità politica dei territori controllati dalla *East India Company*. Bisognava invece evitare di confondere i nativi con l'immagine di una sovranità condivisa e confliggente, di rappresentare la dispersione del potere Supremo tra differenti autorità, di diffondere l'idea di un esercizio frammentato delle prerogative coloniali dell'Inghilterra. Pertanto era assolutamente indispensabile che ciascuno degli organi di giustizia operante in colonia agisse esclusivamente nel nome del governo e non anche nel nome della Corona:

I think, therefore, the existence of courts upon a footing different from the will of the government of the country, is altogether to be avoided; and that, even if it were deemed expedient to maintain courts for the administration of English law for Englishmen, it would be a most important improvement to make the commission of the judges run in the name of the government rather than in the name of the King ⁽⁵⁶⁾.

Queste riflessioni sul ruolo tradizionalmente assunto dalle *Supreme Courts* nell'ambito della società indiana non convinsero la *Select Committee*. I membri della Commissione fecero anzi notare come le ricostruzioni storiche offerte da Mill fossero in parte errate: l'istituzione delle *Crown's Courts*, avvenuta quando l'Inghilterra era già padrona di vaste regioni dell'India, aveva lo scopo precipuo di

⁽⁵⁵⁾ *Report from the Select Committee on the Affairs of the East India Company*, cit., p. 119.

⁽⁵⁶⁾ Ivi, p. 120.

proteggere i sudditi britannici dai possibili abusi della *East India Company* ⁽⁵⁷⁾.

Inoltre, domandava la *Select Committee*, sarebbe stato conveniente rinunciare ad istituzioni giudiziarie, espressione di un potere superiore a quello della Compagnia e nelle quali i sudditi nativi avevano comunque mostrato di riporre fiducia, che avrebbero potuto in qualche modo orientare l'attività dei tribunali istituiti nelle aree del *mofussil* ⁽⁵⁸⁾?

La seconda parte dell'esame di James Mill era tutta dedicata al sistema di amministrazione della giustizia del *mofussil*.

Secondo Mill, nel caso in cui fosse stata eliminata ogni limitazione alla libera colonizzazione delle aree rurali, i sudditi nativi avrebbero dovuto esercitare le funzioni di giudici di primo grado nei giudizi sia civili che penali riguardanti gli *European subjects*. In questi casi nativi ed europei avrebbero dovuto soggiacere alle stesse leggi ⁽⁵⁹⁾.

Tuttavia, per il giudizio dei reati più gravi a carico dei sudditi di nascita britannica Mill non escludeva la possibilità di istituire presso le *Presidency towns* uno speciale apparato di corti di giustizia funzionante secondo regole processuali ispirate al modello di *common law* ⁽⁶⁰⁾.

Con riferimento alla giustizia civile Mill proponeva di aumentare il numero dei tribunali e suggeriva di ricercare criteri di ripartizione dei contenziosi diversi da quello del valore economico della causa ⁽⁶¹⁾. Suggeriva poi di snellire le procedure giudiziarie e ripristinare lo strumento dell'*oral pleading* lasciando che le parti esponessero personalmente il proprio caso al giudice ⁽⁶²⁾.

Infine, attingendo alla sua formazione utilitarista, Mill proponeva di istituire un sistema "centralizzato" di giurisdizione d'appello: saltando ogni livello intermedio di giurisdizione le decisioni di primo grado sarebbero state appellabili direttamente presso le

⁽⁵⁷⁾ Ivi, p. 119.

⁽⁵⁸⁾ Ivi, p. 120, in particolare punti 1038 e 1040.

⁽⁵⁹⁾ Ivi, p. 125.

⁽⁶⁰⁾ *Report from the Select Committee*, cit., p. 125.

⁽⁶¹⁾ Ivi, p. 123.

⁽⁶²⁾ Ivi, p. 125. Cfr. STOKES, *The English Utilitarians*, cit., pp.185-187.

Sudder Courts. Queste corti, composte esclusivamente da giudici europei e incaricate di dare esecuzione alle sentenze penali di condanna, avrebbero assicurato un certo grado di uniformità nell'amministrazione della giustizia ⁽⁶³⁾.

Uno dei punti più interessanti della proposta di Mill riguardava la risistemazione delle fonti del diritto indiano.

Mill riteneva che il diritto tradizionale indiano fosse quasi completamente di natura consuetudinaria e che non esistesse, in tutto il subcontinente, un vero e proprio corpo normativo derivante della volontà di un legislatore ⁽⁶⁴⁾. L'assenza di un sistema normativo coerente e sufficientemente definito impediva una corretta amministrazione della giustizia riducendo il lavoro dei tribunali, costretti a rintracciare nelle consuetudini del paese le norme di volta in volta applicabili al caso concreto, a un'attività quasi arbitraria.

Secondo Mill occorreva accertare e trasporre per iscritto, attraverso massime o proposizioni generali, tutto il diritto consuetudinario del paese. Il materiale normativo così selezionato sarebbe stato raccolto in un codice di diritto (« a code of laws ») al quale sarebbe stata poi conferita autorità legislativa da parte del governo coloniale. Il codice, riguardante sia la materia civile che la materia penale, avrebbe consentito di definire, sulla base delle consuetudini locali e dagli elementi normativi della tradizione indiana, i diritti individuali dei sudditi coloniali:

It is by no means impracticable to obtain in writing such general maxims both in the civil and penal branches of substantive law, as would afford a tolerable rule for the judges in India ⁽⁶⁵⁾.

⁽⁶³⁾ Sull'impronta "benthamiana" della proposta di Mill rispetto al tema dell'appello, STOKES, *The English Utilitarians*, cit., pp. 184-185.

⁽⁶⁴⁾ Secondo Mill « The state of the law, the native law in India, is very imperfect; so little is there of what can be called law, that the business of the courts is little less than arbitration. Of law in India, resting on the authority of any legislature, there is none. There are certain books which they call the law-books, but they contain only the opinions of certain individuals, and their talk is so general, so exceedingly loose, that it affords little or no direction. The customs of India are in fact the laws of India, that by which almost all rights are created and maintained; and these customs at least in the great features, have luckily much uniformity ». *Report from the Select Committee*, p. 126.

⁽⁶⁵⁾ *Ibidem*.

4. *Il caso di Ceylon: trial by jury per i sudditi indigeni e codificazione del diritto locale.*

Una proposta di riforma per certi versi simile a quella di Mill venne avanzata da Sir Alexander Johnston, ufficiale coloniale che tra il 1809 e il 1819 aveva ricoperto presso Ceylon incarichi di grande importanza e prestigio (fu *Chief Justice* presso la *Supreme Court*, *First Member of the High Court of Appeal* e *President of His Majesty's Council*).

Il piano di riforma elaborato da Johnston, il quale venne esaminato dalla *Select Committee* nel luglio 1832, spaziava dalla riorganizzazione degli uffici giudiziari all'elaborazione di un sistema codicistico e prevedeva la partecipazione attiva dei sudditi nativi all'amministrazione della giustizia sia civile che criminale ⁽⁶⁶⁾.

In generale Johnston proponeva di attribuire ai notabili delle comunità indiane una porzione di responsabilità nell'amministrazione dei territori coloniali sostenendo che questa misura avrebbe assicurato in maniera permanente la supremazia britannica nel subcontinente. Il governo coloniale si sarebbe garantito l'appoggio della porzione più influente della comunità — riservandosi, in ogni caso, il potere di revocare gli incarichi istituzionali eventualmente conferiti — e ne avrebbe guadagnato in legittimazione politica ⁽⁶⁷⁾.

Guardando anche al lato economico della riforma, Johnston proponeva di aprire i ranghi dell'amministrazione pubblica agli *half-castes* (concedendogli in particolare la qualifica di *writer* della *East India Company*) e di riconoscere a questa particolare categoria di impiegati stipendi più bassi di quelli generalmente pagati agli agenti europei della *East India Company* ⁽⁶⁸⁾.

Tra le varie misure proposte da Johnston v'era quella di creare dei consigli legislativi e di ammettere i sudditi nativi ai processi di produzione legislativa: il governo avrebbe dovuto formare dei « corpi illuminati di costituenti » (*enlightened body of constituents*) composti da sudditi nativi provenienti da ciascuna delle province indiane i quali, successivamente, avrebbero dovuto eleggere i mem-

⁽⁶⁶⁾ Ivi, pp. 136, ss.

⁽⁶⁷⁾ Ivi, pp. 151-157.

⁽⁶⁸⁾ Ivi, pp. 139, ss.

bri dei *legislative councils*. Simili misure, sottolineava Johnston, erano già state sperimentate con successo nella colonia di Ceylon⁽⁶⁹⁾.

Con riferimento alla sfera dell'amministrazione della giustizia Johnston proponeva di coinvolgere i sudditi nativi nella gestione degli affari civili e criminali dei territori di appartenenza consentendogli di fare parte delle *juries* e di contribuire così al verdetto in qualità di « giudici del fatto ». Questa misura, che affidava ai nativi il compito non facile di valutare la veridicità delle testimonianze dei loro concittadini, avrebbe agevolato non poco il lavoro dei giudici coloniali e avrebbe contribuito allo stesso processo di civilizzazione della colonia: attraverso la partecipazione attiva ai processi, il contatto con i giudici e con gli altri ufficiali di giustizia europei, l'esposizione costante allo stesso pubblico indiano, la comunità nativa avrebbe gradualmente abbandonato i modelli di condotta incompatibili con gli standard della civiltà europea e avrebbero manifestato un interesse sempre crescente rispetto agli affari della giustizia.

Nella proposta di Johnston i giurati avrebbero svolto le loro funzioni sotto la costante supervisione dei giudici europei in modo tale da escludere ogni possibilità di corruzione⁽⁷⁰⁾. L'amministrazione coloniale avrebbe avuto cura di indicare in apposite liste, da esporre nei luoghi pubblici di ciascun villaggio, i nomi di tutti i sudditi qualificati a fare parte delle giurie. Ad ogni lista sarebbero stati aggiunti nomi nuovi e sarebbero stati eliminati i nomi di coloro che si fossero rivelati indegni di far parte del corpo dei giurati.

Secondo Johnston l'istituto del *trial by jury* avrebbe svolto un compito propriamente educativo e avrebbe costituito la « migliore scuola » per iniziare i nativi alle funzioni pubbliche attribuendogli la responsabilità di giudicare i loro concittadini:

⁽⁶⁹⁾ Ivi, p. 139. Secondo Johnston non c'era alcun motivo di dubitare delle capacità di autogoverno dei nativi dell'India: « The whole of India had been governed, for upwards of 2,000 years before the arrival amongst them of Europeans, by natives of the country, and had attained very great perfection in arts, literature, agriculture, manufacture and commerce; it is therefore to be inferred that the natives are just as competent as Europeans can be to legislate for their own wants and their own country ». *Ibidem*.

⁽⁷⁰⁾ Ivi, p. 146.

[Il sistema del trial by jury] conferisce ai nativi un valore aggiunto per l'educazione, per la reputazione, per la pubblica opinione; li rende consapevoli della natura dei loro diritti, e dell'efficacia politica e morale delle proprie istituzioni. [...] Li fa sentire i guardiani delle vite, libertà, proprietà dei loro concittadini; li convince che sono trattati con rispetto dai loro governanti; gli conferisce un interesse aggiunto rispetto all'amministrazione della giustizia e al governo del paese (71).

Il modello del *trial by jury* aveva già superato una prima sperimentazione coloniale nell'isola di Ceylon. In questi territori, che nel 1796 avevano subito un passaggio di sovranità dall'Olanda all'Inghilterra, la Corona britannica aveva deciso di innestare uno degli elementi caratteristici del sistema processuale di *common law* all'interno di un contesto di marcato pluralismo normativo: agli inizi dell'Ottocento il sistema di diritto in vigore nella colonia di Ceylon era costituito dal diritto romano-olandese (ossia quel sistema normativo « scaturito da una nazionalizzazione giurisprudenziale del diritto comune recepito nella prassi olandese » ed esportato nelle colonie olandesi d'oltreoceano) e da un insieme di diritti di natura consuetudinaria, compreso il diritto musulmano (72). Le ragioni di questo singolare intreccio normativo sono grosso modo note. Come già accennato, la determinazione del sistema di diritto applicabile ai possedimenti inglesi d'oltreoceano era strettamente legata alla natura costituzionale del territorio coloniale. Nelle regioni acquisite tramite insediamento trovava immediata applicazione il sistema di *common law*. Nelle colonie acquisite tramite conquista o cessione rimaneva in vigore, a discrezione del nuovo sovrano, il diritto preesistente all'acquisizione territoriale (73).

La colonia di Ceylon aveva natura di *Crown's colony* ed era stata acquisita in parte attraverso cessione, in parte attraverso conquista. Attraverso la *Proclamation* del 23 settembre 1799 la Corona d'Inghilterra dispose che l'amministrazione della giustizia venisse eserci-

(71) Ivi, p. 147. Traduzione mia.

(72) Sul diritto comune in Olanda nei secoli XVII e XVIII e sul diritto romano olandese nelle colonie (quelle d'Africa, in particolare) dal secolo XVII al secolo XX, A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, Vol. I (*Le fonti e il pensiero giuridico*), Milano, Giuffrè, 1982, pp. 434-442; la citazione a p. 438.

(73) Sul punto, HOLDSWORTH, *History*, cit., Vol. XIII, p. 234.

tata, presso ogni corti di giustizia, civile o criminale, dai magistrati e dagli ufficiali ministeriali secondo i sistemi di diritto vigenti nel periodo precedente l'acquisizione britannica ⁽⁷⁴⁾. Nel 1801 venne emanata la prima *Charter of Justice* la quale confermò la validità dei "tradizionali" sistemi normativi in vigore a Ceylon e, allo stesso tempo, introdusse alcune regole di diritto inglese ⁽⁷⁵⁾. Tra il 1809 e il 1811, anno di emanazione della seconda *Charter of Justice*, i Ministri della Corona disposero che ai giudici europei della *Supreme Court of Justice* fosse affiancata una giuria composta da nativi (in particolare, da soggetti di ogni casta o religione che avessero compiuto i ventuno anni di età e che risiedessero stabilmente nell'isola di Ceylon) per il giudizio di tutti i casi criminali riguardanti i sudditi indigeni della colonia.

La sperimentazione del modello del *trial by jury* nella colonia di Ceylon era stata fortemente voluta proprio da *Sir Alexander Johnston*. Agli inizi dell'Ottocento, l'amministratore coloniale lamentava che il sistema di amministrazione della giustizia della colonia fosse dilatorio, dispendioso e impopolare: da un lato, i sudditi nativi dell'isola non manifestavano alcun interesse verso un sistema di amministrazione della giustizia che li escludeva completamente; dall'altro lato, i giudici europei incontravano fortissime difficoltà nella valutazione della veridicità delle dichiarazioni testimoniali rese dai nativi. Inoltre la maggior parte dei processi si svolgeva con ritardo e tale situazione generava grandissimi disagi per le parti processuali e per i testimoni provocando altresì inutili sprechi di spesa per il governo ⁽⁷⁶⁾.

Secondo Johnston l'introduzione del *trial by jury* nella colonia di Ceylon aveva prodotto un generale miglioramento del sistema di amministrazione della giustizia criminale ed aveva ispirato, dopo circa dieci anni, importanti riforme processuali anche nei territori dell'India britannica (fu sulla base della proposta Johnston che Williams Wynn, presidente del *Board of Control*, preparò la bozza di

⁽⁷⁴⁾ Sul punto, J. C. W. PEREIRA, *Institutes of the Laws of Ceylon*, Colombo, H.C. Cottle (Acting Government Printer), 1901, Vol. I, pp. 1-6.

⁽⁷⁵⁾ Cfr. T. NADARAJA, *The Legal System of Ceylon in Its Historical Setting*, Leiden, E. J. Brill, 1972, p. 181.

⁽⁷⁶⁾ *Report from the Select Committee*, cit., pp. 152, ss.

legge per estendere anche ai nativi il diritto di far parte delle giurie delle *Supreme Courts of Judicature*, la quale venne approvata nel 1826) ⁽⁷⁷⁾.

Grazie alla riforma processuale il governo di Ceylon aveva potuto ridurre il numero dei giudici europei necessario per condurre un singolo processo ed aveva beneficiato di un generale risparmio di spesa e di un più razionale impiego delle risorse economiche. I principali benefici apportati dalla riforma riguardavano, però, la comunità indigena dell'isola: secondo Johnston, i sudditi nativi della colonia erano fortemente interessati ad acquisire una buona reputazione — requisito indispensabile per far parte del corpo dei giurati — ed erano ben disposti ad abbandonare abitudini di vita considerate incivili. In secondo luogo i sudditi nativi, avendo acquisito una profonda conoscenza delle regole processuali e in particolare dei meccanismi probatori, risultavano idonei a ricoprire l'incarico di *magistrate* e a esercitare, sotto il controllo e la supervisione dei giudici della *Supreme Court*, giurisdizione criminale sui reati di minore entità.

Secondo Johnston l'introduzione del modello del *trial by jury* nei territori di Ceylon, nel valorizzare il ruolo dei nativi nell'ambito della società coloniale, aveva contribuito al buon funzionamento della macchina processuale e del sistema di governo del territorio:

The native jurymen, from knowing the different degrees of weight which may safely be given to the testimony of their countrymen, decide upon questions of fact with so much more promptitude than Europeans could do, that since the introduction of trial by jury, no trials lasts above a day, and no session above a week or 10 days at furthest; whereas before the introduction of trial by jury, a single trial used sometimes to last six week or two months, and a single session not unfrequently for three months ⁽⁷⁸⁾.

I meccanismi di formazione delle giurie erano stati elaborati in modo tale da rispettare le peculiarità della società indigena. Ogni uomo libero e di buona fama, maggiore di ventuno anni e residente dell'isola, aveva diritto ad essere incluso nelle liste dei giurati. Una

⁽⁷⁷⁾ Ivi, pp. 160-164.

⁽⁷⁸⁾ Ivi, p. 153.

volta fissate le date delle sessioni giudiziarie lo sceriffo di ogni provincia radunava i giurati secondo prestabiliti turni di convocazione assicurandosi che i soggetti convocati appartenessero a caste differenti e curando che la convocazione non interferisse con gli impegni lavorativi o con i doveri religiosi imposti dalla casta di appartenenza ⁽⁷⁹⁾. All'apertura della sessione giudiziaria i giurati dovevano comparire in aula ed essere informati dal giudice delle accuse mosse contro i soggetti in attesa di giudizio. Da questo momento avrebbe avuto inizio il procedimento vero e proprio di formazione della giuria. Ogni accusato aveva diritto ad essere giudicato da tredici giurati appartenenti alla sua stessa casta (fatta salva, in ogni caso, la possibilità di richiedere una differente composizione della giuria). Il cancelliere era incaricato di inserire all'interno di un'urna, collocata nella parte più visibile dell'aula di giustizia, delle schede contenenti i nomi dei giurati; doveva poi estrarre le schede e leggere ad alta voce i nomi che vi erano riportati (ogni accusato aveva diritto ad escludere cinque giurati non appena i loro nomi fossero stati estratti). Gli individui così selezionati dovevano impegnarsi, con una formula solenne conforme al loro credo religioso, a decidere il caso secondo le prove e in maniera imparziale ⁽⁸⁰⁾.

Il compito di condurre l'accusa in giudizio spettava all'*Advocate Fiscal* il quale, tra i primi atti processuali, doveva convocare i testimoni a carico dell'accusato; questi ultimi rendevano le loro deposizioni alla presenza dei giurati. L'esame dei testimoni si svolgeva nelle forme della *cross-examination* ed era condotto dalle parti processuali e dagli stessi giurati i quali avevano diritto di esaminare i testi a carico e a discarico dell'accusato. La giuria deliberava a maggioranza e il verdetto veniva letto pubblicamente in aula (« in open court »). Tra il momento del giuramento e quello della lettura del verdetto i giurati non potevano separarsi né comunicare con altre persone. Secondo Johnston, l'elevato numero di giurati presenti sull'isola e l'incertezza circa la composizione delle giurie impediva, anche nei processi riguardanti i membri più influenti della comunità, segrete collusioni o tentativi di corruzione ⁽⁸¹⁾.

⁽⁷⁹⁾ *Ibidem.*

⁽⁸⁰⁾ *Ibidem.*

⁽⁸¹⁾ *Ibidem.*

Oltre alla ridefinizione dei meccanismi processuali da adottare nei casi criminali Johnston suggeriva di abolire il doppio sistema di corti di giustizia (una misura imposta dalla necessità di assicurare un sufficiente grado di uniformità delle decisioni giudiziali) e di adottare meccanismi istituzionali capaci di collegare, in qualche modo, le *Crown's Courts* ai tribunali superiori istituiti dalla *East India Company* ⁽⁸²⁾. Il meccanismo di coordinamento individuato da Johnston consisteva nella riunione dell'ufficio di giudice delle *Supreme Courts of Judicature* e di membro delle *Nizam* e *Sadr Adalat*: se l'amministrazione coloniale avesse adottato una misura di tal genere anche i sudditi nativi residenti nel *mofussil* sarebbero stati giudicati da giudici tecnicamente preparati e avrebbero goduto del nucleo di garanzie processuali tradizionalmente riconosciuto presso i tribunali delle *Presidency town*.

Johnston proponeva poi di istituire in Inghilterra un organo di giustizia, la *High Court of Appeal*, dotato di giurisdizione d'appello avverso le decisioni delle *Supreme Courts of Judicature* e incaricato di sovrintendere al funzionamento del sistema di amministrazione della giustizia indiana. La *High Court of Appeal*, composta dal presidente del *King's Council*, da un giurista inglese di provata fama, da alcuni dei giudici indiani delle *Crown's Courts* e dai membri delle *Nizam* e *Sadr Adalat* ritirati dal servizio, avrebbe avuto il compito di informare il Parlamento inglese circa il funzionamento della giustizia in India fungendo da elemento di raccordo tra la dimensione coloniale e quella metropolitana ⁽⁸³⁾.

Secondo Johnston la sperimentazione di un sistema giurisdizionale tendenzialmente uniforme, da realizzare attraverso la riorganizzazione degli uffici giudiziari e la predisposizione di un sistema "esterno" di appello, avrebbe assicurato ai sudditi nativi dell'India il beneficio delle garanzie di *common law* e avrebbe consentito alla madrepatria inglese di partecipare, per il tramite dei suoi giudici e del Parlamento, all'amministrazione della giustizia in colonia. Secondo Johnston, la riunione delle corti superiori di giustizia avrebbe avuto l'ulteriore effetto di migliorare le prestazioni dei giudici coloniali, sia di quelli in servizio presso la *East India Company*,

⁽⁸²⁾ Ivi, pp. 158-160.

⁽⁸³⁾ Ivi, p. 159.

pratici degli affari giudiziari del *mofussil* ma privi di una vera e propria educazione legale, sia di quelli operanti presso le *Crown's Courts*, tecnicamente preparati ma ignoranti delle peculiarità dei territori periferici. Il contatto con gli ufficiali di giustizia della *East India Company*, in particolare, avrebbe consentito ai giudici della Corona di accrescere il proprio bagaglio di cultura coloniale e acquisire una perfetta conoscenza delle consuetudini della comunità indigena, delle lingue e delle religioni locali (ma anche delle *Regulations* relative al sistema di giustizia criminale, al sistema fondiario, all'apparato di polizia) al fine di amministrare la giustizia « in such a manner as to attain the real and substantial ends of justice, without militating against the feelings and prejudices of the people » (84).

Secondo Johnston, non bisognava dubitare del fatto che la riforma degli uffici giudiziari potesse produrre risultati di rilievo anche al di fuori della sfera della giustizia e garantire, in particolare, il mantenimento dell'ordine e della stabilità politica della colonia.

La riunione degli organi giurisdizionali, e la conseguente unificazione dei rispettivi differenti modelli di amministrazione della giustizia, avrebbe incoraggiato la comunità indigena a confidare nell'imparzialità delle decisioni giudiziali riducendo al minimo il rischio di giudicati contrastanti. Con riferimento ai casi criminali avrebbe rimediato alla anomala disparità esistente tra i sudditi nativi delle *Presidency towns*, i quali beneficiavano di tutte le garanzie processuali tradizionalmente riconosciute dalle procedure delle *Crown's Courts*, e quelli residenti nelle aree del *mofussil*, soggetti alle regole « oscure e incerte » (85) del diritto musulmano e processati senza giuria da ufficiali di giustizia privi di adeguata formazione legale (86). Rispetto ai casi civili avrebbe garantito ai nativi del *mofussil*, i quali avrebbero potuto finalmente rivolgere le loro doglianze direttamente ai giudici della Corona, un rimedio eccezionale contro gli abusi commessi dagli ufficiali nativi operanti nelle aree

(84) Ivi, p. 158

(85) Ivi, p. 159.

(86) *Ibidem*.

rurali, e in particolare dagli esattori fiscali, anche con la complicità dei giovani impiegati della *East India Company* (87).

La riorganizzazione degli uffici giudiziari avrebbe poi aumentato la fiducia dei nativi nell'infallibilità della macchina della giustizia e nella coerenza dell'azione di governo azzerando il rischio del verificarsi di contrasti, pericolosissimi per la stabilità politica della colonia, tra le *Crown's Courts* e gli organi della *East India Company*. Secondo Johnston ogni contrapposizione tra diverse istituzioni dello stato coloniale avrebbe inevitabilmente compromesso la credibilità del governo britannico dell'India agli occhi della comunità indigena e dei poteri nativi delle regioni dell'Asia (88).

Il piano sottoposto da Johnston alla *Select Committee* conteneva l'ulteriore proposta di elaborare un codice speciale di diritto, valido per ogni territorio dell'India britannica e applicabile a tutti gli abitanti del subcontinente, sia nativi che europei. Il codice, che doveva essere totalmente privo di tecnicismi e rispettoso delle particolarità della colonia e dei sentimenti (*feelings*) dei sudditi coloniali, avrebbe dovuto contenere quattro distinti sistemi normativi: il diritto civile applicabile ai sudditi europei; il diritto civile riguardante le cause dei sudditi indù; il diritto civile dei musulmani; il diritto penale applicabile sia ai sudditi europei sia ai soggetti indigeni indù e musulmani. Accanto al codice civile e penale Johnston proponeva di preparare, sulla base delle consuetudini dei nativi dell'Asia riguardanti la materia marittima e mercantile, anche un codice marittimo.

I sistemi di diritto applicabili ai soli sudditi nativi della colonia avrebbe dovuto costituire l'espressione genuina degli elementi giuridici e consuetudinari locali. Nella proposta di Johnston le porzioni del codice contenenti il diritto civile applicabile ai sudditi di fede indù e ai sudditi di fede musulmana dovevano essere predisposte,

(87) Il benessere della comunità nativa imponeva di predisporre tutti i meccanismi necessari a mettere in salvo la popolazione « from many of the oppressive measures which are adopted towards them by the native subordinate agents of Government, who at present are so apt to identify, in the opinion of the European collectors, the necessity of oppressive acts with the prompt and certain collection of the revenues, as in some degree to make collectors themselves connive at their misconduct, for fear of diminishing the amount of the revenue collected in their respective districts ». *Ibidem*.

(88) *Ibidem*.

attraverso un procedimento di recupero delle leggi e delle consuetudini del paese, dalla stessa comunità indigena con l'ausilio di una commissione inglese nominata direttamente dal Parlamento. I sudditi indigeni qualificati a svolgere le funzioni di giurati e inseriti nelle apposite liste avrebbero scelto, tra gli abitanti nativi di ciascuna provincia, le persone più rispettabili e informate sugli affari della comunità. I soggetti così selezionati si sarebbero riuniti in commissioni e avrebbero preparato un resoconto scritto (*report*) di tutte le leggi e le consuetudini vigenti nei loro territori e relative alla materia civile ⁽⁸⁹⁾. I resoconti di ogni commissione sarebbero stati pubblicati nel linguaggio più comprensibile ai nativi di ogni regione indiana e sarebbero stati diffusi, villaggio per villaggio, in tutti i territori sottoposti al controllo della *East India Company*. Agli abitanti nativi di ciascun villaggio sarebbe stata offerta la possibilità di contestare la genuinità delle informazioni riportate nei resoconti e contribuire a integrare il lavoro delle commissioni con le informazioni in loro possesso. Nel caso in cui non fossero state sollevate obiezioni da parte dei membri delle comunità locali il *report* sarebbe stato considerato come approvato e condiviso dalla popolazione nativa ⁽⁹⁰⁾.

Sulla base dei *reports* presentati dalle commissioni native i commissari inglesi nominati dal Parlamento avrebbero successivamente preparato il codice di diritto. Il codice così formato avrebbe dovuto ricevere l'approvazione del Parlamento, acquisendo in questo modo autorità legislativa, e sarebbe stato infine pubblicato e tradotto in ogni lingua parlata nelle province sottoposte al controllo britannico.

Secondo Johnston il codice di diritto così elaborato, redatto dagli stessi nativi dell'India sulla base di informazioni autentiche raccolte villaggio per villaggio, avrebbe consentito all'amministrazione coloniale e al Parlamento di acquisire una profonda conoscenza delle consuetudini dei sudditi indù e musulmani della colonia. Inoltre avrebbe facilitato la gestione dei processi, e in generale il governo dei territori locali, assicurando l'accertamento uniforme dei diritti individuali degli abitanti nativi, riducendo al minimo le

⁽⁸⁹⁾ Ivi, p. 150.

⁽⁹⁰⁾ *Ibidem*.

disparità di trattamento tra i sudditi coloniali di fede indù e musulmana, i tempi e i costi dei giudizi, avvicinando la comunità nativa agli affari della giustizia e all'amministrazione dei distretti periferici ⁽⁹¹⁾.

5. « An enlightened and paternal despotism »: *le proposte Macaulay*.

Qual era la “migliore” forma di governo che l’Inghilterra avrebbe potuto conferire all’India? Quali modifiche all’assetto istituzionale della *East India Company* avrebbero garantito il “buon governo” della colonia? In quale misura le particolarità politiche indiane avrebbero potuto influire sulla riforma del sistema indiano di diritto?

Agli inizi degli anni Trenta dell’Ottocento l’Inghilterra, chiamata a rispondere a nuovi e importantissimi quesiti relativi alla gestione dei suoi possedimenti coloniali d’oltreoceano, iniziò a discostarsi sensibilmente dagli indirizzi di politica interna fino ad allora seguiti nella gestione degli affari indiani. Lo smantellamento dell’industria tessile del subcontinente, conseguente allo sviluppo industriale della madrepatria inglese, e la crescente affermazione europea delle dottrine del libero commercio imponevano di riconsiderare, alla vigilia dell’emanazione del nuovo *Charter Act*, la posizione monopolistica che la *East India Company* vantava rispetto ai traffici orientali ⁽⁹²⁾.

⁽⁹¹⁾ Nel formulare la proposta di elaborazione del codice Johnston si soffermava sui vantaggi che avrebbe assicurato il metodo di recupero delle consuetudini locali da parte dei sudditi indigeni: « The information upon which such a code is framed must be authentic, because it is derived from the best informed men in the country, chosen, for their local knowledge, by their own countrymen [...]. Such a code must be easily understood by the commonest person in the country, because it is drawn up in the language of the country, under the superintendence of those who are the best acquainted with that language, and because it has been explained to, and received the approval of, every person in the country ». *Ibidem*.

⁽⁹²⁾ Sul rapporto tra Rivoluzione Industriale e crollo dell’industria coloniale, E. J. HOBBSAWM, *Le rivoluzioni borghesi 1789-1848*, Milano, Il Saggiatore, 1963, pp. 53-57. Per un dettaglio sullo smantellamento dell’industria tessile del Bengala e la conseguente ondata di disoccupazione, S. WOLPERT, *Storia dell’India. Dalle origini della cultura*

Nella bozza del *Charter Act*, presentata presso la *House of Commons* il 28 giugno 1833, venne proposto di dispensare la Compagnia dall'esercizio delle sue attività commerciali sui territori del subcontinente e di sciogliere il monopolio del commercio con la Cina. A partire dal 1833 la *East India Company* avrebbe dovuto cedere alla Corona tutti i diritti sul commercio e sul territorio indiano; la Corona avrebbe predisposto in favore della Compagnia un fondo d'ammortamento e avrebbe versato agli azionisti una rendita annua, il cui valore sarebbe dipeso dall'ammontare degli introiti derivanti dall'imposta fondiaria (*revenue*) ⁽⁹³⁾.

Oltre alle modifiche relative al ruolo commerciale della *East India Company*, il *Charter Act* conteneva altre proposte di riforma, sempre riguardanti la gestione della colonia indiana, che seguivano precise direttive politiche: rivalutare la posizione dei sudditi europei all'interno della colonia; raggiungere maggiore uniformità nella legislazione; ridefinire i meccanismi di amministrazione della giustizia.

Il 10 luglio 1833 Charles Grant, presidente del *Board of Control*, propose che il *Bill* ricevesse una seconda lettura da parte della *House of Commons* ⁽⁹⁴⁾. Nel dibattito che seguì la proposta di Grant, Thomas Bagington Macaulay, membro del Parlamento e segretario del *Board of Control*, difese a lungo le previsioni del *Bill* ⁽⁹⁵⁾.

In questa sede, Macaulay segnalò l'urgenza di ridefinire la costituzione interna della *East India Company* e il ruolo che quest'ultima rivestiva rispetto al governo dei territori indiani. A sostegno della sua tesi, elaborò un discorso che faceva diretto riferimento alla peculiare natura della Compagnia, ad un tempo commerciale e sovrana ⁽⁹⁶⁾.

dell'Indio alla storia di oggi, Milano, Bompiani, 2004 (V ed.), pp. 198-200. Sulla relazione tra l'affermazione della dottrina del *Free Trade* e l'emanazione del *Charter Act* del 1833 S. BHATTACHARYA, *Indigo Planters, Ram Mohan Roy and the 1833 Charter Act*, in « *Social Scientist* », IV, 3 (1975), pp. 56-65.

⁽⁹³⁾ Sul punto, AUBER, *Rise and Progress*, cit., Vol. II, pp. 658-712. Più in generale, sulle previsioni del *Charter Act*, ILBERT, *The Government of India*, cit., pp. 81-90.

⁽⁹⁴⁾ Tutte queste notizie in AUBER, *Rise and Progress*, cit., pp. 698-705.

⁽⁹⁵⁾ T.B. MACAULAY, *A speech delivered in the House of Commons on the 10th of July, 1833*, in *The complete works of Lord Macaulay*, Longmans Greens & Co., London, 1889 V. XII, pp. 542-586.

⁽⁹⁶⁾ Ivi, p. 545.

Macaulay ricordava che, già agli inizi del secolo XVIII, la *East India Company* svolgeva in India funzioni propriamente sovrane (tra queste, il diritto di erigere forti, di proclamare la legge marziale, di inviare ambasciatori presso i governi nativi, di infliggere condanne capitali) le quali avevano progressivamente affiancato, ed infine superato, quelle commerciali. Nata come una compagnia commerciale la *East India Company* aveva finito per trasformarsi in un vero e proprio corpo sovrano (« a sovereign body ») (97). Secondo Macaulay l'incombente abolizione del monopolio sui traffici orientali imponeva una ridefinizione della *internal constitution* della Compagnia tale da assicurare l'equilibrio tra le attività politiche e quelle commerciali (98).

La *East India Company* avrebbe dovuto, comunque, continuare a governare l'India. Secondo Macaulay la Compagnia aveva contribuito alla diffusione della civiltà europea in colonia favorendo la crescita e la maturazione dello "spirito pubblico indiano". Inoltre, sebbene fosse incontestabile che il sistema di governo sperimentato in colonia fosse dispotico e apparisse come « a horrible tyranny » (99), l'India non era affatto pronta per un regime politico fondato sulle istituzioni rappresentative.

Assodata l'impossibilità di implementare in colonia un « free government » (100) come era possibile assicurare ai sudditi indiani un buon governo? Quali garanzie potevano essere apprestate contro gli abusi di potere da parte della *East India Company*?

Le argomentazioni che Macaulay offriva per giustificare le previsioni del *Bill* facevano diretto riferimento alla necessità di ricercare un ragionevole compromesso tra gli interessi privati degli azionisti e

(97) Ivi, p. 548.

(98) Come è stato già accennato, fino al 1834 la *East India Company* aveva, per concessione sovrana, il monopolio del commercio con la Cina. Il 22 aprile 1834 il monopolio fu abolito e i privati furono ammessi a commerciare con la Cina. G. BORSA, *L'Estremo Oriente tra due Mondi*, Bari, Laterza, 1961, pp. 1-3.

(99) MACAULAY, *A speech*, cit., p. 569.

(100) Sul punto Macaulay cita l'autorità di James Mill e del suo lavoro, « the greatest historical work which has appeared in our language since that of Gibbons ». Ivi, p. 555.

il benessere dei sudditi indigeni dell'India ⁽¹⁰¹⁾. Secondo Macaulay, in assenza di istituzioni rappresentative, lo strumento più efficace per assicurare ai sudditi nativi un buon sistema di governo e di amministrazione del territorio, capace anche di arginare il potere politico della *East India Company*, era quello di vincolare i guadagni della Compagnia all'ammontare periodico dell'imposta fondiaria facendo in qualche modo coincidere i diritti degli azionisti con quelli dei sudditi coloniali:

The course which appeared to us the most likely to promote the interests of our Eastern Empire was to made the proprietors of India stock creditors of the Indian territory. Their interests will thus be in a great measure the same with the interest of the people whom they are to rule. Their income will depend on the revenues of their empire. The revenues of their empire will depend on the manner in which the affairs of that empire are administered. We furnish them with the strongest motives to watch over the interests of the cultivator and the trader; to maintain peace, to carry on with vigour the work of retrenchment, to detect and punish extortion and corruption. Thought they live at a distance from India, though few of them have ever seen or may ever see the people whom they rule, they will have a great stake in the happiness of their subjects. If their misgovernment should produce disorder in the finances, they will themselves feel the effects of that disorder in their own household expenses. I believe this to be, next to a representative constitution, the constitution which is the best security for good government. A representative constitution India cannot at the present have. And we have therefore, I think, given her the best constitution of which she is capable ⁽¹⁰²⁾.

Macaulay dunque presentava la proposta contenuta nel *Bill* di legare le entrate periodiche della *East India Company* all'ammontare della *revenue* come la scelta di una nuova "costituzione" per l'India, un modello ibrido tra impresa e politica il quale affidava le sorti della colonia alle logiche di guadagno di una *joint stock company*.

⁽¹⁰¹⁾ In ogni caso il sistema di governo indiano doveva essere "eccezionale" rispetto ai sistemi della tradizione occidentale: « We have to frame a good government for a country into which, by universal acknowledgment, we cannot introduce those institutions which all our habits, which all the reasonings of European philosophers, which all the history of our own part of the world would lead us to consider as the one great security for good government », *ivi*, p. 556.

⁽¹⁰²⁾ MACAULAY, *A speech*, *cit.*, p. 570.

Oltre a sottolineare la necessità di abolire il monopolio commerciale della *East India Company* Macaulay proponeva di favorire l'ingresso in colonia dei produttori europei. Riteneva inoltre indispensabile modificare i sistemi di diritto vigenti in colonia, così come i meccanismi di amministrazione della giustizia, nonché reimpostare i principi regolanti l'accesso ai ranghi dell'amministrazione pubblica su basi concorsuali (« the principle of competition ») ⁽¹⁰³⁾.

Macaulay presentava l'eventualità della libera ammissione degli europei in India come una formidabile occasione per implementare la portata civilizzatrice della dominazione coloniale. Secondo Macaulay bisognava favorire il contatto diretto tra la dimensione dell'Occidente e quella indiana; allo stesso tempo, si rendeva necessario sottoporre anche i sudditi europei al diretto controllo e alla potestà legislativa dello stato coloniale indiano. Solo assoggettando tutti i sudditi coloniali ai medesimi poteri l'amministrazione indiana avrebbe potuto evitare di dare vita a una "nuova casta", a « un nuovo genere di Bramini » totalmente divincolati dalle istituzioni che governavano la colonia ⁽¹⁰⁴⁾. Non bisognava trascurare, infatti, i pericoli connessi all'eliminazione delle restrizioni al libero ingresso nelle aree rurali indiane. I nuovi colonizzatori, « appartenenti alla nazione dominante, rassomiglianti in colore, linguaggio, maniere, a coloro che possiedono il supremo potere militare e civile e che differiscono per tutto il resto dalla grande massa della popolazione » avrebbero potuto considerarsi « la razza superiore » e, in assenza di ogni vincolo di dipendenza dal governo locale, avrebbero potuto « calpestare la razza indigena » ⁽¹⁰⁵⁾.

Altra anomalia indiana consisteva, secondo Macaulay, nella esistenza di un apparato di corti di giustizia del tutto autonomo dal governo locale e responsabile, addirittura, della ratifica dei provvedimenti legislativi coloniali. Macaulay riteneva indispensabile, da un lato, ridimensionare il ruolo delle *Supreme Courts of Judicature* attraverso l'abolizione del tradizionale potere di interinazione dei provvedimenti normativi e, dall'altro lato, concentrare in seno agli

⁽¹⁰³⁾ Ivi, p. 571.

⁽¹⁰⁴⁾ Ivi, p. 574.

⁽¹⁰⁵⁾ *Ibidem*, Traduzione mia.

organi di governo della Compagnia tutti i poteri e le funzioni attinenti alla legislazione.

La necessità di procedere con la riforma, la quale avrebbe garantito alla *East India Company* una posizione di assoluta primazia all'interno della colonia, sarebbe stata resa improrogabile dall'eliminazione delle restrizioni all'ingresso in India dei sudditi europei:

While the two equal powers were acting in opposite directions, the whole machine of the state would stand still. The Europeans would be uncontrolled. The natives would be unprotected. The consequences I will not pretend to foresee. Everything beyond is darkness and confusion ⁽¹⁰⁶⁾.

In questo modo la *East India Company*, perduto il monopolio dei traffici con l'Oriente, avrebbe comunque mantenuto una posizione di forte privilegio all'interno del subcontinente indiano. La gestione degli affari coloniali sarebbe stata condivisa dal Governo di Sua Maestà, incaricato di amministrare gli affari esteri del paese, e dalla Compagnia, deprivata di tutte le prerogative commerciali. All'interno della colonia, tuttavia, la *East India Company* avrebbe costituito l'unico organismo sovrano visibile ai sudditi e il governo non avrebbe conosciuto alcun potere rivale, alcuna istituzione interna capace di ridurne l'autorità.

Nell'esercizio dell'attività di produzione normativa — continuava Macaulay — il governo indiano avrebbe dovuto agire con l'assistenza di una *legal commission* incaricata di consolidare e riformare i differenti sistemi di diritto vigenti in colonia e sovrintendere alla produzione di un codice valido per tutti i territori sottoposti al controllo inglese.

Macaulay era fortemente favorevole alla elaborazione coloniale di un sistema codicistico e, nel suo discorso dinanzi alla *House of Commons*, procedette a elencare le ragioni che a suo avviso giustificavano questa particolare sperimentazione legislativa ⁽¹⁰⁷⁾.

⁽¹⁰⁶⁾ Ivi, pp. 575 e 578.

⁽¹⁰⁷⁾ Con riferimento alla madrepatria britannica Macaulay sosteneva che « our freedom and our high civilization, make this improvement, desirable as it must always be, less indispensably necessary to us than to our Indian subjects; and in the next place our freedom and civilization, I fear, make it far more difficult for us to obtain this benefit

Secondo Macaulay era riscontrabile in India una situazione di marcato particolarismo giuridico, in qualche misura paragonabile a quella dell'Europa del periodo storico immediatamente successivo alla caduta dell'Impero romano, la quale impediva di raggiungere un sufficiente grado di uniformità nell'amministrazione della giustizia creando notevoli disparità di trattamento tra i sudditi coloniali. Riteneva inoltre che i sistemi di diritto della tradizione indiana, spesso confliggenti l'uno con l'altro, avessero scarsissimi riferimenti testuali e fossero costituiti principalmente da un'enorme massa di commenti e interpretazioni dottrinali ⁽¹⁰⁸⁾.

Per questi motivi i giudici della *East India Company* erano costretti, nell'accertamento dei diritti o delle responsabilità individuali, ad affidarsi all'interpretazione degli esperti nativi in diritto indù e musulmano (*pandit e mufti*), guide malsicure nel campo della giurisprudenza ⁽¹⁰⁹⁾. Secondo Macaulay « What is administered is not law, but a kind of rude and capricious equity » ⁽¹¹⁰⁾.

Secondo Macaulay sebbene le particolarità della società indiana impedissero di superare la situazione di particolarismo giuridico e, di conseguenza, di assoggettare tutti i sudditi coloniali a un unico sistema di diritto, l'India era comunque pronta ad accogliere la sperimentazione di un modello codicistico. La natura del regime politico coloniale — secondo Macaulay un « dispotismo illuminato e paterno » — avrebbe garantito il successo della riforma: « A code is almost the only blessing, perhaps it is the only blessing, which

for ourselves than to bestow it on them. No country ever stood so much in need of a code of law as India; and I believe also that there never was a country in which the want might so easily be supplied ». Ivi, pp. 578-579.

⁽¹⁰⁸⁾ « L'unico codice musulmano è il corano, l'unico libro indù gli Istituti. [...] tutti quelli che hanno conoscenza di tali testi sanno che questi disciplinano una parte piccolissima delle questioni che possono sorgere in una comunità. Tutto al di là di ciò è commento e tradizione ». Ivi, p. 579. Traduzione mia.

⁽¹⁰⁹⁾ Secondo Macaulay seppure non vi fossero stati dubbi sull'onestà degli esperti nativi in diritto, « la scienza che questi ultimi professano è in un tale stato di confusione che non può farsi affidamento sulle loro risposte ». *Ibidem*. Traduzione mia. Sul punto si veda anche MILLER, *On the Administration of Justice*, cit., pp. 42-43.

⁽¹¹⁰⁾ MACAULAY, *A speech*, cit., p. 580.

absolute governments are better fitted to confer on a nation than popular governments »⁽¹¹¹⁾.

Il discorso di Macaulay in difesa delle previsioni del *Bill* oscillava dunque tra la necessità di riconfigurare il potere politico coloniale, preservandone l'integrità ed evitando qualsiasi dispersione tra autorità potenzialmente confliggenti, e l'urgenza di sperimentare nuovi modelli legislativi per l'India.

Macaulay giustificava l'elaborazione di un modello di governo alternativo rispetto a quelli della tradizione occidentale, e privo di qualsiasi strumento di comunicazione tra i sudditi e il potere politico, attraverso il riferimento allo stato di inciviltà della dimensione coloniale. Allo stesso tempo vedeva nella cifra di dispotismo che caratterizzava il governo coloniale dell'India un elemento indispensabile per implementare un sistema codicistico che la madrepatria britannica non era invece disposta ad accogliere. I sudditi coloniali, i quali non erano pronti per le istituzioni rappresentative, avrebbero comunque potuto beneficiare di un sistema normativo capace di assicurare l'applicazione certa e uniforme del diritto, l'imparziale amministrazione della giustizia, il corretto esercizio delle prerogative di giudizio e punizione.

L'importanza del ruolo che Macaulay ha rivestito nella storia dell'India britannica verrà resa nota tra breve. Basti adesso ricordare che il *Bill* presentato da Charles Grant venne approvato da entrambe le Camere del Parlamento inglese e ricevette il *Royal Assent* il 28 agosto 1833. Il nuovo *Charter Act* (*An Act for effecting an Arrangement with the East India Company, and for the better Government of His Majesty's Indian Territories, till the Thirtieth Day of April One thousand eight hundred and fifty-four*) trasformò in maniera radicale l'assetto istituzionale della colonia indiana.

La nuova legge trasformò l'ufficio di *Governor-general of Bengal in Council*, un organo composto dal governatore della presidenza del Bengala e da un consiglio formato da tre membri, in quello di *Governor-general of India in Council* e conferì a questo nuovo organo l'autorità legislativa esclusiva per tutti i territori colo-

⁽¹¹¹⁾ Ivi, p. 582.

niali ⁽¹¹²⁾: venuto meno il monopolio commerciale della *East India Company* ed eliminata ogni restrizione all'ingresso degli europei in colonia, l'accentramento dell'autorità legislativa costituiva una misura necessaria a regolare i traffici dei nuovi colonizzatori europei e favorire la trasformazione dell'India in un immenso mercato di commercianti e consumatori ⁽¹¹³⁾.

Secondo le previsioni del *Charter Act*, le leggi emanate dal *Governor-general of India in Council* avrebbero vincolato tutti i sudditi residenti in India, compresi quelli di nascita inglese, e avrebbero operato rispetto a tutte le corti di giustizia della colonia, comprese quelle di istituzione della Corona. La nuova legge dispose altresì la nomina di un quarto membro ordinario del Consiglio del governatore, il quale sarebbe stato autorizzato a votare soltanto durante le sedute relative all'emanazione di leggi e regolamenti, e ordinò l'istituzione di una *Law Commission*. Quest'ultima avrebbe avuto il compito di indagare sulla giurisdizione, i poteri, le regole, le procedure seguite dalle corti di giustizia e dall'*establishment* di polizia, nonché sulla natura delle leggi civili e penali, scritte e consuetudinarie vigenti nei territori indiani e di preparare *reports* in cui venissero illustrati i risultati delle indagini.

Nel 1834 Thomas Babington Macaulay divenne *law member* del Consiglio del governatore e presidente della prima *Indian Law Commission* ⁽¹¹⁴⁾. Nel 1837 la *Indian Law Commission* preparò la bozza di un codice penale (*Indian Penal Code*) e presentò il docu-

⁽¹¹²⁾ Fino al 1834 i governatori del Bengala, di Madras e di Bombay godevano, ciascuno, di un autonomo potere legislativo limitato ai territori da loro governati. Sulle riforme del sistema legislativo dal 1834 al 1861, si veda S.V. DESIKA CHAR, *Centralized legislation. A History of the Legislative system of British India from 1834 to 1861*, Delhi, Asia Publishing House, 1963.

⁽¹¹³⁾ K.J.M. SMITH, *Macaulay's "Utilitarian" Indian Penal Code: An Illustration of the Accidental Function of Time, Place and Personalities in Law Making*, in *Legal History in the making. Proceedings of the ninth British legal History conference*, Glasgow 1989, a cura di W.M. Gordon and T.D. Fergus (eds.), London, Hambledon Press, 1991, p. 146.

⁽¹¹⁴⁾ Tutte queste informazioni, in ACHARYYA, *Codification*, cit., pp. 54-59 e p. 62. Sulle circostanze relative alla nomina di Macaulay, si veda SMITH, *Macaulay's*, cit., pp. 146-149. La prima *Indian Law Commission* era composta da Macaulay, J.M. Macleod, G.W. Anderson, F. Millet.

mento al governatore generale dell'India, *Lord* George Eden, conte di Auckland ⁽¹¹⁵⁾.

Verso la fine degli anni Trenta dell'Ottocento, il governo coloniale era dunque riuscito a portare avanti una parte delle riforme auspicate da Macaulay. Il "dispotismo illuminato e paterno" aveva prodotto il suo codice ed aveva così contribuito — nella rappresentazione degli ufficiali coloniali — al benessere della popolazione nativa dell'India. Lo aveva fatto facilmente, con l'assistenza di un corpo legislativo ristrettissimo e senza alcuna comunicazione con la dimensione dei sudditi. Nel 1837 era stato dunque realizzato quello che Macaulay aveva annunciato ai membri della *House of Commons* appena quattro anni prima.

Nel discorso parlamentare di Macaulay v'era, tuttavia, un dettaglio al quale abbiamo ommesso di dare il debito rilievo. Nel descrivere il sistema di diritto del quale chiedeva la sperimentazione, Macaulay parlava di un procedimento in due fasi: consolidare e riformare le leggi dell'India; produrre, con queste leggi, un codice di diritto ⁽¹¹⁶⁾. Macaulay auspicava la produzione di un « complete written code of laws » ma rassicurava i rappresentanti dei Comuni sul fatto che i sistemi normativi vigenti in colonia sarebbero stati, semplicemente, accertati e consolidati ⁽¹¹⁷⁾. Macaulay parlava della sperimentazione di un codice ma si limitava a descrivere il procedimento per la formazione del digesto:

We know that respect must be paid to feelings generated by differences of religion, of nation, and of caste. Much, I am persuaded, may be done to assimilate the different systems of law without wounding those feelings. But whether we assimilate those systems or not, let us ascertain them; let us digest them. We propose no rash innovation; we wish to give no shock to the prejudices of any part of our subjects. Our principles is simply this;

⁽¹¹⁵⁾ *Indian Law. A Copy of the Penal Code prepared by the Indian Commissioners, and published by command of the Governor-General of India in Council*, in PP, 1837-38, XLI, n. 673. Dato assai interessante, la bozza del codice venne preparata quasi esclusivamente da Macaulay: sul finire del 1836 quasi tutti i membri della commissione furono incapaci di proseguire il lavoro per motivi di salute.

⁽¹¹⁶⁾ *A speech delivered in the House of Commons*, cit., p. 578.

⁽¹¹⁷⁾ Ivi, p. 582.

uniformity where you can have it; diversity where you must have it; but in all cases certainty ⁽¹¹⁸⁾.

Appare comunque abbastanza chiaro quale fosse la portata della proposta Macaulay: produrre un sistema di diritto basato su elementi normativi esistenti, riorganizzati *ex novo* in forma scritta, il quale avrebbe consentito ai giudici della *East India Company* l'applicazione uniforme del diritto e una più facile amministrazione della giustizia ⁽¹¹⁹⁾. Macaulay tuttavia abbandonò presto l'idea di produrre un digesto delle leggi indiane e si discostò dalle proposte di "apertura" agli elementi giuridici nativi avanzate da James Mill e Alexander Johnston.

Nel resoconto introduttivo all'*Indian Penal Code* Macaulay dichiarò che la bozza del codice era stata comparata con i « most celebrated systems of Western jurisprudence », tra i quali il codice di procedura penale francese (1808) e il codice della Louisiana (1826) ⁽¹²⁰⁾. Allo stesso tempo, specificò che il diritto criminale proposto dalla *Indian Law Commission* era propriamente un "nuovo" diritto il quale prescindeva dagli altri sistemi giuridici della colonia, sia quelli della tradizione indiana, sia quelli importati dall'Inghilterra. Secondo Macaulay nessuno dei sistemi normativi indiani poteva essere preso in considerazione per la preparazione del codice ⁽¹²¹⁾: il diritto musulmano costituiva « l'ultimo sistema di

⁽¹¹⁸⁾ Ivi, pp. 581-582.

⁽¹¹⁹⁾ Nell'opinione di Macaulay, « è tempo che i magistrati sappiano quale diritto debbano amministrare, che i sudditi sappiano sotto quale diritto debbano vivere ». Ivi, p. 579. Traduzione mia.

⁽¹²⁰⁾ *Introductory Report upon the Indian Penal Code*, in *The complete Works of Lord Macaulay. Speeches, Poems, & Miscellaneous Writings*, Vol. I, London, Albany Edition, 1898, p. 12.

⁽¹²¹⁾ Cfr. STOKES, *The English Utilitarians*, cit. Sul codice penale indiano si veda anche STEPHEN, *A History*, cit.; C.P. ILBERT, *Indian Codification*, in « The Law Quarterly Review », V (1889) 20, 347-369.; SMITH, *Macaulay's*, LAU, *The reception*, cit.; BOSE, *The migration of the Common Law*, cit.; ACHARYYA, *Codification*, cit.; BANARJEE, *Background to Indian Criminal Law*, cit. Da ultimo, *Codification, Macaulay and the Indian Penal Code: the legacies and modern challenges of criminal law reform*, a cura di W.C. Chan, B. Wright, and S.Yeo (eds.), Farnham (Surrey)-Burlington (VT), Ashgate Publishing, 2011, in particolare, B. WRIGHT, *Macaulay's Indian Penal Code: Historical Context and Originating Principles*, ivi, pp. 19-55.

diritto penale che un governo umano e illuminato » sarebbe stato « disposto ad adottare »; le *Regulations* del governo coloniale erano il prodotto di differenti legislature e non riuscivano ad assicurare un sufficiente grado di uniformità. Infine, il diritto criminale inglese, il quale era in vigore nelle *Presidency towns*, era un sistema straniero di diritto, artificiale e complicato, formulato senza nessun riferimento all'India, un sistema che necessitava di radicali riforme ⁽¹²²⁾.

La decisa rivendicazione da parte di Macaulay del carattere originale dell'*Indian Penal Code* ha fatto sì che invalesse in sede storiografica la tendenza a rintracciare nel codice indiano una fortissima impronta utilitarista. Secondo questa tesi, la *Indian Law Commission* aveva preferito non già estrarre gli elementi costitutivi del codice dai sistemi normativi preesistenti ma attingerli direttamente dai principi della scienza universale della legislazione. E questa prospettiva avrebbe coinciso con l'idea benthamiana secondo la quale il codice di diritto non poteva derivare « dalla pratica esistente o dai sistemi di diritto stranieri » ma doveva invece essere prodotto « *ex nihilo* dall'intelligenza filosofica disinteressata » ⁽¹²³⁾.

⁽¹²²⁾ Le citazioni in *A copy of the penal code prepared by the Indian Law Commissioners, and published by command of the Governor-General of India in council*, in PP, 1837-38, XLI, n. 673, p. 6. Traduzione mia. Sul punto cfr. STOKES, *The English Utilitarians*, cit., p. 226.

⁽¹²³⁾ STOKES, *The English Utilitarians*, cit., p. 225. Ben note sono le posizioni di Jeremy Bentham relative alla codificazione del diritto. Secondo Bentham il sistema di *common law* era disordinato e frammentario, arbitrario a causa della sua natura giudiziale (a ben vedere, l'assenza di una natura legislativa impediva addirittura di qualificarlo come un vero e proprio "diritto"), un sistema che necessitava di profonde riforme le quali avrebbero dovuto essere compiute proprio attraverso lo strumento della legislazione: come è noto, nei suoi primi studi (in particolare nell'opera *A Comment to the Commentaries*, terminata intorno al 1776 ma pubblicata soltanto nel 1928) Bentham proponeva di risolvere in maniera definitiva i difetti del *common law* attraverso la consolidazione di tale sistema in una forma statutaria. Successivamente (e così come emerge dalle opere *An Introduction to the Principles of Morals and Legislations*, terminata nel 1780 ma pubblicata soltanto nel 1789, e *Of Laws in Generals*, scritta principalmente nel 1783) abbandonò tale ultima idea ed elaborò un nuovo programma di riforma, apertamente ispirato al principio dell'utilità (ovvero « the greatest happiness or greatest felicity principle », in virtù del quale ogni azione era da approvare o da disapprovare a seconda se aumentava o diminuiva la felicità dei soggetti da essa coinvolti. Si veda *An Introduction to the Principles of Morals and Legislations*, Oxford, Clarendon Press, 1907 ristampa dell'edizione del 1823, pp. 1 n. e 2), consistente nella preparazione, attraverso

Anche prescindendo dalle suggestioni offerte dalla storiografia, il carattere fortemente innovativo dell'approccio seguito da Macaulay colpisce immediatamente chiunque sfogli le pagine dell'*Indian Penal Code*. Già dal *report* introduttivo alla bozza del codice emerge come Macaulay e la *Indian Law Commission* avessero sperimentato una tecnica legislativa “nuova”, la tecnica delle *illustrations*, la quale sarebbe stata al centro del dibattito inglese tardo ottocentesco in materia di codificazione ⁽¹²⁴⁾.

In conformità al paradigma utilitarista, Macaulay riteneva che le definizioni codicistiche dovessero essere, ad un tempo, semplici e precise. E questa caratteristica normativa era necessaria, da un lato, ad assicurare che i sudditi adeguassero le loro condotte alla legge e, dall'altro lato, a limitare il potere interpretativo del giudice salvaguardando, in questo modo, il ruolo della norma scritta e del legislatore:

That a law, and especially a penal law, should be drawn in words which convey no meaning to the people who are to obey it is an evil. On the other hand, a loosely-worded law is no law, and to whatever extent a legislature uses vague expressions, to that extent it abdicates its functions, and resigns the power of making law to the Courts of Justice ⁽¹²⁵⁾.

Anticipando di oltre cinquant'anni le posizioni di Thomas Erskine Holland e Frederick Pollock, Macaulay proponeva di inserire nel codice penale una raccolta di *decided cases*. Questi ultimi sarebbero stati introdotti sotto forma di *illustrations*, esempi “tipo” di applicazione delle norme del codice predisposti in astratto ed in via preventiva dal legislatore ⁽¹²⁶⁾. Secondo Macaulay, grazie alle

il procedimento della *codification*, di un corpo di norme — il *Pannomion* — che fosse completo e razionale, ampiamente accessibile, facilmente conoscibile. Il codice avrebbe dovuto essere preparato sulla base di un metodo scientifico (individuato dallo stesso Bentham) e avrebbe dovuto comprendere ogni settore dell'ordinamento, ogni branca del diritto. Sul punto, SMITH, *Lawyers*, cit., pp. 9-19; FREDA, *Stare Decisis?*, cit., pp. 518-527.

⁽¹²⁴⁾ Cfr. W. STOKES, *The Anglo-Indian Codes*, Vol. I, *Substantive Law*, Oxford University Press, 1888, pp. XXIII-XXIV.

⁽¹²⁵⁾ *A Copy of the Penal Code*, cit., p. 7.

⁽¹²⁶⁾ In merito alle posizioni di Holland e Pollock rispetto all'utilizzo di *illustrations* si rimanda all'ultimo capitolo del presente lavoro.

illustrations le definizioni codicistiche sarebbero state precise e facilmente comprensibili. Inoltre, circostanza non trascurabile, queste particolari clausole avrebbero assicurato la conservazione nel tempo dell'originaria portata dispositiva delle norme del codice: i giudici sarebbero sempre stati indirizzati nell'applicazione delle norme del codice e, nei casi dubbi, avrebbero sempre dovuto attenersi alla traccia interpretativa predisposta dal legislatore.

Secondo Macaulay un codice così formato avrebbe costituito, ad un tempo, uno *statute book* e una raccolta di *decided cases* e avrebbe rappresentato una fortissima innovazione anche rispetto ai prodotti normativi della madrepatria inglese. A differenza dei *decided cases* inglesi, però, le *illustrations* non potevano considerarsi come una "fonte" del diritto criminale: in nessun caso avrebbero potuto supplire alle lacune normative eventualmente riscontrabili nel codice ovvero forzare la legge spingendo l'interprete oltre il dato codicistico. Secondo Macaulay, tutto il diritto penale indiano era infatti contenuto nelle norme del codice e le *illustrations* avrebbero dovuto limitarsi a mostrare il diritto in « full action »⁽¹²⁷⁾: « They are merely instances of the practical application of the written law to the affairs of mankind »⁽¹²⁸⁾,

Tutte queste proposte rivelavano uno dei principali obiettivi che Macaulay avrebbe voluto raggiungere in qualità di legislatore indiano: limitare il potere "creativo" dei giudici coloniali e preservare l'integrità del valore della norma scritta, il significato originario delle disposizioni codicistiche.

Macaulay riteneva indispensabile curare che le norme del codice non venissero soffocate dalla massa delle decisioni giudiziali e proponeva l'istituzione di un sistema di controllo e di supervisione dell'attività delle corti di giustizia. Guardando ad una distribuzione in senso gerarchico degli uffici giudiziari⁽¹²⁹⁾, Macaulay sosteneva che ogni giudice avrebbe dovuto riportare all'ufficio immediatamente superiore qualsiasi dubbio interpretativo sorto in sede di giudizio. L'ufficio giudiziario di grado più elevato avrebbe poi avuto cura di riportare l'insieme delle questioni alla *Legal Commission* —

⁽¹²⁷⁾ *A Copy of the Penal Code*, cit., pp. 7

⁽¹²⁸⁾ Ivi, p. 8.

⁽¹²⁹⁾ Ivi, pp. 8-9.

vertice del sistema immaginato da Macaulay — la quale avrebbe provveduto a colmare eventuali lacune del codice. La Commissione avrebbe altresì modificato il testo delle clausole rivelatesi poco chiare ovvero inefficaci nel loro funzionamento pratico e avrebbe, infine, provveduto ad aggiungere nuove *illustrations*, se la pratica giudiziaria ne avesse evidenziato la necessità ⁽¹³⁰⁾.

Il funzionamento del sistema di diritto penale indiano sarebbe stato dunque assicurato da un meccanismo dinamico di correzione il quale, attraverso l'azione congiunta delle corti di giustizia e della *Legal Commission*, avrebbe garantito l'aggiornamento periodico e il progressivo perfezionamento del codice: edizione dopo edizione, tutti gli errori contenuti nel testo, le contraddizioni normative, i dubbi interpretativi, sarebbero stati evidenziati in sede giudiziale, risolti dal legislatore e, infine, definitivamente espunti dal sistema giuridico del paese. Questo meccanismo avrebbe assicurato un sufficiente grado di uniformità nell'interpretazione del diritto ed avrebbe salvaguardato il ruolo istituzionale del legislatore.

La *Indian Law Commission* proponeva dunque un rapporto codice/giudice che privilegiava il ruolo della norma scritta a discapito dell'interpretazione giudiziale delle norme: le *illustrations* avrebbero sempre guidato l'applicazione in concreto delle disposizioni codicistiche limitando sensibilmente il potere interpretativo dei giudici criminali della colonia indiana. Questi ultimi non avrebbero potuto risolvere eventuale dubbi interpretativi esercitando, in questo modo, un potere appartenente soltanto al legislatore: « The power of construing the law in cases in which there is any real reason to doubt what the law is amounts to the power of making the law » ⁽¹³¹⁾.

Di tutta evidenza la portata innovativa della tecnica delle *illustrations*. Senza dubbio, tuttavia, gli aspetti maggiormente originali del “nuovo” corpo di diritto elaborato per la colonia erano costituiti dagli stessi indirizzi di politica criminale e dai principi di teoria del diritto penale, per molti versi rivoluzionari, che ispirarono i lavori della prima *Indian Law Commission*.

⁽¹³⁰⁾ Ivi, p. 9.

⁽¹³¹⁾ Ivi, p. 8.

Prima di descrivere le caratteristiche “tecniche” della bozza dell'*Indian Penal Code* è necessario soffermarci, sia pure in breve, sul diritto criminale in vigore nella presidenza di Bombay e sulle critiche mosse dalla *Indian Law Commission* a questo particolare sistema di diritto.

La *Regulation XIV of 1827 (A Regulation for defining crimes and offences and specifying the punishments to be inflicted for the same)* ⁽¹³²⁾, parte di un insieme di trentaquattro *Regulations* conosciute con il nome di *Elphinstone Code* (1827), aveva introdotto nella presidenza di Bombay un sistema di diritto criminale “nuovo” e autonomo rispetto ai sistemi di diritto preesistenti ⁽¹³³⁾. In particolare, il “codice” criminale di Bombay era organizzato secondo criteri logici di ripartizione delle materie e consisteva di sei capitoli: il primo offriva una descrizione generale degli atti considerati criminali (*Chapter I. A general description of the acts which are to be considered criminal, with reference to the mode in which each is punishable*) e conteneva disposizioni relative al delitto tentato (*attempts*), all'istigazione a delinquere, alla complicità (*accessories*); il secondo era dedicato alle sanzioni (*Death; Transportation; Confiscation of property; Imprisonment-solitary or ordinary; Flogging; Fine; Public disgrace; Personal Restraint*) e alle modalità prescritte per la loro esecuzione (*Chapter. II. Of punishments and the mode of their execution*); gli ultimi quattro capitoli costituivano la “parte speciale” del codice e contenevano la descrizione delle fattispecie criminali punibili nella presidenza di Bombay (offese contro lo Stato-*Chapter III*; offese contro la moralità o la comunità-*Chapter IV*; offese contro le persone-*Chapter V*; offese contro la proprietà-*Chapter VI*).

Macaulay sosteneva che, nonostante fosse arrangiato in una forma scritta, circostanza di per sé vantaggiosa, il diritto criminale di Bombay non era superiore a quello vigente negli altri territori

⁽¹³²⁾ La *Regulation* si può leggere in *Papers relating to East India Affairs. Regulation passed by the Governments of Bengal, Fort St. George, and Bombay, in the year 1827*. PP, 1829, Vol. 23, n. 201, pp. 188-199.

⁽¹³³⁾ Tuttavia, la clausola settima del capitolo I della *Regulation XIV of 1827* rendeva punibili tutti i comportamenti, pur non specificamente descritti nel “codice”, i quali erano stati dichiarati “criminali” dalle leggi religiose e costituivano offese alla moralità, alla pace, all'ordine della società. Ivi, p. 189.

dell'India britannica e, di conseguenza, non era stato preso in considerazione nella preparazione dell'*Indian Penal Code* ⁽¹³⁴⁾. Secondo Macaulay la *Regulation XIV of 1827* violava alcuni dei principi fondamentali del diritto criminale e stravolgeva le regole che avrebbero dovuto guidare il legislatore nella classificazione dei reati e nella determinazione delle sanzioni.

In particolare Macaulay lamentava che le norme del “codice” penale di Bombay fossero troppo “ampie” e mal arrangiate: la medesima fattispecie poteva ricomprendere comportamenti che oscillavano tra la forte pericolosità sociale e la quasi irrilevanza penale; di conseguenza, il trattamento sanzionatorio risultava essere, talvolta, abnorme rispetto alla vicenda criminale ⁽¹³⁵⁾. Inoltre, nessuna delle previsioni codicistiche disciplinava le ipotesi di concorso di persone nel reato ovvero distingueva tra i comportamenti causati intenzionalmente e quelli provocati da negligenza. Per i membri della *Indian Law Commission* tale lacuna risultava particolarmente grave.

Secondo Macaulay il legislatore avrebbe dovuto modulare l'intervento sanzionatorio tenendo in costante considerazione il grado di intenzionalità della condotta criminale e avrebbe dovuto, in ogni caso, distinguere tra negligenza e dolo (*deliberate malice*).

Naturalmente, anche gli atti causati da negligenza, qualora penalmente rilevanti, dovevano essere puniti:

But to punish a man whose negligence has produced some evil which

⁽¹³⁴⁾ *A Copy of the Penal Code*, cit., p. 8.

⁽¹³⁵⁾ Nell'introduzione alla bozza dell'*Indian Penal Code* Macaulay riportò una delle previsioni del codice di Bombay relativa al crimine di *arson* al fine di dimostrare i difetti della tecnica redazionale utilizzata dal legislatore del 1827: « Any person who shall willfully and wrongfully set fire or otherwise damage or destroy any part of a dwelling-house or building appertaining thereto, or property contained in a dwelling-house, or building or inclosure appertaining thereto, or crops standing or reaped in the field, shall be liable to any of the punishments specified in Section III of this Regulation ». Tra le sanzioni della sezione III compariva anche quella capitale, la quale era dunque applicabile anche a fattispecie di scarsa rilevanza criminale ma pur sempre ricomprese, in astratto, nel dettato normativo (tra queste, secondo Macaulay, « rompere un vetro di una casa », « rompere oggetti che vi stanno all'interno », « cavalcare su un campo di grano »). Ivi, p. 5.

he never contemplated, as if he had produced the same evil knowingly and with deliberate malice, is a course which, as far as we are aware, no jurist has ever recommended in theory, and which we are confident that no society would tolerate in practice ⁽¹³⁶⁾.

Con la preparazione dell'*Indian Penal Code* Macaulay pose rimedio alle lacune teoriche del sistema di diritto criminale della colonia. Conformemente alle critiche mosse alla *Regulation XIV of 1827*, la bozza del codice penale distingueva tra "intenzionalità" e "negligenza" (sin nelle prime sezioni della bozza veniva spiegato, attraverso definizioni generali e illustrazioni, il significato di "intenzionalità", "negligenza", "conoscenza" del fatto e delle sue circostanze) ⁽¹³⁷⁾ e commisurava la responsabilità criminale alla colpevolezza del reo e non anche alle conseguenze involontarie di un'azione penalmente rilevante ⁽¹³⁸⁾. La costruzione delle diverse fattispecie di omicidio, ad esempio, veniva operata a partire dagli stati mentali dell'autore del reato, così che la distinzione tra atti commessi intenzionalmente e atti causati da negligenza valeva a determinare la differenza tra il crimine di *murder*, punibile con la pena di morte, e quello di *involuntary culpable homicide*, punibile invece con la pena della detenzione. Secondo il combinato disposto delle sezioni 304 e 305 della bozza, chiunque nel compiere un reato avesse causato la morte di una persona sarebbe stato punito con la pena prevista per quel reato e in aggiunta con la pena della reclusione per un periodo non superiore a due anni ⁽¹³⁹⁾.

⁽¹³⁶⁾ Ivi, p. 10.

⁽¹³⁷⁾ Come è stato sottolineato da E. Stokes, in riferimento agli stati mentali dell'autore, il codice evitava il ricorso a termini ambigui, quale ad esempio il termine *malice*, ovvero a termini "tecnici" quali *felony*, *misdeemeanor*, *tort*, *treason*, *slander*, *libel*. STOKES, *The English Utilitarians*, cit., p. 231.

⁽¹³⁸⁾ Cfr. SETALVAD, *The Common*, cit.; BALASUBRAHMANYAM, *The Guilty Mind*, in *Essays on the Indian Penal Code. Published on the occasion of the centenary of the indian penal code*, a cura di S. Govindarajulu, Bombay, N.M. Tripathi, 1962, pp. 56-62.

⁽¹³⁹⁾ La sezione 304 non compare nella versione del codice del 1860. Nella sua *History of Criminal Law of England*, J.F. Stephen commentando la versione del 1860 del codice penale denunciava l'esclusione tra le previsioni codicistiche del reato di *manslaughter by negligence* (omicidio colposo per negligenza) criticando la scelta di ignorare « gli effetti che un'offesa produce sui sentimenti e l'immaginario del genere umano » ed escludendo così tutti gli aspetti retributivi della sanzione (Si veda, STEPHEN, *History*, cit.,

Le ragioni che spinsero la *Indian Law Commission* ad operare queste specifiche scelte tecniche erano, con tutta evidenza, fortemente ispirate alla filosofia “utilitarista”. Secondo Macaulay e la *Indian Law Commission* sarebbe stato del tutto inutile punire come omicida un soggetto che nel commettere un’offesa grave causava, per pura disavventura, la morte di un altro uomo. In questo caso, la sanzione non avrebbe prodotto alcun effetto deterrente, non avrebbe in alcun modo orientato le condotte dei consociati: « nessun uomo può comportarsi in maniera tale da essere assolutamente certo che non causerà la morte di un altro uomo » ⁽¹⁴⁰⁾.

La portata utilitarista delle previsioni dell’*Indian Penal Code* emergeva ancora più chiaramente dallo schema sanzionatorio proposto da Macaulay e dalla *Indian Law Commission* ⁽¹⁴¹⁾. Secondo Macaulay, sebbene il fine ultimo del diritto criminale fosse quello di scoraggiare i sudditi dal commettere i reati (« The object of the penal law is to deter from offences [...] by means of inflictions

vol. III, p. 311, traduzione mia). Le ragioni dell’esclusione dal codice del 1860 di una previsione sull’omicidio colposo per negligenza non sono chiare. Secondo Rupert Cross, la sez. 304 della bozza è stata esclusa dal codice per errore e la sez. 304 (a), inserita nel codice su proposta di Stephen, coincideva esattamente con la previsione originaria della proposta Macaulay. CROSS, *The Making*, cit., p. 528. La sezione 304 (a) recita: « Whoever causes the death of any person by doing any rash or negligent act not amounting to culpable homicide, shall be punished with imprisonment of either description for term which may extend to two years, or with fine, or with both ».

⁽¹⁴⁰⁾ *A Copy of the Penal Code*, cit., p. 104. Traduzione mia. Partendo dall’assunto che il codice penale indiano riproducesse, nella sostanza, il diritto criminale inglese, Motilal Setalvad ha sostenuto che, definendo la responsabilità criminale nelle singole fattispecie criminali (ovvero, « a livello statutario », secondo una distinzione tra *common law* e *statute law* che l’autore ha esteso anche alla dimensione giuridica indiana) il legislatore coloniale ha evitato « the doubt and obscurity which has not infrequently arisen in regard to the *mens rea* required for certain common law crimes like homicide, assault and false imprisonment », modificando il *common law* in modo tale da renderlo adatto alle condizioni indiane. SETALVAD, *The Common Law*, cit., p. 140, corsivo nel testo.

⁽¹⁴¹⁾ Secondo Erick Stokes, nella predisposizione dello schema sanzionatorio della bozza, Macaulay prese in forte considerazione i criteri individuati da Jeremy Bentham nell’opera *Principles of Morals and Legislation* (« that punishment should be variable, equable, commensurable, characteristic of the offence, exemplary, frugal, subservient to reformation, popular, simple, remissible [...] »). STOKES, *The English Utilitarians*, cit., p. 231.

disagreeable to the offenders») (142), il grado di severità delle sanzioni doveva essere calibrato in modo tale da orientare i criminali verso la scelta del reato meno dannoso per la società. Conformemente a questi indirizzi di politica sanzionatoria, la bozza dell'*Indian Penal Code* puniva il reato di brigantaggio (*dacoity*), suscettibile in astratto di sanzione capitale, con la pena della deportazione a vita ovvero con la pena del *rigorous imprisonment* per un periodo minimo di tre anni (143). Per Macaulay, la soluzione contraria (ovvero la scelta di equiparare dal punto di vista sanzionatorio il reato di brigantaggio al *murder*) non avrebbe condotto ad alcun risultato utile per la società ed avrebbe anzi avuto l'effetto di diminuire « la sicurezza della vita » (144): in questo caso, se gli autori del reato di brigantaggio avessero compiuto anche il più grave crimine di omicidio, liberandosi, in questo modo, di potenziali testimoni, non sarebbero stati soggetti ad alcun aggravio sanzionatorio. Il modo più efficace per evitare tali conseguenze era quello di differenziare il trattamento sanzionatorio e tentare di dissuadere il criminale dal compiere il fatto tipico più dannoso attraverso la paura di una punizione più severa (145).

Terminiamo quest'analisi con la descrizione delle ragioni (quasi tutte di natura eminentemente "utilitarista") che hanno ispirato il legislatore criminale indiano nella scelta di valorizzare il ricorso a determinate misure sanzionatorie e nella scelta opposta di escludere alcune pene dal sistema criminale indiano. È necessario premettere che l'*Indian Penal Code* prevedeva sette differenti tipi di sanzioni (*Death; Transportation; Imprisonment — Rigorous, Simple; Banishment from the territories of the East India Company; Forfeiture of property; Fine*).

Quasi tutte le fattispecie di parte speciale dell'*Indian Penal Code* comminavano la multa (la quale costituiva, ad un tempo, una misura risarcitoria ed una sanzione particolarmente efficace rispetto ai

(142) *A Copy of the Penal Code*, cit., p. 75.

(143) Il codice penale prevede la pena capitale, intendendosi con questa la « semplice privazione della vita », solo per i reati di omicidio e per le offese gravi contro lo stato. *A Copy of the Penal Code*, cit., p. 72.

(144) Ivi p. 104.

(145) *Ibidem*.

« reati ai quali gli uomini sono spinti dalla cupidigia » (146)). Macaulay e la *Indian Law Commission* ritenevano, poi, che non avrebbero dovuto esserci limiti alle ipotesi di risarcimento in favore delle vittime del reato (per questa ragione, criticavano le regole del diritto inglese che delimitavano i casi di riparazione e indennizzo alle offese diverse dai *felonies*) e dissentivano, altresì, dalle previsioni del codice per la Luisiana limitanti l'ammontare della multa ad un quarto del patrimonio del colpevole. Queste previsioni, secondo Macaulay, avrebbero potuto rivelarsi pericolosissime: « Si pensi al caso di un uomo che è stato spinto a commettere spergiuro e per questo ha ricavato una grossa ricompensa »; multato nei limiti di un quarto del suo patrimonio, il colpevole avrebbe tratto vantaggio dal reato e avrebbe vanificato il lavoro del legislatore penale: « nessun uomo deve mai guadagnare dall'infrangere la legge » (147).

Per questi motivi Macaulay proponeva di affidare al giudice, da un lato, la possibilità di devolvere alla parte offesa dal reato le somme pagate a titolo di multa e, dall'altro lato, il compito di determinare caso per caso l'ammontare dei risarcimenti.

Conformemente al paradigma utilitarista, poi, Macaulay e la *Indian Law Commission* insistevano sulla necessità che le sanzioni criminali fossero "uniformi" (producessero, cioè, sempre lo stesso grado di sofferenza) e, per questo motivo, esclusero la pena della pubblica esposizione dalla bozza dell'*Indian Penal Code*. Questa sanzione — si vadano in proposito le interessanti argomentazioni contenute nelle note di accompagnamento alla bozza (in particolare, *Note — A. — On the Chapter of Punishments*) — traeva tutto il suo terrore « dalla parte più alta e migliore » del carattere del condannato ed era per tanto fortemente ineguale:

Di tutte le sanzioni questa è con tutta evidenza quella maggiormente ineguale: può essere ad un tempo la più severa delle punizioni ovvero può non essere affatto una punizione. Se inflitta ad un uomo di viva sensibilità questa è generalmente più severa che la morte stessa. Se inflitta a criminali incorreggibili e impudenti, che hanno frequentato il tribunale, e che non

(146) Questo perché la multa incide « sul reale sentimento che spinge gli uomini a questi reati ». Ivi, p. 74. traduzione mia.

(147) *Ibidem*.

hanno reputazione da perdere, tale sanzione è meno severa che un'ora di lavoro monotono. Questa sanzione tre tutto il suo terrore dalla parte più alta e migliore del carattere del paziente; la sua severità è dunque inversamente proporzionale alla necessità della severità. [...] Se fosse possibile escogitare una sanzione capace di infliggere sofferenza in proporzione al grado in cui il criminale era sfacciato, crudele, abbandonato al vizio, questa punizione costituirebbe il mezzo più efficace di protezione della società. D'altro canto, però, di tutte le punizioni la più assurda è quella che produce sofferenza proporzionata al grado in cui il criminale conserva il sentimento di un uomo onesto ⁽¹⁴⁸⁾.

La commissione presentò simili obiezioni rispetto alla sanzione della fustigazione (*flogging*), anche questa esclusa dalla bozza ⁽¹⁴⁹⁾. Le sanzioni corporali vennero tuttavia reintrodotte nell'ordinamento penale indiano attraverso una legge del 1864 (*Whipping Act*), fortemente voluta da Henry Sumner Maine in qualità di *legal member* presso il *Viceroy's Council* indiano (1863-1869), della quale parleremo tra breve ⁽¹⁵⁰⁾.

Infine, la *Indian Law Commission* propose di implementare al massimo il ricorso alla sanzione detentiva e valorizzare, per quanto possibile, gli aspetti disciplinari e deterrenti di tale pena.

Prima di concludere sulle proposte Macaulay e i lavori della prima *Indian Law Commission* si rende necessario fare luce su alcuni degli aspetti apparentemente contraddittori che caratterizzavano la produzione legislativa della colonia. Una volta entrato in vigore, l'*Indian Penal Code* avrebbe dovuto costituire il primo sistema "unico" di diritto penale dell'India britannica applicabile a tutti i sudditi della colonia, sia nativi che europei. Tuttavia, la *Indian Law Commission* propose di differenziare il trattamento sanzionatorio per le diverse categorie di sudditi coloniali — i nativi da un lato, gli europei dall'altro lato — e di attribuire ai governatori provinciali il potere di sostituire le condanne alla detenzione inflitte a soggetti che

⁽¹⁴⁸⁾ Ivi, p. 78, traduzione mia.

⁽¹⁴⁹⁾ A queste obiezioni sfuggiva la pratica della « fustigazione moderata » inflitta a persone di giovane età, la quale presentava maggiori vantaggi rispetto alla detenzione. *Ibidem*.

⁽¹⁵⁰⁾ M.E. GRANT DUFF, W. STOKES, *Sir Henry Maine. A brief memoir of his life, with some of his Indian speeches and minutes*, New York, Henry Holt & Co., 1892, pp. 120-126 ("Weeping" - 17 Feb. 1864).

non fossero « both of Asiatic birth and of Asiatic blood » con la deportazione e il bando dai territori dell'India britannica.

Secondo la *Indian Law Commission* la predisposizione di un regime sanzionatorio uniforme per nativi e europei sarebbe stata fortemente impolitica ed avrebbe in qualche modo compromesso la stabilità del governo e del potere politico coloniale. Per giustificare la proposta i commissari indiani invitarono il governatore generale dell'India (*Lord George Auckland*) a considerare

how desirable it is that our national character should stand high in the estimation of the inhabitants of India, and how much that character would lowered by the frequent exhibition of Englishman of the worst description, placed in the most degrading situations, stigmatized by the Courts of Justice, and engaged in ignominious labour of a gaol ⁽¹⁵¹⁾.

La separazione tra la dimensione giuridica dei sudditi e quella dei colonizzatori supportava, dal punto di vista istituzionale, il discorso teorico del deficit di civiltà della colonia. Di conseguenza, anche la preparazione dell'*Indian Penal Code* non avrebbe potuto che essere ispirata dalla « ideologia della differenza » tipica della cultura colonialista ⁽¹⁵²⁾.

⁽¹⁵¹⁾ Ivi, pp. 27-28. La versione finale del codice penale (*Act LXV of 1860*) modificò la disciplina relativa alla commutazione delle sentenze. Il potere di commutare le sentenze da parte del governo indiano o dei governi locali venne limitato ai casi di condanna alla pena capitale (sez. 54) e ai casi di condanna alla deportazione a vita (sez. 55); nel primo caso il governo poteva commutare la pena in qualsiasi altra pena prevista dal codice; nel secondo caso la pena poteva essere commutata in detenzione per un termine non superiore a quattordici anni. Nei casi punibile dalla legge con la detenzione per sette anni o superiore a sette anni, il codice attribuiva alle corti di giustizia il potere di condannare il colpevole alla deportazione per un periodo non inferiore a sette anni e non superiore al termine massimo di detenzione previsto dalla legge penale. Il codice riconosceva alcuni privilegi sanzionatori ai soggetti di nascita europea prevedendo la sanzione della *penal servitude* e stabilendo (sez. LVI) che, « Whenever any person being a European or American is convicted of an offence punishable under this code with transportation, the Court shall sentence the offender to penal servitude instead of transportation [...] ». Si veda, W. MORGAN, A.G. MACPHERSON, *The Indian Penal Code (Act. XLV of 1860) with notes*, Calcutta, G.C Hay & Co., 1863.

⁽¹⁵²⁾ KOLSKY, *Codification*, cit., p. 636.

6. *L'Indian Penal Code e il "Penitenziario"*.

Proponiamo adesso di procedere secondo una prospettiva d'indagine diversa da quella seguita fino a ora.

Il presente Capitolo è stato quasi completamente dedicato all'analisi delle proposte di riforma del sistema indiano, tutte avanzate tra la fine degli anni Venti e gli inizi degli anni Trenta dell'Ottocento, riguardanti le modifiche dell'assetto istituzionale della colonia e la risistemazione del diritto locale. Da alcune delle proposte esaminate (e, in particolare, da quelle di Miller e di Macaulay) emerge come la sperimentazione del sistema codicistico fosse funzionale al raggiungimento degli obiettivi politici del governo coloniale indiano: in qualità di potere sovrano dell'India la *East India Company* avrebbe dovuto costituire l'unica autorità autorizzata a produrre diritto in colonia ed esercitare le prerogative di giudizio e punizione nei confronti dei sudditi coloniali. Gli elementi giuridici della tradizione locale avrebbero potuto costituire l'intelaiatura normativa del codice; tuttavia il compito di conferire autorità di legge al nuovo corpo di diritto spettava necessariamente al governo. Attraverso la riforma legislativa — occorre ricordarlo — i giudici coloniali non avrebbero avuto bisogno dell'assistenza degli esperti nativi in diritto ed avrebbero occupato, di conseguenza, tutti gli spazi della giustizia.

Guardando all'interno della dimensione istituzionale indiana, procediamo adesso ad analizzare le modifiche che l'*Indian Penal Code*, una volta entrato in vigore, avrebbe dovuto apportare al sistema criminale indiano.

Occorre premettere che il codice Macaulay proponeva una filosofia del giudicare e del punire per certi versi innovativa e una visione del rapporto tra i sudditi e il potere politico parzialmente diversa da quella esistente nei primi decenni dell'Ottocento. La prospettiva d'indagine è dunque rovesciata: una volta compiuta la sperimentazione codicistica si rendeva necessario calibrare l'intervento dell'amministrazione nella sfera del penale alla luce di una rinnovata politica criminale e reimpostare, entro certi limiti, il rapporto tra i sudditi e il governo coloniale. Al fine di valutare l'incidenza dei nuovi indirizzi suggeriti dalla *Indian Law Commission*

si rende necessario fare un salto a ritroso nel tempo di circa mezzo secolo.

Come abbiamo accennato nei capitoli precedenti, a partire dalla fine del Settecento gli amministrazioni coloniali sostituirono a forme punitive cruente pene conformi alla sensibilità europea valorizzando, al tempo stesso, il potenziale deterrente delle sanzioni criminali. Fortemente carico di elementi simbolici, il diritto criminale indiano era tutt'altro che omogeneo. Nelle diverse presidenze della colonia vigevano differenti sistemi di diritto, ciascuno dei quali costituiva il frutto di una legislazione locale. Inoltre, la legislazione coloniale riconosceva privilegi di carattere sanzionatorio in ragione di particolari status civili e religiosi dei sudditi nativi: in alcuni distretti della presidenza di Bombay, ad esempio, l'amministrazione indiana aveva esentato i sudditi appartenenti alla casta dei bramini dalla pena capitale al fine di non turbare i sentimenti religiosi della comunità ⁽¹⁵³⁾. Queste scelte di politica criminale costituivano una sorta di patto sociale tra i governi locali e i sudditi dell'India: per ottenere piena legittimazione politica, la *East India Company* doveva costantemente negoziare il potere coloniale con le autorità patriarcali e giuridico-religiose della colonia e adeguarsi, in qualche misura, alle pratiche sociali della tradizione del subcontinente ⁽¹⁵⁴⁾.

In controtendenza rispetto alla legislazione in vigore fino agli anni Trenta dell'Ottocento, la *Indian Law Commission* propose di eliminare tutti i privilegi sanzionatori riconosciuti a particolari categorie di sudditi — azzerando, in questo modo, ogni disparità normativa capace di generare impunità o privilegi — e suggerì di rimettere ai codici di procedura il compito di evitare che persone di alto rango sociale svolgessero attività percepite come umilianti ⁽¹⁵⁵⁾. Questa tendenza all'uniformità venne codificata nella struttura delle singole disposizioni di parte speciale le quali identificavano il soggetto giuridico del codice attraverso il termine « whoever ».

La *Indian Law Commission* escluse poi le pene corporali, rite-

⁽¹⁵³⁾ *Bombay Regulation XIV of 1827*, sezione IV, clausola n. 5, in *Regulation passed by the Governments of Bengal, Fort St. George, and Bombay, in the year 1827*, cit., p. 191.

⁽¹⁵⁴⁾ Cfr. SINGHA, *The privilege*, cit.

⁽¹⁵⁵⁾ *A Copy of the Penal Code*, cit., pp. 9-10.

nute inefficaci e inumane, dal sistema penale indiano e, allo stesso tempo, valorizzò il ruolo della pena detentiva nel panorama sanzionatorio coloniale. Secondo Macaulay occorreva potenziare il carattere deterrente delle sanzioni criminali — e, in particolare, della pena detentiva — implementando un sistema di discipline carcerarie il quale, « senza scioccare i sentimenti umani della comunità », avrebbe suscitato sgomento anche nei criminali più tenaci (« the most hardened wrong-doers ») ⁽¹⁵⁶⁾.

L'affermazione di questa nuova filosofia sanzionatoria era stata annunciata dall'emanazione di una *Regulation* valida per i territori del Bengala (*Bengal Regulation II of 1834*) la quale bollava le sanzioni corporali come inefficaci, infamanti e socialmente pericolose. La *Regulation* abrogò tutte le norme in vigore nella presidenza che prevedevano il ricorso alle pene corporali e dispose la preparazione di un sistema di discipline carcerarie il quale avrebbe dovuto assicurare, anzitutto, il reintegro del condannato nella società ⁽¹⁵⁷⁾.

Impostando il discorso sulla ricerca di criteri punitivi “economici”, la *Indian Law Commission* propose due differenti “gradi” di detenzione (*simple imprisonment, rigorous imprisonment*) e valutò l'opportunità di ridurre la durata delle pene detentive valorizzando gli aspetti disciplinari:

Dove esiste un buon sistema di discipline penitenziarie, dove il criminale, senza essere sottoposto a crudeli severità, è rigidamente controllato e regolarmente impiegato in un lavoro non attraente, privato di ogni indulgenza non necessaria alla sua salute, un anno di detenzione può essere efficace come due anni di detenzione in una prigione dove la sorveglianza è negligente, dove il lavoro è leggero, e dove il condannato trova mezzi per beneficiare di così tanti lussi come se fosse in libertà. Così come aumenta l'intensità della punizione la sua estensione può diminuire ⁽¹⁵⁸⁾.

L'indirizzo che la *Indian Law Commission* avrebbe voluto im-

⁽¹⁵⁶⁾ *Ibidem*, per entrambe le citazioni.

⁽¹⁵⁷⁾ *Papers relating to East India affairs: viz. regulations passed by the governments of Bengal, Fort St. George, and Bombay, in the years 1832 to 1836*, in PP, 1837-38, XLI, n. 156, pp. 31-33 (89-91).

⁽¹⁵⁸⁾ *Ivi*, p. 73.

primere alla politica criminale indiana imponeva una profonda riorganizzazione del sistema carcerario della colonia.

A partire dall'ultimo decennio del secolo XVIII, la legislazione criminale aveva incrementato il ricorso alla pena detentiva — sostituendo alcune delle più cruente sanzioni prescritte dal sistema criminale musulmano (tra tutte, quella del taglio della mano) con un periodo di carcerazione — ma si era preoccupata poco di evitare la contaminazione fisica e “morale” dei condannati. I nuovi indirizzi di politica criminale dovettero, tuttavia, fare i conti con l'assenza diffusa di strutture idonee all'esecuzione della pena detentiva. Nelle aree del *mofussil* del Bengala, ad esempio, le prigioni esistenti nell'ultimo scorcio del secolo XVIII consistevano in edifici spesso sovraffollati, in molti casi inadatti ad ospitare la popolazione carceraria del distretto ⁽¹⁵⁹⁾.

A partire dall'ultimo decennio del secolo XVIII, l'amministrazione coloniale iniziò a manifestare maggiore attenzione per lo stato delle prigioni, avviò la costruzione di nuove strutture carcerarie ed elaborò alcuni criteri per la classificazione e la separazione dei detenuti. Tuttavia, ancora agli inizi dell'Ottocento i giudici criminali del Bengala denunciavano lo stato di insalubrità delle prigioni del *mofussil*, le carenze strutturali, l'assenza di impianti di scolo e di strutture necessarie ad impedire i contagi, la diffusione di malattie ⁽¹⁶⁰⁾. Denunciavano poi l'esistenza di prigioni costruite in maniera tale da impedire qualsiasi forma di separazione dei detenuti, anche quella tra uomini e donne.

In questo panorama carcerario v'era poco spazio per sviluppare forme di lavoro intramurario ovvero per implementare un sistema detentivo individuale, sia pure parziale: nella presidenza del Bengala i detenuti condannati al lavoro forzato venivano trasportati all'esterno delle prigioni ed erano impiegati nella riparazione di strade

⁽¹⁵⁹⁾ *Appendix, No. 11. Reports of Judges of Circuit, on termination of their sessions, report from H. Strachey 25th January 1805 to S. T. Goad, Esq. Register to the Nizamut Adawlut, in The Fifth Report, cit., pp. 564-567.*

⁽¹⁶⁰⁾ *Appendix n. 10, Reports from judges and magistrates, in answer to interrogatories circulated by Lord Wellesley, in 1801, in The Fifth Report, cit., p. 523.*

e in altri lavori di pubblica utilità ⁽¹⁶¹⁾. Questo sistema di lavoro *out-door* generava non pochi inconvenienti: i *reports* degli amministratori coloniali riportano più di un caso in cui i prigionieri, una volta trasportati all'esterno della struttura carceraria, riuscivano a disarmare le guardie e a scappare ⁽¹⁶²⁾. La legislazione criminale del Bengala non comminava, poi, la sanzione del *solitary confinement* la quale costituiva una misura “amministrativa” inflitta soltanto nel caso di violazione del regolamento carcerario.

Ad un maggior ricorso alla pena detentiva corrispose la sperimentazione di forme securitarie di carcerazione, modelli ibridi tra prevenzione e correzione elaborati per il controllo della marginalità sociale. Nella presidenza del Bengala, ad esempio, i *district magistrates* potevano disporre la carcerazione dei soggetti di cattiva fama o di provata indole pericolosa e l'impiego di questi ultimi in lavori di pubblica utilità.

Uno degli esempi più significativi dell'utilizzo della detenzione a fini correzionali e disciplinari era costituito dalla *House of Correction* della località di Byculla, nella città di Bombay ⁽¹⁶³⁾. La *House of Correction* era stata ultimata alla fine degli anni Venti dell'Ottocento allo scopo di contenere parte della popolazione carceraria del sovraffollato penitenziario di Bombay. La nuova istituzione carceraria avrebbe dovuto ospitare i soggetti condannati dalla *Supreme Court of Judicature* e dalla *Court of Petty Sessions* della capitale ed avrebbe contenuto, oltre ai delinquenti comuni, anche particolari categorie di “marginali”, vagabondi e mendicanti. Il regolamento della *House of Correction* di Byculla, emanato nel 1827, faceva della

⁽¹⁶¹⁾ D. ARNOLD, *The Colonial Prison: Power, Knowledge and Penology in Nineteenth-Century India*, in *Subaltern studies VIII: essays in honor of Ranajit Guha*, a cura di D. Arndold, D. Hardiman, New Delhi, Oxford University Press, 1994, pp. 148-184, in part. pp. 176-178.

⁽¹⁶²⁾ *Report on the Committee on Prison Discipline to the Governor General of India in Council*, Calcutta, Baptist Mission Press, 1838, p. 14.

⁽¹⁶³⁾ *A Rule, Ordinance, and Regulation for establishing a House of Correction for the confinement and employing a certain class of convicts: Passed by the Honorable the Governor in Council of Bombay on the 25th day of April, and registered in the Honorable the Supreme Court of Judicature at Bombay on the 23d day of June 1827*, in *Papers relating to East India Affairs. Regulation passed by the Governments of Bengal, Fort St. George, and Bombay, in the year 1827*. in PP, 1829, XXIII, n. 201.

classificazione dei detenuti e del binomio cattiva condotta/punizione il fulcro del sistema di disciplina carceraria. I detenuti erano divisi in due classi: la prima classe comprendeva tutti i nuovi detenuti; alla seconda appartenevano coloro i quali, per merito, erano stati destinati a beneficiare di migliori condizioni detentive. Speciali divise carcerarie, obbligatorie per tutti i detenuti, distinguevano i soggetti appartenenti alle due classi. Gli atti di disobbedienza e i comportamenti indecenti venivano puniti con l'isolamento e la riduzione del cibo: se l'infrazione fosse stata particolarmente grave o reiterata la punizione avrebbe potuto estendersi fino ad un periodo di trenta giorni e avrebbe potuto comportare il decadimento del detenuto dalla seconda alla prima classe con la conseguente perdita di tutti i benefici acquisiti.

L'immagine delle prigioni fatiscenti e "contaminate", disseminate nei diversi distretti dei territori della colonia, non deve farci pensare al totale deficit di funzionamento del sistema carcerario. Nel 1836 le prigioni della presidenza del Bengala ospitavano una popolazione carceraria di oltre 17.000 elementi ⁽¹⁶⁴⁾. La sola prigione di Alipore, una delle principali istituzioni penali dell'India britannica ⁽¹⁶⁵⁾, conteneva più di 1.000 detenuti quasi tutti condannati al carcere a vita ⁽¹⁶⁶⁾. Tuttavia, il ricorso scarsissimo a forme di lavoro intramurario, i deficit strutturali delle prigioni, la difficoltà di sviluppare un modello di *solitary confinement*, rendevano il sistema carcerario della colonia economicamente dispendioso e facevano della detenzione una pena poco utile, poco temuta dalla popolazione.

Non mancavano esempi di sperimentazione di forme detentive e modelli di architettura penitenziaria i quali, ispirati ai principi della segregazione solitaria e del lavoro "intramurario", si ponevano in forte controtendenza rispetto al generale panorama carcerario della colonia indiana. Nella presidenza di Bombay, ad esempio, si assisteva già dalla fine degli anni Venti dell'Ottocento alla costruzione di prigioni cellulari, alla sperimentazione di forme di lavoro "industriale" e di impiego produttivo del tempo dei detenuti in prigione

⁽¹⁶⁴⁾ *Report on the Committee on Prison Discipline*, cit., p. 6.

⁽¹⁶⁵⁾ ARNOLD, *The Colonial Prison*, cit., p. 152.

⁽¹⁶⁶⁾ *Report on the Committee on Prison Discipline*, cit., Appendix n. 18, p. 171.

immaginate come strumenti di educazione e disciplinamento dei sudditi nativi.

Nel novembre 1830, il governatore di Bombay John Malcolm, così descriveva la politica penitenziaria seguita, a partire dagli anni Venti dell'Ottocento, nelle principali città delle province sud-occidentali del subcontinente indiano:

Much attention has been paid by this Government, before my arrival, to the improvement of the gaols and prison discipline in the capitals of the provinces of this Presidency; some of these were constructed from former buildings, adapted by judicial alterations for the purpose to which they were applied, while several were constructed new on the most approved plans, two (those of Poonah and Rutnagherry) being panoptican; much pains have been taken to render these prisons healthy, and to give work to all who are confined in them; the success which has attended these latter arrangements has been very great. Employment on the road has been almost wholly discontinued; it was found comparatively unprofitable, and diminished the effect of punishment by the liberty of intercourse it gave to prisoners with their friends; besides, it required strong guards to watch them. In-door labour has been greatly increased, and several gaols fully pay their expenses by their manufactures; which, through able and scientific supervision, are frequently superior in quality to any in the market. Independent of such results, prisoners of all classes are compelled to learn useful trades, and must in many instances be reclaimed from an idle and vicious life to habits of industry, from their daily instruction and employment ⁽¹⁶⁷⁾.

Queste dichiarazioni di Malcolm, ricche di suggestioni sull'efficacia disciplinare della detenzione e di riferimenti al modello benthamiano di architettura penitenziaria, vanno opportunamente ridimensionate alla luce dei *reports* relativi al funzionamento delle prigioni della presidenza di Bombay. Sebbene, già nella prima metà dell'Ottocento, l'amministrazione di Bombay avesse sperimentato forme di lavoro intramurario, implementate per ripagare almeno in parte i costi di gestione delle strutture carcerarie, la legislazione della

⁽¹⁶⁷⁾ Si veda *Extract of a minute by Sir John Malcolm, Governor of Bombay, dated the 10th November 1830, in Regulations for the Administration of Criminal Justice, Report from the Select Committee on the Affairs of the East India Company; with minutes of evidence in six parts, and an appendix and index to each. (Judicial)*, PP, 1831-32, XII, N. 735-IV, pp. 516-522. La citazione a p. 520.

presidenza rimetteva agli ufficiali addetti alla soprintendenza delle prigioni il compito di decidere se destinare i detenuti al lavoro ovvero lasciarli « quite idle » (168). Bisogna poi dubitare che, a dispetto della costruzione di prigioni di tipo cellulare, il sistema di *solitary imprisonment* potesse funzionare su larga scala: nessuna delle prigioni della presidenza aveva un numero di *solitary cells* superiore a sei (169).

Anche nella presidenza di Madras non mancavano esempi di sperimentazione di forme di lavoro *in-door* le quali coprivano buona parte dei costi della prigione (170). Tuttavia, è bene ricordarlo, ancora nella metà del secolo XIX il lavoro extramurario costituiva la forma di lavoro generalmente utilizzata per l'impiego delle energie dei detenuti: nel 1836, nella sola presidenza del Bengala oltre 13.000 prigionieri erano impiegati nella riparazione di strade o in altri lavori di pubblica utilità da svolgersi all'esterno delle prigioni (171). Fu soltanto a partire dalla fine degli anni Trenta dell'Ottocento che la *East India Company* iniziò a manifestare un'insofferenza crescente rispetto alle forme di lavoro *out-door* e a immaginare una diversa distribuzione dei detenuti negli spazi della prigione, una nuova geografia penitenziaria; iniziò a immaginare un modello di carcere e un sistema di discipline i quali avrebbero amplificato al massimo l'efficacia deterrente della detenzione e che si avvicinava in qualche misura ai modelli europei e nord americani: l'Eastern State Penitentiary di Philadelphia, la prigione di Auburn, la prigione Londinese di Pentonville (172).

Le prime tappe del processo di riforma del sistema carcerario indiano coincisero con la preparazione della bozza dell'*Indian Penal Code*. Nel gennaio 1836 venne istituita la *Committee on Prison Discipline* della quale facevano parte anche Macaulay e gli altri membri della *Indian Law Commission*. Nel 1838 la *Committee* presentò un primo *report* nel quale vennero evidenziati tutti i difetti del sistema indiano e venne proposto di riorganizzare la politica

(168) *Report on the Committee on Prison Discipline*, cit., p. 44.

(169) *Ivi*, p. 29.

(170) *Ivi*, p. 19.

(171) *Ivi*, p. 17.

(172) *Ibidem*.

carceraria della colonia attorno ai due pilastri della detenzione individuale e del lavoro intramurario. Rifacendosi a criteri utilitaristi, la *Committee on Prison Discipline* sottolineava la necessità di incrementare al massimo la portata disciplinare della detenzione — riducendo di conseguenza, tempi e costi dell'imprigionamento — e di eliminare, per quanto possibile, le forme di comunicazione — tutte potenzialmente pericolose — tra i detenuti.

Partendo da queste premesse i membri della *Committee* proponevano di implementare forme di lavoro da svolgersi all'interno della prigione, in silenzio, possibilmente in solitudine: i detenuti avrebbero dovuto lavorare al *tread-wheel*, le grandi ruote meccaniche utilizzate anche nelle prigioni della madrepatria, e sarebbero stati impiegati in attività semplici e ripetitive, monotone ma durissime. La macchina avrebbe registrato tutti i dati della giornata di lavoro del detenuto: il tempo di lavoro, il numero di giri della ruota, la forza impiegata dal detenuto per azionare il meccanismo (173).

La *Committee* proponeva poi di sviluppare su larga scala un sistema di *solitary confinement* e di adattare alle condizioni della colonia indiana il modello sperimentato in Scozia e Nord America: citava, in particolare, l'esempio dello Eastern State Penitentiary di Philadelphia dove i detenuti erano confinati in isolamento e, su loro richiesta, potevano essere ammessi al lavoro diurno da svolgersi all'interno dell'istituto. Questo tipo di misura, applicato ai soggetti condannati alla reclusione in isolamento e al lavoro forzato, avrebbe amplificato al massimo gli effetti deterrenti della sanzione detentiva:

There seems, at least, to be no reason to doubt that a considerable portion of the term of every imprisonment, when solitude or hard labour forms a part of the sentence, may be passed in strict solitude with work allowed, and that the rest of every long term of imprisonment may be passed in solitude by night, and by day in silence, and for a part of each day on the tread-wheel. We have no doubt that one half of the term of imprisonment now inflicted for any offense would, if spent under such discipline as this, be found more effectual than the full term spent as it now is in our Gaols (174).

(173) Ivi, pp. 110, ss.

(174) Ivi, p. 114. Una sintesi del report in *Art IV-1. Report of the Committee on Prison Discipline, to the Governor General of India in Council, dated the 8th January*

La *Committee on Prison Discipline* proponeva dunque di incrementare la severità della sanzione detentiva applicando un sistema di discipline che interrompesse qualsiasi forma di comunicazione tra l'interno e l'esterno della prigione, che separasse tra loro i detenuti destinandoli ad un regime di stretto silenzio e di lavoro individuale durissimo ⁽¹⁷⁵⁾. Nel descrivere il nuovo modello di prigione, la *Committee* non pensava ad un luogo di “penitenza”, a un’istituzione rieducativa capace di migliorare la moralità dei delinquenti. Tuttavia, il dispiegamento perpetuo di un sistema disciplinare, severissimo ed inderogabile, avrebbe evitato l’ulteriore degenerazione dei criminali scoraggiandoli, una volta scontata la pena, dal violare la legge penale ⁽¹⁷⁶⁾.

A una diversa distribuzione dei detenuti nella prigione avrebbe dovuto corrispondere una ridefinizione della geografia carceraria della colonia capace di amplificare la distinzione tra prigioni locali e grandi penitenziari. La commissione proponeva di istituire dei penitenziari centrali, uno per ogni sei/otto distretti, i quali avrebbero ospitato i soggetti condannati al *solitary confinement* ovvero alla detenzione con lavoro per un periodo superiore a un anno. Le prigioni distrettuali avrebbero funzionato come *Houses of Correction* destinate a contenere i soggetti condannati alla detenzione “semplice”, quelli condannati alla detenzione in isolamento o con duro lavoro per un periodo inferiore ad un anno e i prigionieri in attesa di giudizio. Gli edifici sarebbero stati divisi in tre compartimenti, uno per ciascuna categoria di detenuti. Il compartimento destinato ai prigionieri in custodia sarebbe stato costruito in maniera tale da ridurre al minimo ogni forma di comunicazione tra i detenuti; questi sarebbero stati soggetti ad un

1838; to which is prefixed a Resolution recorded by the Government of India, on the 8th October 1838, after taking the Report into consideration, in « Calcutta Review », VI, 1846, 12, pp. 449-499.

⁽¹⁷⁵⁾ Sugli sviluppi nordamericani del *silent system*, G. ALESSI, *Il processo penale*, cit., pp. 141-146.

⁽¹⁷⁶⁾ « We are not sanguine in the hope that we shall be able to effect any material reform in the moral character of convicts. But we have a confident expectation that, under the system which we recommend, a prisoner will leave the Gaol no worse a member of society than he was when entered it; and we are quite sure that if we do succeed in doing thus much, no slight improvement will have been effected ». *Report on the Committee on Prison Discipline*, cit., p. 118.

regime di isolamento ma avrebbero beneficiato di vasti privilegi: un impiego remunerativo, la possibilità di ricevere visite, il privilegio di prepararsi i pasti ⁽¹⁷⁷⁾. La commissione suggeriva di sperimentare il nuovo modello carcerario nella presidenza del Bengala e proponeva di istituire un grande penitenziario nelle immediate vicinanze di Calcutta. Il penitenziario avrebbe dovuto contenere duemila persone e sarebbe stato dotato di trecento celle di isolamento, abbastanza larghe da contenerci una macchina per il lavoro ⁽¹⁷⁸⁾.

Il nuovo modello carcerario avrebbe garantito l'esecuzione efficace (in termini sia economici che di politica criminale) delle sanzioni detentive e avrebbe rappresentato una componente essenziale della macchina criminale dello stato coloniale ⁽¹⁷⁹⁾; avrebbe assicurato, in secondo luogo, la centralità della detenzione all'interno del panorama sanzionatorio della colonia e avrebbe legittimato l'abolizione delle pene corporali, ad un tempo inumane e inefficaci. Tuttavia, nessuna delle riforme auspiccate dalla *Committee on Prison Discipline* venne approvata nell'immediato: nel 1838 il governatore generale Lord Auckland valutò che i costi per riformare il sistema carcerario sarebbero stati eccessivamente alti e contestò la possibilità di implementare un modello che, a suo parere, non teneva nel debito conto le peculiarità della colonia e i "pregiudizi" dei sudditi indiani ⁽¹⁸⁰⁾.

Il rifiuto da parte del governo coloniale di sperimentare il modello suggerito dalla *Committee* inaugurò un periodo di ridefinizione degli indirizzi di politica criminale emersi in colonia negli anni Trenta dell'Ottocento. In particolare, agli inizi degli anni Quaranta del secolo le spinte per la valorizzazione della detenzione e dei suoi effetti deterrenti, per il definitivo abbandono delle sanzioni afflittive, per la sperimentazione di nuovi modelli di carcerazione, subirono una forte battuta d'arresto. L'*Act III of 1844* reintrodusse le pene

⁽¹⁷⁷⁾ Ivi, p. 125.

⁽¹⁷⁸⁾ Ivi, p. 128.

⁽¹⁷⁹⁾ Cfr. ARNOLD, *The Colonial Prison*, cit., pp. 161-162. Una parte della storiografia ha sottolineato come il piano proposto dalla *Committee on Prison Discipline* ricordasse i principi individuati da Bentham e in particolare il progetto del Panopticon. Il riferimento è, in particolare, a STOKES, *The English Utilitarians and India*, cit., pp. 217-218.

⁽¹⁸⁰⁾ ARNOLD, *The Colonial Prison*, cit., p. 163.

corporali nei casi di *petty larceny* e nelle ipotesi di furto di valore non eccedente cinquanta rupie riguardanti « offenders of tender age »⁽¹⁸¹⁾. Le ragioni che giustificavano la novella legislativa — si legga in proposito il preambolo dell'*Act* — consistevano nella necessità di individuare pene alternative alla detenzione, sanzioni che, per quanto violente, evitassero ai criminali il contatto “contaminante” con il carcere. Questa necessità era particolarmente avvertita rispetto ai giovani criminali i quali, in assenza di un buon sistema di discipline penitenziarie, avrebbero dovuto essere puniti con un massimo di dieci colpi di frusta, « in the way of school discipline than of ordinary criminal justice »⁽¹⁸²⁾.

Ancora venti anni dopo l’emanazione di questa legge, l’amministrazione coloniale riteneva che non sussistessero le condizioni per la totale abolizione delle sanzioni corporali. È pur vero che, come è stato accennato in precedenza, con l’entrata in vigore dell’*Indian Penal Code* (1862) il *flogging* venne abolito per la seconda volta dal panorama sanzionatorio della colonia indiana. Tuttavia, il ricorso a tale sanzione venne ripristinato nel 1864 attraverso l’*Act VI of 1864*. La bozza dell’*Act VI of 1864* venne discussa presso il consiglio legislativo indiano il 17 febbraio 1864; il dibattito relativo all’approvazione della proposta di legge vide schierati, in posizioni contrapposte, l’amministratore coloniale Charles Trevelyan (ex governatore di Madras e ministro delle finanze indiane dal 1862 al 1865), fortemente contrario alla reintroduzione in colonia delle sanzioni corporali, ed Henry Sumner Maine che, invece, giustificò a lungo le previsioni del *Bill*. In particolare, Maine insisteva sulla scarsa efficacia deterrente della sanzione detentiva ed invitava i membri del consiglio a riflettere sugli effetti che la sperimentazione di un sistema di discipline carcerarie aveva prodotto in Inghilterra. Per Maine, il bilancio era del tutto negativo:

Twenty or thirty years of costly experiments had simply brought out

⁽¹⁸¹⁾ L’espressione è tratta dal titolo della legge (*An act for legalizing the infliction of corporal Punishment in cases of Petty Larceny generally, and when committed by offenders of tender Age*). L’*Act III of 1844* si può leggere in PP, 1846, XXXVIII, n. 18, pp. 2-3.

⁽¹⁸²⁾ *Ibidem*.

the fact, that by looking too exclusively to the reformatory side of punishment you had not only not reformed your criminals, but had actually increased the criminal class. It was practically found that, by taking all the sting out of punishment, by leaving the criminal nothing but the recollection of a rather dull and monotonous episode in his life, you had increased the offender's temptations without improving his morality: you were actually adding to that community within the community which lived by crime (183).

Se anche l'Inghilterra non aveva saputo contrastare gli effetti contaminanti della prigione, non v'era dubbio, secondo Maine, che il legislatore coloniale avrebbe dovuto preferire sanzioni che evitasero il contatto tra i condannati, che riducessero al minimo le occasioni per condividere le regole e i "codici d'onore" della classe criminale: le sanzioni corporali avrebbero dovuto essere inflitte, a discrezione del giudice, ai soggetti incensurati in alternativa ad altre pene. In caso di reiterazione del crimine, circostanza che dimostrava l'appartenenza del condannato alla "classe criminale", la fustigazione avrebbe invece costituito una sanzione accessoria a quella della detenzione (184). Non v'era dubbio, secondo Maine, che l'espedito del « sound flogging » avrebbe costituito una pena più innocente e meno crudele di un periodo di carcerazione.

A circa trenta anni di distanza dalla pubblicazione del primo *report* della *Committee on Prison Discipline*, il governo indiano continuava a dubitare dell'efficacia deterrente della sanzione detentiva e contribuiva a diffondere l'immagine della prigione come un'istituzione promiscua e "contaminante". Tuttavia, a partire dagli anni Cinquanta dell'Ottocento iniziò a verificarsi in colonia un fenomeno che contraddiceva, per molti versi, questo particolare atteggiamento dell'amministrazione coloniale. Nella seconda metà del secolo XIX la prigione iniziò ad essere immaginata come un luogo per la sperimentazione di nuove forme di lavoro intramurario e per l'utilizzo produttivo delle energie dei criminali destinati al carcere. Tra gli anni Cinquanta e gli anni Sessanta dell'Ottocento, in particolare, le tradizionali forme di lavoro forzato iniziarono ad

(183) Il passo citato, che si trova in GRANT DUFF, STOKES, *Sir Henry Maine*, cit., p. 124, è la cronaca di W. Stokes del discorso di Maine.

(184) Ivi, pp. 125-126.

essere progressivamente abbandonate in favore di una crescente sperimentazione di modelli di produzione industriale interna alla prigione. Nella presidenza del Bengala, tra il 1859 e 1860, il numero dei condannati impiegati nella riparazione di strade o in altri lavori all'aperto venne dimezzato (da più di 2000 a 1000) mentre il numero dei detenuti destinati a lavorare nelle manifatture delle prigioni — impiegati nella preparazione del filato o addetti a manovrare i telai a mano (*hand-loom*s) — aumentò di circa di duemila unità (da poco più di 5000 a quasi 7000) ⁽¹⁸⁵⁾. Il principio che ispirava la ridefinizione delle forme di lavoro dei condannati era costituito dalla ricerca di un metodo economico di gestione delle prigioni: i costi per il mantenimento del penitenziario di Alipore, ad esempio, erano quasi del tutto coperti dai proventi del lavoro dei detenuti (destinati, principalmente, alle manifatture e ai forni) ⁽¹⁸⁶⁾; la produzione manifatturiera della prigione di Calcutta era tanto remunerativa che nel giugno 1865 il presidente della *Eastern Bengal Jute Manufacturing Company* pregò il Segretario di Stato per l'India di rinunciare a introdurre nelle prigioni indiane macchine a vapore per la preparazione del filato ⁽¹⁸⁷⁾: applicato a macchinari industriali, il lavoro dei detenuti — ininterrotto, economico ed obbligatorio — avrebbe consentito al governo coloniale di assumere una posizione monopolistica nel mercato manifatturiero indiano ed avrebbe reso impossibile qualsiasi forma di concorrenza ⁽¹⁸⁸⁾.

⁽¹⁸⁵⁾ *Statement exhibiting the moral and material progress and condition of India during the years 1859-1860*, in PP, 1861, Vol. 47, n. 265-I, p. 13.

⁽¹⁸⁶⁾ In uno scritto del 1879 Cesare Lombroso citava la prigione di Alipore come esempio di prigione virtuosa, di un'istituzione, cioè, capace di coprire quasi completamente i costi di gestione attraverso i proventi del lavoro dei detenuti. C. LOMBROSO, *Antropologia e medicina legale. La cura del crimine*, in « Rivista Penale », IX (1878), pp. 566-576 e vol. XI (1879), pp. 555-567.

⁽¹⁸⁷⁾ La lettera, datata 10 giugno 1865, si può leggere in *Copy of a Letter, dated the 10th day of June 1865, from the Secretary to the "Eastern Bengal Jute Manufacturing Company, Limited", to the Secretary of State for India, and of Mr. Under Secretary Merivale's Reply thereto, dated the 22d idem, relative to the introduction of Machinery into the Government Jails in India; and, Extract from the Proceedings of the Lieutenant Governor of Bengal, during February 1865, containing a Letter from Dr. Mouat, Inspector General of Jails in the Lower Provinces to the Secretary to the Government of Bengal, on the same subject*, in PP, 1865, XL, n. 444, pp. 3-4.

⁽¹⁸⁸⁾ Ivi, p. 4.

Parallelamente alla sperimentazione di forme propriamente industriali di lavoro forzato, l'amministrazione coloniale iniziò a manifestare una crescente insofferenza verso le tradizionali forme di detenzione collettiva ed iniziò a valutare la possibilità di implementare su larga scala un sistema di detenzione individuale ed un modello di carcere propriamente cellulare, addirittura "panoptico". Non stupisca il riferimento al modello benthamiano di architettura penitenziaria, il *Panopticon*: a partire dagli anni Cinquanta del secolo XIX, le riflessioni del filosofo utilitarista Jeremy Bentham relative alla gestione e agli schemi architettonici delle prigioni penetrarono a fondo nel lessico e nella riflessione degli amministratori coloniali indiani e ispirarono alcuni dei progetti di riforma relativi al sistema carcerario della colonia (189). Più in generale, le proposte avanzate, dalla colonia o dalla madrepatria, nella seconda metà dell'Ottocento suggerivano di favorire al massimo la sorveglianza dei detenuti attraverso un dispiegamento minimo di energie, di impedire per quanto possibile tutte le forme di comunicazione sia interne che esterne al carcere, di assicurarne in ogni caso la detenzione individuale (190).

In conformità alle richieste di adozione di nuovi modelli di architetture penitenziarie e di abbandono del "vecchio" sistema di reclusione collettiva, disordinata, incontrollabile e promiscua, tra gli anni Sessanta e gli anni Settanta dell'Ottocento l'amministrazione coloniale avviò la costruzione di diverse strutture carcerarie apertamente ispirate al modello di Pentonville, con una torre centrale e blocchi di celle singole distribuiti a raggiera (191). In un articolo

(189) È David Arnold a riportare che nel 1855 J. Rohde, « Inspector of Prison in Madras, submitted a design for several new prisons, which he described as 'a "panopticon" on General [sic!] Bentham's principle, of having every prisoner constantly under observation from a central point' ». ARNOLD, *The Colonial Prison*, cit., p. 164.

(190) Sul ricorso alle forme industriali di produzione e sul tema dell'efficacia disciplinare del lavoro interno al carcere si veda la relazione presentata da Frederik John Mouat, ispettore generale delle prigioni indiane, al congresso internazionale sulle discipline penitenziarie tenutosi a Londra nel luglio del 1872. F.J. MOUAT, *Prison system in India, in Prisons and Reformatories at home and abroad being the transactions of the penitentiary congress held in London July 3-12*, a cura di E. Pears, 1872, Longmans, Green and co., London, 1872, pp. 347-372.

(191) ARNOLD, *The Colonial Prison*, cit., p. 164.

apparso nel 1875 sulla “Calcutta Review” veniva fornito uno schema per la costruzione di una prigione la quale, grazie alla sua particolare struttura cellulare e all’impiego di una torre centrale di osservazione, avrebbe assicurato la reclusione in isolamento dei detenuti, di giorno e di notte, avrebbe assicurato la costante e ininterrotta sorveglianza dei blocchi di celle, distribuiti a raggiera, e di tutta l’area inclusa all’interno delle alte mura perimetrali:

The building should be at least one mile clear of the outskirts of the Town and should be on the side best likely to be extended. The surrounding wall to be twenty feet high, and to enclose no more land than should be found absolutely necessary. The form of the prison to be radial and to comprise six yards, separated by walls sixteen feet high, containing each one block of cells. The blocks to be two-storied. A central watch-tower to overlook the whole area enclosed. Each block of cells to be parallel to, and fifteen feet from, one of the walls of its yard the doors to face this wall, and the ends opposite the doors — i. e. the backs of the cells — to have a grating for ventilation near the top, but no windows or other openings through which that part of the yard lying behind the block could be seen. The cells downstairs to be seven feet by ten and nine feet high, those upstairs to be of the same areas but only seven feet high. The cell to serve as the prisoner’s workshop by day and dormitory by night [...] ⁽¹⁹²⁾.

Il brano continua con la descrizione delle divise carcerarie e dei segni di riconoscimento da imporre ai detenuti, delle forme di impiego del tempo, degli “esercizi” quotidiani, del generale regime di silenzio che avrebbe dovuto scandire la vita in prigione.

Il tema della ridefinizione dell’architettura carceraria della colonia indiana iniziò presto ad essere ricollegato alla più generale questione dell’efficacia disciplinare della sanzione detentiva. La separazione individuale dei detenuti avrebbe amplificato la severità di ogni sentenza e avrebbe reso impossibile — era questa l’opinione ufficiale delle autorità penitenziarie indiane, le quali riprendevano sul punto gli schemi interpretativi suggeriti dalla *Committee on Prison Discipline* — la contaminazione morale e fisica dei condannati. Nella relazione presentata al congresso internazionale sulle discipline penitenziarie tenutosi a Londra nel luglio del 1872, Fre-

⁽¹⁹²⁾ Art. IV. *Our Habitual Criminals and what to do with them*, in « Calcutta Review », LXI (1875) 12, pp., 56-78. Il brano riportato è alle pp. 67-68.

derik John Mouat, ispettore generale delle prigioni indiane, esaltava i risultati ottenuti in colonia grazie alla sperimentazione di forme di lavoro interne al carcere, alla costruzione di strutture carcerarie cellulari e alla conseguente implementazione di un sistema di reclusione individuale; quest'ultima misura, in particolare, abilitava « le autorità penitenziarie a studiare ciascun prigioniero in una maniera che sarebbe impossibile nelle prigioni che non sono cellulari » ed era « da ogni punto di vista — morale, sanitario, disciplinare — maggiormente necessaria in India che in America o in Europa » (193).

In un *report* presentato nel 1877 al Segretario di Stato per l'India, Mary Carpenter, educatrice inglese e autrice dell'opera *Our Convicts and Their Treatment* (1864) (194), insisteva sulla necessità di abbandonare la pratica di confinare i detenuti durante le ore notturne nei cameroni delle prigioni (una pratica che neutralizzava l'efficacia deterrente della carcerazione e favoriva l'incremento della classe criminale) e proponeva di riprodurre su vasta scala il sistema sperimentato, sin dagli anni Sessanta dell'Ottocento, nella prigione di Puna, nella presidenza di Bombay. Questa prigione era capace di ospitare oltre quattrocento detenuti, ciascuno dei quali disponeva di una cella singola per il confinamento notturno. L'edificio era costituito da blocchi di venticinque/trenta celle distribuiti a raggiera; la parte frontale di ogni blocco affacciava sul retro del blocco successivo; ciascuna cella era dotata di una piccola finestra in cima al muro posteriore ed era chiusa da pesanti sbarre di acciaio le quali lasciavano penetrare luce e aria. Lungo i blocchi correva un ballatoio grazie al quale i sorveglianti potevano costantemente controllare i detenuti. Attraverso questo sistema di carcerazione i prigionieri potevano essere lasciati « nelle loro celle a lavorare tutto il giorno senza alcun danno » (195). Oltre alle proposte di ridefinizione degli schemi architettonici delle prigioni della colonia Mary Carpenter insisteva, sin dagli anni Sessanta dell'Ottocento, sulla necessità di elaborare un sistema educativo da imporre ai detenuti il quale, pur

(193) MOUAT, *Prison system in India*, cit., 571. Traduzione mia.

(194) London, Longmans & Green.

(195) *Copy of the Report to Marquis of Salisbury by Miss Mary Carpenter on Prison Discipline, and on Female Education in India*, in PP, 1877, LXIII, n. 185. La citazione a p. 6 del *report*.

non interferendo con la materia religiosa, riuscisse ad elevare la condizione morale dei sudditi indigeni: « We cannot give them religious instruction, but we can give them that teaching and that moral influence which may enable them both to know and to do their duty »⁽¹⁹⁶⁾.

Come si è visto, la storia delle prigioni indiane presenta non pochi aspetti contraddittori e si presta ad una molteplicità di interpretazioni storiografiche. In primo luogo (e forzando appena un po' la mano) è possibile raccontare l'evoluzione del sistema carcerario della colonia come una storia delle "tecnologie del potere". Applicando, ad esempio, alla dimensione indiana gli schemi interpretativi suggeriti da Michel Foucault nell'opera *Surveiller et punir. Naissance de la prison* (1975) si potrebbe sostenere che, attraverso l'implementazione di modelli di carcerazione basati sulla sorveglianza ininterrotta, la reclusione individuale, un quotidiano e metodico impiego del tempo dei detenuti in prigione, l'amministrazione indiana mirava ad istituire un dispositivo di potere capace di trasformare in maniera permanente il detenuto abbattendone la propensione all'irregolarità e al crimine; uno strumento di "normalizzazione", di correzione della devianza da imporre in tutti i casi gravi (non anche in quelli gravissimi, puniti con la morte o la deportazione) di violazione della legislazione criminale dettata per la colonia; un mezzo per controllare la criminalità indigena dotato di particolare efficacia deterrente, per "studiare" i sudditi nativi in maniera "nuova" e finalmente esauriente, per convertirli alle abitudini di ordine e industriosità attraverso una disciplina forzata, per ricondurli, infine, al modello di normalità deciso per la colonia. La sanzione detentiva, eseguita secondo particolari "modelli" di carcerazione, avrebbe prodotto vantaggi irraggiungibili attraverso le altre forme sanzionatorie (le pene corporali, la pena di morte, la *transportation*) ed effetti particolarmente conformi alle logiche e alle finalità della governamentalità coloniale. Avrebbe mostrato il potenziale civilizzatore della dominazione occidentale assoggettando il detenuto ad un regime punitivo duro ma pur sempre "umano", rispettoso della sua salute ed integrità fisica (il condannato sarebbe stato

⁽¹⁹⁶⁾ Ivi, p. 3.

nutrito e vestito dall'amministrazione penitenziaria, periodicamente sottoposto a visite mediche e alle misure necessarie ad evitare la contrazione di malattie); avrebbe allontanato i condannati dalla società consentendo, allo stesso tempo, di sfruttare le loro energie a fini produttivi a beneficio dell'amministrazione penitenziaria e dello stesso condannato; avrebbe consentito di impartire "da vicino" modelli di comportamento conformi alla sensibilità dell'Occidente, di sperimentare regole di condotta civile potenzialmente estensibili all'intera società coloniale e riproducibili all'esterno delle prigioni, nelle manifatture, nelle piantagioni. Una sanzione "umana", "civile" e "moderna"; efficace in punto di politica criminale, utile alla produzione industriale, educativa, "decontaminante": grazie ai "nuovi" modelli di architettura carceraria, i sudditi nativi condannati al carcere sarebbero stati sottoposti ad una vigilanza costante e ininterrotta la quale avrebbe impedito ogni forma di contaminazione potenzialmente pericolosa; sarebbero divenuti industriosi ed ordinati ed avrebbero abbandonato le loro abitudini irregolari grazie ad inderogabili forme di impiego del tempo impostegli quotidianamente; sarebbero stati individualmente "studiabili" — si pensi ad esempio al discorso di Mouat — sempre controllabili e suscettibili di punizione in tutti i casi di violazione delle discipline carcerarie; sarebbero divenuti, in breve, dei "corpi docili", impiegati di giorno nelle manifatture o nelle altre industrie interne alla prigione, reclusi di notte in regime di isolamento.

Questa particolare lettura della storia delle prigioni coloniali risulta essere, per quanto affascinante, in parte errata. La storiografia ha mostrato che l'amministrazione coloniale faticava ad imporre un rigido regime disciplinare e a mantenere la popolazione carceraria sotto stretta sorveglianza (gli archivi coloniali riportano numerosi episodi di rivolte e resistenze condotte dai detenuti, di assalti alle autorità carcerarie, di evasioni): la gestione delle attività quotidiane delle prigioni era in buona parte rimessa a « subordinati malpagati e corrotti » ovvero agli stessi detenuti, elevati al rango di guardie carcerarie⁽¹⁹⁷⁾; la comunicazione tra l'interno e l'esterno dell'istituzione era soltanto parzialmente interrotta, soprattutto a causa della corruzione delle

(197) L'espressione è di ARNOLD, *The Colonial Prison*, cit., p. 154.

guardie. Per tutti questi motivi, la vita in prigione si svolgeva, almeno in parte, secondo le regole di condotta elaborate dalla stessa popolazione carceraria. In breve, nel sistema carcerario della colonia v'era un vuoto di autorità il quale impediva l'imposizione di un regime disciplinare rigido ed inderogabile: in ogni prigione della colonia operava una « rete di potere e conoscenza » estranea a quella ufficiale e sulla quale le autorità penitenziarie esercitavano, per una precisa scelta politica, « uno scarso controllo » (198). In secondo luogo, a dispetto delle richieste di sperimentazione di un sistema educativo e di un programma di insegnamento da imporre ai detenuti (ben poche, in verità), l'amministrazione coloniale era poco interessata alla riforma "morale" dei criminali ed era scettica rispetto all'efficacia rieducativa della sanzione detentiva. Nella rappresentazione delle autorità coloniali, non esistevano mezzi validi per incrementare il livello morale dei sudditi nativi condannati al carcere (i quali non erano troppo diversi, in punto di moralità, dal resto della popolazione indigena dell'India) e sarebbe stato quasi impossibile rintracciare "autorità" civili o religiose capaci di infondere sentimenti di moralità conformi alla sensibilità dell'Occidente nella popolazione carceraria della colonia (199).

Gli studi dedicati al sistema carcerario della colonia indiana ci impongono, dunque, di escludere che la prigione e il sistema di discipline in esso sperimentato potessero costituire un "dispositivo di potere" capace di penetrare nell'animo del condannato e modificare, "dall'interno", i comportamenti di quest'ultimo. Non bisogna, tuttavia, sottovalutare il ruolo propriamente disciplinare che la prigione, come parte del sistema criminale della colonia, svolgeva all'interno della società indiana. Anzitutto, come è stato sottolineato da David Arnold, la prigione non costituiva una « istituzione iso-

(198) Ivi, p. 158.

(199) Ritornando al discorso pronunciato da Henry Sumner Maine in favore dell'approvazione del *Whipping Act (Act VI of 1864)*, è utile riportare alcuni degli interrogativi che il giurista rivolse all'ufficiale coloniale Charles Trevelyan, contrario alla reintroduzione in colonia delle sanzioni corporali (si noti che è Whitley Stokes a parlare riproducendo fedelmente le parole di Maine ma riportandole al passato): « [W]hat certain result could you expect in India, where a wholly different set of usages and rules concerning the conduct of life prevailed from those which obtained at home? The great agent of reformatory discipline in English gaols was the chaplain. But what counterpart had the chaplain in an Indian gaol? ». GRANT DUFF, STOKES, *Sir Henry Maine*, cit., p. 124.

lata» ma era parte di un insieme di sistemi di «disciplina e controllo» (tra i quali, l'esercito, la polizia, la fabbrica, la piantagione, la miniera, l'ospedale, la scuola) attraverso il quale i sudditi indigeni subivano un processo di «incorporazione fisica» all'interno del sistema coloniale. Inoltre la prigione costituiva un'istituzione privilegiata per l'osservazione e la sperimentazione medica e per l'elaborazione di un discorso coloniale sulla società indiana e la natura umana degli indiani: la popolazione carceraria costituiva un formidabile campione a totale disposizione dell'autorità coloniale per la raccolta di informazioni circa la contrazione, la diffusione, i sintomi e gli effetti di malattie quali il colera, il tifo, la tubercolosi, e per l'elaborazione di statistiche mediche relative, ad esempio, al tasso di mortalità della popolazione indigena ⁽²⁰⁰⁾. In breve, costituiva un luogo di “produzione di saperi”, «a critical site for acquisition of colonial knowledge and for the exercise — or negotiation — of colonial power» ⁽²⁰¹⁾.

In secondo luogo, la sanzione detentiva, che a partire dagli anni Sessanta dell'Ottocento divenne la pena tipica comminata dal legislatore criminale in caso di reati gravi, consentiva alle autorità penitenziarie di sfruttare a fini produttivi il tempo dei condannati in prigione contribuendo a disciplinarne “il corpo”. Le resistenze interne al carcere, i vuoti di autorità, il disinteresse dell'amministrazione coloniale per la rieducazione morale, impedivano il funzionamento di un sistema disciplinare capace di trasformare definitivamente il detenuto raggiungendone l'anima. Il criminale avrebbe fatto ritorno in società irrimediato. Avrebbe forse ripreso le abitudini “all'indolenza e al crimine”. Avrebbe potuto sfruttare a fini criminali le informazioni acquisite durante l'esecuzione della pena, le nuove approfondite conoscenze del mondo criminale. All'interno del carcere, tuttavia, avrebbe soggiaciuto a quelle regole del regime detentivo ritenute inderogabili, avrebbe ceduto le proprie energie lavorative secondo i ritmi e le forme di produzione impostigli quotidianamente, ed avrebbe contribuito, attraverso il lavoro e la permanenza in prigione, al funzionamento del sistema criminale della colonia. La sanzione detentiva si svolgeva “in segreto” e non

⁽²⁰⁰⁾ ARNOLD, *The Colonial Prison*, pp. 178-185.

⁽²⁰¹⁾ Ivi, p. 158.

lasciava segni sul corpo detenuto; tuttavia, ogni criminale sottratto alla visibilità della società (sia pure in via temporanea e parziale, stanti le forme di comunicazione tra l'interno e l'esterno del carcere) era il simbolo dell'applicazione della legge penale, la riprova dell'operatività del sistema di investigazione e controllo e dei meccanismi di amministrazione della giustizia.

Ed infatti, la funzione attribuita alla pena all'interno della società coloniale era di ordine disciplinare, di natura propriamente politica. La dimostrazione del corretto funzionamento dell'apparato repressivo avrebbe favorito il raggiungimento di alcune finalità della governamentalità coloniale, la pacificazione civile della colonia, il disciplinamento dei sudditi nativi: un sistema di polizia capace di rendere visibile il potere coloniale anche nei più remoti villaggi del *mofussil*, un efficace apparato di corti di giustizia capace di intervenire contro ogni violazione della legge criminale, un insieme funzionante di istituzioni per l'esecuzione delle sanzioni, avrebbero contribuito a diffondere un generale sentimento di inesorabilità della punizione e a delineare, per questa via, modelli di condotta civile conformi alla sensibilità europea e rispettosi della legge penale.

I meccanismi di controllo della criminalità avrebbero operato attraverso tutta la società coloniale, in maniera capillare, ed avrebbero assicurato la stabilità politica del governo meglio di qualsiasi programma di rieducazione. Se ad ogni violazione della legge coloniale (quand'anche imposta dai dettami del credo) avesse fatto seguito l'inflizione di una pena, i sudditi nativi avrebbero inevitabilmente aderito al modello di normalità previsto per la colonia ed avrebbero abbandonato, per il timore della sanzione, qualunque comportamento con esso confligente: « Visto il principio che per conoscere la volontà divina basta osservare le conseguenza delle azioni umane » — faceva notare, sul finire dell'Ottocento, l'amministratore coloniale Alfred Comyn Lyall — « l'indù accetta il fatto che la punizione segue invariabilmente la violazione delle leggi inglesi come ragione sufficiente a modificare le proprie idee religiose » (202).

(202) LYALL, *Etudes*, cit., p. 524.

CAPITOLO SECONDO
UN NUOVO ORDINE PER LA COLONIA INDIANA

1. Un codice penale per l'Inghilterra (I). — 2. Diritti di proprietà e pluralismo normativo: il caso delle “*ancestral properties*”. — 3. Il diritto inglese come “*birth right*” dei sudditi di Sua Maestà. — 4. Il controllo dei territori periferici: tra “vecchio” e “nuovo” regime di governo. — 5. Verso l'uniformità: istituzione e lavori della nuova *Indian Law Commission*. — 6. Il “nuovo volto” della giustizia coloniale: la codificazione del diritto processuale. — 7. Gli sviluppi della legislazione coloniale: il potere normativo delle *illustrations*.

1. *Un codice penale per l'Inghilterra (I)*.

Le questioni suscitate dall'emanazione del *Charter Act* del 1833 non avevano trovato, ancora negli anni Quaranta dell'Ottocento, adeguata soluzione.

L'eliminazione delle restrizioni all'ingresso degli *European subjects* nei territori indiani aveva imposto una riflessione sull'effettivo funzionamento dei meccanismi di amministrazione della giustizia e aveva costituito una delle principali cause dell'elaborazione di un nuovo corpo di diritto criminale applicabile a tutte le categorie di sudditi coloniali ⁽¹⁾.

Tuttavia, i progetti di riforma elaborati dalla *East India Company* non avevano trovato immediata attuazione soprattutto a causa di una divergenza di vedute tutta interna alla dimensione coloniale. Il lavoro della prima *Indian Law Commission*, in particolare, venne fortemente criticato dagli ufficiali di giustizia delle *Supreme Courts of Judicature* i quali, preoccupati dal rapporto codice/giudice proposto dal nuovo sistema di diritto criminale, accolsero con diffidenza la pubblicazione della bozza dell'*Indian Penal Code*.

Il ricorso alla tecnica normativa delle *illustrations* e la riduzione

(1) Cfr. KOLSKY, *Codification*, cit., pp. 643-651.

della discrezionalità giudiziale che ne avrebbe costituito l'inevitabile conseguenza suonavano come una sfida contro i poteri tradizionalmente riconosciuti ai giudici europei dell'India britannica:

[T]he object of the Law Commissioners seems to have been by definition and illustrations of definitions to give to the new plan that simplicity, clearness and certainty, which should render construction and analogical interpretation unnecessary, [and] to expel from the penal jurisdiction of India what has been called by Bentham Judge-made Law (2).

Proprio l'avversione manifestata dai giudici coloniali contro l'*Indian Penal Code* (la quale è stata ampiamente documentata nello *Special Report on the Indian Penal Code* preparato nel 1847 dalla seconda *Indian Law Commission*) avrebbe costituito una delle principali cause del clamoroso ritardo nell'attuazione del sistema di diritto penale proposto dalla prima *Indian Law Commission* (il codice penale indiano, ovvero l'*Act XLV of 1860*, entrò in vigore soltanto negli anni Sessanta dell'Ottocento) (3).

La pubblicazione della bozza dell'*Indian Penal Code* fu comunque capace di spiegare i suoi effetti dirompenti sia in colonia che in Inghilterra. In particolare la diffusione in colonia della proposta Macaulay contribuì, anzitutto, ad avviare una riflessione sullo studio universitario del diritto criminale in India e sul sistema istituzionale di formazione dei giuristi, da più parti ritenuto inadeguato. Nel *Second Report on the Indian Penal Code* del 1847 la *Indian Law Commission* suggerì di introdurre presso i *College* indiani l'insegnamento di Diritto criminale e adottare come manuale di studio proprio la bozza del codice Macaulay (4). Nel formulare questa proposta, la Commissione faceva notare come l'*Indian Penal Code* fosse costituito da principi teorici « puramente razionali » e fosse, a differenza del sistema di diritto criminale dell'Inghilterra, il quale poteva essere appreso soltanto attraverso l'analisi degli sviluppi e

(2) Opinione del giudice H. Seton. *Copies of the Special Reports of the Indian Law Commissioners*, in PP, 1847-48, XLVIII, n. 19, p. 13.

(3) CROSS, *The Making*, cit., pp. 519-528.

(4) Per una storia del sistema educativo nell'India coloniale si veda B.D. BASU, *History of Education in India under the Rule of the East India Company*, Calcutta, Modern Revue Office, 1867.

delle evoluzioni storiche del diritto, suscettibile di studio sistematico (5).

È facile rintracciare, nelle parole della *Indian Law Commission*, il desiderio della diffusione in colonia di un'educazione giuridica e di un generale interessamento per lo studio del diritto anche da parte dei sudditi indiani; questi ultimi, nel giro di un decennio, avrebbero potuto partecipare come osservatori ai processi criminali avviandosi a diventare un pubblico colto e tecnicamente preparato (6). Le aspirazioni del legislatore indiano sono tutte sovrapponibili alle coeve richieste dell'Inghilterra di implementare, attraverso un metodo accademico, la *legal education* del paese e, più in generale, ai temi del dibattito inglese della seconda metà dell'Ottocento sulla questione dell'insegnamento universitario del diritto (7).

Le limitazioni imposte dal legislatore indiano al potere interpretativo e alle funzioni dei giudici in India non furono scerve di conseguenze anche per la madrepatria britannica; e anzi, rappresentarono un "pericoloso" punto di partenza per rivedere il ruolo istituzionale dei giudici e del legislatore e ridefinire i meccanismi di produzione normativa alla luce di una nuova tecnica per la codificazione del diritto.

In un saggio dal titolo *Penal Code for India*, pubblicato nel 1838 sulla "London and Westminster Review", John Stuart Mill invitava

(5) *Copies of the special reports of the Indian Law Commissioners*, in PP, 1847-48, XVIII, n. 330, pp. 114-115. «The English Criminal Law cannot be fully understood without a considerable share of historical and antiquarian knowledge. Knowledge of that kind is no doubt an elegant and even a useful accomplishment. But it is no more necessary to the comprehension of a penal law founded solely on principles of morality and jurisprudence, than an acquaintance with the biography of Euclid is necessary to the comprehension of the problems and theorems of geometry. The study of the [Indian] Code will require no such foreign illustration, and will on this account and also on account of its systematic form, be a task incomparably easier than the study of the criminal law administered by the Supreme Court. And the consequence will be, that in a few years the penal law of India will be familiarly known to a great number of young men of the middle classes, who, besides furnishing recruits to the judicial service, will constitute a public prepared to criticize the proceedings of the criminal courts in a fair and enlightened spirit». Ivi, p. 115.

(6) *Ibidem*.

(7) Sul tema dell'educazione legale in Inghilterra nella seconda metà del secolo XIX si veda, da ultimo, FREDA, *Stare Decisis?*, cit., pp. 539-551.

i giuristi e tutte le persone versate « nell'interpretazione del linguaggio » ad esprimere un giudizio critico sulla proposta Macaulay salutando con entusiasmo la « felice invenzione » della tecnica normativa delle illustrazioni (8). Secondo Mill l'adozione codicistica delle *illustrations*, caratteristica della legislazione coloniale, segnava una notevole svolta evolutiva rispetto ai tradizionali modelli di produzione normativa: l'espedito degli esempi autoritativi conferiva chiarezza alla volontà del legislatore e faceva dell'*Indian Penal Code* « un libro popolare », allo stesso tempo comprensibile e interessante per il lettore medio; in più, attraverso il ricorso alle *illustrations* il codice Macaulay raggiungeva un standard di completezza (di cui i codici dell'Europa continentale, compresi i codici francesi e in particolare il *Code Napoléon* del 1804, difettavano) sufficiente a qualificarlo come il primo vero esempio di codificazione (9).

Il riferimento al *Code Napoléon* contribuisce a chiarire la posizione di Mill sulla questione “codice” e “codificazione”. Secondo Mill, uno degli argomenti tradizionalmente utilizzati in Inghilterra per contestare l'efficacia del metodo codificatorio consisteva nel mostrare come nemmeno il *Code Napoléon* fosse qualificabile come un « codice, nel senso genuino del termine » poiché non definiva i termini tecnici che utilizzava lasciando che il loro significato venisse determinato dalle corti di giustizia (10). Secondo questa tesi in Francia, come in Inghilterra, soltanto lo studio dei precedenti avrebbe potuto assicurare una completa conoscenza del diritto vigente: il codice del 1804 non era “completo” e si limitava ad enunciare i principi di diritto che avrebbero orientato i giudici nell'interpretazione e nell'applicazione della legislazione civile.

Mill aveva ben chiari quali fossero, invece, i passaggi necessari all'elaborazione di un codice (un vero e proprio codice, nel senso “tecnico” del termine). Anzitutto, sarebbe stato necessario predisporre un “corpo” di diritto statutario che fosse di per sé completo, ovvero che contenesse tutti gli elementi normativi necessari affinché

(8) *Penal Code for India*, in J.S. MILL, *Writings on India*, a cura di J.M. Robson, M. Moir, Z. Moir, Toronto, Toronto University Press, 1999, pp. 18-30. In part. pp. 20 e 28.

(9) Ivi, p. 19.

(10) *Ibidem*.

il giudice potesse eseguire con esattezza la volontà del legislatore applicando quest'ultima di volta in volta ai casi della realtà (« *this would be to construct a code* ») ⁽¹¹⁾.

Nessuno dei tentativi di codificazione esperiti in Europa aveva tenuto in considerazione questo particolare standard. Il primo tentativo di elaborazione di un vero e proprio codice era dunque, secondo Mill, riferibile alla dimensione coloniale:

We believe that this proposed Penal Code has solved the problem; that it has actually done, so far as the penal branch of law is concerned, that which has denied to be possible, namely, to frame adequate definitions of offenses, expressed in general language: definitions sufficiently accurate, to leave no doubt that complete accuracy is attainable. Doubtless, as there are imperfections in all works, and especially in such works, examination will not fail to detect, or experience disclose, cases needful to be provided for, which the framers of these definitions have overlooked; but the emendations necessary to include such cases, can be made without disarranging the plan or disturbing the symmetry of the code; and this is enough ⁽¹²⁾.

Le chiavi di lettura storiografica utilizzate da Mill per spiegare le cause che avevano condotto all'elaborazione dell'*Indian Penal Code* meritano di essere qui riportate.

Secondo Mill, le ragioni che avevano imposto la predisposizione del nuovo sistema di diritto criminale andavano ricercate nell'eliminazione delle restrizioni all'ingresso in colonia degli *European-British subjects* disposta dal *Charter Act* del 1833.

Una volta sottratto al governo indiano il potere di impedire l'ingresso in India ai soggetti di cattiva reputazione, l'amministrazione coloniale aveva dovuto approntare ogni strumento idoneo a proteggere i sudditi nativi contro i comportamenti criminali della comunità europea. Di conseguenza si era reso necessario abolire tutte le immunità e i privilegi di foro tradizionalmente riconosciuti agli *European subjects* ⁽¹³⁾ ed elaborare un sistema criminale unico per tutti i sudditi coloniali. La scelta di esentare la comunità europea dalle leggi penali e dalla giurisdizione dei tribunali della *East India*

⁽¹¹⁾ *Ibidem*. Corsivo nel testo.

⁽¹²⁾ *Ivi*, p. 20.

⁽¹³⁾ *Ibidem*.

Company, che Mill giudicava anomala e “indifendibile, aveva infatti provocato, anche nel periodo in cui gli *European subjects* erano assoggettati a rigide restrizioni, una situazione di permanente diniego di giustizia a carico della comunità indigena. L'amministrazione coloniale avrebbe dovuto tuttavia evitare che la comunità europea, la quale non avrebbe mai acconsentito ad essere sottoposta al sistema di diritto criminale del *mofussil*, potesse manifestare dissenso contro le istituzioni coloniali ⁽¹⁴⁾.

Secondo Mill al successo dell'operazione di codificazione aveva contribuito la consapevolezza, profondamente condivisa dagli ufficiali coloniali, dell'importanza della riforma, un generale « sense of importance of the object in its self » che aveva costantemente accompagnato il lavoro dei commissari ⁽¹⁵⁾. Mill era incline ad attribuire tale merito soprattutto a Charles Hay Cameron, membro della *Indian Law Commission* ed ex membro della *Commission of Inquiry* incaricata dalla Corona di indagare sul sistema di amministrazione della giustizia vigente a Ceylon (fu membro della *Commission* dal 1829 al 1832).

Mill, che esprimeva il più ampio apprezzamento sia verso la riforma del sistema di amministrazione della giustizia sperimentato su proposta della *Commission of Inquiry* (1832) sia verso i lavori della *Indian Law Commission*, sosteneva che le dipendenze d'oltreoceano avrebbero potuto beneficiare di importantissime riforme nell'amministrazione della giustizia molto prima della stessa madrepatria britannica:

Alone of all known countries, that British colony now actually enjoys a judicial system constructed on the best conceptions of philosophic jurists — a system in which, without any servile deference for the authority of Bentham, the principal improvements made in the theory of the subject by that great man have been, with due consideration of local circumstances, adopted and carried into practice. The system is understood to have worked admirably during the few years it has been in operation; and the introduction of it does honor to the Colonial Office. The operations of the Indian Law Commission are adding a second instance in support of a prediction once made, that the foreign dependencies of the empire will

⁽¹⁴⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁵⁾ *Ivi*, p. 21.

enjoy the benefits of many reforms, long before the much more compact masses of private interest which oppose themselves to such changes at home, will permit the mother country to share in them ⁽¹⁶⁾.

Attraverso questo breve contributo sull'*Indian Penal Code* John Stuart Mill anticipò uno dei temi centrali del dibattito inglese tardo ottocentesco sulla codificazione. Secondo un discorso che ritroviamo nell'opera scientifica di James Fitzjames Stephen — così come in quella di altri autori favorevoli alla codificazione come, ad esempio, Frederick Pollock, Thomas Erskine Holland — il ricorso alla tecnica delle illustrazioni avrebbe consentito di superare i limiti “strutturali” del sistema giuridico inglese (tra tutti, la frammentarietà delle fonti del diritto) e di combinare in un unico “sistema” *statute* e *common law*.

Di tutti questi argomenti si parlerà nell'ultimo Capitolo del lavoro. Basti adesso sottolineare che proprio negli anni di preparazione della bozza dell'*Indian Penal Code* si aprì nella madrepatria inglese una nuova e assai particolare fase del movimento per la riforma del diritto criminale.

Nel 1833, su iniziativa del *Lord Chancellor* Henry Brougham (1778-1868), venne istituita una *Royal Commission* incaricata, in via preliminare, di riunire in un unico *statute* tutte le previsioni relative ai crimini, alle sanzioni e alle forme di giudizio e di consolidare in un altro *statute* tutte le regole di *common law* relative alle stesse materie. All'esito della fase preliminare la *Royal Commission* avrebbe poi dovuto valutare la possibilità di fondere entrambi i nuovi *statutes* in un unico corpo di diritto criminale, il quale avrebbe dovuto sostituire tutte le previsioni statutarie in vigore, o, in alternativa, di limitare la riforma all'emanazione del primo dei due *statutes* menzionati ⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁶⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁷⁾ « [T]o digest into one statute all the enactments concerning crimes, their trial and punishment, and to digest into another statute all the provisions of the Common Law touching the same; and to enquire and report how far it might be expedient to combine both these statutes into one body of the Criminal Law, repealing all other statutory provisions; or how far it might be expedient to pass into law the first mentioned of these two statutes ». Il brano è riportato in GLAZEBROOK, *Criminal Law Reform*, cit., p. 494.

Questa vicenda è stata approfonditamente analizzata, in tempi recenti, dallo storico e criminalista Lindsay Farmer il quale ne ha opportunamente messo in luce i caratteri originali e la fortissima cifra di innovatività ⁽¹⁸⁾. Secondo Farmer i lavori della *Royal Commission* costituirono il primo tentativo compiuto in Inghilterra di operare una codificazione del corpo del *common law* e una revisione radicale del sistema criminale inglese conforme alla visione “benthamiana” di riforma del diritto e della legislazione.

Riprendendo una tesi formulata alla fine degli anni Ottanta da David Lieberman nell’opera *The Province of Legislation Determined: Legal Theory in Eighteenth-Century Britain* (1989), Farmer ha sostenuto che la *Royal Commission* si fosse ampiamente discostata dalla tradizione “baconiana” di riforma legislativa — la quale escludeva qualsiasi modifica del *common law* ed individuava i principali difetti del sistema giuridico inglese nell’incertezza generata dall’accumulazione del diritto statutario e nell’eccessiva severità delle sanzioni criminali ⁽¹⁹⁾ — optando, invece, per una profonda ridefinizione, da un lato, della forma di espressione e, dall’altro lato, degli stessi principi del sistema di *common law* ispirata ai canoni di riforma indicati da Jeremy Bentham.

Secondo questa tesi lo scopo perseguito dalla *Royal Commission* era quello di rintracciare all’interno dell’ordinamento inglese i principi generali del diritto penale e riorganizzare l’intero sistema criminale attorno a questi principi cercando di ottenere, costantemente, coerenza ed organicità ⁽²⁰⁾. Il corpo di diritto elaborato

⁽¹⁸⁾ FARMER, *Reconstructing*, cit.

⁽¹⁹⁾ Secondo questa tradizione di riforma, lo *statute law* costituiva « un’invasione nel territorio del common law », e l’efficacia degli *statutes* dipendeva dalla loro conformità all’antico diritto consuetudinario: in breve, il diritto statutario poteva migliorare il *common law* ma non sostituirlo. FARMER, *Reconstructing*, cit., p. 408.

⁽²⁰⁾ Come è noto, il pensiero giuridico di Bentham si caratterizzava per una concezione « legalistica e antigiusprudenziale dell’ordinamento », per un’ideologia in base alla quale « il diritto non è che quello posto in essere da un atto volontaristico di un sovrano/legislatore: essa presupponeva, dunque, il primato del potere legislativo su quello giudiziario e la totale subordinazione del giudice alla legge scritta » (FREDA, *Stare Decisis?*, cit., pp. 522-523). I giudici inglesi, i quali rivendicavano il ruolo di depositari della tradizione giuridica del paese e la capacità di dichiarare il diritto attingendolo dalla massa delle decisioni giudiziali, non potevano che avversare l’idea benthamiana di codice

attraverso queste modalità operative (la *Royal Commission*, in particolare, proponeva di produrre un digesto di diritto criminale) avrebbe dovuto sostituire i sistemi di *common* e *statute law*.

La portata innovativa dell'approccio di riforma emergeva già dal primo *report* della *Royal Commission*, pubblicato nel 1834 e reso noto al pubblico inglese attraverso le pagine della "Edinburgh Review" ⁽²¹⁾, nel quale venivano, da un lato, enunciate le direttive del piano di modifica del diritto criminale e, dall'altro lato, elencati i principali difetti del sistema giuridico del paese. Ad avviso della Commissione questi ultimi consistevano nella difficoltà di rintracciare regole generali (i *text-books* non ne enunciavano, i *books of authority* erano spesso contraddittori) e nell'incertezza generata dalla creazione giudiziale del diritto ⁽²²⁾.

La *Royal Commission* proponeva di riordinare e modificare la « massa di assurdità » di cui era formato il *common law* e di fornire al giudice una « fonte purificata » alla quale ricorrere per estrarre il « nuovo diritto »: il giudice avrebbe mantenuto il potere di applicare i principi (« tutti i principi ai quali può fare ricorso verrebbero trovati nel digesto ») e di ricorrere all'analogia ⁽²³⁾.

L'importanza di operare una così profonda riforma del sistema giuridico della madrepatria emergeva non solo dall'urgenza di assi-

e di codificazione: un corpo di norme completo, capace di mettere a nudo e mostrare il complesso del sistema normativo in tutta la sua articolazione esprimendo nella maniera più esplicita possibile la volontà del legislatore, avrebbe privato il giudice della sua capacità "dichiarativa", avrebbe limitato al massimo il suo potere interpretativo rendendo altresì inutile qualsiasi attività di *law-supplying*. Si veda anche, K.J.M. SMITH, *Lawyers*, cit., pp. 9-19.

⁽²¹⁾ « The Edinburgh Review, or Critical Journal », LXV, April-July (1837) 132, pp. 214-220.

⁽²²⁾ Come si legge nell'articolo della *Edinburgh Review*, secondo la *Royal Commission* il procedimento attraverso il quale i giudici inglesi decidevano la regola applicabile al caso concreto, operazione che equivaleva alla creazione del diritto, generava inconvenienti di non secondario rilievo: « What is the process by which a judge now *makes* the law? A case arises; he either decides it on the authority of some similar decided case; or, if finds none (and seeing the inextricable mass of decisions, there may be many which he does not find), he applies as well as he can (and often in haste) the principles which he finds in the books, and which he conceives govern the case; or he adopts some imperfect analogy ». Ivi, p. 216.

⁽²³⁾ Ivi, pp. 216-217. Traduzione mia.

curare il funzionamento coerente del sistema di amministrazione della giustizia ma anche dalla necessità di implementare, attraverso lo strumento della legislazione criminale, un potente meccanismo istituzionale di orientamento della condotta dei sudditi. Uno degli obiettivi principali della riforma riguardava la rielaborazione delle tecniche utilizzate dal legislatore nei procedimenti di produzione normativa ed era finalizzato a rendere il diritto penale maggiormente accessibile, facilmente conoscibile, comprensibile al pubblico.

Secondo i *membri della Royal Commission* l'oggetto principale del diritto penale era quello di scoraggiare gli uomini dal violare la legge sia attraverso la minaccia della sanzione criminale, sia attraverso l'individuazione di "distinzioni morali" (24). Si rendeva pertanto necessario definire le fattispecie criminali con ragionevole certezza, evitando l'eccessivo tecnicismo ed elaborando regole giuridiche dettagliate (25).

Oltre ad agevolare la creazione e la diffusione di regole di condotta civile, i "nuovi" criteri redazionali delle regole criminali avrebbero dovuto tendere a soddisfare una generale esigenza di tutela dei sudditi contro l'uso strumentale, politico e di politica criminale, del potere interpretativo da parte dei giudici. L'esigenza di ricercare formule efficaci per la descrizione e la delimitazione delle fattispecie criminali si rendeva immediatamente evidente rispetto a quelle categorie di reato particolarmente cariche di significati politici, tra le quali il *treason*, tradizionalmente oggetto di costruzioni giurisprudenziali forzate *contra legem* (26).

In un articolo apparso nel dicembre 1841 sul periodico "The Monthly Review" veniva specificamente riconosciuto alla *Royal Commission* il merito di aver posto questo genere di problemi al centro del dibattito sulla riforma del diritto criminale:

The Commissioners justly observe that the peculiar character of Treason, and the heavy penalties which attend a conviction of the crime,

(24) In questi termini, FARMER, *Reconstructing*, cit., p. 411.

(25) Si veda *Fifth Report of Her Majesty's Commissioners on Criminal Law, dated the 22d day of April, 1840*, PP, 1840, XXI, N. 1, p. 3.

(26) Art. IX. *Sixth Report of Her Majesty's Commissioners on Criminal Law*, in « The Monthly Review », III (September-December 1841), pp. 120-131, in part. p. 123.

demand the utmost explicitness when defining it, the most careful exclusion of all forced constructions, and the fullest, clearest body of evidence which it is possible for a jury to require towards coming to a verdict. It is, however, too notorious that in the course of the trials for this crowning offence there have often been flagrant violations of these requisites, even after a number of statutes have been passed to protect the subject against the sovereign, whose ministers and justices have almost always inclined to regard everything as treasonable, which by construction, often forced, could be held to affect the prerogative of the king ⁽²⁷⁾.

Gli aspetti maggiormente interessanti di questa particolare fase del processo ottocentesco di riforma del diritto criminale riguardano non soltanto gli approcci metodologici, per molti versi innovativi, adottati dalla *Royal Commission* ma anche (e forse, soprattutto) i risultati “legislativi” da questa raggiunti.

Negli anni 1833-1845 la *Royal Commission* pubblicò otto *reports* contenenti, tutti, raccomandazioni di riforma. Il settimo e l’ottavo *report*, in particolare, contenevano rispettivamente la bozza di un codice penale e la bozza di un codice di procedura penale. Nel 1844 la bozza di codice penale venne introdotta come proposta di legge presso la *House of Commons* ma venne quasi immediatamente accantonata a causa dell’istituzione di una seconda *Royal Commission* incaricata di riconsiderare e rivedere il *Draft*. Nel *Second Report* preparato dalla nuova Commissione, pubblicato nel 1846, venne ribadita la necessità, da un lato, di emanare un digesto di diritto criminale dotato di efficacia legislativa e, dall’altro lato, di modificare il diritto d’Inghilterra « in order to render the Criminal Law of the country suitable to the present state of society, and conformable to enlightened principles of jurisprudence » ⁽²⁸⁾.

Contestualmente, i commissari presentarono la bozza di un *Bill* (*An Act Consolidating and Amending so much of the Criminal Law as relates to Incapacity to commit Crimes, Duress, the essentials of a Criminal Injury, Criminal Agency and Participation, and Homicide and other Offences against the person*).

Già ad una prima analisi, il *Bill* del 1846 appare perfetto ai fini

⁽²⁷⁾ *Ibidem*.

⁽²⁸⁾ *Second Report of Her Majesty’s Commissioners for Revising and Consolidating the Criminal Law*, in PP, 1846, XXIV, n. 709. p. 6.

della nostra trattazione dato che ci riporta direttamente alla bozza dell'*Indian Penal Code*. Nel primo *Special Report on the Indian Penal Code*, pubblicato nel 1847, la seconda *Indian Law Commission* riscontrò una fortissima corrispondenza tra il diritto penale indiano e il diritto penale inglese così come risultante dalle proposte di modifica contenute nel *Second Report* della *Royal Commission* (29). In particolare, i commissari indiani sostenevano che molte delle proposte di riforma contenute nel *Second Report* avrebbero posto, una volta adottate, il diritto criminale dell'Inghilterra in una stretta corrispondenza con il diritto criminale elaborato, circa dieci anni prima, per la colonia indiana (30).

In effetti, i punti di contatto tra la bozza dell'*Indian Penal Code* e il *Bill* del 1846 non sono pochi. Ad esempio la *Royal Commission* proponeva una definizione dell'aggettivo « unlawful » la quale corrispondeva pienamente alla definizione di *illegal* utilizzata dalla *Indian Law Commission* nella clausola 28 della bozza del codice penale indiano ed esprimeva grande consenso rispetto alle argomentazioni utilizzate dalla commissione Macaulay per giustificare la criminalizzazione di alcune condotte omissive (31).

Vi sono pochi dubbi sul fatto che, dal punto di vista “tecnico”, il dato più interessante emerso dal *Bill* del 1846 fosse costituito da un generale ripensamento del binomio “intenzionalità della condotta/punibilità del fatto” particolarmente compatibile con la soluzione adottata dal legislatore coloniale. Secondo la proposta della *Royal Commission* le ingiurie accidentali, causate né volontariamente né negligenemente, sarebbero state ritenute penalmente

(29) *Ibidem*.

(30) *Copies of the Special Reports of the Indian Law Commissioners*, cit.

(31) In particolare, la sezione 2 dell'articolo 2 della *Schedule* annessa al *Bill*, la quale sanciva la responsabilità criminale come conseguenza di un'omissione illecita, recitava: « An omission shall be deemed to be unlawful whensoever it is a breach of some duty imposed by law, or gives cause for civil action » (si veda sul punto il *Second Report of Her Majesty's Commissioners*, cit., p. 14). Similmente, la clausola 28 della bozza dell'*Indian Penal Code* disponeva che « The word “illegal” is applicable to every thing which is an offence, or which is contrary to any direction of the law, or which furnishes ground for a civil action; and a person is said to be “legally bound to do” whatever it is illegal in him to omit ».

irrilevanti ⁽³²⁾. Sul punto i *commissioners* di Sua Maestà manifestarono l'intenzione di allontanarsi dai principi del diritto criminale vigente in Inghilterra e di abbracciare invece l'approccio rivendicato dalla commissione Macaulay ⁽³³⁾:

Your Commissioners think that where there is any probable connexion between the injury and the act or omission, such that the punishment for occasioning the injury would deter persons from willfully or negligently being guilty of such likes acts or omissions that there the injury may reasonably be deemed to be willfully or negligently caused. But where there is no ground for believing that any injury was in the contemplation of the party charged with causing it, and the connexion is so remote between it and the act or omission, however unlawful, which has led to it, that it cannot be imputed to negligence, and that any punishment for causing the injury cannot operate by way of example to deter others from doing or omitting what the party accused has done or omitted, that there the injury should be deemed accidental and dispunishable; the party, however, remaining punishable for his illegal act, without reference to its remote and improbable consequences ⁽³⁴⁾.

A riprova della stretta corrispondenza tra le posizioni della *Royal Commission* e quelle della *Indian Law Commission* il lettore è invitato a concentrarsi sulla totale coincidenza tra i principi di politica criminale che ispiravano il *Bill* e quelli che, circa dieci anni prima, avevano influenzato la preparazione dell'*Indian Penal Code* (rispetto ai quali si rimanda al Capitolo precedente) ⁽³⁵⁾.

Non sono poche né prive di rilievo storiografico le considerazioni indicate da tali corrispondenze. Cercando di ricomprendere in un unico ambito di indagine la codificazione indiana e l'esperienza inglese di riforma del diritto criminale, il giurista e storico David Skuy ha comparato il codice penale indiano e il lavoro della prima *Royal Commission* inglese sostenendo che la bozza Macaulay coin-

⁽³²⁾ Articolo 6 sezione 2.

⁽³³⁾ Si veda sul punto *Indian Law Commission*, cit., p. 108.

⁽³⁴⁾ *Second Report of Her Majesty's Commissioners*, cit., p. 17.

⁽³⁵⁾ Anche rispetto all'attenuante della provocazione, la proposta del *Second Report of Her Majesty's Commissioners* si avvicinava non poco a quella avanzata dalla Commissione Macaulay. Sul punto si veda *Indian Law Commission*, cit., p. 108.

cideva, per struttura, organizzazione delle materie, diritto sostanziale e sanzioni, con le bozze dei codici inglesi ⁽³⁶⁾.

Secondo Skuy le sperimentazioni legislative coloniali erano in qualche misura finalizzate all'implementazione, nella madrepatria britannica, di un sistema codicistico di difficile giustificazione ⁽³⁷⁾. L'emanazione dell'*Indian Penal Code* — un codice che rifletteva bisogni e idee appropriate alla dimensione britannica e non a quella coloniale — determinò il definitivo trapianto del *common law* in India e costituì un'operazione strumentale alla riforma del sistema giuridico della madrepatria inglese. Non a caso, fa notare Skuy, l'unica differenza di rilievo tra il codice indiano e le bozze inglesi consisteva nel fatto che queste ultime non includevano le *illustrations*, le quali avrebbero avuto senso soltanto in India, dove non esisteva un corpo di *case law*, e non anche in Inghilterra.

Sebbene non esistano documenti capaci di rivelare le eventuali finalità segrete della vicenda codificatoria dell'India britannica non v'è dubbio che tutti questi argomenti contribuiscono, in qualche misura, a sovvertire l'ordine del discorso coloniale: il pensiero liberale inglese guardava al sistema giuridico coloniale come ad un sistema "premoderno" il cui radicale stravolgimento era condizione necessaria per raggiungere gli standard della modernità e dello Stato di diritto. Tuttavia, attraverso l'emanazione dell'*Indian Penal Code* il sistema penale dell'India divenne — per ammissione delle stesse *Royal Commissions* e della *Indian Law Commission* — per certi versi più "moderno" di quello inglese.

Inoltre, come vedremo nell'ultimo capitolo, le sperimentazioni coloniali interferirono in qualche misura con il processo di riforma del diritto criminale della madrepatria. Questo rapporto per molti versi "sovvertito" delle logiche della governamentalità coloniale emerge non tanto dalla vicenda istituzionale dei lavori delle *Royal*

⁽³⁶⁾ D. SKUY, *Macaulay and the Indian Penal Code of 1862: The Myth of the Inherent Superiority and Modernity of the English Legal System Compared to India's Legal System in the Nineteenth Century*, in « Modern Asian Studies », XXXII (1998) 3, pp. 513-557.

⁽³⁷⁾ Sul punto anche A.K. GIRI, *Il "governo della legge" e la società indiana. Dal colonialismo al postcolonialismo*, in *Lo Stato di diritto*, cit., pp. 708-738. In particolare, pp. 714 e ss.

Commissions quanto dal dibattito scientifico tardo ottocentesco sull'opportunità di codificare il diritto inglese e di adottare tecniche di produzione normativa conformi al modello indiano.

Va infine ricordato che, durante tutto il corso dell'Ottocento, non mancarono ulteriori tentativi di riforma delle previsioni del diritto criminale inglese — relative in particolare alla categoria della punibilità e alle conseguenze involontarie e imprevedibili di un comportamento penalmente rilevante — che traevano ispirazione dal lavoro dei legislatori coloniali e dai principi individuati nell'ambito del contesto indiano.

2. *Diritti di proprietà e pluralismo normativo: il caso delle “ancestral properties”.*

Qual era il diritto civile generalmente applicabile in colonia in assenza di sistemi normativi “speciali” (come, ad esempio, il diritto indù e il diritto musulmano)? Qual era la *lex loci* in vigore nei territori dell'India britannica e, in particolare, nelle aree del *mofussil*?

Se con la preparazione dell'*Indian Penal Code* la colonia indiana si avviava a ricevere un corpo “unico” di diritto criminale, la situazione frammentaria del diritto civile non mancava, ancora nella metà del secolo XIX, di preoccupare il governo della *East India Company*.

Abbiamo già accennato alla situazione di pluralismo normativo che dominava l'ambito del diritto civile in colonia. I tribunali civili della *East India Company* avevano giurisdizione nei territori del *mofussil* e giudicavano, nelle materie relative a successioni, eredità, matrimoni, caste e per tutto quanto riguardasse usi e istituzioni religiose, secondo il diritto musulmano nelle cause relative ai sudditi di fede musulmana e secondo il diritto indù nelle cause relative ai sudditi di fede indù. Nel caso in cui le parti fossero appartenute a differenti religioni le corti avrebbero giudicato secondo il sistema di diritto corrispondente alla religione del convenuto ⁽³⁸⁾. Nelle cause

⁽³⁸⁾ Per la presidenza del Bengala si veda *Regulation IV of 1793*; per le presidenze di Madras e di Bombay si vedano rispettivamente *Regulation VII of 1832* e *Regulation IV of 1827*.

relative a sudditi di fede diversa da quella indù e musulmana le corti avrebbero dovuto giudicare secondo consuetudini locali ovvero, in mancanza di queste ultime, secondo i principi di “equità” e “buona coscienza” (ovvero « according to justice, equity and good conscience ») ⁽³⁹⁾.

Anche le *Supreme Courts of Judicature* istituite presso le *Presidency towns* erano tenute ad amministrare, a seconda della religione delle parti, il diritto indù e musulmano per tutte le cause relative a successioni, contratti e altre relazioni tra privati. In tutti gli altri casi le *Crown's Courts* avrebbero giudicato secondo i principi di diritto civile vigenti in Inghilterra ⁽⁴⁰⁾.

Tra gli anni Trenta e gli anni Quaranta dell'Ottocento una parte della comunità indigena della colonia iniziò a manifestare una crescente insofferenza rispetto a questo assai articolato intreccio normativo. Il 17 dicembre 1836, ad esempio, il governo indiano ricevette una petizione preparata dagli *East Indians* (erano tali i figli di padre britannico e di madre indiana educati secondo le tradizioni paterne) e dai sudditi di origine armena, i quali lamentavano l'assenza di un sistema di diritto civile applicabile ai soggetti coloniali diversi da quelli di fede indù o musulmana e il ricorso esclusivo, per tutto quanto riguardasse la materia penale, a tribunali funzionanti secondo principi non adatti a soggetti di religione cristiana ⁽⁴¹⁾.

A partire dagli anni Quaranta del secolo anche il legislatore coloniale iniziò a manifestare la volontà di intervenire rispetto alla sfera del diritto civile e di risolvere alcuni dei problemi connessi alla situazione di pluralismo normativo caratteristica della dimensione coloniale. In particolare, nell'ottobre 1840 la *Indian Law Commission* inviò a Lord George Auckland (*Governor-general of India in Council* dal 1836 al 1842) un *report* relativo allo stato del diritto civile nel quale veniva sottolineata la necessità di preparare un corpo

⁽³⁹⁾ *First report of Her Majesty's commissioners appointed to prepare a body of substantive law for India, &c.*, PP, 1864, XVI, N. 3312, p. 59.

⁽⁴⁰⁾ (1781) 21 Geo. 3, c.17; in merito, SETALVAD, *The Common Law in India*, cit., p. 21.

⁽⁴¹⁾ *Extract from Report of the Law Commissioners in India upon the Lex Loci; dated October 31st, 1840*, in *First report of Her Majesty's commissioners*, pp. 60-63, in part. p. 60.

di *substantive law* operante come *lex loci* delle aree periferiche della colonia ⁽⁴²⁾.

Al fine di individuare i criteri che avrebbero dovuto ispirare la novella legislativa, la *Indian Law Commission* offrì al governo un resoconto relativo al funzionamento dell'intero sistema di amministrazione della giustizia civile predisposto per i territori del *mofussil*.

Preliminarmente la commissione si soffermò sulla natura delle corti civili dell'interno e osservò che tali organi di giustizia costituivano, rispetto ai sudditi di religione diversa da quella indù o musulmana, non già « corti di diritto, ma mere corti di coscienza » (letteralmente « courts of conscience ») ⁽⁴³⁾. Tuttavia, a differenza delle *courts of conscience* d'Inghilterra, le quali si occupavano soltanto del recupero di piccoli debiti e potevano operare anche senza seguire alcun particolare sistema di diritto, erano tenute a pronunciarsi su tutti i tipi di diritti (« all kinds of rights »), anche su quelli che dipendevano esclusivamente dalla legislazione e che quindi cambiavano da paese a paese (si riporta l'esempio utilizzato dalla *Indian Law Commission* per spiegare questo punto: « A man who borrows money, and refuses to pay it, acts unconscientiously, whether he does so in England or in France. But a man who withholds from his younger brothers a share of his deceased father's land, acts conscientiously in England and unconscientiously in France. In these cases, as one of our law books expresses it, "the diversity of law maketh the diversity of conscience". Before, therefore, a court of conscience can decide a question of this latter sort, it must know under what law the parties are living ») ⁽⁴⁴⁾.

Proprio considerando questa particolare natura delle corti civili istituite nel *mofussil* la *Indian Law Commission* riteneva che i tribunali della *East India Company* fossero avvicinabili, quanto a natura e regole di funzionamento, alle corti inglesi di *equity*: i tribunali indiani dovevano fondare le proprie decisioni sulle regole di diritto così come quelli inglesi seguivano il principio "equity follows the law". Affinché il giudice civile potesse sapere « qual era

⁽⁴²⁾ *Extract from Report of the Law Commissioners in India upon the Lex Loci*, cit., pp. 60-63.

⁽⁴³⁾ *Ivi*, p. 60.

⁽⁴⁴⁾ *Ivi*, p. 61.

il diritto che la sua equità doveva seguire »⁽⁴⁵⁾ era dunque necessario determinare quale fosse il sistema di diritto civile in vigore nelle aree dell'interno del paese⁽⁴⁶⁾.

La *Indian Law Commission* faceva inoltre notare che in assenza di un tessuto normativo operante come *lex loci* i giudici delle corti del *mofussil* dovevano individuare e selezionare, di volta in volta, il sistema di diritto civile da utilizzare per la soluzione del caso concreto.

A complicare il quadro la commissione riportava che, secondo una consuetudine registrata tra gli anni Trenta e gli anni Quaranta dell'Ottocento, i giudici dei tribunali dell'interno tendevano a seguire i principi di diritto del paese di provenienza delle parti ovvero, se queste avessero avuto differenti origini territoriali, del solo convenuto⁽⁴⁷⁾.

Le conseguenze di questa prassi si erano rivelate disastrose: l'incertezza circa il sistema di diritto applicabile al giudizio amplificava al massimo la situazione di pluralismo normativo della colonia imponendo ai giudici di ricostruire, sulla base di elementi forniti dalle parti stesse, i principi direttivi del sistema di diritto utilizzabile per risolvere il caso. Anche nelle ipotesi in cui le parti fossero state di origine inglese, l'ufficiale della *East India Company* incaricato del giudizio non avrebbe potuto risolvere la controversia attingendo dalle proprie nozioni di diritto ma avrebbero dovuto ricostruire i principi di *common law* da porre a base della decisione attraverso testimonianze rese dalle parti ovvero tramite prove documentali dalle stesse prodotte⁽⁴⁸⁾.

I *commissioners* facevano notare come tale accertamento sarebbe stato, in alcuni casi, impossibile: era il caso dei sudditi di origine armena il cui diritto "nazionale" era caduto in desuetudine da oltre mille anni. Nell'impossibilità di ricostruire i principi del diritto armeno, i giudici della *East India Company* decidevano le controversie di cui erano parte soggetti di origine armena attraverso le regole del diritto inglese ovvero facendo ricorso alla loro perso-

⁽⁴⁵⁾ *Ibidem*.

⁽⁴⁶⁾ *Ibidem*.

⁽⁴⁷⁾ Ivi, p. 60, ss.

⁽⁴⁸⁾ Ivi, p. 61.

nalissima “nozione di equità”. Alcuni giudici civili, infine, cercavano di ricostruire le regole di diritto armeno facendo ricorso all’interpretazione degli ecclesiastici armeni, « whose legal knowledge, when they have any, is limited to the bare rudiments of the canon law » (49).

La *Indian Law Commission* sottolineava come gli armeni non appartenessero ad una vera e propria nazione e che il diritto derivante dall’Armenia fosse costituito principalmente dal diritto romano il quale era stato imposto a quei territori al tempo di Giustiniano attraverso la novella “De Armeniis ut et illi per omnia Romanorum leges sequantur” (Novella XXI del 536 d. C.) (50).

Per tutti questi motivi si imponeva una riforma del sistema di diritto della colonia volta alla predisposizione di un tessuto normativo avente carattere generale e operante, rispetto alla materia civile, come *lex loci* delle aree dell’interno:

When these cases are considered, it will be seen that, though British India may appear, on the one hand, to have a less need of a *lex loci* than any other country, because the great mass of its population consists of two sects whose law is contained in their religion, yet on the other hand, there is probably no country in the world which contains so many people who, if there is no law of the place, have no law whatever. Indeed, whether we look at reasons drawn from jurisprudence, or at reasons drawn from convenience and utility, there is no doctrine more certain than this; that in every country there ought to be a law which is, *primâ facie*, applicable to every person in it. The number of classes which, in any particular country, should be exempted from this law, must always depend upon the circumstances of that country; but be these classes few or many, small or large, the necessity of a law for persons whose conditions cannot be defined before-

(49) Ivi, p. 62.

(50) Sul tema dell’introduzione del diritto romano nei territori dell’Armenia si rinvia a R. DARESTE, *Études d’Histoire du Droit*, Paris, L. Larose et Forcel, 1908 (deuxième édition), pp. 120-121. Agli inizi del secolo VI l’Armenia era parte dell’Impero e soggetta alla legislazione di Giustiniano. Nel 535 l’Imperatore emanò un editto relativo alla materia della successioni attraverso il quale sostituì, con effetto retroattivo, il diritto romano a quello armeno (il quale escludeva che le donne avessero capacità successorie ovvero avessero titolo alla dote al momento del matrimonio). La novella XXI del 536 confermò nella sostanza l’editto ma dispose che questo avrebbe avuto effetto soltanto per l’avvenire.

hand, or who cannot be brought by evidence within any defined classes, remains undeniable ⁽⁵¹⁾.

Per risolvere tutti questi problemi i commissari proponevano di adottare il diritto civile d'Inghilterra come *lex loci*, racchiudendolo in un « code of substantive law », e suggerivano di estendere, durante tutto il periodo necessario per la preparazione del codice, il diritto in vigore nelle *Presidency towns* alle aree dell'interno della colonia. Raccomandavano altresì la preparazione e la pubblicazione di un *Act* che avrebbe fatto del diritto inglese (ovvero, « so much of the law of England as is applicable to the situation of the people, and as is not inconsistent with any Regulation of the Codes of Bengal, Madras, and Bombay, or with any Act passed by the Council of India ») il sistema di diritto civile generalmente applicabile in ogni territorio della colonia (ad eccezione delle *Presidency towns*) e a tutti i sudditi non appartenenti alla religione indù o musulmana; in pratica, « the law of land » dell'India britannica ⁽⁵²⁾.

Negli anni Quaranta dell'Ottocento quella della *lex loci* non era l'unica questione che occupava il tempo della *Indian Law Commission*.

Nel maggio 1841 Frederick James Halliday, che al tempo rivestiva l'incarico di *Junior Secretary to the Government of India*, inviò alla *Indian Law Commission* un memoriale preparato da alcuni missionari agli inizi degli anni Trenta del secolo chiedendo che la commissione si occupasse delle questioni ivi prospettate assieme alla questione della *lex loci*.

I missionari lamentavano che una particolare classe di sudditi della colonia (« [the class of men] which consists of those who, through the natural and inevitable operation of the educational and other measures now pursued by government, public societies, ad private individuals, have been driven to repudiate the irrational rites and forms of idolatry and superstitions; as also of those who, besides abandoning the hereditary creed of their fathers, have been led, by the light of Divine knowledge brought home to their understandings

⁽⁵¹⁾ *Extract from Report of the Law Commissioners in India upon the Lex Loci*, cit., p. 62.

⁽⁵²⁾ Ivi, p. 63.

and hearts, openly to profess the Christian faith, and become members of the Christian church ») fosse soggetta a « certain legal grievances » (53).

In particolare i missionari si riferivano alle regole del diritto indù che sancivano la confisca delle *ancestral properties*, proprietà trasferite da padre in figlio per più generazioni, in caso di conversione religiosa o esclusione dalla casta sulla base del presupposto che il convertito o l'escluso incorressero in una situazione di morte civile (54). I missionari chiedevano la preparazione di una legge attraverso la quale si potesse risolvere il problema e invitavano il governo a considerare quanta fama avrebbe potuto trovare « in the redress of oppressive grievances, the amelioration of barbarous legal codes, the purification of the founts of equitable right and judicial power [...] » (55).

La questione prospettata dai missionari era strettamente legata al tema della *lex loci* e contribuiva a mettere in evidenza la necessità di provvedere a elaborare un tessuto normativo unitario per la colonia.

Rispetto all'operatività delle regole che sancivano la perdita delle *ancestral properties* v'era una notevolissima disparità di disciplina tra *mofussil* e *Presidency towns*.

Nel 1831 la *Court of Director*, venendo incontro alle preoccupazioni dei missionari presenti in colonia, aveva invitato il governo a condurre un'inchiesta sulle regole del diritto indiano che modificavano lo status civile dei sudditi in ragione di una conversione religiosa o dell'esclusione dalla casta di originaria appartenenza e a predisporre adeguato rimedio legislativo a una situazione ritenuta incompatibile con le stesse logiche della governamentalità coloniale (56). Dopo tutto, per quanto dichiarasse di non potere interferire con i dogmi religiosi della comunità indigena dell'India, il governo avrebbe dovuto tutelare con ogni mezzo quella porzione

(53) Ivi, p. 65.

(54) R. LINGAT, *The Classical Law of India*, traduzione inglese di J.D.M. Derret, Berkeley, Los Angeles, London, University of California Press, 1973, pp. 172-175.

(55) *Extract from Report of the Law Commissioners in India upon the Lex Loci*, cit., p. 65.

(56) *Ibidem*.

della società nativa che spontaneamente abbandonava le superstizioni indù, tutt'affatto incompatibili con la sensibilità "morale" dell'Occidente, e abbracciava invece i principi religiosi del cristianesimo.

Raccogliendo repentinamente l'invito della *Court of Director* il governo indiano aveva emanato la *Regulation VII of 1832*, valida per i territori del Bengala, la quale disponeva che, qualunque fosse stato il sistema di diritto applicabile presso le corti civili della *East India Company*, e cioè, il diritto indù ovvero il diritto musulmano a seconda della religione delle parti, « the laws of those religions shall not be permitted to operate to deprive such party or parties of any property to which, but for the operation of such laws, they would have been entitled » (57).

La *Regulation* specificava altresì che, in ogni caso, le decisioni delle corti di giustizia sarebbero state governate dai principi di « justice, equity, and good conscience » (58).

La *Regulation VII of 1832* era valida per le sole aree del *mofussil* della presidenza del Bengala e non anche per la città di Calcutta: la *Supreme Court of Judicature*, la quale come organo di giustizia istituito direttamente dalla Corona d'Inghilterra non era ancora soggetta alla legislazione del governo del Bengala, avrebbe continuato ad amministrare, a seconda della religione delle parti, il diritto indù e musulmano per tutte le cause relative a successioni, contratti e altre relazioni tra privati senza incontrare alcun limite nell'applicazione delle regole giuridiche prescritte dai codici religiosi degli indigeni.

In considerazione di queste particolari disparità normative i missionari spingevano affinché l'amministrazione coloniale si adoperasse per emanare, in tempi brevi, una legge che estendesse le norme della *Regulation VII of 1832* a tutti i territori indiani, ivi compresi quelli ricadenti nell'ambito della giurisdizione delle *Presidency towns*. A supporto delle proprie richieste, invitavano il governo a considerare quanto fosse contrario ai principi di "ragione" e di "giustizia naturale" consentire che il mutamento del credo religioso avesse l'effetto di abrogare diritti successori e di proprietà dei sudditi indigeni. In particolare, qualora la conversione religiosa si fosse concretata nell'abbandono delle religioni locali in favore del cristianesimo, e dunque in una « abjuration of error and supersti-

(57) Ivi, p. 66.

(58) *Ibidem*.

tion »⁽⁵⁹⁾, la confisca delle *ancestral properties* sarebbe risultata incompatibile con le finalità civilizzatrici della dominazione coloniale⁽⁶⁰⁾.

Agli inizi degli Quaranta dell'Ottocento il legislatore indiano era dunque chiamato, per un verso, a colmare una delle più vistose lacune del sistema normativo della colonia, costituita dall'assenza di un corpo di diritto civile avente carattere generale e sussidiario, e, per l'altro verso, a modificare le regole del diritto "classico" dell'India che sancivano la perdita dei diritti di proprietà in caso di conversione religiosa o abbandono della casta di appartenenza.

In pratica l'amministrazione coloniale sarebbe presto intervenuta rispetto a una sfera del diritto indigeno per decenni ritenuta inattaccabile: sin dalla fine del secolo XVIII, l'Inghilterra decise di non interferire rispetto al diritto personale indù e musulmano il quale sarebbe sempre stato applicabile in materia di successioni, matrimoni, caste e altri usi o istituzioni religiose (si rimanda, in proposito, alla prima parte del saggio).

Nel maggio 1841 la *Indian Law Commission* presentò al governo la bozza di un *Act*, la quale circolò in colonia con il nome di *Lex Loci Act*, elaborata al fine di risolvere tutte le questioni prospettate sia dalla comunità indigena del *mofussil*, sia dai missionari cristiani.

Va preliminarmente osservato che il preambolo dell'*Act*, nel chiarire le ragioni che rendevano improrogabile la riforma, anticipava la soluzione prospettata dalla *Indian Law Commission* per predisporre in tempi brevissimi un sistema di diritto civile valido per le aree dell'interno della colonia ricordando, al tempo stesso, l'alto tasso di crescita della comunità britannica del *mofussil* (la quale si aggiungeva a quella residente nei territori soggetti alla « local jurisdiction of Her Majesty's Supreme Courts ») e descrivendo alcuni dei "nuovi" diritti attribuiti dal *Charter Act* del 1833 a tale categoria di sudditi coloniali:

[Whereas] there is a large and increasing number of British subjects in the territories subject to the government of the East India Company, and it is lawful for such British subjects to hold lands therein, as well without

⁽⁵⁹⁾ *Ibidem.*

⁽⁶⁰⁾ *Ibidem.*

as within the local jurisdiction of Her Majesty's Supreme Courts aforesaid; and the Courts of the East India Company now administer English substantive law to such British subjects, whenever such substantive law is not inconsistent with equity and good conscience, and it is expedient that they should continue to do so [...] (61).

Considerando poi (sia consentito riprendere lo stile del preambolo) che il diritto civile d'Inghilterra costituiva uno dei sistemi normativi generalmente applicati nei territori delle *Presidency towns* e che sarebbe stato in ogni caso opportuno ridurre al minimo le disparità esistenti tra le città capitali e le periferie indiane, non v'era dubbio che il diritto inglese (« the substantive law of England ») avrebbe dovuto trovare applicazione anche nelle aree dell'interno della colonia venendo così a costituire « the law of the land » dell'intera India britannica (62).

Sebbene contemplasse un'innovazione di non poco rilievo l'*Act* precisava che, in tutte le cause relative a matrimoni, divorzi e adozioni, le nuove regole del diritto civile avrebbero trovato applicazione soltanto rispetto ai sudditi di fede cristiana e che, in ogni caso, la novella legislativa non intendeva precludere alle corti di giustizia della *East India Company* la possibilità di utilizzare per le loro decisioni regole di diritto "immemori" del popolo indiano ovvero consuetudini conformi ai principi di giustizia (« any good and lawful custom ») (63).

Bisogna poi sottolineare che, sebbene si mostrasse decisa ad estendere il diritto civile d'Inghilterra anche alle periferie rurali della

(61) *Draft of an Act for declaring the Lex Loci of the Territories subject to the Government of the East India Company without the Jurisdiction of Her Majesty's Supreme Courts*, in *First report of Her Majesty's commissioners appointed to prepare a body of substantive law for India, &c.*, pp. 72-75. La citazione a p. 72.

(62) Clausola I. Entrambe le citazioni a p. 72 del *report* summenzionato.

(63) Clausola II: « Provided, and it is hereby enacted, That nothing in this Act contained shall apply, so far as regards marriage, divorce, or adoption, to any person professing any religion other than the Christian religion ». Clausola III: « Provided, and it is hereby enacted, That nothing in this Act contained shall be construed to prevent any court from deciding any case according to any law or usages immemorially observed by any race or people not known to have been ever seated in any other country than the said territories [i.e. the territories subject to the government of the East India Company], or from deciding according to any good or lawful custom ». *Ibidem*.

colonia, la *Indian Law Commission* non mancava di evidenziare la necessità di adattare le regole del sistema normativo della madrepatria alle particolarità della comunità indigena. In particolare l'*Act* proponeva di abolire la distinzione tra *real* e *personal property* stabilendo che « all immoveable property situate within the territories subject to the Government of the East India Company, and without the local jurisdiction of the said Supreme Courts, and every interest in immoveable property so situate, shall be regulated by the rules which regulate personal property according to the substantive law of England » (clausola VI).

Quanto ai meccanismi d'impugnazione l'*Act* disponeva che, fino a quando non fossero state istituite delle *Courts of Appeal*, in sostituzione sia delle *Crown's Courts* sia delle corti superiori della *East India Company*, le decisioni dei tribunali civili dell'interno sarebbero state appellabili presso le *Supreme Courts of Judicature* delle città di Calcutta, Madras e Bombay.

Infine, con riferimento alla seconda delle questioni da risolvere (ovvero l'abolizione delle « legal grievances » poste a carico dei sudditi indù e musulmani convertiti) la *Indian Law Commission* ribadì i divieti contenuti nella *Regulation VII of 1832* ⁽⁶⁴⁾.

La bozza del *Lex Loci Act* venne pubblicata soltanto nel 1845 e

⁽⁶⁴⁾ Clausola XI: « Provided always, That no Hindoo or Mahomedan shall, in consequence of anything in this Act contained, by renouncing the Hindoo or Mahomedan religion, lose any rights or property or deprive any other person of any rights or property ». Clausola XII: « And it is hereby enacted, That so much of the Hindoo or Mahomedan law as inflicts forfeiture of rights or property upon any party renouncing or who has been excluded from the communion of either of those religions shall ceased to be enforced as law in the Courts of the East India Company ». La clausola XIII individuava le regole processuali da seguire nel caso in cui l'applicazione delle clausole XI e XII avesse in qualche modo urtato i sentimenti religiosi delle parti: « Provided always, and it is hereby enacted, that if in any case falling within the provisions of Section XI or XII it shall appear to the Court that the application of any of those provisions would outrage the religious feelings of any party against whom the Court is called upon to apply them, the Court shall state the facts of the case, and submit the statement for the decision of the Court of Appeal, who shall decide whether the provisions shall be applied or not, and with what modifications, and whether any and what compensation shall be given to any party for the loss which such party may sustain in case the said Court of Appeal should decide that the said provisions should not be applied ». Ivi, p. 73.

venne fatta circolare tra i giudici della *Supreme Court of Judicature* di Calcutta i quali vennero invitati ad esprimere un parere sulla proposta di legge. *Sir Lawrence Peel* e *Sir Henry Seton*, rispettivamente *Chief Justice* e *Puisne Justice* della corte, espressero non pochi dubbi sulla possibilità che il *Lex Loci Act* risolvesse i problemi relativi all'amministrazione della giustizia civile del *mofussil* ⁽⁶⁵⁾. In particolare, i giudici fecero notare che l'applicazione del diritto inglese richiedeva un'adeguata preparazione tecnica della quale gli ufficiali della *East India Company* difettavano; allo stesso tempo, invitarono la *Indian Law Commission* a specificare quali parti del *common law* avrebbero dovuto trovare applicazione in colonia raccomandando che le stesse venissero raccolte in un digesto ⁽⁶⁶⁾.

Le raccomandazioni dei giudici della *Supreme Court of Judicature* di Calcutta si resero, nell'immediato, poco necessarie dato che il *Lex Loci Act* non entrò in vigore (basti per adesso ricordare che le attività di preparazione del corpo di diritto civile applicabile nelle aree rurali della colonia vennero sospese fino alla fine degli anni Cinquanta dell'Ottocento. Della produzione legislativa degli anni Cinquanta e Sessanta del secolo parleremo nell'ultima parte del Capitolo).

All'inizio degli anni Cinquanta dell'Ottocento, tuttavia, il legislatore indiano era deciso a recuperare quella parte della proposta di legge contenente le disposizioni volte ad eliminare le « legal grievances » poste a carico dei sudditi convertiti. L'*Act XXI of 1850* (conosciuto come *Caste Disabilities Removal Act*) riprendeva sul punto la formulazione della bozza di legge del 1841 ma estendeva espressamente i divieti ivi contenuti anche ai territori delle *Presidency towns*:

so much of any law or usages now in force within the territory subject to the Government of the East-India Company as inflict on any person forfeiture of rights of inheritance, by reason of his or her renouncing, or

⁽⁶⁵⁾ *From the Honourable Sir Lawrence Peel, Knight, Chief Justice, the Honourable Sir H. W. Seton, Knight, Puisne Judge of the Supreme Court of Calcutta, to the Right Honourable Sir H. Hardinge, K.C.B., Governor-General of India, in Council, dated 25 March 1845, in First report of Her Majesty's commissioners, cit., p. 75.*

⁽⁶⁶⁾ *Ibidem.*

having been excluded from the communion of any religion, or being deprived of caste, shall cease to be enforced as law in the Courts of the East-India Company, and in the Courts established by Royal Charter within the said territories ⁽⁶⁷⁾.

Come era prevedibile l'emanazione della legge (XXI del 1850) suscitò le polemiche di una parte della comunità indigena della colonia. Il 26 maggio 1853 *Lord Monteagle* (ovvero *Thomas Rice*, *Secretary for the Colonies* nel 1834 e *Chancellor of the Exchequer* dal 1835 al 1839) presentò presso la *House of Lords* una petizione sottoscritta da oltre ottomila abitanti di fede indù residenti nei territori del Bengala del Bihar e Orissa attraverso la quale si chiedeva l'abolizione della legge del 1850 ⁽⁶⁸⁾.

Le lamentele della comunità indigena vennero così riassunte da *Lord Monteagle*: il *Caste Disabilities Removal Act* interferiva apertamente con la sfera "personale" dei sudditi nativi (ovvero con la sfera della religione e con il diritto tradizionale indiano) violando il principio di libertà religiosa, tradizionalmente riconosciuto dai colonizzatori britannici, e tradendo l'impegno garantito alla comunità indigena della colonia di godere liberamente delle antiche leggi del paese.

Nel veicolare le lamentele della comunità indigena dell'India *Lord Monteagle* sosteneva che il provvedimento legislativo travalicasse la volontà del legislatore contenendo previsioni pericolose per il benessere dei sudditi e per il mantenimento dell'ordine pubblico della colonia: le regole del diritto indù che l'*Act XXI of 1850* aveva abrogato sancivano la confisca delle *ancestral properties* non solo a seguito di conversione religiosa ma anche come conseguenza dell'esclusione dalla casta di appartenenza provocata da abitudini contrarie alle regole della comunità ovvero da condotte percepite come immorali o illegali ⁽⁶⁹⁾.

⁽⁶⁷⁾ L'*Act* è riportato in, W. H. MORLEY, *An Analytical Digest of all the Reported Cases decided in the Supreme Courts of Judicature in India, in the Courts of the Hon. East-India Company, and on Appeal from India, by Her Majesty in Council*, London, Hallen and Co., 1850, vol. I, p. CLXXV.

⁽⁶⁸⁾ *India-Petition, House of Lords (Lords sitting) 26 May 1853*, in *Hansard Parliamentary Debates*, Vol. 127, colonne 558-566.

⁽⁶⁹⁾ *Ivi*, in particolare colonna 560.

Nell'interferire con i tradizionali criteri di regolamentazione della vita nelle comunità indù, attraverso l'eliminazione di uno dei principali strumenti di controllo sociale, l'*Act* avrebbe favorito quei sudditi indigeni che, per comportamenti immorali o illegali, erano stati espulsi dalla casta di appartenenza e ripudiati dalla comunità (70).

Nel dibattito che seguì l'intervento di *Lord* Monteagle anche *Lord* Ellenborough (Edward Law, membro della *House of Lords* e governatore generale dell'India dal 1842 al 1844) espresse un giudizio tutt'altro che positivo sulla legge XXI del 1850. Riprendendo l'ordine discorsivo elaborato da *Lord* Monteagle, *Lord* Ellenborough metteva in guardia la *House of Lords* sul fatto che la legge in questione avrebbe presto prodotto conseguenze pericolosissime per la tenuta del tessuto sociale dell'India generando una "mostruosa confusione" tra i sudditi nativi della colonia: ogni persona accusata della commissione di un atto gravemente immorale (una persona che, soltanto qualche anno prima, sarebbe stata giudicata indegna di appartenere alla comunità e avrebbe pertanto perduto qualsiasi diritto sulle *ancestral properties* di cui era titolare) avrebbe potuto salvaguardare i propri diritti semplicemente dichiarando di essersi convertito al cristianesimo conservando così, « in virtù della legge, il possesso della sua proprietà » (71).

Lord Ellenborough non aveva alcun dubbio sul fatto che la legge avrebbe presto suscitato il malcontento della comunità indigena. I sudditi nativi avrebbero potuto leggere nella novella legislativa una tentativo da parte dell'amministrazione britannica dell'India di interferire con la sfera della religione e con i complessi normativi connessi ai codici religiosi della colonia: « They might say they had always considered themselves safe from interference with their religion, and, believing that we would always maintain their laws, customs, and religion, they had accepted us as their governors, and had always been faithful subjects of the British Crown » (72).

(70) *Ibidem*.

(71) K.M. BANERJEA, *Remarks on the speech of the Earl of Ellenborough, in the House of Lords, on the Bengal petition against Act XXI of 1850, of the Government of India*, Calcutta, R.C. Lepage and. Co., 1853, p. 5.

(72) *Ibidem*.

I sudditi di fede indù, in particolare, avrebbero potuto mutare il loro atteggiamento nei confronti dell'Inghilterra spinti dalla necessità di tutelare il patrimonio di tradizioni che il governo coloniale aveva deciso di violare ⁽⁷³⁾.

Le questioni prospettate dai *Lords* Montague e Ellenborough riguardavano uno degli aspetti più problematici del rapporto tra la *East India Company* e i sudditi della colonia indiana e riassumevano uno degli interrogativi ai quali l'amministrazione britannica dell'India aveva costantemente cercato di dare risposta: era legittimo o meno interferire con la sfera giuridico-religiosa dei sudditi nativi della colonia?

Sebbene, in linea di tendenza, la *East India Company* tendesse a non interferire con la sfera religiosa dei sudditi indiani, l'amministrazione coloniale era già intervenuta a vietare alcune pratiche sociali, dotate di un forte radicamento religioso, ritenute incompatibili con la sensibilità dell'Occidente — come l'infanticidio femminile e il rito del “*sati*”, la vedova indù che si lancia sulla pira funeraria del marito ⁽⁷⁴⁾ — nonché a sopprimere alcuni dei privilegi tradizionalmente riconosciuti, in virtù dello status sociale o religioso, a determinate categorie di sudditi.

Una volta acquisito un sufficiente grado di stabilità politica il

⁽⁷³⁾ *Ibidem*.

⁽⁷⁴⁾ Si vedano, rispettivamente, *Bengal Regulation VI of 1802* e *Bengal Regulation XVII 1829*. Al tema della progressiva interferenza dell'amministrazione britannica nella sfera penale è poi dedicato il già citato SINGHA, *The privilege*, cit. Sul fenomeno del “*sati*” si veda L. MANI, *Production of an official discourse on Sati in Early Nineteenth Century Bengal*, in « Economic and Political Weekly », XXI, (1986) 17, pp. 32-40; A. YANG, *Whose Sati? Widow burning in early 19th century India*, in « Journal of Women's History », I (1989), pp. 8-33; *Sati, the Blessing and the Curse. The Burning of Wives in India*, a cura di J. Stratton Hawley, Oxford, University Press, 1994; L. MANI, *Contentious Traditions: The Debate on Sati in Colonial India*, Berkeley, University of California Press, 1998; C. WEINBERGER-THOMAS, *Ashes of Immortality: Widow Burning in India*, Chicago, University Press, 1999; C. MIDGLEY, *Female emancipation in an Imperial Frame: English Women and the Campaign against Sati (Widow-Burning) in India, 1813-1830*, in « Women's History Review », IX, (2000) 1, pp. 95-121; A. MAYOR, *Sovereignty and Social Reform in India: British Colonialism and the Campaign against Sati 1830-1860*, Abingdon, Routledge, 2010; ID. *A Question of Rites? Perspectives on the Colonial Encounter with Sati*, in « History Compass », IV (2006) 5, pp. 780-799; CALVI, *Storiografie sperimentali*, cit.

governo coloniale iniziò a rivendicare sempre maggiore libertà di azione nella sfera pubblica e tentò, in particolare, di occupare tutti gli spazi della giustizia: l'entrata in vigore dell'*Indian Penal Code*, ad esempio, avrebbe reso inutile la presenza in giudizio dei *mufti* ed avrebbe attribuito in via definitiva alla *East India Company* il monopolio della sfera del penale, l'esercizio esclusivo e diretto delle prerogative di giudizio e punizione.

Tutti questi interventi dimostrano che l'amministrazione britannica dell'India — sebbene si fosse per lungo tempo astenuta per ragioni di mera opportunità politica dal modificare leggi, pratiche sociali, forme tradizionali di giudizio — riteneva del tutto legittimo intervenire rispetto alla sfera “tradizionale” dei sudditi indigeni della colonia. Ad ogni modo la *East India Company* teneva in costante considerazione la necessità di evitare che la comunità indigena potesse lamentare un atteggiamento di intolleranza religiosa. Il governo locale del Bengala, ad esempio, aveva più volte manifestato insofferenza rispetto all'attività dei missionari e si era per lungo tempo battuto affinché questi non potessero liberamente accedere alla colonia ⁽⁷⁵⁾.

Ciò nonostante non fu estraneo alle logiche della governamentalità coloniale il tentativo di diffondere in modo capillare nella società indiana i principi della tradizione culturale dell'Europa (« the European knowledge ») sulla base dell'assunto che i sistemi filosofici e religiosi della tradizione locale conducessero all'immoralità ed alla dissoluzione sociale.

In una lettera inviata dalla *Court of Directors* al governo dell'India nel luglio 1854, ad esempio, veniva sottolineata la necessità di istituire un sistema educativo che fornisse ai nativi della colonia i benefici “moralì” e “materiali” derivanti dal contatto con una nazione civile e veniva altresì ricordato come la dominazione britannica avesse già fortemente contribuito a sopprimere il ricorso alle pratiche immorali (o meglio, alle « demoralizing practices ») caratteristiche della società indiana ⁽⁷⁶⁾. Nella lettera la *Court of Directors*

⁽⁷⁵⁾ Si veda *Papers relating to East India affairs (Resident Europeans. Police. Missionaries, Weavers, and investments)*, cit., pp. 41-85.

⁽⁷⁶⁾ 1854. (393) *Education (India). Copy of a despatch to the government of India, on the subject of general education in India. 19 July 1854, No. 49. Copy of a despatch from*

proponeva, per un verso, di implementare lo studio delle lingue locali al fine di facilitare la diffusione delle arti, delle scienze, della filosofia, della letteratura europea alla grande massa della popolazione; per l'altro verso, di impartire, ad esclusiva richiesta degli interessati, lo studio della lingua inglese ⁽⁷⁷⁾.

L'organo della *East India Company* proponeva inoltre di implementare lo studio delle lingue classiche dell'India (il sanscrito, l'arabo e il persiano) al fine di diffondere la conoscenza del diritto e delle lingue locali. In nessun caso, tuttavia, lo studio delle lingue classiche avrebbe dovuto essere finalizzato all'approfondimento di materie attinenti alla religione indù o musulmana, circostanza che avrebbe sancito l'abbandono della neutralità religiosa dei dominatori britannici ⁽⁷⁸⁾.

Sempre in virtù del principio di non interferenza con il credo dei nativi la *Court of Directors* raccomandava di non impartire insegnamenti sulla religione cristiana se non dietro esplicita richiesta degli allievi (del resto, il governo avrebbe dovuto avere cura di diffondere copie della Bibbia presso tutte le scuole indiane) e di evitare di suscitare nei nativi il sospetto che tali attività potessero essere finalizzate al proselitismo ⁽⁷⁹⁾.

La lettera della *Court of Directors* mostra bene come il governo indiano, da un lato, non mancasse di manifestare un atteggiamento di neutralità rispetto alle questioni religiose della colonia ma, dall'altro lato, intendesse predisporre un sistema educativo capace di impartire i principi della tradizione culturale dell'Europa.

Il sistema educativo avrebbe operato parallelamente a quello "legislativo" — attraverso il quale canoni di comportamento nuovi e inderogabili venivano a diffondersi nel subcontinente indiano — contribuendo a sradicare dal corpo sociale della colonia modelli di condotta incompatibili con la sensibilità europea ancorché rispondenti alla tradizione culturale e religiosa del paese.

È questo un dato che non sfuggiva agli osservatori europei della

the Court of Directors of the East India Company to the Governor-general of India in Council, in PP, 1854, XLVII, N. 393, p. 1.

⁽⁷⁷⁾ Ivi, pp. 2-3.

⁽⁷⁸⁾ Ivi, pp. 3 e 6.

⁽⁷⁹⁾ Ivi, p. 16, punto 84.

realtà indiana. Nell'opera del 1873 *Liberty, Equality, Fraternity* James Fitzjames Stephen analizzava alcuni dei più delicati interventi legislativi riguardanti, in qualche modo, la sfera religiosa dei sudditi nativi (tra i quali, la criminalizzazione del *sati*, l'abolizione delle restrizioni imposte ai missionari, l'emanazione del *Caste Disabilities Removal Act*)⁽⁸⁰⁾. A partire da questa analisi il giurista inglese sosteneva con convinzione che, sebbene ostentasse un atteggiamento di totale avversione rispetto ad ogni forma di proselitismo, l'amministrazione coloniale si era adoperata, sin dagli inizi dell'Ottocento, per elaborare un sistema legislativo che si discostasse quanto più possibile dai principi della tradizione religiosa indiana⁽⁸¹⁾.

Secondo Stephen, in India così come in Inghilterra, il legislatore non sarebbe stato capace di assumere un atteggiamento di assoluta indifferenza rispetto alla religione professata dalla maggior parte della popolazione. Una condotta improntata alla neutralità sarebbe stata possibile soltanto rispetto alle religioni diverse da quelle generalmente professate dai destinatari della legislazione:

English legislation in England is neutral as to Mahommedanism and Brahminism. English legislation in India proceeds on the assumption that both are false. If it did not, it would have to be founded on the Koran or the Institutes of Menu⁽⁸²⁾.

3. *Il diritto inglese come "birth right" dei sudditi di Sua Maestà.*

Negli anni Quaranta dell'Ottocento la criminalità europea nelle aree rurali della colonia continuava a costituire un fenomeno del tutto incontrollabile da parte del governo coloniale.

Sulla base delle regole processuali — lo abbiamo anticipato in precedenza — i sudditi di nascita britannica erano immuni dalla giurisdizione delle corti locali e sfuggivano al controllo dell'apparato di polizia rurale.

⁽⁸⁰⁾ J.F. STEPHEN, *Liberty, Equality, Fraternity*, Edited by R.J. White, Cambridge University Press, 1967. L'opera di Stephen è stata scritta in aperta polemica con il saggio di John Stuart Mill *On Liberty* (1859).

⁽⁸¹⁾ Ivi, p. 89, ss.

⁽⁸²⁾ Ivi, p. 91.

Tuttavia, come è stato documentato in una famosa sezione dello *Special Report of Law's Commissioner* del 1843 (sezione (6) — *For rendering British subject amenable to the criminal law administered in the mofussil*), anche i meccanismi predisposti dalla Corona britannica per la cattura e il giudizio degli *European-British subjects* erano del tutto insufficienti ad assicurare il controllo delle aree rurali. Come proprietari terrieri, questi soggetti appartenevano ad una categoria “locale” di sudditi coloniali soggetta, però, alle regole del “centro”, ovvero delle *Presidency towns* ⁽⁸³⁾.

Questo particolare privilegio giuridico-processuale consentiva ai sudditi di nascita britannica di disattendere agli ordini degli ufficiali locali della *East India Company* con la più completa impunità. I *district magistrates* del *mofussil*, ad esempio, erano quasi completamente impotenti di fronte al rifiuto di un suddito europeo di comparire davanti ad una corte di giustizia dell'interno.

È pur vero che, secondo la legislazione in vigore nel Bengala, coloro che disobbedivano ad un ordine di comparizione emanato dal *district magistrate* commettevano un'offesa contro l'amministrazione della giustizia giudicabile dalla *Supreme Court of Judicature* di Calcutta. Tuttavia il magistrato non aveva un autonomo potere di multare o imprigionare il soggetto dissenziente ⁽⁸⁴⁾.

Per tutti questi motivi i *district magistrates* delle aree periferiche del Bengala chiedevano che gli ordini da essi impartiti fossero dotati di un potere coercitivo valido anche rispetto agli *European-British subjects*:

It would be expedient to vest official presiding in Company's courts with power to fine, or, in default of payment, to imprison for such contempt, without having recourse to the more tedious and expensive process of having such contempts visited by the Supreme Court ⁽⁸⁵⁾.

⁽⁸³⁾ *Copies of the Special Reports of the Indian Law Commissioners*, in PP, 1844, vol. 37, n. 623. Sono venuto a conoscenza di questa fonte grazie alla lettura di KOLSKY, *Codification*, cit.

⁽⁸⁴⁾ Tanto emerge dalla lettura della sezione *For rendering British subject amenable to the criminal law administered in the mofussil*, in *Copies of the Special Reports*, cit.

⁽⁸⁵⁾ *From R. Torrens, Esq. Magistrate of Zillah 24-Pergunnabs, to F.J. Halliday, Esq. Secretary to the Government of Bengal, Judicial Department*, in *Copies of the Special Reports of the Indian Law Commissioners*, cit., p. 301.

Anche l'introduzione di nuove regole sul possesso fondiario, le quali consentivano agli imprenditori europei di stipulare con il governo contratti di *long-term lease* aventi ad oggetto le vastissime aree rurali indiane, imponeva di avviare una riflessione sull'efficacia dei meccanismi di amministrazione della giustizia nel *mofussil*.

Come già anticipato, nella definizione di un sistema di polizia largamente basato sulla vigilanza del territorio, più di una regola vincolava i detentori nativi di diritti fondiari, tra i quali gli *zemindars*, alla pronta comunicazione dei reati e alla collaborazione nella cattura dei criminali. La *Bengal Regulation VIII of 1814*, ad esempio, stabilì che i possessori di terreni avrebbero dovuto comunicare al magistrato o al *darogah*, sia in pubblico che in segreto, tutte le informazioni relative a rapine, furti, omicidi, incendi dolosi, commessi nei territori di appartenenza nonché prestare assistenza, anche attraverso i loro impiegati, alla cattura dei criminali. Nel caso di mancato adempimento agli obblighi di assistenza, i proprietari terrieri sarebbero stati multati dal magistrato e in caso di mancato pagamento della multa, sarebbero stati imprigionati ⁽⁸⁶⁾.

Come sottolineato dai magistrati del Bengala, nessuna legge estendeva alla nuova classe di proprietari terrieri le norme e gli obblighi previsti in materia di polizia. A seguito dell'ammissione dei soggetti europei ai benefici proprietari, iniziava a crearsi una « vasta, molto influente e crescente classe di proprietari, che non è vincolata da nessuna delle *Regulations* relative al mantenimento della polizia del *mofussil*, o differenti norme che prescrivono regole per la pronta comunicazione delle offese [...] » ⁽⁸⁷⁾.

In considerazione delle circostanze appena segnalate la *Indian Law Commission* propose un “nuovo” piano per l'amministrazione della giustizia nel *mofussil* suggerendo di estendere la giurisdizione delle corti criminali della *East India Company* anche ai casi riguardanti gli *European-British subjects* ⁽⁸⁸⁾.

⁽⁸⁶⁾ La *Regulation* si può leggere in *Regulations for the Administration of Criminal Justice*, cit.

⁽⁸⁷⁾ 21 settembre 1841, W. Dampier, Superintendent of Police, Lower Provinces; *Copies of the Special Reports*, cit., p. 330

⁽⁸⁸⁾ Ivi, p. 337. Sulla proposta di legge avanzata dalla *Indian Law Commission*, si veda KOLSKY, *Codification*, cit., p. 662.

Nella proposta, presentata nel 1843, i sudditi di nascita europea sarebbero stati giudicati dai *district magistrates* per i reati di modesta entità commessi nelle aree del *mofussil*. I reati di non lieve entità punibili con la pena della detenzione non superiore a due anni, ovvero con quella della deportazione per un periodo non superiore a sette anni, sarebbero stati invece giudicati dalle corti di sessione. Qualora la sentenza da infliggere avesse ecceduto i limiti sanzionatori imposti al *session judge* la causa sarebbe stata trasmessa alla *Sudder Court* (ovvero la *Nizam Adalat* del Bengala, le *Faujdari Adalat* di Madras e Bombay) per la sentenza finale ⁽⁸⁹⁾.

Sebbene fermamente intenzionata a ridefinire i meccanismi di amministrazione della giustizia criminale del *mofussil* nei termini sopra descritti la *Indian Law Commission* segnalava che, fino a quando l'*Indian Penal Code* non fosse entrato in vigore, i sudditi nativi e i soggetti europei non avrebbero potuto essere sottoposti al medesimo sistema di diritto penale ⁽⁹⁰⁾.

La proposta avanzata nel 1843 dalla *Indian Law Commission* non divenne legge ⁽⁹¹⁾. Tuttavia il dibattito sull'opportunità di uniformare le giurisdizioni criminali indiane conobbe una delle sue fasi cruciali pochi anni più tardi in occasione della preparazione da parte del *law member* John Elliot Drinkwater Bethune di due importanti proposte di legge (1849).

Il primo *Draft* (*An Act for Abolishing Exception from the Jurisdiction of the East India Company's Criminal Courts*) disponeva che al di fuori delle *Presidency towns*, tutti i sudditi coloniali, cittadini europei compresi, sarebbero stati soggetti alla giurisdizione dei magistrati e delle corti criminali della Compagnia, e avrebbero potuto essere catturati, giudicati e puniti in conformità con le *Regulations* del governo. L'unica limitazione alla giurisdizione degli organi della Compagnia era costituita dalle condanne alla pena capitale nei confronti dei "sudditi naturali di sua Maestà nati in Inghilterra". Il secondo *Draft* (*An Act for Trial by Jury*) stabiliva che ogni persona giudicata dal *session judge* avrebbe avuto diritto alla giuria. Rispetto ai criteri di formazione delle giurie, la bozza non

⁽⁸⁹⁾ *Copies of the Special Reports of the Indian Law Commissioners*, cit., pp. 338, ss.

⁽⁹⁰⁾ Ivi, p. 338.

⁽⁹¹⁾ KOLSKY, *Codification*, cit., p. 663.

poneva nessuna limitazione a carico dei sudditi nativi, escludendo lo status religioso o la discendenza tra le cause per la sostituzione ovvero l'esclusione dei giurati ⁽⁹²⁾.

Non appena i privilegi di foro tradizionalmente riconosciuti ai sudditi di nascita europea vennero messi in discussione il carattere eccezionale delle procedure del *mofussil* iniziò a costituire uno degli argomenti utilizzati dagli *European-subjects* della colonia per salvaguardare la loro posizione giuridico-processuale ⁽⁹³⁾. In particolare i sudditi europei residenti in India iniziarono a rivendicare a titolo di *birth-right* il diritto ad essere giudicati secondo le regole del *common law* elaborando un discorso che faceva diretto riferimento alle regole non scritte della costituzione d'Inghilterra.

In un memoriale preparato da soggetti di nascita inglese, scozzese e irlandese, pubblicato in India nel 1850, veniva sostenuto che la possibilità di beneficiare delle regole del *common law* costituisse un innegabile diritto di nascita dei sudditi della Corona (« the undoubted birth right of Englishmen »); di conseguenza, l'abolizione del modello processuale tipico di tale sistema (secondo i memorialisti « trial by jury of their peers in criminal cases is one of the most valuable parts of the common law ») avrebbe costituito un atto eversivo, intollerabile anche se limitato alla dimensione coloniale:

Your memorialists maintain that it is not within the scope of the constitutional power of Parliament to repeal at one sweep the laws of England and the trial by jury for the men born in Great Britain and Ireland and resident in India, and that is no more consistent with the constitution of England to repeal these laws so far as concerns your memorialists than it would be for Parliament to repeal them for any person resident in Middlesex ⁽⁹⁴⁾.

⁽⁹²⁾ La sezione X recita che “The place of birth, descent, or creed of any juryman shall not be lawful ground of challenge”. I *Draft Act* son riportati in *Tyranny in India! Englishmen robbed of the blessing of Trial by Jury and English Criminal Law. Christianity insulted!!!*, London, J. Ridgway, 1850, pp. 1-7. Sono venuto a conoscenza di questa fonte grazie alla lettura di KOLSKY, *Codification*, cit.

⁽⁹³⁾ KOLSKY, *Codification*, cit., p. 655, la quale spiega questo punto facendo riferimento alle polemiche che seguirono l'emanazione del *Black Act* del 1836.

⁽⁹⁴⁾ Il memoriale si trova in *History of the changes in the civil and criminal jurisdiction exercised by the courts India over European British Subjects*, Simla, Govt.

La pubblicazione delle bozze di legge suscitò non pochi malcontenti anche nella madrepatria britannica. Alcune delle voci contrarie all'uniformazione delle giurisdizioni criminali bollarono i *Drafts* del 1849 come "incostituzionali" cercando di dimostrare l'impraticabilità delle proposte ivi contenute attraverso il riferimento alle presunte finalità della dominazione coloniale e agli stereotipi relativi ai sudditi nativi della colonia.

In uno scritto anonimo del 1850 intitolato *Tyranny in India! Englishmen robbed of the blessing of Trial by Jury and English Criminal Law. Christianity insulted!!!*, ad esempio, si cercava di mostrare come la necessità di mantenere un doppio livello giurisdizionale fosse conforme alle stesse logiche della governamentalità coloniale. La disparità di trattamento giuridico e processuale tra le diverse categorie di sudditi coloniali — è quanto si legge nello scritto — era giustificata dalle differenze culturali e religiose esistenti tra la società indigena dell'India e i sudditi dell'Europa cristiana. Ogni inglese sapeva di essere superiore (« in punto di religione, di educazione, di moralità ») ai sudditi di fede indù e musulmana; di conseguenza, l'uniformazione delle giurisdizioni avrebbe costituito una misura fortemente ingiusta: « Che un inglese sia privato del giudizio dei suoi pari, è un male; ma che un cristiano sia degradato al livello dei musulmani e degli indù, è al di là di ogni tollerabilità »⁽⁹⁵⁾.

Oltre a evidenziare le conseguenze "discriminatorie" che le proposte di legge avrebbero prodotto l'autore di *Tyranny in India!* cercò di mostrare il potenziale "tirannico" dei *Drafts* del 1849 descrivendo le zone d'ombra del modello processuale sperimentato nel *mofussil*.

Central Branch Press, 1883. Tutte le citazioni a p. 38. Nel memoriale si legge che era la stessa costituzione dell'Inghilterra, formatasi a partire dal periodo medievale con la concessione della Magna Charta, ad assicurare tali diritti ai sudditi della Corona: « Your memorialists affirm that by the common, that is, the unwritten law of England, and by the successive statutes declaring and enforcing the rights and the securities for liberty which Englishmen enjoy in a long series from Magna Charta to the Act for the settlement of the Crown on the House of Hanover, the Laws of England are declared to be the undoubtable birth of right of Englishmen and trial by jury of their peers in criminal cases is one of the most valuable parts of the common law ». *Ibidem*.

⁽⁹⁵⁾ *Tyranny in India!*, cit., pp. 16 e 9. Traduzione mia.

Nella pubblicazione veniva sostenuto che l'ampliamento della giurisdizione criminale dei tribunali dell'interno avrebbe progressivamente eroso gli ambiti di funzionamento delle corti istituite presso le città capitali ed avrebbe ridotto sensibilmente le garanzie processuali tradizionalmente riconosciute agli *European-British subjects*. Dall'entrata in vigore delle nuove leggi i sudditi di nascita britannica sarebbero stati soggetti ad un sistema processuale totalmente privo di garanzie a tutela delle libertà personali e incompatibile con la tradizione costituzionale inglese ⁽⁹⁶⁾.

Veniva, in particolare, sottolineato che la potentissima polizia nativa ricorreva, anche con la complicità dei magistrati coloniali, a pratiche di tortura al fine di estorcere confessioni di colpevolezza ⁽⁹⁷⁾. Veniva poi denunciato che, contrariamente al sistema inglese, i magistrati coloniali avessero, ad un tempo, poteri di cattura, accusa e giudizio: « It is a maxim of English legislation, that the function of the constable should be kept separate from that of the judge » ⁽⁹⁸⁾.

Secondo l'autore dello scritto le denunce presentate contro gli imprenditori inglesi rendevano innegabile la necessità di istituire, nelle aree periferiche della colonia, delle corti di giustizia criminale competenti a giudicare anche gli *European subjects* (evitando, in tal modo, che questi ultimi potessero esercitare contro i nativi dell'India « la peggiore oppressione con la completa impunità ») ⁽⁹⁹⁾. Tuttavia il rischio di un esercizio incontrollato delle prerogative di giudizio e punizione a discapito dei sudditi di nascita britannica sarebbe stato inaccettabile ⁽¹⁰⁰⁾.

Oltre all'ampliamento della sfera di competenza dei tribunali della *East India Company* ⁽¹⁰¹⁾, un'altra delle misure contenute nei *Drafts* del 1849 preoccupava non poco l'autore di *Tyranny in India!*

⁽⁹⁶⁾ Ivi, p. 18, ss.

⁽⁹⁷⁾ « The practices, formerly in vogue with the Star Chamber and High Commission Court, are well-known in India ». Ivi, p. 28.

⁽⁹⁸⁾ Ivi, p. 31.

⁽⁹⁹⁾ Ivi, p. 71. Traduzione mia.

⁽¹⁰⁰⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁰¹⁾ Nello scritto veniva fatto notare che attraverso le modifiche proposte i giudici criminali e gli ufficiali di polizia avrebbero potuto disporre l'arresto di un europeo « senza paura che un Habeas Corpus venisse loro diretto ». Ivi, p. 72, traduzione mia.

Come si legge nel saggio del 1850 i nuovi criteri di formazione delle giurie avrebbero consentito ai sudditi nativi di sancire la colpevolezza di un cristiano europeo snaturando, in questo modo, l'istituto del *trial by jury* e interferendo, del tutto indebitamente, con i diritti riconosciuti direttamente dalla « *unwritten law and constitution of England* »⁽¹⁰²⁾.

Qualsiasi limitazione delle garanzie riconosciute dalla tradizione di *common law* posta a carico degli *European-British subjects* residenti in colonia avrebbe costituito « il più grande oltraggio mai perpetrato dalla Compagnia, sin dalla conquista dell'India »⁽¹⁰³⁾.

Le reazioni suscitate in colonia ed in madrepatria dalle proposte di ampliamento della sfera di competenza dei tribunali criminali della *East India Company* ostacolarono l'approvazione dei *Drafts* del 1849⁽¹⁰⁴⁾. Tuttavia la preparazione e la pubblicazione di queste proposte di legge non fu priva di conseguenze significative sul piano della « unificazione » del sistema di diritto criminale della colonia.

Il dibattito suscitato dai *Drafts* del 1849 contribuì a riportare alla ribalta la questione dell'entrata in vigore della bozza dell'*Indian Penal Code* (in attesa di discussione da oltre un decennio) e determinò una profonda accelerazione del processo di riforma dei meccanismi di amministrazione della giustizia in colonia.

Le due questioni erano strettamente connesse l'una all'altra. Uno dei principali ostacoli all'uniformazione delle giurisdizioni criminali era costituito dall'assenza di un « corpo » generale di diritto criminale applicabile ai giudizi relativi agli *European-British subjects*: se anche l'amministrazione coloniale avesse deciso di utilizzare il sistema di diritto musulmano — scelta di per sé discutibile considerando il giudizio della comunità britannica in India circa i sistemi di diritto della tradizione locale — la disparità di trattamento tra le diverse categorie di sudditi coloniali sarebbe stata insopportabile⁽¹⁰⁵⁾.

⁽¹⁰²⁾ Nello scritto si legge che « Trial by Jury is the most essential component part of the unwritten law and constitution of England ». Ivi, p. 81.

⁽¹⁰³⁾ *Ibidem*. Traduzione mia.

⁽¹⁰⁴⁾ Cfr. KOLSKY, *Codification*, cit., pp. 663-664. Nel testo di Kolsky si fa riferimento, soprattutto, al rifiuto espresso dal governatore generale Dalhousie circa l'entrata in vigore dei *Drafts* del 1849.

⁽¹⁰⁵⁾ Ivi, pp. 664-669.

Se la finalità principale che aveva ispirato i *Drafts* del 1849 era costituita dall'esigenza di approntare uno strumento di controllo da utilizzare nei confronti dei sudditi britannici residenti nelle aree rurali della colonia, si rendeva in ogni caso necessario garantire parità di trattamento tra gli *European-British subjects* residenti nelle *Presidency towns* (territori in cui vigeva il diritto criminale inglese) e quelli residenti nel *mofussil*. In assenza di un sistema di diritto criminale che assicurasse uniformità di trattamento tra i sudditi coloniali le finalità ricercate dai *Drafts* del 1849 non avrebbero potuto trovare soddisfazione.

Alla fine degli anni Quaranta dell'Ottocento non mancavano voci che addebitavano i ritardi nella risoluzione delle segnalate questioni giurisdizionali alle inerzie dell'amministrazione coloniale. Secondo Lawrence Peel (*Advocate General* e poi *Chief Justice* presso la *Supreme Courts of Judicature* di Calcutta) il primo dei *Drafts* del 1849 non specificava quale fosse il sistema di diritto criminale applicabile ai soggetti di nascita europea residenti nel *mofussil* estendendo, sia pure implicitamente, a questa categoria di sudditi coloniali il sistema di diritto criminale musulmano in vigore presso le corti della *East India Company* ⁽¹⁰⁶⁾:

The proposed Act is inconsistent in my opinion with the principles on which sound legislation should rest. It would subject a class of subjects, viz., British subjects, in the same country, at one and the same time to two different systems of criminal law. It would leave to the option of a prosecutor to select not merely his court, but his law; the two systems are not co-extensive as to the offences under them, and very much as to the punishment. The British subjects in the mofussil would be in an unequal position both with the British subjects in the Presidency towns and with the Native subjects in general. The law instead of removing "inequality of laws" would in reality increase such inequality ⁽¹⁰⁷⁾.

Per eliminare ogni disparità di trattamento tra i sudditi europei residenti in colonia e, allo stesso tempo, consentire all'amministrazione indiana di uniformare le giurisdizioni criminali, Peel suggeriva di emanare un "sistema" unico di diritto penale adeguato alla dimen-

⁽¹⁰⁶⁾ *History of the changes in the civil and criminal jurisdiction*, cit., p. 41.

⁽¹⁰⁷⁾ Ivi, p. 42.

sione coloniale ma compatibile con la tradizione giuridica occidentale. Proponeva, in particolare, di recuperare il progetto Macaulay (conforme allo spirito della riforma e rispettoso del sistema di *common law*), e conferire autorità legislativa alla bozza del 1837 facendo di quest'ultima lo « uniform law » dell'India britannica:

[I]t is the main a system of jurisprudence fit to be applied to British subjects as well as Native subjects, and which in perfect harmony with the free spirit of the English laws being drawn; indeed, much of it is from Livingston's Code, which is based on the Common Law of England. Such a Code could not be reasonably objected to by British subjects as arbitrary in its enactments, or in the spirit of its administration ⁽¹⁰⁸⁾.

Peel era favorevole alla codificazione. Tuttavia il fatto che proponesse di emanare proprio il codice Macaulay suscita qualche perplessità: soltanto nel 1848 Peel si era infatti detto contrario all'entrata in vigore dell'*Indian Penal Code* sostenendo che la promulgazione della bozza del 1837 avrebbe addirittura prodotto effetti negativi per il processo di codificazione in India ⁽¹⁰⁹⁾.

Come gli altri giudici delle *Supreme Courts of Judicature* Peel guardava con sospetto soprattutto la principale delle innovazioni proposte dal codice penale indiano, ovvero il ricorso alla tecnica normativa delle *illustrations*: « The illustrations annexed to this code would not, in my opinion, taken as a whole, assist the interpreters of the Law » ⁽¹¹⁰⁾.

Sorprendentemente nella seconda metà del secolo XIX furono proprio i giudici delle corti superiori della colonia ad auspicare l'entrata in vigore dell'*Indian Penal Code* ⁽¹¹¹⁾.

⁽¹⁰⁸⁾ *History of the changes in the civil and criminal jurisdiction*, cit., p. 42.

⁽¹⁰⁹⁾ Si veda *Observation by Sir Lawrence Peel, knight, Chief Justice of the Supreme Court at Fort William on the Indian Penal Code and the Notes to it and on the Reports there on*, Calcutta, W. Ridsdale, Military Orphan Press, 1848. « The results of my examination of the Code was the conclusion that its principles are in general sound, but its execution very faulty and that it needs a very careful revision. As friend to codification, I should regret to see a Code put in execution, the practical working of which would, I feel, not be favorable to the progress of legal reform in that shape ». Ivi, p. 9.

⁽¹¹⁰⁾ *Ibidem*.

⁽¹¹¹⁾ Secondo Arthur Buller, un altro dei giudici della *Supreme Courts of Judicature* di Calcutta, il codice penale avrebbe rappresentato la perfetta alternativa al diritto

4. *Il controllo dei territori periferici: tra “vecchio” e “nuovo” regime di governo.*

Tra gli anni Cinquanta e Sessanta dell'Ottocento anche un altro settore dell'amministrazione coloniale fu oggetto di importanti revisioni: il sistema di polizia.

L'avvio di un processo di riforma del sistema di polizia coloniale fu determinato, principalmente, da uno degli episodi più controversi dell'intera vicenda di dominazione coloniale dell'India, ovvero la scoperta “ufficiale” del ricorso a metodi di tortura da parte delle polizie locali indiane.

Gli eventi che fecero luce sul fenomeno sono grosso modo noti: nel dibattito della *House of Commons* dell'11 luglio 1854 venne denunciato che la politica fiscale del governo di Madras spingeva i *tabsildars*, gli esattori nativi che svolgevano anche compiti di polizia, a utilizzare tecniche di tortura allo scopo di estorcere il pagamento delle imposte. La questione coinvolse anche i territori del Bengala quando, nel corso del dibattito, venne letto un estratto della corrispondenza tra il deputato Henry Danby Seymour e Mr. William Theobald, *barrister* presso la *Supreme Court of Judicature* di Calcutta, il quale denunciò di avere assistito, presso Barrackpore, in Bengala, ad un tentativo di tortura da parte di un *darogah* ⁽¹¹²⁾.

A seguito del dibattito parlamentare, la *East India Company* dispose lo svolgimento di un'inchiesta, da compiersi nei territori del Bengala e di Madras, che facesse luce sul ricorso a pratiche di tortura da parte di soggetti impiegati nel governo dei territori coloniali ⁽¹¹³⁾.

criminale in vigore nel *mofussil*: « The Government has in its public offices a code prepared with much care by persons of great ability based upon principles perfectly applicable to all classes of the community, and ready to be applied ». Si veda *History of the changes in the civil and criminal jurisdiction*, cit., p. 50. Corsivo nel testo.

⁽¹¹²⁾ *India-Tenure of land in Madras*, House of Commons (11 July 1854), in *Hansard's Parliamentary Debates. Third Series*, 1854, Vol. CXXXV, pp. 43-90.

⁽¹¹³⁾ In particolare, il 2 agosto 1854 la *Court of Directors* raccomandò al governo del Bengala di indagare sul caso denunciato da Theobald e nel settembre dello stesso anno il governo di Madras istituì una commissione di indagine (*Commission for the Investigation of Alleged Cases of Torture at Madras*). ABBATE, *Ordinamenti formali*, cit., pp. 42-43. I lavori della Commissione vennero commentati da Karl Marx nell'articolo “Investigation of Tortures in India” (*New York Daily Tribune*, 17 Sept. 1857).

Lo scandalo suscitato dalla scoperta del fenomeno fu notevole ⁽¹¹⁴⁾: sebbene i casi di tortura documentati in colonia venissero riferiti agli ufficiali nativi di polizia, la vicenda coinvolse l'intero sistema di amministrazione della giustizia criminale dell'India britannica ⁽¹¹⁵⁾.

Le numerose testimonianze documentate in quegli anni riportavano che, nella rappresentazione delle popolazioni rurali, erano gli stessi magistrati europei a stimolare la polizia a ricorrere a pratiche illegali di indagine e di interrogatorio: spingere gli ufficiali nativi a documentare confessioni attraverso la tortura, superando così tutti gli ostacoli relativi al reperimento di prove valide per il giudizio, costituiva una misura necessaria affinché il sistema di giustizia criminale potesse funzionare "correttamente" ⁽¹¹⁶⁾.

Prima di procedere con la narrazione degli eventi è necessario sottolineare che le pratiche utilizzate dagli ufficiali nativi di polizia per estorcere confessioni di colpevolezza differivano profondamente dalla tortura giudiziaria regolamentata dal diritto d'Antico Regime: come istituto processuale profondamente legittimo, la tortura giudiziaria era stata minuziosamente formalizzata, sin dal tardo Medioevo, dalle norme e dalle dottrine dello *ius commune* ⁽¹¹⁷⁾; i metodi di tortura utilizzati dalla polizia coloniale erano, invece, totalmente illegali.

Le indagini condotte nei territori del Bengala e di Madras documentarono migliaia di casi di ricorso alla tortura da parte della polizia indiana ⁽¹¹⁸⁾. Tuttavia, le autorità coloniali assunsero un atteggiamento assai contraddittorio rispetto al fenomeno, limitan-

⁽¹¹⁴⁾ Queste vicende ebbero forte risonanza sia in India sia in Inghilterra e stimolarono accesi dibattiti parlamentari. Si veda in particolare *Torture in India*, House of Lords, 3 April 1856, in *Hansard's Parliamentary Debates*, Vol. CXLI cc. 377-384; *Torture in India*, House of Lords, 14 April 1856, in *Hansard's Parliamentary Debates*, Vol. CXLI cc. 964-969. Per una sintesi di quest'ultimo dibattito si veda *Torture in India*, in «The Spectator for the week ending saturday», April 19, 1856, n. 1451, p. 412.

⁽¹¹⁵⁾ Cfr ABBATE, *Ordinamenti formali*, cit., pp. 43-48.

⁽¹¹⁶⁾ *Ibidem*.

⁽¹¹⁷⁾ Su questi temi P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, 2 voll., Milano, Giuffrè, 1953-1954; J.H. LANGBEIN, *Torture and the Law of Proof. Europe and England in the Ancien Régime*, Chicago-London, The University of Chicago Press, 1977; *La torture judiciaire. Approches historiques et juridiques*, a cura di B. Durand, L. Otis-Cour, 2 voll., Lille, Centre d'histoire judiciaire Editeur, 2002.

⁽¹¹⁸⁾ Si veda *Torture (Madras)*, cit.

dosi ad ammettere che la pratica fosse in uso, ma contestandone fermamente la sistematicità.

Per escludere qualsiasi forma di complicità tra gli ufficiali europei e nativi e rivendicare, al tempo stesso, l'importanza della presenza britannica nei territori indiani, iniziarono a ricollegare lo "scandalo" suscitato dalla scoperta della tortura alla necessità di un'azione educativa dei sudditi coloniali.

In particolare le autorità indiane sostenevano che il ricorso alla coercizione fisica costituisse una pratica consuetudinaria comune tanto alle comunità indù quanto ai sudditi di fede musulmana la cui pericolosa prevalenza dipendeva, principalmente, dalla sua forte connotazione di "normalità". Di conseguenza, il fatto che gli ufficiali nativi facessero ricorso a pratiche di polizia tipiche del regime musulmano dimostrava la necessità di un'azione di civilizzazione della colonia e, allo stesso tempo, evidenziava la portata "modernizzatrice" della dominazione coloniale: dopo tutto, era soltanto grazie alla presenza europea che una pratica tanto radicata nel tessuto sociale indiano riusciva ad essere controllata ⁽¹¹⁹⁾.

Secondo Frederick James Halliday, Lieutenant *Governor of Bengal* dal 1854 al 1859, le difficoltà di fronteggiare il fenomeno erano amplificate proprio dallo stato di non piena modernità in cui era relegata la dimensione coloniale ⁽¹²⁰⁾:

It need hardly be observed that the application of torture to extort confession of crime, though unknown in England for the last 200 years, was a part of the established law of several European countries up to the middle

⁽¹¹⁹⁾ Ivi, p. 34. Cfr. RAO, *Problems of violence*, cit., pp. 425-426.

⁽¹²⁰⁾ Come è noto, una delle chiavi di lettura utilizzate tra Otto e Novecento dalla dottrina colonialista per fornire legittimazione teorica alle pratiche dell'occupazione territoriale e della conquista nonché per giustificare la sperimentazione coloniale di modelli di governo incompatibili con le forme politiche della madrepatria era costituita dallo scarto di temporalità tra la metropoli e la colonia: se l'universo occidentale rappresentava se stesso come civile e moderno la dimensione coloniale non poteva che essere relegata in un « premoderno senza fine ». NUZZO, *Dal colonialismo al post-colonialismo*, cit., p. 479 il quale spiega questo punto soprattutto con riferimento al caso italiano e attraverso le tesi di Santi Romano. Alcuni esempi della rappresentazione dell'India come dimensione pre-moderna si trovano in MAINE, *The Effects of Observation*, cit.; LYALL, *Etudes*, cit.; SEELEY, *L'espansione dell'Inghilterra*, cit.

of the last century, and was not abolished in France until 1789. It can be no wonder then, that all the influence and exertions of the British Government, though honestly, sedulously, and constantly directed to that purpose, have not yet been able to eradicate from the minds of our Indian subjects the notion of its efficacy and expediency ⁽¹²¹⁾.

Dai documenti dell'amministrazione coloniale emerge chiaramente come una delle cause del ricorso alla coercizione fisica da parte della polizia fosse costituita proprio dal desiderio degli ufficiali nativi di assicurare un quadro probatorio completo ai loro superiori europei addetti alla gestione degli affari criminali del distretto ⁽¹²²⁾.

Tuttavia le autorità indiane imputavano la pericolosa prevalenza della tortura, da un lato, alla difficoltà incontrata dagli ufficiali europei di svolgere un'efficace azione di vigilanza sull'operato della polizia e, dall'altro lato, al carattere violento degli agenti nativi. La *East India Company* escludeva, in particolare, che il fenomeno della tortura potesse dipendere dalla particolare posizione sociale della polizia nativa e anzi riteneva che l'attribuzione di un forte nucleo di potere delegato a soggetti particolarmente vicini al contesto locale costituisse una misura necessaria ad arginare la criminalità dei distretti rurali ⁽¹²³⁾.

Nonostante i silenzi dell'amministrazione indiana non mancavano contestazioni al discorso ufficiale sulla tortura elaborato dalla *East India Company*. In un saggio del 1856 intitolato *Is the Practice of Torture in Madras, with the sanction of the Authorities of Leadenhall Street?* il giudice coloniale Malcom Lewin faceva notare come l'applicazione coerente del discorso sulla tortura avrebbe condotto al paradosso di ritenere totalmente priva di portata civilizzatrice la presenza britannica in India: « To assert that torture is an heir-loom of former dynasties [...] is simply to reduce our rule to the level of former

⁽¹²¹⁾ *Copy of letter from the Court of Directors of the East India Company to the government of Bengal, dated 2 August 1854, and reply of the Lieutenant-Governor of Bengal, dated 8 November 1854; and of inquiry and report with reference to the statement of Mr. Theobald as to the employment of torture by the police*, in PP, 1854-55, XL, n. 183, p. 4.

⁽¹²²⁾ PEERS, *Torture*, cit., p. 33.

⁽¹²³⁾ ABBATE, *Ordinamenti*, cit., pp. 43-51.

dynasties, and to confess that our high sounding pretensions as Christian governors have made no impression on the people » (124).

In un caso denunciato presso la *House of Lords* il 3 aprile 1856 appariva evidente come proprio il comportamento degli ufficiali europei più vicini al contesto rurale stimolasse i nativi ad utilizzare metodi illegali di indagine e di riscossione delle entrate fiscali (125). Nel luglio 1855 un esattore inglese del distretto di Chingleput, Mr. C.J. Shubrick, ordinò ad un suo dipendente nativo di raccogliere le imposte del villaggio di Parapollium e gli intimò di svolgere il compito personalmente curando che l'esazione avvenisse per l'intera somma dovuta. Il *tabsildar* si recò presso il villaggio e sottopose a tortura quattordici abitanti della comunità affinché questi pagassero quanto richiesto. La vicenda venne comunicata all'esattore inglese che si limitò a condannare il *tabsildar* al pagamento di una multa di cinque rupie. Dopo che il caso venne reso noto al Parlamento le autorità coloniali disposero in primo luogo che il *tabsildar* venisse rimosso dai suoi incarichi. In secondo luogo prosciolsero l'esattore inglese da ogni accusa di complicità facendo tuttavia notare, non senza qualche rammarico, come l'ufficiale nativo fosse stato pesantemente influenzato dal comportamento di Mr. Shubrick:

[A]s the teshildar had unsuccessfully requested authority for distraining the property of the defaulters, and fining the village revenue officer for his neglect, and was directed to go himself to the village and collect the arrears, under pain of serious consequences to himself, he might have been led to suppose that he would be in more danger by failing to collect the balance, than by employing irregular measures for the purpose (126).

Anche la tesi di un rapporto diretto tra le difficoltà incontrate

(124) M. LEWIN, *Is the Practice of Torture in Madras, with the sanction of the Authorities of Leadenhall Street?*, Westminster, Thomas Brettel, 1856, p. 20.

(125) *Torture in India*, House of Lords (3 April 1856), in *Hansard's Parliamentary Debates*, Vol. 141 cc. 377-384, in part. pp. 380-381.

(126) *Copy of all letters, or extracts from letters, relating to cases of alleged torture in India, which have been received by the Court of Directors of the East India Company since the 12th day of September 1855; together with a copy of instructions issued by the Court of Directors of the East India Company on the same subject*, in PP, 1857 (2), XXIX, n. 117, p. 92.

dai magistrati nel reperire prove valide per il giudizio e il ricorso alla tortura da parte della polizia appare plausibile. Esiste abbondante documentazione che dimostra come gli ufficiali di giustizia più vicini al contesto rurale stimolassero, sia pure indirettamente, il ricorso a metodi pervasivi di indagine e di interrogatorio al fine di colmare le lacune istruttorie dei procedimenti criminali dimostrandosi, talvolta, totalmente restii ad indagare sulle denunce relative ai loro diretti subordinati nativi ⁽¹²⁷⁾.

Queste circostanze non riuscirono tuttavia a mutare gli atteggiamenti del governo indiano rispetto al ruolo “sociale” e processuale della polizia nativa. Negli anni Cinquanta dell'Ottocento le autorità del Bengala, in particolare, discussero a lungo della possibilità di modificare il sistema di polizia della presidenza ma decisero, infine, di confermare i poteri investigativi e le competenze istruttorie degli ufficiali nativi ⁽¹²⁸⁾.

Il discorso ufficiale emerso dal dibattito del periodo 1856-1857 tendeva a ricollegare l'insuccesso del sistema di amministrazione delle aree periferiche alla difficoltà di fronteggiare la criminalità rurale e di sorvegliare adeguatamente i subordinati nativi: i *district magistrates* erano troppo giovani e inesperti per amministrare efficacemente gli estesi e turbolenti distretti periferici e per vigilare sull'operato della polizia rurale ⁽¹²⁹⁾.

Sul finire degli anni Cinquanta dell'Ottocento le autorità del Bengala raccomandarono di riunire gli uffici di magistrato ed esattore fiscale secondo il modello sperimentato a Madras agli inizi del secolo e di ricreare un modello « patriarcale » di amministrazione territoriale concentrando poteri e funzioni in capo al minor numero possibile di soggetti. Proposero poi di incrementare gli stipendi degli

⁽¹²⁷⁾ Sul punto si veda ad esempio la testimonianza del giudice coloniale T.W. Goodwyn, riportata in *Torture (Madras)* cit., pp. 113-118.

⁽¹²⁸⁾ *Copy of a despatch relating to the system of police in the Bengal presidency*, in PP, 1857- I, XI, n. 127, pp. 1-5.

⁽¹²⁹⁾ Nell'opinione di Halliday: « [...] the magistrate of those days was encumbered by the weight of duty imposed upon him as the (to use the native phrase) “incarnation of justice”, civil and criminal, over an unmanageable extent of country [...] ». *Minute by the Honourable Lieutenant Governor of Bengal. Police and Criminal Justice in Bengal. 30 April 1856*, in *Copy of a despatch relating to the system of police in the Bengal presidency*, cit., p. 67.

ufficiali nativi di polizia e di riorganizzare il sistema tradizionale di vigilanza attribuendo autorità di indagine e di giudizio agli abitanti di buona fama delle comunità rurali ⁽¹³⁰⁾.

In particolare Charles John Canning, *Governor-General* e Viceré dell'India (1856-1862), suggerì di conferire agli *zemindar* e ai proprietari terrieri il titolo di magistrato onorario affidando a tali soggetti il compito di ricevere denunce, emanare ordini di convocazione e cattura ed esercitare giurisdizione criminale su tutti gli abitanti delle aree rurali della colonia ⁽¹³¹⁾.

Sorprendentemente la discussione si concentrò sui meccanismi di controllo dei territori rurali e sfiorò appena il tema degli strumenti investigativi della polizia.

L'assenza di un'adeguata discussione sul potere delegato degli ufficiali nativi appare singolare. Seppure la prevalenza della tortura fosse dipesa dal carattere "consuetudinario" della pratica — così come sosteneva parte dell'amministrazione coloniale — non poteva sfuggire che l'ampio ricorso alla coercizione fisica derivasse dall'ampiezza della sfera d'autonomia della polizia rurale e dalla commistione dei poteri investigativi ed istruttori. La naturale propensione dei nativi alla violenza e all'abuso di potere — stereotipo che compare costantemente nei documenti coloniali — avrebbe dovuto determinare un terribile quanto prevedibile esito: quanto più la polizia avesse agito in maniera autonoma nello svolgimento delle indagini, nell'esame dell'accusato, nella documentazione di elementi di prova, tanto più le violazioni delle regole processuali sarebbero state numerose.

Il dibattito sulla tortura aveva messo in luce i pericoli insiti nel modello processuale sperimentato nel *mofussil*. Tuttavia le autorità coloniali insistevano sulla necessità di salvaguardare la pace pubblica dei territori periferici e scartarono l'opportunità di ridurre in maniera significativa i poteri investigativi della polizia.

⁽¹³⁰⁾ Nella rappresentazione delle autorità coloniali, era questo un sistema di amministrazione conforme alla "sensibilità orientale". In più, soltanto attraverso la riunione degli uffici sarebbe stato possibile conferire all'amministrazione del *mofussil* « that strength and weight which the present youth and inexperience of our "boy-magistrates" have very sensibly and seriously impaired ». Ivi, p. 58. Cfr. *Minute by the Right Honourable the Governor-General. 18 February 1857*, in *Copy of a despatch*, cit., p. 85.

⁽¹³¹⁾ Ivi, pp. 88-89.

Le ragioni di questa scelta emergono chiaramente da una lettera datata 24 settembre 1856 con la quale la *Court of Directors* suggeriva di separare il corpo di polizia del Bengala in due distinti segmenti, ciascuno dotato di funzioni e poteri diversi. La proposta prevedeva l'istituzione, da un lato, di un corpo di polizia preventiva, incaricato di salvaguardare la pace pubblica e privo di qualsiasi potere di indagine; dall'altro lato, di un corpo di polizia investigativa, dotata dell'autorità di svolgere inchieste e di produrre prove contro gli accusati ⁽¹³²⁾.

La *Court of Directors* riteneva necessario evitare ogni concentrazione di potere nelle mani degli ufficiali nativi e proponeva che anche l'attività di riscossione dell'imposta fondiaria fosse separata da qualsiasi altra attività. Allo stesso tempo, per ragioni di controllo del territorio, riteneva indispensabile dotare la polizia di forti poteri investigativi: l'estensione dei distretti rurali imponeva di attribuire agli ufficiali nativi di polizia tutti gli strumenti necessari a garantire l'effettivo funzionamento della giustizia criminale e a rendere visibile, anche nelle aree del *mofussil*, il potere sovrano dell'amministrazione coloniale ⁽¹³³⁾.

Per tutti questi motivi l'amministrazione indiana riteneva che la polizia nativa costituisse uno strumento indispensabile per la tenuta politica dei territori coloniali. Ancora nella seconda metà del secolo XIX la legittimazione all'esercizio del potere politico in colonia passava anche per il completo controllo della dimensione locale. Tuttavia, nonostante la *East India Company* cercasse di penetrare a fondo nelle aree del *mofussil* l'articolazione del potere politico a livello periferico era del tutto deficitaria (non è un caso che i dominatori coloniali tendessero ad incorporare le élite native nel governo del territorio al fine di ottenere legittimazione e stabilità politica) ⁽¹³⁴⁾.

Non mancano documenti capaci di rivelare le opinioni del governo indiano circa l'importanza dell'azione esercitata dalla poli-

⁽¹³²⁾ *Copy of a despatch relating to the system of police in the Bengal presidency*, cit., p. 4, ss.

⁽¹³³⁾ *Ibidem*. Si veda anche PEERS, *Torture*, cit., pp. 31-33; RAO, *Problems of Violence*, cit., pp. 4126-4128, in part. p. 4127.

⁽¹³⁴⁾ GUHA, *Dominance without Hegemony*, cit., pp. 33-55.

zia nativa e dai personaggi influenti nella dimensione locale della colonia.

In un *report* del 1857 indirizzato ai vertici amministrativi del Bengala, ad esempio, l'ufficiale coloniale E. H. Samuells descriveva gli sforzi operati della polizia e dai proprietari terrieri nativi per sopprimere i disordini che seguirono la "grande rivolta" del 1857 (ovvero la *Great Mutiny*, la rivolta delle truppe ribelli *Sepoy*)⁽¹³⁵⁾. Nei territori vicini alla città di Patna i disordini scoppiarono nel luglio 1857 quando gruppi di « fanatici musulmani » avanzarono per le strade della città eccitati dal richiamo di una guerra santa. Gli ufficiali di polizia lottarono a lungo per reprimere l'insurrezione e per fermare gli abitanti dei villaggi vicini, accorsi per saccheggiare le proprietà degli ufficiali europei. Negli scontri che seguirono l'intervento della polizia alcuni *darogabs* persero la vita (in particolare, un ufficiale di fede musulmana della città di Patna venne ucciso dopo aver fronteggiato da solo l'intero corpo di fanatici religiosi mentre un *darogab* del distretto di Bihar e due *darogabs* del distretto di Sarum morirono dopo essersi distinti per i loro sforzi nel reprimere la rivolta)⁽¹³⁶⁾.

Mr. Samuells descrisse poi come alcuni influenti nativi impedirono agli insorti di assaltare le prigioni nel distretto di Tirhoot e ripristinarono l'ordine dei territori di Nowadah⁽¹³⁷⁾. Nei territori di Shahabad si verificò una situazione potenzialmente pericolosa quando il principale *zemindar* del distretto — un uomo di grande influenza e di antica famiglia — assunse il comando delle truppe insorte proclamandosi governatore del paese: il movimento assunse tutta la dignità di una rivolta supportata dai proprietari terrieri e dalla popolazione. Al richiamo degli *zemindars* accorsero migliaia di servitori armati e fu necessario ogni sforzo per sedare l'insurrezione.

Mr. Samuells sottolineò che i disordini non avevano ricevuto l'appoggio della popolazione e che anzi le comunità indigene avevano mostrato sentimenti di fedeltà ai dominatori britannici. Invitò i destinatari della sua lettera ad astenersi dal giudicare i nativi del

⁽¹³⁵⁾ *East India (Patna Police). Copy of the report of the commissioner, Mr. E. A. Samuells, on the police of the Patna division, for 1857*, in PP, 1860, Vol. 52, n. 157.

⁽¹³⁶⁾ Ivi, p. 7.

⁽¹³⁷⁾ Ivi, pp. 2-3.

paese come nemici onde evitare disastrose conseguenze sul piano della tenuta politica dei territori coloniali:

il distacco (estrangement) tra i conquistatori e i conquistati, la razza bianca e la nera, adesso sufficientemente netta, crescerà ulteriormente; ingiustizia e diffidenza genereranno naturalmente odio, e potrebbe venire il giorno in cui il popolo dell'India insorgerà realmente a scrollarsi il giogo dell'uomo bianco, e mostrare al mondo la differenza tra una rivolta militare, che ha risucchiato nel suo vortice il peggio della popolazione indiana, e una rivolta nazionale capeggiata dai principi e dai nobili del paese, e abbracciata come causa personale da ogni uomo che ci paga le imposte fiscali, combatte per noi, ci serve ⁽¹³⁸⁾.

L'ufficiale inglese riteneva che la perdita della colonia indiana sarebbe dipesa dall'elaborazione di un sentimento di nazionalità capace di far maturare un generale senso di intolleranza verso la dominazione coloniale e di spingere la popolazione indigena, unificata sotto la guida di uomini influenti e rappresentativi, a lottare per l'indipendenza del paese. Chi ha familiarità con le vicende che hanno portato all'Indipendenza dell'India noterà quanto il discorso di Samuells fosse impeccabile nell'individuare i "pericoli" insiti nello sviluppo in colonia del sentimento di nazionalità e fosse in sé dotato di una forza quasi premonitrice ⁽¹³⁹⁾.

Anche a seguito della rivolta delle truppe native *Sepoy* l'amministrazione coloniale non rinunciò ad affidare gli incarichi militari e di polizia agli indigeni dell'India. Nel 1858 il corpo di polizia del Bengala venne diviso in due classi: la prima, organizzata militarmente e addetta alla soppressione delle rivolte; la seconda, con organizzazione civile e dotata di forti strumenti investigativi ⁽¹⁴⁰⁾.

Tra il 1859 e il 1860 la polizia militare del Bengala era composto da almeno dieci battaglioni di fanteria e tre squadroni di cavalleria. Ciascun battaglione era composto da circa settecento uomini reclu-

⁽¹³⁸⁾ Ivi, p. 8. Traduzione mia.

⁽¹³⁹⁾ Si veda, ad esempio, M. TORRI, *Colonialismo e nazionalismo in India: il modello interpretativo della scuola di Cambridge*, in « Rivista Storica Italiana », 1991, 2, pp. 483-527.

⁽¹⁴⁰⁾ Si veda *Statement exhibiting the moral and material progress and condition of India, during the year 1859-1860. Part II: Bengal*, in PP, 1861, XLVII, n. 265-I, pp. 10-12.

tati da differenti aree del subcontinente: dal Punjab ad ovest e dalle tribù di Munipore ad est. Cinque battaglioni furono reclutati tra le « coraggiose razze » del Bengala. Anche « i selvaggi ma semplici Coles, a lungo guardati con orrore dagli abitanti delle pianure, vennero convertiti, attraverso l'addestramento della disciplina, in soldati obbedienti e efficaci ». Ciascun battaglione era composto da uomini della stessa razza e ciascun corpo non aveva connessione o comunicazione con nessun altro (con evidente riferimento alle ragioni che avevano provocato la rivolta del 1857 gli ufficiali coloniali facevano notare come « The system has been avoided of mixing in the same regiment men of diverse races and religions, under the false impression that differences of creed or birth will render all combinations for treasonable purposes impossible ») ⁽¹⁴¹⁾.

Nel mutato contesto politico degli anni Sessanta — con l'*Act for the Better Government of India* del 1858 il governo indiano fu trasferito direttamente alla Corona d'Inghilterra — l'esigenza di controllo dei territori periferici era ancora fortemente avvertita. I reati di brigantaggio e i crimini contro la proprietà continuavano a costituire il fenomeno criminale meno controllabile del paese.

Ancora nel 1861 gli amministratori coloniali riportavano che le bande di briganti, terribili e generalmente ben armate, erano equipaggiate per resistere a ogni tentativo di arresto o di dispersione da parte della polizia. Nel Bengala, poi, l'esistenza di una criminalità "fluviale" rendeva particolarmente difficile assicurare l'ordine dei territori dell'interno ⁽¹⁴²⁾: in un interessante *report* del 1861 (*Statement exhibiting the moral and material progress and condition of India during the year 1859-60*) si riportava che la maggior parte dei traffici commerciali del Bengala si svolgesse attraverso le vie fluviali e che proprio la grande affluenza di commercianti e viaggiatori favorisse l'attività dei banditi. Si descriveva, poi, come i viaggiatori derubati rinunciassero spesso a denunciare il delitto convinti che l'indagine di polizia non avrebbe portato alla cattura dei criminali: « Where a dacoity is committed upon land, it is comparatively easy

⁽¹⁴¹⁾ Ivi, p. 10, per tutte le citazioni; traduzione mia. Con tutta evidenza quest'ultima affermazione faceva riferimento all'organizzazione del corpo dei Sepoy.

⁽¹⁴²⁾ *Statement exhibiting the moral and material progress*, cit., pp. 8 e ss.

to track the footsteps of the dacoits, but it is almost impossible to do this upon water ») (143).

In questi anni, nuovi ed efferatissimi casi di tortura vennero portati all'attenzione del pubblico indiano e inglese segnalando l'urgenza di una ridefinizione del sistema di polizia (il riferimento è in particolare ad un'opera del 1861 dal titolo *Police Torture and Murder in Bengal. Reports of two trials of the police of the district of Burdwan, in August and September 1860. Confirmed by the Sudder Nizamut*) (144).

Attraverso l'*Act V of 1861* gli assetti organizzativi della polizia coloniale mutarono radicalmente. Presso ogni distretto l'amministrazione delle forze di polizia venne affidata ad un *district superintendent* europeo: quest'ufficiale, che aveva il potere di espellere gli agenti di polizia ritenuti negligenti dai ranghi dell'amministrazione, agiva sotto la direzione e il controllo del *district magistrate* ed era responsabile nei suoi confronti dell'efficace funzionamento dell'attività di polizia. All'interno di ogni *General District of Police* (il quale poteva comprendere una presidenza o parte di essa, ovvero una provincia) la soprintendenza delle forze di polizia spettava direttamente ai vertici del potere esecutivo locale. L'amministrazione veniva esercitata, nell'ambito del distretto generale, dall'*Inspector General*, il quale poteva essere coadiuvato da un *Deputy-Inspector General* e un *Assistant-Inspector General* (145).

Nella presidenza del Bengala le forze di polizia — organizzate sul modello dell'*English Constabulary* — vennero divise in *District Police*, *Municipal Police*, *Village Police*. Accanto a questi corpi, una polizia di frontiera, con organizzazione militare e priva di poteri investigativi, e una *Railway Police*. Gli ufficiali di polizia vennero

(143) Ivi, p. 9.

(144) C.T. BUCKLAND, *Police Torture and Murder in Bengal. Reports of two trials of the police of the district of Burdwan, in August and September 1860. Confirmed by the Sudder Nizamut*, Calcutta, Savielle & Cranenburgh, Printers, 1861.

(145) L'*Act V of 1861* si trova in H.T. PRINSEP, *The Code of Criminal Procedure, [ACT XXV. of 1861, and ACT VIII of 1869] and other laws and rules of practice, relating to procedure in the criminal courts of British India*, Calcutta, Thacker, Spink, & co., 1869, pp. 443-463.

inquadrati nei ranghi di *Inspector*, *Sub-Inspector*, *Head-Constable*, *Constable* ⁽¹⁴⁶⁾

Attraverso queste misure, le quali facevano largo affidamento sulla presenza nei distretti rurali della colonia di un nuovo ufficiale europeo diverso dal *district magistrate*, il governo coloniale voleva separare la sfera dell'amministrazione della giustizia criminale dalla gestione degli affari di polizia ed implementare, per questa via, i meccanismi di controllo e supervisione sull'operato degli agenti nativi.

A pochi anni di distanza dall'entrata in vigore della nuova disciplina i vertici amministrativi della polizia del Bengala non mancavano di sottolineare che l'attività di vigilanza dei territori periferici, di prevenzione e repressione della criminalità rurale fosse costante ed efficace. Tuttavia, ancora sul finire degli anni Sessanta dell'Ottocento vennero documentati ulteriori e assai significativi casi di coercizione illegale.

In un *report* del 1867 relativo allo "stato" della nuova polizia del Bengala, ad esempio, vennero riportate le denunce di tortura — tutte note all'autorità giudiziaria indiana — presentate nel corso dell'anno contro gli agenti coloniali dei distretti di Loharduggah, Midnapore, 24-Pergunnahs, Jessore e Noacolly. Quasi tutte le accuse presentate contro la polizia del Bengala facevano riferimento all'utilizzo distorto dei poteri investigativi finalizzato a rintracciare elementi di prova e, in particolare, ai tentativi di estorcere confessioni di colpevolezza attraverso il ricorso alla violenza fisica ⁽¹⁴⁷⁾.

⁽¹⁴⁶⁾ Per l'organizzazione delle forze di polizia nel Bengala si veda la *Resolution* del 22 settembre 1862 in *ivi*, pp. 464-478.

⁽¹⁴⁷⁾ Le denunce riportate nel *report* dimostrano che il ricorso a pratiche illegali da parte della polizia coloniale costituiva un fenomeno attuale ancora negli anni Sessanta dell'Ottocento. Di seguito, l'elenco di alcuni dei casi denunciati nel 1867: « Loharduggah. — A Head-Constable was charged with having beaten a prisoner to extort confession. He was acquitted by the Judicial Officer. Midnapore. — A Chowkeydar alleged that a Head-Constable and two Constables had tied and beaten him. The Joint-Magistrate dismissed the complaint, as he disbelieved it. The Magistrate, however, himself took it up, and convicted the accused of causing hurt. The Session Court upset his decision, and ordered the release of the prisoners. 24-Pergunnahs. — Two Constables tortured a prisoner to extort confession. The District Superintendent himself investigated the charge, and send up the two Policemen for trial; they were sentenced to

Gli atteggiamenti delle autorità coloniali furono, sul punto, decisamente contraddittori. Il *Lieutenant-Colonel* J. R. Pughe, *Inspector-General of Police* per le province meridionali del Bengala ed autore del *report* del 1867, faceva notare — lasciando trapelare dalle poche righe di commento alle denunce un inspiegabile sentimento di soddisfazione — come le accuse di tortura presentate contro la polizia nell’arco di un intero anno solare fossero soltanto cinque e come soltanto due di queste fossero state ritenute credibili e avessero comportato la condanna degli agenti del Bengala ⁽¹⁴⁸⁾.

Nonostante i vertici della polizia cercassero di minimizzare le denunce presentate contro i “settori” da loro amministrati, il numero elevatissimo dei comportamenti penalmente rilevanti addebitati alla polizia coloniale rendeva assai difficile esprimere un giudizio positivo circa la condotta degli agenti indiani. Nel corso dell’anno 1867 millecinquecentosettanta agenti di diverso rango (in particolare, sette *Inspectors*, cinquantaquattro *Sub-Inspectors*, duecentosette *Head-Constables*, e milletrecentodue *Constables*) della presidenza del Bengala vennero giudicati e puniti dall’autorità giudiziaria ⁽¹⁴⁹⁾.

È interessante notare che il numero degli agenti di polizia delle province meridionali del Bengala giudicati e condannati era aumentato, tra il 1866 e il 1867, di settantaquattro unità. Per i vertici amministrativi della polizia questo dato dimostrava, più che il

two years’ rigorous imprisonment each, by the Court of the Session. Jessore. — A Constable succeeded in arresting a man who had absconded on account of his complicity in a murder. To get a confession from him, the Constable, assisted by a Manjee, tied him up tightly with a rope. For this the Policemen was sentenced to three years’ rigorous imprisonment. The Manjee was punished with three months’ imprisonment. Noacolly. — A charge was brought against an Inspector, a Sub-Inspector, a Head-Constable of having illtreated three women, to obtain information regarding the facts of a case which was under investigation. The Magistrate acquitted the Sub-Inspector and Head-Constable, but sentenced the Inspector to twelve months’ rigorous imprisonment, and the Constables to six months’ each. On appeal, however, the Session Judge released all three, as he considered the charge against them was utterly false. He further remarked that, even if the complaint had been satisfactorily proved, the sentence of one year’s rigorous imprisonment was most unnecessarily severe». J.R. PUGHE, *Report on the Police of the several districts of the Lower Provinces of the Bengal Presidency in the year 1867*, Volume I, Calcutta, Thomas S. Smith, City Press, 1868, pp. 51-52.

⁽¹⁴⁸⁾ Ivi, p. 50.

⁽¹⁴⁹⁾ *Ibidem*.

semplice ed assai preoccupante incremento degli episodi di rilievo criminale addebitabili agli agenti indiani, l'efficacia dell'attività di sorveglianza da parte degli ufficiali europei. Secondo l'*Inspector-General Pughe*, in particolare, « This result shows that the District Superintendents have been alive to the importance of exercising a strict supervision over the proceedings of their subordinate Police »⁽¹⁵⁰⁾

L'*Act V of 1861* conteneva ben poche previsioni relative alle attività investigative della polizia (limitandosi a stabilire alcune semplici regole per il mantenimento dell'ordine nei luoghi pubblici e ad attribuire agli agenti il compito di raccogliere informazioni relative ai casi criminali da fornire al *district magistrate* nonché di richiedere all'ufficiale europeo l'emissione di ordini di comparizione ovvero di mandati di cattura) e rimandava la puntuale determinazione dei poteri degli ufficiali alle regole di procedura criminale⁽¹⁵¹⁾. Come vedremo tra breve tali regole vennero di lì a poco codificate nell'*Act XXV of 1861*, il primo corpo di diritto processuale valido per l'intera colonia e uno dei primi risultati legislativi del processo di codificazione del diritto che ha interessato l'India britannica nella seconda metà dell'Ottocento.

Anticipiamo sin d'ora (riservandoci di approfondire il tema nel Capitolo successivo) che le regole processuali emanate tra gli anni Sessanta e gli anni Ottanta del secolo confermarono buona parte dei poteri di indagine attribuiti alla polizia e continuarono a garantire agli agenti nativi una larga autonomia nella fase dell'inchiesta.

5. *Verso l'uniformità: istituzione e lavori della nuova Indian Law Commission.*

L'*Indian Charter Act* del 1853 (l'ultimo *Charter Act* concesso alla *East India Company*) dispose l'istituzione di una nuova *Law Commission* indiana incaricata di esaminare i progetti di riforma preparati dalla prima *Law Commission*, istituita nel 1833 e originariamente presieduta da Macaulay, e mai attuati.

⁽¹⁵⁰⁾ *Ibidem.*

⁽¹⁵¹⁾ Si veda in particolare la sezione XX dell'*Act V of 1861*.

La nuova *Indian Law Commission* venne investita, anzitutto, del compito di elaborare un sistema “unico” di diritto processuale civile e criminale il quale si sarebbe reso necessario a seguito della realizzazione di un’epocale riforma, già annunciata dal Parlamento inglese, riguardante la giustizia coloniale indiana: la sostituzione di tutte le corti superiori di giustizia, sia quelle istituite dalla *East India Company* sia quelle istituite dalla Corona inglese, con le *High Courts* di Calcutta, Madras e Bombay ⁽¹⁵²⁾.

Nel primo *report* presentato dalla *Law Commission* (in totale ne furono elaborati quattro, tutti nel 1856) vennero forniti i dettagli del programma di uniformazione delle giurisdizioni e vennero altresì delineate le regole di funzionamento, i criteri di formazione e i poteri delle nuove corti di giustizia ⁽¹⁵³⁾.

Nel progetto elaborato dalla Commissione le *High Courts* sarebbero state formate da otto giudici, almeno tre dei quali avrebbero dovuto essere nominati direttamente dalla Corona d’Inghilterra. Alle nuove corti sarebbe stato conferito un potere di sovrintendenza e coordinamento di tutti gli uffici giudiziari indiani: oltre ad un’autonomia giurisdizione di primo grado (« original jurisdiction ») ed una giurisdizione di appello (« appellate jurisdiction ») le *High Courts* avrebbero potuto ordinare il trasferimento di casi criminali da un tribunale ad un altro di pari o superiore giurisdizione, avrebbero potuto disporre l’investigazione o il giudizio di un caso criminale da parte di un ufficiale o di una corte competente, avrebbero, in ogni caso, potuto contare sui poteri di *call for return* ⁽¹⁵⁴⁾.

Il sistema di diritto civile applicabili presso i nuovi organi giudiziari sarebbe rimasto invariato ⁽¹⁵⁵⁾: per i giudizi di primo grado e per le cause provenienti dalle città capitali da giudicare in appello le *High Courts* avrebbero applicato il diritto civile così come amministrato dalla *Supreme Courts of Judicature* ⁽¹⁵⁶⁾. I tribunali diversi dalle *High Courts* o dalle *Courts of Small Causes* di Calcutta

⁽¹⁵²⁾ C. P. ILBERT, *Indian Codification*, cit., pp. 348-349.

⁽¹⁵³⁾ *First report of Her Majesty’s commissioners*, cit., pp. 10-20.

⁽¹⁵⁴⁾ Si vedano le clausole VIII e ss.

⁽¹⁵⁵⁾ In materia di giustizia civile il principio seguito dalla *Law Commission* era « to leave the substantive law for the present as it now stands ». Ivi, p. 20.

⁽¹⁵⁶⁾ *Ibidem*.

— la Commissione aveva elaborato il piano di riforma con riferimento alla sola presidenza del Bengala, dove l'esperimento avrebbe dovuto inizialmente condursi — avrebbero giudicato secondo il sistema di diritto civile in vigore nel luogo di definizione della causa ⁽¹⁵⁷⁾. Tutte le regole del rito civile vennero poi specificate nella bozza di codice di procedura civile contenuta nel *report*.

La seconda *Indian Law Commission* riprese, poi, un'importante questione lasciata in sospeso per oltre un quinquennio, quella dell'elaborazione di una *lex loci* civile valida per tutti i territori dell'India britannica.

Nel *Second report*, terminato nel dicembre 1855 ma pubblicato soltanto nel 1856 ⁽¹⁵⁸⁾, la *Indian Law Commission* proponeva di elaborare un sistema di diritto civile, valido per tutti i territori e rispetto a ogni categoria di suddito della colonia indiana, fortemente ispirato ai principi del diritto civile inglese ⁽¹⁵⁹⁾. Era questa, secondo la Commissione, la soluzione da preferire tra le differenti ipotesi di riforma emerse dal dibattito degli anni 1840-1855: l'elaborazione di un nuovo corpo di diritto civile sarebbe risultata un'attività assai più semplice rispetto alla preparazione di un digesto di diritto civile inglese, atteso che quest'ultima operazione avrebbe imposto di ricostruire interi ambiti normativi attraverso l'esame delle decisioni giudiziali (ovvero, « the mass of reported decisions in which much of English law is contained ») ⁽¹⁶⁰⁾.

Nell'elaborazione del nuovo sistema di diritto, la *Indian Law Commission* suggeriva di tenere in costante considerazione le tradizioni e le peculiarità della popolazione indiana (« character, religions and usages of population ») ed evitare di imporre regole che in qualche modo derogassero alle prescrizioni del diritto tradizionale indiano relative alla sfera civile ⁽¹⁶¹⁾. Secondo la Commissione,

⁽¹⁵⁷⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁵⁸⁾ *Second report of Her Majesty's commissioners appointed to consider the reform of the judicial establishments, judicial procedure, and laws of India, &c.*, in PP, 1856, 25, n. 2035.

⁽¹⁵⁹⁾ Proponeva, cioè, di emanare « a body of substantive Civil Law, in preparing which the law of England should be used as a basis; but which, once enacted, should itself be the law of India on the subjects it embraced ». Ivi, p. 8.

⁽¹⁶⁰⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁶¹⁾ *Ibidem*.

nessuna autorità politica, per quanto dotata dei più ampi poteri di governo e di legislazione, avrebbe potuto conferire sanzione legislativa ai sistemi di diritto che, come quelli della tradizione indù e musulmana, avevano carattere eminentemente religioso:

The Hindoo Law and the Mahomedan Law derive their authority respectively from the Hindoo and the Mahomedan religion. It follows that, as a British Legislature cannot make Mahomedan or Hindoo religion, so neither can it make Mahomedan or Hindoo law ⁽¹⁶²⁾.

Nonostante gli sforzi della seconda *Law Commission*, la questione dell'adozione di una sistema di diritto civile operante come *lex loci* venne nuovamente sospesa fino all'istituzione, nel 1861, di una terza *Indian Law Commission*.

6. Il "nuovo volto" della giustizia coloniale: la codificazione del diritto processuale.

Accanto al progetto di una nuova legge civile per l'India, la *Indian Law Commission* presentò, sempre nel 1856, la bozza di un codice di procedura criminale ⁽¹⁶³⁾.

⁽¹⁶²⁾ Ivi, p. 9. A queste opinioni espresse dalla *Indian Law Commission* si opposero Lord John Jervis, *Chief Justice of the Common Pleas*, e Robert Lowe, *Barrister at Law* e membro della Commissione, i quali proponevano di lasciare immutato lo *status quo* fino a quando non fosse stato emanato un « complete code of law for India » basato sul diritto inglese e conforme sia alle consuetudini dei nativi sia alla « most enlightened jurisprudence ». I giuristi Jervis e Lowe erano tuttavia consapevoli delle innumerevoli difficoltà relative all'elaborazione di un codice di diritto adatto all'intera società coloniale, « [...] at once adapted to the highly artificial state of society of the Presidency towns, and to the comparatively rude and primitive communities of the mofussil ». Proponevano dunque, in attesa della riforma e consapevoli della necessità di colmare una delle più vistose e pericolose lacune normative dell'India britannica, di estendere alle aree dell'interno della colonia il diritto civile in vigore nelle città capitali: « The English law, up to 1726, is already administered in the Presidency towns, and we cannot understand why it should not be extended, so far as it is applicable, to the mofussil ». Si veda *Minute by the Lord Chief Justice of the Common Pleas and the Right Honourable Robert Lowe*, in *Second report*, cit., p. 11-15.

⁽¹⁶³⁾ *First report of Her Majesty's commissioners*, cit., pp. 94-155. L'elaborazione di un codice di rito criminale — era questo il giudizio della Commissione — costituiva una misura necessaria a evitare che i sudditi di nascita britannica venissero assogettati alle

Nella bozza di codice, preparata utilizzando come sistema penale di riferimento il progetto Macaulay del 1837, la Commissione proponeva di assicurare anche ai sudditi europei residenti nel *mofussil* alcune delle garanzie processuali tradizionalmente riconosciute presso le corti di giustizia delle città capitali. Riteneva necessario, da un lato, estendere il modello del *trial by jury* ai giudizi riguardanti i sudditi europei residenti nelle aree periferiche della colonia e, dall'altro lato, autorizzare il governo indiano a elaborare, se l'avesse ritenuto opportuno, simili modalità di giudizio anche per alcune particolari categorie di sudditi nativi ⁽¹⁶⁴⁾.

Allo stesso tempo, la *Law Commission* suggeriva di cancellare dall'ordinamento giuridico coloniale alcuni degli istituti tipici del modello di *common law*, ritenuti del tutto inadatti alla dimensione indiana. Proponeva di abolire, in particolare, l'istituto della giuria d'accusa, tradizionalmente in uso presso le *Crown's Courts* di Calcutta, Madras e Bombay ⁽¹⁶⁵⁾:

The provisions prepared by us on the subject of juries commence with a rule to the effect that grand juries shall be abolished. This institution has never existed in India out of the Presidency Towns, — is not adopted to the country, — and, as coming between the magistrate and the session judge, so as to control in any way the proceedings of the former, would not be understood or appreciated by the great mass of the community. The retention of the grand jury in Calcutta would involve a very wide, and as we think an unnecessary diversity from the practice of the mofussil in the mode of dealing with criminal charges ⁽¹⁶⁶⁾.

Il codice di procedura penale elaborato dalla Commissione affidava ai *district magistrates* il compito di formulare l'accusa e di rinviare a giudizio l'accusato presso l'ufficio giudiziario competente. L'atto di accusa, che sarebbe stato consegnato direttamente all'accusato, avrebbe dovuto contenere una sommaria descrizione del

procedure in vigore presso le corti del *mofussil*. Per tali motivi, « a short and simple code, to take place of the numerous provisions which are scattered through the Regulations of the Bengal Code and Acts of the Council of India, from the year 1793 to the present time, cannot but prove a benefit to the country at large », *ivi*, p. 95.

⁽¹⁶⁴⁾ *Ivi*, p. 141.

⁽¹⁶⁵⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁶⁶⁾ *Ibidem*.

reato, formulata adoperando un linguaggio simile a quello del codice penale, e l'indicazione delle norme che si assumevano violate ⁽¹⁶⁷⁾. Il codice indicava diverse formule di accusa, tutte elaborate a partire dalle disposizioni incriminatrici contenute nel progetto Macaulay ⁽¹⁶⁸⁾.

Rispetto alla fase delle indagini preliminari la *Law Commission* ribadì la necessità di confermare il ruolo processuale della polizia ma, allo stesso tempo, propose di proibire agli ufficiali nativi di esaminare l'accusato e documentare le eventuali confessioni di colpevolezza ⁽¹⁶⁹⁾.

Questa proposta è stata, con tutta evidenza, frutto di un compromesso tra l'importanza, fortemente avvertita dall'amministrazione coloniale, di garantire il pieno controllo dei territori periferici e la necessità di arginare il ricorso a metodi illegali di verbalizzazione delle dichiarazioni auto-accusatorie. Senza dubbio, la scelta di porre in bilanciamento le esigenze di amministrazione dei territori coloniali con le richieste di riduzione dei poteri di polizia è stata ispirata, almeno in parte, dal dibattito sulla tortura degli anni Cinquanta dell'Ottocento e dall'idea, sempre più diffusa presso gli amministratori indiani, del carattere "istituzionale" di tale fenomeno. È utile sottolineare, ad esempio, che tra le fonti prese in considerazione dalla *Law Commission* v'era la testimonianza di J.F.M. Reid, un ex-ufficiale della *East India Company* addetto al ramo giudiziario, secondo cui il ricorso alla tortura da parte degli ufficiali nativi di polizia aveva carattere sistematico e andava ricondotto proprio al

⁽¹⁶⁷⁾ « The charge shall describe the imputed offence as nearly as possible in the language of the clause of The Penal Code under which such offence is punishable, and shall refer to such clause by the number of the clause ». Clausola CLXIV. Ivi, p. 122.

⁽¹⁶⁸⁾ Ad esempio la formula d'accusa prevista per i casi ricompresi dalla clausola 109 dell'*Indian Penal Code* (« Waging war against the Government ») era: « (a) I, A. [name and office of magistrate, & c.], declare that there is hereby made against Z. the charge: (b) That he has waged war against the Government of a part of the territories of the East India Company, and has thereby committed an offence punishable under the 109th clause of The Penal Code, (c) and within the cognizance of the [style of the Court]. (d) And thereby direct that Z. be tried by the said Courts on the said charge ». Ivi, pp. 122-123.

⁽¹⁶⁹⁾ *First report of Her Majesty's commissioners*, cit., p. 110.

particolare rapporto che intercorreva tra il *district magistrate* ed il *darogah* ⁽¹⁷⁰⁾.

Per tutti questi motivi, se l'esame del prigioniero da parte del magistrato costituiva un irrinunciabile segmento della procedura criminale era tuttavia inopportuno lasciare che il *darogah* conservasse tale potere ⁽¹⁷¹⁾.

Molte delle proposte di riforma formulate dalla *Indian Law Commission* videro la luce a partire dagli anni Sessanta dell'Ottocento. Anzitutto vennero emanati, in rapida successione, l'*Indian Penal Code* (il primo sistema di diritto penale applicabile a tutta l'India britannica) e l'*Indian Code of Criminal Procedure* (ovvero l'*Act XXV of 1861*). Inoltre l'ordinamento giudiziario coloniale subì una radicale trasformazione con l'emanazione, nel 1861, dell'*Indian High Courts Act*. Questa legge sostituì le corti superiori di giustizia dell'India britannica, sia quelle istituite dalla *East India Company* sia quelle istituite dalla Corona inglese, con le *High Courts* di Calcutta, Madras, Bombay ⁽¹⁷²⁾.

In conformità con gli indirizzi suggeriti dalla seconda *Law Commission* i nuovi organi di giustizia vennero dotati di giurisdizione civile e criminale nonché di un potere di sovrintendenza sulle corti inferiori e vennero altresì investiti dell'autorità di emanare regole processuali per il funzionamento degli uffici giudiziari ad esse subordinati ⁽¹⁷³⁾.

Sebbene una delle ragioni che aveva ispirato la creazione delle *High Courts* fosse costituita dall'esigenza di assicurare parità di trattamento ai sudditi coloniali, la giustizia criminale indiana continuò a funzionare secondo un modello fortemente diversificato.

⁽¹⁷⁰⁾ Ivi, *Appendix E, Minutes of evidence taken before the Commission appointed to examine and consider the reform of the judicial establishments, judicial procedure, and laws of India. Saturday, 25th November 1854. The right Hon. Sir Edward Ryan in the Chair*, pp. 251-256.

⁽¹⁷¹⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁷²⁾ Sulle modifiche istituzionali degli anni Sessanta dell'Ottocento, si veda DESIKA CHAR, *Centralized legislation*, cit., pp. 288, ss.

⁽¹⁷³⁾ Si veda ad esempio la *Circular* n. 5 del 1864 emanata dalla *High Court* di Calcutta, la quale dettava regole, processuali e amministrative, per il funzionamento del sistema giurisdizionale del Bengala. La *Circular* si può leggere in PRINSEP, *The Code of Criminal Procedure*, cit., pp. 398-417.

Anzitutto, il codice di procedura penale del 1861, entrato in vigore prima dell'emanazione dell'*High Courts Act*, era applicabile soltanto presso le corti di giustizia originariamente istituite dalla *East India Company* e non anche presso le *High Courts*. Inoltre, per espressa disposizione codicistica, i giudizi riguardanti i sudditi di nascita britannica dovevano essere celebrati esclusivamente presso le corti delle *Presidency towns* ⁽¹⁷⁴⁾.

Le regole processuali applicabili presso le *High Courts* vennero completamente mutate dal sistema processuale delle *Supreme Courts of Judicature*, le quali garantivano che i giudizi criminali avvenissero nelle forme del *trial by jury*, e continuarono pertanto a costituire un sistema normativo "speciale" riservato, principalmente, ai sudditi di nascita britannica residenti in colonia.

Gli *European-British subjects* dell'India britannica vennero altresì fortemente garantiti contro i pericoli di un uso distorto dei poteri di indagine da parte degli ufficiali nativi del *mofussil*. Confermando un modello sperimentato già alla fine del secolo XVIII l'*Indian Code of Criminal Procedure* affidò ai *justices of the peace* tutte le decisioni sulle carcerazioni, sull'ammissione a cauzione, sul rinvio a giudizio dei soggetti di nascita britannica (sez. 39) ⁽¹⁷⁵⁾. Riprendendo poi uno statuto del 1813, il codice di procedura penale autorizzò i giudici di pace a condurre indagini e a giudicare e punire i soggetti di nascita inglese per i reati di minore entità relativi al mantenimento dell'ordine dei territori (sez. 165) ⁽¹⁷⁶⁾.

A distanza di pochi anni dall'emanazione dell'*Indian Code of*

⁽¹⁷⁴⁾ Secondo la sez. 26 del codice di procedura penale, in linea di principio le indagini e il giudizio dovevano svolgersi nel distretto in cui era stato commesso il reato. Tuttavia la norma specificava che « niente in questa sezione potrà esentare i soggetti britannici dall'essere giudicati e condannati dalla Supreme Court of Judicature per i reati commessi al di fuori dei limiti di tale corte ».

⁽¹⁷⁵⁾ L'*Act II of 1869* prevedeva differenti criteri di selezione dei *justices of the peace*: nei territori dell'interno, il governatore generale dell'India in consiglio e i governatori provinciali potevano selezionare e nominare giudici di pace soltanto tra i *Covenanted Civil Servants* della Corona o tra altri abitanti britannici (sez. III). Nelle *Presidency towns*, invece, il governo aveva facoltà di nominare giudici di pace tra tutti gli abitanti dell'India britannica, senza nessuna limitazione imposta dalla nazionalità dell'ufficiale (sez. IV).

⁽¹⁷⁶⁾ Si veda *Act XXV of 1861*, modificato dall'*Act VIII of 1869*. Il codice si trova in PRINSEP, *The Code of Criminal Procedure*, cit., pp. 1-279.

Criminal Procedure un'altra riforma processuale contribuì a trasformare il funzionamento della giustizia coloniale indiana. Nel 1865 l'istituto della giuria d'accusa (ovvero la *grand jury*, da sempre in uso presso le corti di giustizia criminale delle *Presidency towns*) sparì dalla scena processuale della colonia. L'abolizione delle *grand juries* venne decisa dal consiglio legislativo indiano a seguito di un dibattito, tenutosi il 18 novembre 1864, che vide come protagonista il *Law member* (1862-1869) Henry Sumner Maine.

Maine, favorevole all'abolizione della *grand jury* e all'istituzione di un procedimento di accusa basato sull'iniziativa di due ufficiali, il magistrato e il *Clerk of the Crown* delle *High Courts*, elaborò un discorso che faceva diretto riferimento alla necessità di salvaguardare, anche sul suolo indiano, le forme di giustizia criminale imposte dalla tradizione di *common law* ⁽¹⁷⁷⁾.

Prima di entrare nel merito del discorso di Maine è necessario segnalare che, negli stessi anni in cui si proponeva di abolire le *grand juries* coloniali, non mancavano voci contrarie alla revisione di quei meccanismi processuali, predisposti dalla Corona inglese sin dal Settecento, funzionali alla tutela dei diritti e delle libertà dei sudditi coloniali. Fu lo stesso Maine a leggere al Consiglio un *presentment* preparato dalla *grand jury* di Calcutta nel quale, in forte controtendenza rispetto alle posizioni espresse dalle giurie d'accusa di Madras e di Bombay, venivano apertamente criticati i nuovi indirizzi politici dell'amministrazione coloniale in materia di giustizia ⁽¹⁷⁸⁾.

La *grand jury* di Calcutta riteneva, in particolare, che l'istituto della giuria d'accusa costituisse uno strumento processuale indispensabile per garantire sicurezza e protezione ai sudditi della colonia indiana. In pratica, negava con forza che l'istituto della *grand jury* fosse divenuto "anacronistico" — come invece sosteneva il governo coloniale — e che fosse stato esclusivamente concepito per quei tempi « of great public commotion and excitement, when it may be necessary for the executive to use extraordinary and indeed despotic powers against the liberty of the subject, under circumstances which

⁽¹⁷⁷⁾ GRANT DUFF, STOKES, *Sir Henry Maine*, cit., *Abolition of Grand Juries* (18 November 1864), pp. 179-192,

⁽¹⁷⁸⁾ Il *presentment* è riportato in ivi, pp. 180-181.

would imply that the magistrates ought not be trusted unchecked in the exercise of arbitrary power » (179).

Nell'opinione del *Law member* indiano tutti questi argomenti erano fuorvianti e del tutto privi di logica. Era proprio il potenziale “dispotico” dei meccanismi processuali esistenti in India, che le stesse *grand juries* contribuivano ad alimentare, a imporre l'entrata in vigore del *Bill* del 1864: il corpo dei giurati era troppo ampio, inadatto al vaglio degli elementi probatori, « pericolosamente prossimo al punto in cui l'istinto della folla prende il posto della deliberazione » (180).

Secondo Maine le *grand juries* disconoscevano i principi direttivi della tradizione processuale di *common law* e tutti gli altri elementi « che la moderna giurisprudenza considera indispensabili per la scoperta della verità »: la giuria d'accusa sfuggiva al controllo del pubblico (« for since the Star Chamber was abolished it is the only secret tribunal known to English institutions ») ed alla “regola dell'unanimità”, validissimo freno alla « tirannia della maggioranza » (181).

Per tutti questi motivi l'abolizione della giuria d'accusa non avrebbe comportato alcun affievolimento nelle garanzie processuali riconosciute ai sudditi, alcuna diminuita applicazione degli istituti del *common law* in India. Maine faceva notare come, sin dalla fine del Settecento, le corti di giustizia delle *Presidency towns* giudicassero seguendo il modello della “doppia giuria”, d'accusa e di verdetto. L'essenza del *trial by jury* si manifestava esclusivamente nell'attività della *petty jury*: la tradizione giuridica inglese vincolava l'acquisizione delle prove a specifiche formalità e richiedeva l'esame incrociato delle dichiarazioni testimoniali (*cross-examination*); pertanto, il funzionamento della giuria d'accusa non poteva dirsi rispondente ai criteri di giudizio imposti dal modello del *trial by jury*.

Nel discorso di Maine, gli argomenti generalmente utilizzati a sostegno dell'introduzione e del mantenimento in India degli istituti processuali del *common law* venivano completamente rovesciati: era proprio la necessità di assicurare anche ai sudditi indiani un giudizio

(179) Ivi, p. 181. Traduzione mia.

(180) Ivi, p. 183.

(181) Ivi, p. 184. Traduzione mia.

conforme ai modelli della “moderna giurisprudenza” ad imporre l’abolizione della giuria d’accusa. Per mostrare i pericoli insiti nell’attribuzione della funzione dell’accusa ai corpi di giurati Maine riportava l’opinione di William Richie, *Advocate General* e voce autorevolissima del foro di Calcutta scomparso nel 1862, il quale era stato, in vita, decisamente favorevole all’abolizione delle *grand juries* coloniali ⁽¹⁸²⁾:

The result of a petty long observation of the practical working of the grand jury in this country is, that the constitution of this tribunal appear to me wholly unadapted to the wants and circumstances even of the European portion of the community; that it is unable to afford any safeguard to the innocent, while it often unconsciously serves as an obstruction to the due course of justice; and that the only purpose for which it can now be considered as of any real use — that of impose some check upon private prosecutions — may be much better attained in a different way ⁽¹⁸³⁾.

Anche altre ragioni militavano in favore dell’entrata in vigore del *Bill*.

È necessario sottolineare che il *Law member* era favorevole all’esistenza di giurisdizioni “speciali”, operanti soltanto in favore di determinate porzioni della popolazione coloniale. In particolare, Maine sosteneva che l’istituzione in India di un sistema di corti di giustizia con esclusiva giurisdizione sui sudditi europei costituisse un irrinunciabile presidio di legalità capace di assicurare il corretto funzionamento della giustizia indiana e di correggere alcune delle più odiose storture del modello processuale del *mofussil*. Tale era, secondo Maine, il potere delle *High Courts*: « They will exhibit the English law where it is strongest, and serve to correct the Mufassal courts where they are said to be weakest, namely, in the sifting of evidence and the ascertaining of facts » ⁽¹⁸⁴⁾.

Allo stesso tempo, Maine riteneva che il processo di diffusione del *common law* in India dovesse essere improntato a criteri di stretta ragionevolezza. Il punto di forza della tradizione processuale inglese consisteva nel procedimento di scoperta e di accerta-

⁽¹⁸²⁾ Ivi, p. 185.

⁽¹⁸³⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁸⁴⁾ Ivi, p. 191.

mento dei fatti processuali attraverso le attività di un soggetto tecnico e di un corpo di giurati vincolati al rispetto di precise « rules of evidence »; pertanto, era necessario abolire tutte quelle istituzioni che non assicuravano pubblicità nelle procedure e non offrivano sufficienti garanzie di imparzialità nelle decisioni ⁽¹⁸⁵⁾.

Ogni soluzione contraria a tale principio sarebbe risultata irragionevole.

Secondo quanto auspicato da Maine il *Bill* venne approvato e divenne legge nel giro di poche settimane (*Act XIII of 1865*). Le nuove regole processuali affidavano il compito di formulare l'accusa al magistrato procedente, il quale avrebbe curato la trasmissione del relativo atto presso la *High Court*. Il *Clerk of the Crown* presente presso ogni corte ne avrebbe curato la registrazione. La persona accusata avrebbe avuto diritto a ricevere una copia dell'atto d'accusa e dei verbali degli esami testimoniali sulla base dei quali era stato fondato il procedimento. I giudici delle *High Courts* avrebbero potuto dichiarare infondata l'accusa (« clearly unsustainable ») e tale dichiarazione (« entry ») avrebbe prodotto gli stessi effetti di una declaratoria di *nolle prosequi*: se nel termine di tre anni non fosse stata formulata una nuova accusa il prigioniero sarebbe stato considerato assolto a tutti gli effetti di legge ⁽¹⁸⁶⁾.

La riforma imposta dalla legge del 1865 passò alla storia come una misura migliorativa del sistema processuale indiano. A circa trent'anni di distanza dall'emanazione dell'*Act*, ad esempio, il giurista irlandese Whitley Stokes affermava che, nonostante l'abolizione delle *grand juries*, nessuna delle garanzie tradizionalmente riconosciute ai sudditi della Corona era stata eliminata dalla legge voluta da Maine. In particolare, ricordando il potere dei giudici delle *High Courts* di dichiarare attraverso una « entry » l'infondatezza dell'atto d'accusa, faceva notare che « [t]he power of making such an entry is the substitute of the functions of a grand jury » ⁽¹⁸⁷⁾.

Anche il codice di procedura penale del 1872 (*Act X of 1872*), il quale sostituì l'*Act XXV of 1861*, assicurava ai sudditi di nascita britannica notevoli privilegi di foro. Le nuove regole processuali

⁽¹⁸⁵⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁸⁶⁾ Un estratto dell'*Act* in GRANT DUFF, STOKES, *Sir Henry Maine*, cit., p. 179.

⁽¹⁸⁷⁾ *Ibidem*.

prevedevano che i *British-born subjects* della colonia indiana fossero sottoposti alla giurisdizione criminale dagli organi di giustizia dell'interno. Tuttavia i sudditi inglesi residenti nel *mofussil* sarebbero stati soggetti a indagini criminali soltanto se queste ultime fossero state condotte da *justices of the peace* che erano a loro volta soggetti britannici e magistrati del più alto grado. Inoltre sarebbero stati giudicati soltanto da *ufficiali* di nascita europea aventi il grado di *session judge* ⁽¹⁸⁸⁾.

Il codice di procedura penale del 1882 (*Act X of 1882*) riprodusse queste disposizioni processuali confermando un indirizzo di politica criminale che privilegiava la separazione tra la dimensione giuridica dei sudditi nativi e quella degli *European-British subjects* residenti in colonia.

Non mancavano, in seno all'amministrazione coloniale, voci contrarie al mantenimento del doppio livello di giurisdizione.

Agli inizi degli anni Ottanta dell'Ottocento, ancor prima che l'*Act X of 1882* entrasse in vigore, la bozza del nuovo codice di procedura penale venne pubblicata nella *Gazette of India* e venne fatta circolare tra i diversi organi locali di governo. Più di un ufficiale coloniale fece notare che la previsione di un sistema giurisdizionale fortemente "differenziato" avrebbe potuto condurre a esiti a dir poco paradossale. Seguendo le regole processuali del nuovo codice, un magistrato aggiunto europeo (*joint-magistrate*), il quale era gerarchicamente subordinato al *district magistrate* e al *session judge*, quand'anche questi ultimi fossero stati nativi, avrebbe avuto il potere di giudicare casi rispetto ai quali i suoi immediati superiori non avevano giurisdizione ⁽¹⁸⁹⁾.

Nessuno di questi argomenti fece presa sul legislatore coloniale. Riprendendo il modello sperimentato nel 1872 l'*Act X of 1882* funzionava secondo il doppio binario della procedura ordinaria e degli *Special Proceedings* (questi ultimi previsti in tutti i casi criminali riguardanti i sudditi europei o americani, i *lunatics*, i reati contro

⁽¹⁸⁸⁾ Sul dibattito precedente all'emanazione del codice del 1872 si veda KOLSKY, *Codification*, cit., pp. 673-680.

⁽¹⁸⁹⁾ *East India (native jurisdiction over British subjects). Correspondence on the subject of the proposed alteration of the code of criminal procedure with respect to jurisdiction over European British subject*, in PP, 1883, LI, n. C.3512, pp. 649-650.

l'amministrazione della giustizia, il mantenimento di vedove e bambini, i procedimenti aventi natura di *habeas corpus*)⁽¹⁹⁰⁾.

Il codice assicurava ai *British-born subjects* notevoli privilegi di carattere sanzionatorio privando i *district magistrates* del potere di condannare un suddito europeo a una pena superiore a tre mesi di detenzione. Se la pena da infliggere fosse stata ritenuta insufficiente, il magistrato coloniale avrebbe dovuto rinviare l'imputato europeo presso la *Court of Session*, la quale non avrebbe potuto emanare sentenze di condanna alla reclusione per un periodo superiore ad un anno⁽¹⁹¹⁾.

Le ragioni di questa scelta di politica processuale vanno ricercate nell'interesse dello stato coloniale di garantire uno spazio giuridico privilegiato ai sudditi europei e assicurarsi, in questo modo, il consenso politico delle comunità occidentali residenti in colonia.

Non è da dubitare, inoltre, che le disposizioni codicistiche appena esaminate contribuissero a diffondere rappresentazioni distorte delle particolarità antropologiche dei sudditi nativi, alimentando l'idea di una differente natura umana dei soggetti coloniali. Secondo James Fitzjames Stephen, *Law member* presso il consiglio vicereale dal 1869 al 1872, le disparità di trattamento sanzionatorio sancite dall'*Indian Code of Criminal Procedure* dipendevano dalla maggiore capacità di sopportazione fisica dei sudditi indigeni dell'India rispetto a quella di un soggetto europeo in relazione all'espiazione di una pena detentiva. Secondo Stephen

imprisonment is in India a far more serious punishment to an European than it is to a native, or to a European in Europe. It is probable that a year's imprisonment in India is as heavy a sentence as two years would be in England, and two years is the limit in England to the kind of imprisonment awarded here⁽¹⁹²⁾.

Con riferimento alla fase delle indagini di polizia l'*Indian Code of Criminal Procedure* del 1861 confermò quasi tutti i poteri inve-

⁽¹⁹⁰⁾ Il codice del 1882 si trova in W. STOKES, *The Anglo-Indian Codes*, Vol. II, *Adjective Law*, Oxford University Press, 1888, cit., pp. 37-372.

⁽¹⁹¹⁾ STEPHEN, *A History*, cit., Vol. III, pp. 341-342.

⁽¹⁹²⁾ Ivi, p. 342.

stigativi degli ufficiali indiani, compreso quello di prima valutazione del materiale probatorio. Tuttavia, dando seguito alle valutazioni espresse dalla seconda *Indian Law Commission* nel 1856, il codice introdusse un'importante novità vietando agli ufficiali nativi di registrare eventuali ammissioni di colpevolezza rese dagli accusati nel corso delle indagini ⁽¹⁹³⁾.

Il codice di procedura penale del 1872 e quello successivo del 1882 confermarono, rispetto alle indagini di polizia, il modello del 1861.

L'*Act X of 1882*, in particolare, annoverava l'inchiesta tra le modalità di inizio del procedimento penale e affidava alla polizia la gestione delle prime fasi istruttorie. Il codice circondava la documentazione della confessione di notevoli cautele imponendo al *district magistrate* di riportare nel fascicolo del procedimento la sua personale valutazione sulla volontarietà della dichiarazione auto-accusatoria eventualmente resa nel corso delle indagini ⁽¹⁹⁴⁾. Allo stesso tempo estendeva vertiginosamente i termini di custodia preventiva confermando, in questo modo, un modello processuale sbilanciato sulle indagini di polizia: se nel corso delle indagini fossero emersi elementi sufficienti a sostenere l'accusa, la polizia avrebbe potuto disporre la custodia preventiva dell'accusato per un termine non superiore a ventiquattro ore; tuttavia, il magistrato aveva il potere di estendere i termini di custodia per un periodo non eccedente quindici giorni ⁽¹⁹⁵⁾.

Ancora negli anni Ottanta dell'Ottocento, a circa trent'anni di distanza dal primo dibattito parlamentare sul ricorso alla tortura, la polizia coloniale era dotata di fortissimi poteri investigativi. Come istituzione intermedia tra le autorità coloniali e la dimensione periferica, la polizia nativa continuava a costituire un'irrinunciabile

⁽¹⁹³⁾ Si veda sezione 147.

⁽¹⁹⁴⁾ Sezioni 162, 163 e 164.

⁽¹⁹⁵⁾ Sezione 167. Secondo W. Stokes questi poteri si rendevano del tutto necessari ed erano, in ogni caso "ragionevoli": sebbene esistessero molte obiezioni a trattenere gli accusati presso la stazione di polizia, appariva infatti irragionevole «To insist on his being forwarded to the magistrate, when his presence on the spot may be indispensable for tracking out crime or recovering property». Del resto, un rinvio prematuro del prigioniero avrebbe potuto costituire «a serious impediment to justice». *Ibidem*.

istituzione disciplinare, necessaria ad assicurare il controllo politico della colonia ⁽¹⁹⁶⁾.

I codici di procedura penale della stagione 1860-1882, i quali assicuravano notevoli privilegi processuali ai soggetti di nascita britannica, disattesero completamente le richieste, provenienti sia dall'interno che dall'esterno della colonia sin dagli anni Trenta dell'Ottocento, di elaborare un sistema unico di amministrazione della giustizia, quanto meno con riferimento alla sfera del penale.

Tuttavia gli sforzi per l'uniformazione delle giurisdizione non andarono tutti perduti. Nel febbraio 1883 Lord Ripon, governatore generale e viceré dell'India dal 1880 al 1884, introdusse presso il Consiglio legislativo un *Bill* (denominato *Ilbert Bill*) attraverso cui venne proposto di sottoporre i soggetti di nascita britannica residenti nel *mofussil* alla giurisdizione criminale dei magistrati e dei giudici nativi.

Come era prevedibile la proposta di legge suscitò un forte malcontento presso la popolazione europea residente in colonia. Riprendendo gli elementi del discorso che aveva accompagnato la pubblicazione dei *Draft Act* di Drinkwater Bethune, la comunità europea sosteneva che l'approvazione dell'*Ilbert Bill*, nel privare i sudditi europei delle garanzie processuali di *common law*, avrebbe minato la stabilità politica del governo indiano: l'abolizione dei diritti di nascita degli *European-British subjects*, i quali appartenevano alla stessa "razza" dei dominatori coloniali, avrebbe diminuito il prestigio dei colonizzatori britannici agli occhi della comunità indigena ed avrebbe contribuito, per questa a via, a compromettere il mantenimento dell'ordine coloniale ⁽¹⁹⁷⁾.

Alcuni degli argomenti utilizzati per contrastare l'approvazione della proposta di legge vennero riassunti in un memoriale datato 18 aprile 1883 registrato negli archivi coloniali con il titolo di *Memorial of European and Anglo-Indian British subjects of North Bhagalpur (Bihar)* ⁽¹⁹⁸⁾.

Se l'*Ilbert Bill* fosse entrato in vigore — è quanto si legge nel

⁽¹⁹⁶⁾ Cfr. ABBATE, *Ordinamenti*, pp. 52-54.

⁽¹⁹⁷⁾ Tutti questi argomenti in *Memorial of European and Anglo-Indian British subjects of North Bhagalpur (dated 18th April, 1883)*, IOR L/PJ/6/99 File 891.

⁽¹⁹⁸⁾ *Ibidem*.

documento — gli *European-British subjects* residenti in colonia sarebbero stati esposti « ai capricci » degli ufficiali nativi del *mofussil*, circostanza che avrebbe incoraggiato la popolazione indigena a promuovere cause pretestuose, e sarebbero stati soggetti a un regime processuale che poteva definirsi, nel confronto con la tradizione di *common law*, propriamente “incostituzionale” (199).

Non poteva sfuggire, nell’opinione dei memorialisti, che i giudici e i magistrati nativi fossero del tutto privi delle capacità culturali e tecniche necessarie per giudicare un *European-British subject* e per assicurare, di conseguenza, la corretta amministrazione della giustizia criminale (200):

[M]any cases in which European British subjects are involved require an acute and critical knowledge of their manners and customs; [...] a few

(199) Si riporta di seguito uno stralcio del memoriale: « [...] your memorialists are of opinion that Mr. Ilbert’s Bill is calculated to militate against their interests and rights as Britons — rights that they proudly maintain throughout the civilized world. That your memorialists consider believe that, while the proposed Amendment Bill confers no new advantages on the Natives of this country, it completely deprives Britons of that privilege which they have always been accustomed to look upon as a hereditary right, namely, that of trial by men of their own creed and colour: and that, should Mr. Ilbert’s Bill be passed, Natives would be encouraged to institute vexatious and malicious cases in the Criminal Courts, on the most frivolous pretexts, simply with a view to harass and annoy European men and women, which, under the existing Criminal Procedure, they are unable to do ». *Ibidem*.

(200) Secondo gli estensori del documento erano gli stessi sudditi nativi a preferire che la giustizia in colonia venisse amministrata dagli ufficiali europei: « [M]ost natives themselves prefer to submit their lives and property to the impartial justice to Europeans officials, rather than to the somewhat capricious judgment of their own countrymen. It is to be wondered at, then, that Europeans, too, should concur with them in this suspects? ». Esistevano, secondo i memorialisti, numerose ragioni di politica coloniale che suggerivano il mantenimento dello *status quo*: « [T]he numerical disproportion between Europeans and Natives tends unmistakably to show that something besides physical force has helped in the subjugation and consolidation of this empire; and that any deprivation of the rights of the former would undermine that great and subtle force of which British prestige forms a not unimportant part. [T]he experience of the mutiny years shewed that, had it not been for the Europeans of the Mufassal, Government would have found itself powerless against the exigencies of the moment; and that your memorialists are of opinion that those who poured out their blood in defense of that Government are now being but ill-repaid by the deprivation of one of their most cherished rights ». *Ibidem*.

years of legal study, even in Europe, are not sufficient to qualify Natives to administer that justice to Europeans which a better knowledge of their habits and sentiments would assure to them ⁽²⁰¹⁾.

L'ordine discorsivo elaborato nel memoriale appena citato rappresenta un ottimo esempio della strategia di protesta elaborata dagli *European-British subjects* della colonia. Anche un altro documento — un *memorandum* preparato nell'aprile 1883 dalla Camera di Commercio della città di Bombay — offre interessanti spunti per l'analisi del dibattito relativo all'*Ilbert Bill*.

Gli estensori di questo secondo documento operavano una distinzione tra la società coloniale del “centro” e quella delle periferie rurali e, rivolgendosi al governo indiano, chiedevano di modulare l'intervento nella sfera della giustizia rispettando le particolarità delle due dimensioni. Per i membri della Camera di Commercio di Bombay i giudici nativi delle *Presidency towns* avrebbero potuto legittimamente esercitare giurisdizione anche sui *British-born subject* della colonia: « The examples of other Judges, the vigilant criticism of an able and influential Bar [...], and the influence of an intelligent public opinion, were generally felt to be sufficient guarantees against miscarriage of justice » ⁽²⁰²⁾.

Le modifiche proposte dall'*Ilbert Bill* erano invece totalmente illegittime con riferimento al *mofussil*, territori in cui un numero esiguo di sudditi europei doveva quotidianamente combattere contro i pregiudizi della società indigena:

It is not unnatural for the Native Judge in the Mufassal, however able he may be, and anxious to dispense justice impartially, to be to some extent influenced, it may be unwittingly, by the prejudices of his own people: he enjoys none of the advantages which the Native Magistrates in the Presidency Town possess, while the European who may be brought before him can neither have the assistance of his countrymen to defend him, nor the protecting influence of a strong and enlightened public opinion ⁽²⁰³⁾.

⁽²⁰¹⁾ *Ibidem*.

⁽²⁰²⁾ *From Under Secretary to Government, Bombay, to Secretary to Government of India, Legislative Department (n. 2351, dated 5th April, 1883)*, IOR, L/PJ/6/99 File 891.

⁽²⁰³⁾ *Ibidem*.

Nonostante le proteste della comunità europea residente in colonia l'*Ilbert Bill* entrò in vigore nel 1884 (*Act III of 1844*).

L'approvazione della legge modificò il codice di procedura del 1882 autorizzando le indagini e i giudizi nei confronti dei sudditi europei da parte dei giudici nativi del *mofussil*. Tuttavia nemmeno la novella legislativa riuscì a determinare una totale parificazione giurisdizionale tra i sudditi coloniali; i *British subjects* continuarono infatti a beneficiare di alcuni privilegi processuali: il diritto ad essere giudicati, per i casi punibili con una pena superiore ad un anno di reclusione, direttamente presso le *High Courts* (sez. 449); il diritto a beneficiare, anche nelle cause conoscibili dal magistrato del distretto, di una giuria di verdetto composta almeno per metà da soggetti europei (sez. 451-A).

In generale, il codice del 1882 proponeva un modello processuale che si avvicinava, in qualche misura, al modello inglese ed estendeva ai sudditi nativi alcune delle caratteristiche tipiche delle procedure di *common law*: alla sezione 491, ad esempio, il codice attribuiva alle *High Courts* il potere di emanare ordini di *habeas corpus* in favore di ogni persona detenuta illegalmente all'interno delle rispettive giurisdizioni ⁽²⁰⁴⁾.

Anche il modello del *trial by jury*, che aveva da sempre caratterizzato le procedure delle *Supreme Courts of Judicature*, venne esteso ai giudizi delle corti criminali del *mofussil*. Tuttavia, più di un elemento segnava la distanza tra il funzionamento del *trial by jury* britannico e la sua sperimentazione coloniale: il verdetto poteva essere emanato all'unanimità ovvero sulla base dell'opinione concorde della maggioranza dei giurati con il concorso del giudice. Il giudice che dissentiva dall'opinione della maggioranza aveva il potere di dismettere il corpo dei giurati; in questi casi, l'accusato veniva detenuto in custodia o ammesso al *bail*, e successivamente giudicato da una nuova giuria ⁽²⁰⁵⁾.

L'istituto della giuria d'accusa, invece, era sparito dal processo penale indiano a seguito dell'emanazione dell'*Act XIII of 1865*.

⁽²⁰⁴⁾ Si vedano, per il giudizio dinanzi alle *High Courts*, le clausole 305 e ss. Sulla giuria nel codice del 1882 cfr. STOKES, *The Anglo-Indian Codes*, Vol. II, cit., p. 29.

⁽²⁰⁵⁾ STOKES, *The Anglo-Indian Codes*, Vol. II, cit., pp. 19-20.

7. *Gli sviluppi della legislazione coloniale: il potere normativo delle illustrations.*

Nel 1861 la Corona d'Inghilterra, titolare unica, a seguito dell'emanazione dell'*Act for the Better Government of India* del 1858, dei poteri di governo sui territori dell'India, dispose l'istituzione di una terza *Indian Law Commission* incaricata di esaminare ed implementare una delle principali riforme auspiccate dalla precedente *Law Commission*, ovvero l'elaborazione di un nuovo sistema di diritto civile preparato sulla base del diritto inglese e valido per tutte le aree della colonia.

La Commissione operò per circa due anni e, nel giugno del 1863, sottopose al governo un primo *report* illustrativo dei lavori svolti. Al *report* venne accompagnata la bozza di un corpo di norme disciplinante la materia delle successioni e delle eredità — che la Commissione definiva « Code » — applicabile ai sudditi indiani non appartenenti alla religione indù o musulmana (*Indian Succession Act*) ⁽²⁰⁶⁾.

Il *report* della terza *Indian Law Commission* costituisce un elemento di raccordo tra le esperienze legislative indiane e inglesi di fine Ottocento e risulta interessante almeno per due distinti ordini di motivi.

In primo luogo, il sistema di diritto civile elaborato dalla Commissione si presentava come un insieme di regole giuridiche, disciplinanti la materia delle « inheritance and succession », tendenzialmente completo e preparato attraverso un metodo sistematico di collocazione delle norme. Questo genere di produzione legislativa, indicato con l'espressione « partial codes », venne presentato nell'ambito del dibattito inglese tardo ottocentesco sulla codificazione come una valida alternativa a un più complesso progetto codificatorio di ispirazione benthamiana ⁽²⁰⁷⁾.

In secondo luogo la Commissione scelse di adottare, seguendo l'esempio della prima *Indian Law Commission*, la tecnica delle *illustrations*. Tale tecnica iniziò tuttavia ad assumere un significato nuovo e inimmaginabile negli anni della Commissione Macaulay.

⁽²⁰⁶⁾ Cfr. ILBERT, *Indian Codification*, cit., pp. 349-350.

⁽²⁰⁷⁾ Un esempio in G.S. BOWER, *Codification of English Law. A Retrospect and a Prospect*, in « The Westminster Review », LXV (1884), pp. 450-495, in part. p. 492.

La prima *Indian Law Commission* confinava il ruolo delle *illustrations* nell'ambito dell'interpretazione delle disposizioni dell'*Indian Penal Code* negando che potesse esistere una fonte di produzione normativa interna al codice diversa dalle « enacting clauses » e dalle « definitions ». La posizione della Commissione Macaulay circa il significato e la funzione delle illustrazioni poteva essere così riassunta: « the definition and enacting clauses contain the whole law; the illustrations making nothing law which would not be law without them » (208).

Anche la terza *Indian Law Commission* attribuiva alle *illustrations* una funzione prevalentemente interpretativa. Allo stesso tempo, tuttavia, riteneva che le clausole contenenti illustrazioni costituissero esse stesse la “parte normativa” del nuovo corpo di diritto civile (« The illustrations are not merely examples of the law in operation, but are the law itself showing by examples what it is » (209)) e fossero capaci, al pari dei *decided cases* dell'ordinamento inglese, di produrre a loro volta diritto (210).

Così come le decisioni giudiziali specificavano di volta in volta i confini applicativi delle regole giuridiche così le *illustrations* facilitavano l'interpretazione del diritto contribuendo, in via preventiva e generale, a “precisare” il dettato normativo: « [...] illustrations, while they make the definitions and rules more easy to be understood, also serve to render them more precise » (211).

Sebbene esistessero distanze incolmabili tra l'ordinamento giu-

(208) *A Copy of the Penal Code*, cit., p. 15. Come si legge nel *report*, le affermazioni della commissione Macaulay secondo cui « the definition and enacting clauses contain the whole law » e che « the illustrations making nothing law which would not be law without them » sono corrette solo se interpretate « come meramente implicanti che dal punto di vista del legislatore le illustrazioni determinano nient'altro che ciò che senza di loro sarebbe stato determinato da una corretta applicazione delle regole alle quali esse sono annesse ». *First report of Her Majesty's commissioners*, cit., p. 8. Traduzione mia.

(209) *First report of Her Majesty's commissioners*, cit., p. 8.

(210) Questo passaggio è espresso in maniera molto chiara nel *report*: « As, however, much law has been made by judicial decisions, which determine questions respecting the applications of written rules of law, so law may without impropriety be said to be made by the illustrations, in the numerous cases in which they determine points about which, without their guidance, there would be room from difference of opinion even among learned and able judges ». *Ibidem*.

(211) *Ibidem*.

ridico della madrepatria e quello indiano il riferimento al modello britannico di produzione normativa era, ad avviso della Commissione, pienamente legittimo. Al pari del diritto inglese il sistema di *substantive law* elaborato per la colonia combinava regole di natura legislativa con principi emersi da *decided cases*. V'era, tuttavia, una profonda differenza tra le *illustrations* indiane e le *judicial decisions* inglesi. In India

[...] the decisions are not made by judges in trying causes but by the legislature itself in enacting the law, and though they are an important part of the law, settling points which without them would have been left to be determined by the judges, yet they are strictly confined to the function of guiding the judges in the future decisions, and of explaining in what manner the definitions and rules to which they are annexed are to be interpreted and applied ⁽²¹²⁾.

Così come formulata la proposta della *Indian Law Commission* aveva una portata fortemente innovativa. Sarebbe stato lo stesso legislatore a indicare ai giudici la traccia interpretativa da seguire nell'applicazione delle norme del « Code ». Inoltre le *illustrations* sarebbero state considerate di natura normativa e non avrebbero potuto essere modificate se non per via legislativa. All'insieme delle decisioni giudiziali sarebbe stato in questo modo affiancata una nuova e importantissima fonte interpretativa, produttiva di diritto, inderogabile in virtù del carattere propriamente normativo.

La *Indian Law Commission* precisava che la preparazione in via legislativa di un insieme di *decided cases* non avrebbe compromesso, né avrebbe in alcun modo limitato, la discrezionalità e i poteri interpretativi dei giudici indiani, i quali avrebbero continuato a utilizzare il potere di *law-supplying* per risolvere tutti i dubbi interpretativi generati dalle illustrazioni stesse.

L'unico limite al potere interpretativo del giudice sarebbe stato costituito dal divieto di etero-integrazione normativa del testo del codice: se il giudice avesse riscontrato una lacuna legislativa, questi avrebbe dovuto decidere in maniera conforme ai principi di giustizia, equità e buona coscienza e avrebbe dovuto astenersi, in ogni

⁽²¹²⁾ *Ibidem*.

caso, dal colmare tale lacuna ovvero dal risolvere una questione dubbia attraverso il riferimento a sistemi normativi esterni al « Code »⁽²¹³⁾.

Per evitare che le interpretazioni giudiziali si sovrapponevano al dato normativo e, allo stesso tempo, assicurare un costante adeguamento della legislazione allo stato della società indiana, la Commissione proponeva di istituire un meccanismo di continua revisione del « Code ».

Ad intervalli di tempo prestabiliti il legislatore coloniale avrebbe dovuto risolvere tutte le questioni interpretative sorte in sede di applicazione del « Code », valutando se conferire o meno autorità legislativa a determinate interpretazioni giudiziali (« and leaving nothing to rest as law on the authority of previous judicial decisions »)⁽²¹⁴⁾.

Ciascuna nuova edizione del « Code » avrebbe incorporato, sotto forma di definizioni, regole e illustrazioni, le modifiche normative proposte durante il periodo di vigenza dell'edizione immediatamente precedente e avrebbe ricompreso tutte le nuove regole giuridiche imposte « by the rise of new interests and new circumstances in the progress of society »⁽²¹⁵⁾.

La bozza dell'*Indian Succession Act* venne presentata presso il Consiglio legislativo dal *law member* Henry Sumner Maine e divenne legge nel 1865 (*Act X of 1865*). Tra il 1866 e il 1870 la *Indian Law Commission* presentò altri sei *reports* contenenti proposte di legge relative alla materia civile (in particolare al diritto dei contratti), al diritto societario, e al diritto processuale le quali, tuttavia, incontrarono nell'immediato più di un ostacolo alla loro approvazione⁽²¹⁶⁾.

Tra il 1871 e il 1872 il processo di produzione legislativa indiana

⁽²¹³⁾ Nell'interpretazione dei casi dubbi, non sarebbe stato ammissibile alcun ricorso ad ogni altro sistema di diritto « allo scopo di risolvere autoritativamente un'ambiguità ovvero supplire a un'omissione ». Traduzione mia. Ivi, p. 9

⁽²¹⁴⁾ *Ibidem*.

⁽²¹⁵⁾ *Ibidem*.

⁽²¹⁶⁾ Questo periodo fu caratterizzato da una prolungata inattività legislativa e tale tendenza terminò solo nei primi anni di attività di James Fitzjames Stephen come *Law member* del Consiglio del governatore generale (1869-1872). Si veda in proposito ILBERT, *Indian Codification*, cit., pp. 349-350.

subì una nuova accelerazione con l'emanazione del *Contract Act (Act IX of 1872)*, dell'*Indian Evidence Act (Act I of 1872)* ⁽²¹⁷⁾ e di una nuova versione del codice di procedura penale (*Act X of 1872*). Tutti questi prodotti legislativi erano caratterizzati dal ricorso alla tecnica normativa delle *illustrations*.

⁽²¹⁷⁾ L'Act si trova in STOKES, *The Anglo-Indian Codes*, Vol. II, cit., pp. 842-936.

CAPITOLO TERZO

LA SCIENZA DEL DIRITTO TRA INDIA E INGHILTERRA

1. Un “omaggio” inglese al Continente. — 2. *Form of Law* e “conoscibilità” del diritto. — 3. Il ruolo divulgativo dell’“opera scientifica”: i contributi di Stephen e Amos. — 4. La codificazione del diritto “in dettaglio”: la proposta di Frederick Pollock. — 5. Un codice penale per l’Inghilterra (II). — 6. I “codici parziali” dell’Inghilterra.

1. *Un “omaggio” inglese al Continente.*

In un articolo del 1878 pubblicato nella sezione “Attualità” della “Rivista Penale” veniva riportata la notizia, di sicuro interesse per i criminalisti del Continente europeo, della recente discussione presso il Parlamento inglese di una proposta di legge avente ad oggetto l’emanazione di un codice penale e di un codice di procedura penale:

Il Parlamento inglese s’occupò circa la metà di maggio di varie quistioni assai importanti in materia giuridica, e che meritano l’attenzione del continente. Ma più specialmente reclama tutto il nostro interesse la presentazione fattavi dall’Attorney-General di un progetto di codice penale e di procedura penale. È un fatto singolarissimo codesto, poiché è la prima volta che al Parlamento inglese si faccia la proposta di un codice. È un omaggio, benché tardo, reso al sistema legislativo continentale; ed è l’unico modo di cui l’Inghilterra possa giovarsi per uscire una buona volta da quel caos di statuti, di privilegi e di diritto consuetudinario, che rende così imperfetta, confusa e talora cieca l’amministrazione della giustizia in un paese che pur vanta d’essere quasi a capo della civiltà del mondo ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ *Inghilterra. Progetto di codice penale e di procedura penale*, in « Rivista Penale », VIII, 1878, pp. 466-468.

La presenza di argomenti comparatistici nelle riviste italiane di età liberale non è inusuale. Chi ha familiarità con i periodici del tempo, e in particolare con la “Rivista Penale”, sa bene quanto queste pubblicazioni fossero attente alle vicende legislative europee e nordamericane e dedicassero parecchie pagine di analisi alle riforme di particolare interesse scientifico e culturale, quand’anche riguardassero uno stato estero.

L’evento annunciato nella comunicazione del 1878 aveva, tuttavia, una portata straordinaria: per la prima volta nella sua storia, l’Inghilterra si preparava ad accogliere una riforma radicale del sistema giuridico nazionale scegliendo una misura legislativa di ampia sperimentazione europea ed avvicinandosi, in questo modo, al modello continentale di legislazione criminale.

L’autore della comunicazione non mancava di rivendicare le origini continentali del modello di riforma di prossima discussione parlamentare (la codificazione quale « omaggio [...] al sistema legislativo continentale ») omettendo, tuttavia, di considerare che l’Inghilterra poteva vantare la strettissima parentela con un ordinamento giuridico di recente codificazione, quello della colonia indiana.

È interessante osservare che il riferimento operato dalla “Rivista Penale” alla eterogeneità delle fonti del diritto inglese, all’esistenza di privilegi, al ricorso al diritto consuetudinario, sembrava richiamare, in qualche misura, proprio la rappresentazione inglese dell’universo giuridico coloniale in un momento precedente a quello della codificazione. Così come, a partire dagli anni Trenta dell’Ottocento, l’Inghilterra vedeva nell’elaborazione di un codice per l’India un espediente volto a rimediare al disordine dell’ordinamento coloniale, così, alla fine del secolo, gli osservatori continentali indicavano nella codificazione l’unica valida soluzione contro i difetti del diritto e della giustizia criminale inglese.

La “Rivista Penale” non fu, naturalmente, l’unico periodico europeo ad occuparsi della discussione presso il Parlamento inglese della proposta di legge del 1878. Sin dalla prima metà degli anni Settanta dell’Ottocento la “Société de Législation Comparée”, fondata a Parigi nel 1869, si era mostrata particolarmente interessata al

dibattito inglese sulla codificazione facendo particolare attenzione al tema della riforma del sistema di diritto penale (2).

Nel maggio del 1878 fu proprio un membro della “Société”, Georges Louis, ad annunciare la presentazione del codice penale presso il Parlamento inglese e a offrire ai lettori del “Bulletin”, pubblicazione periodica ufficiale della “Société”, una panoramica storico-politica degli eventi che avevano condotto alla vigilia di tale esperimento legislativo (3).

L'autore della comunicazione ricordava come, abbandonate ormai le tesi di Thomas Babington Macaulay sulla irrealizzabilità di un codice presso un governo libero (« a free Government »), l'Inghilterra aveva iniziato, sin dalla metà dell'Ottocento, ad interessarsi al tema della codificazione. Ricordava come, proprio nel periodo di stesura dell'articolo, il Parlamento inglese si accingeva alla nuova prova (4) di codificazione e come tale esperimento si presentava sotto circostanze eccezionalmente favorevoli (« exceptionnellement favourable ») (5). Questa volta, infatti, il successo della riforma sarebbe stato assicurato dalla partecipazione ai lavori parlamentari di un eminente giurista — il quale si distingueva per elevazione spirituale, pratica forense (« il a été avocat éminent ») e preparazione scientifica (« Auteur et professeur, il a publié plusieurs ouvrages d'une solide valeur, et il a commencé récemment, à la demande du Conseil de l'enseignement du droit, un cours de Common law aux Inns of Court ») — ovvero James Fitzjames Stephen (6).

Naturalmente, ciò che più di tutto rendeva Stephen particolarmente qualificato a guidare il Parlamento inglese verso una riforma particolarmente controversa era la sua pregressa attività di legislatore indiano: la lunga pratica legislativa in colonia, la familiarità con sistemi normativi codificati, il successo riscosso nell'elaborazione

(2) Cfr. L. RADZINOWICZ, *Sir James Fitzjames Stephen (1829-1894) and his Contribution to the Development of Criminal Law*, London, Bernard Quaritch, 1957, p. 19.

(3) G. LOUIS, II. M. *Georges Louis annonce en ces termes la présentation d'un projet de Code pénal et de Code de procédure criminelle au Parlement anglais*, in « Bulletin de la Société de Législation Comparée », n. 8, agosto 1878, pp. 549-565.

(4) Letteralmente, « nouvelle preuve ». *Ibidem*.

(5) *Ivi*, p. 520.

(6) *Ibidem*.

degli « Indian Codes » legavano indissolubilmente la figura ed il nome di Stephen alla pratica della codificazione tanto da poter affermare che « l'histoire de ses travaux se confond avec celle de la codification » (7).

Dopo oltre un ventennio dalla promulgazione dell'*Indian Penal Code* del 1861 la Gran Bretagna faceva ricorso a tutta l'esperienza maturata in colonia per affrontare la difficile prova della codificazione. Il riferimento nell'articolo del "Bulletin" al primo codice penale dell'India britannica non era casuale: già da lungo tempo i più illustri giuristi inglesi, tra i quali Henry Sumner Maine, sostenevano che il codice Macaulay sarebbe stato presto o tardi destinato « à servir de modèle pour le droit criminel anglais » (8).

2. Form of Law e "conoscibilità" del diritto.

Nonostante i numerosi richiami alla predestinazione dell'Inghilterra verso la codificazione è tuttavia noto che, durante la prima metà dell'Ottocento, i tentativi di promulgare un codice penale e di procedura penale non produssero risultati di particolare rilievo. La bozza di codice penale — pubblicata nel *Forth Report* del 1848 dalla seconda *Royal Commission* e introdotta nello stesso anno presso la *House of Lords* — venne divisa in due distinte proposte di legge (9). Il primo *Bill* (*The Criminal Law Amendment Bill*, relativo ai principi generali di responsabilità criminale, all'omicidio e ad altri reati contro la persona) venne reintrodotta in Parlamento nel 1853, ma non venne approvata a causa della forte opposizione del potere giudiziario: secondo i giudici di Sua Maestà, consolidare in un unico *statute* tutto il diritto criminale, compreso quello consuetudinario, avrebbe di certo privato il *common law* della sua elasticità: « [...] to reduce unwritten law to statute is to discard one of the greatest

(7) *Ibidem*.

(8) *Ivi*, p. 553.

(9) *The Criminal Law Amendment Bill* (relativo ai principi generali di responsabilità criminale, all'omicidio e ad altri reati contro la persona) e un secondo *bill* relativo al reato di *larceny* e altri reati. Sulle riforme del periodo 1833-1860 GLAZEBROOK, *Criminal Law Reform*, cit., pp. 493-496.

blessing we have for ages enjoyed in rules capable of flexible applications » (10).

La situazione era tuttavia destinata a cambiare. Nella seconda metà dell'Ottocento veniva da più parti sottolineata la necessità di individuare nuovi strumenti volti a favorire l'accessibilità alle fonti giuridiche da parte dei sudditi del regno modificando il sistema di diffusione del diritto nel paese a partire dai meccanismi di formazione dei giuristi. Per porre rimedio alla diffusa assenza di un'adeguata educazione giuridica — gli stessi "tecnici" della materia ne erano talvolta privi — la *Select Committee on Legal Education*, nominata dal governo di Sua Maestà nel 1846, suggeriva l'istituzione di un sistema formativo di tipo universitario lontanissimo dai tradizionali metodi di insegnamento del diritto. A tali proposte si aggiunsero le richieste del nascente ceto dei giuristi "accademici" — molti dei quali appartenevano alla *School of Law and Modern History*, istituita ad Oxford nel 1850 e trasformata nel 1872 nella *Oxford School of Jurisprudence* — di una risistemazione del diritto che ne consentisse lo studio sistematico (11).

Proprio l'istituzione della *Oxford School of Jurisprudence* ha costituito, nell'opinione della storiografia, un passaggio fondamentale per l'affermazione in Inghilterra di una nuova figura di giurista, il professore universitario, titolare dell'alto compito istituzionale della ricomposizione, in chiave scientifica, dei complessi normativi del sistema di *common law* (12).

La crescente affermazione di una dottrina giuridica propriamente universitaria non comportò soltanto un rinnovamento nello studio e nell'insegnamento delle materie giuridiche. Fu proprio dalla sede universitaria che iniziò a diffondersi una nuova concezione del diritto come insieme di principi giuridici suscettibili di organizzazione sistematica. Da tali assunti dottrinali — chiaramente ispirati alla filosofia del diritto di John Austin — discendeva altresì la

(10) Era questa l'opinione del giudice J. Talfourd, riportata in A. H. MANCHESTER, *Simplifying the Sources of the Law: An Essay in Law Reform*. II. *James Fitzjames Stephen and the Codification of the Criminal Law of England and Wales*, in « Anglo-American Law Review », (1973) 2, pp. 527-551, cit., p. 527.

(11) Tutte queste notizie, in FRED A, *Stare Decisis?*, cit., pp. 537-551.

(12) Ivi, p. 539-551.

necessità, avvertita da molti dei giuristi della scuola di Oxford, di rintracciare un modello di produzione normativa rispettoso dei canoni della legislazione “scientifica” e un metodo di studio propriamente analitico, reso possibile dalla facile reperibilità e dalla piena disponibilità delle fonti (13).

Non v'è dubbio che tali opzioni dottrinali ebbero un ruolo fondamentale nella preparazione del terreno teorico di una nuova fase della vicenda inglese di codificazione del diritto penale.

Negli anni Sessanta dell'Ottocento fu proprio un giurista della *Oxford School of Jurisprudence*, Thomas Erskine Holland, a riaprire il dibattito sulla codificazione del diritto lanciando, dalle pagine

(13) Come è noto, Austin aderiva alla concezione benthaminana del diritto, fondata sull'idea della superiorità della legislazione sul *Judge made law*, e, sebbene ammettesse la necessità del diritto di creazione giurisprudenziale, riteneva indispensabile una codificazione intesa come sistemazione del diritto esistente attraverso un metodo scientifico, finalizzata ad assicurare la certezza e l'unitarietà dell'ordinamento giuridico inglese. Elemento centrale della riflessione di Austin era la distinzione tra diritto e morale, un passaggio cruciale anche per i giuristi analitici che gli succedettero, la quale costituiva una conseguenza obbligata della definizione che egli offriva del diritto come un comando sanzionato del sovrano, applicabile presso le corti di giustizia. Questa convinzione, esposta nell'opera *The Province of Jurisprudence Determined* (1832) e ribadita nelle *Lectures on Jurisprudence* (pubblicate postume, nel 1869), predisponesse il terreno teorico per la ridefinizione della forma di espressione del *common law*. Ed infatti, identificato l'oggetto della scienza giuridica nel diritto positivo, Austin ammetteva la possibilità di estrarre regole giuridiche dal sistema di *common law*, rintracciandole nella pratica delle corti di giustizia, ed ordinarle in maniera sistematica: le regole del *common law* costituivano non già l'espressione diretta del comando dei giudici quanto l'espressione indiretta della volontà del legislatore la quale imponeva che i principi delle decisioni giudiziali fossero osservati come regole di condotta. Accettando questa visione del rapporto costituzionale legislatore/giudici e la conseguente necessaria riconfigurazione dei meccanismi di produzione normativa in chiave positivista (il diritto come comando, sia pure indiretto, del legislatore) l'intera rappresentazione del sistema giuridico inglese ne sarebbe risultata irrimediabilmente compromessa. Il *common law* avrebbe cessato di costituire un insieme di principi e dottrine (*learnings*) che i soli giudici potevano individuare e “dichiarare”. In generale il diritto avrebbe rappresentato nient'altro che l'insieme delle regole espressive della volontà del sovrano, totalmente distinto dalla morale stante il carattere prettamente positivo, suscettibile di essere ordinato in maniera sistematica e secondo un metodo scientifico. FRED A, *Stare Decisis?*, cit., pp. 537, ss; si veda anche LOBBAN, *Legal Theory*, cit., pp. 553-94. Sulla concezione di Austin di responsabilità criminale, colpevolezza e imputabilità, SMITH, *Lawyers*, cit., pp. 122-127.

della “Edinburgh Review”, una proposta volta a promuovere il ricorso a forme “scientifiche” di legislazione (« [...] the movement toward scientific legislation ») (14).

In un saggio dal titolo *Codification* (1867) Holland proponeva di riorganizzare, secondo un metodo scientifico e attraverso un « connected system », tutto il diritto vigente in Inghilterra e di preparare un codice di *common law* e uno *statute code*. Entrambi i codici sarebbero stati infine riuniti in un unico “corpo” di diritto, « assiomaticamente espresso e logicamente distribuito » che avrebbe sostituito *common* e *statute law* (15).

Nella proposta di Holland il tema della codificazione del diritto è strettamente legato alla questione della *legal education*: anticipando di un decennio le analisi di Stephen e Pollock, Holland insisteva sulla necessità di preparare — a beneficio di studenti e giuristi — un corpo razionale di diritto suscettibile di studio sistematico. La codificazione, continuava Holland, avrebbe reso il diritto una materia “popolare” anche per il grande pubblico: « The knowledge of law which under a well-arranged system is practically attainable by the people is much greater than may be imagined » (16).

Partendo dalla produzione dello *statute code*, Holland proponeva di sottoporre gli *Acts* ad un processo di *expurgation* e *sifting* (vaglio) finalizzato ad eliminare il diritto statutario non più in vigore e a separare le “true general English laws” dalle leggi aventi portata “particolare” (*local or personal statutes*). Gli *Acts* così selezionati sarebbero stati sistemati all’interno di un digesto sulla base di una classificazione in Libri, Titoli, e così via (17); sarebbero stati succes-

(14) Il saggio *Codification* apparso, nel 1867, sulla *Edinburgh Review* venne successivamente inserito, insieme ad altri contributi dello stesso autore, nell’opera del 1870 *Essays upon the form of the Law* (London, Butterworths).

(15) « The idea, whether it be regarded as immediately attainable or not, will be of inestimable value as the guide and regulator of their endeavours ». HOLLAND, *Essays*, cit., p. 55.

(16) Ivi, p. 58.

(17) Secondo Holland, il digesto poteva essere definito come una distribuzione « according to a preconceived system, into books, Titles and so forth, of a body of law previously not so distributed, such laws retaining nevertheless their independent vitality,

sivamente consolidati e risistemati secondo un criterio di distribuzione per materie.

Il processo di consolidazione (*welding together*), attraverso il quale il “digesto” sarebbe divenuto un vero e proprio “codice”, avrebbe operato sui vari frammenti degli *Acts* allo scopo di annientare la loro “esistenza separata” « and fuse them into one new enactment » (18).

Il *common law code* sarebbe stato preparato sulla base del medesimo procedimento. I principi di *common law* sarebbero stati rintracciati all’interno dei *reports of decided cases* e dei *books of authority*; i *cases* sarebbero stati ridotti al loro “risultato netto” asserito in maniera assiomatica: « Consolidation and codification are inapplicable to common law as embodied in concrete cases, which must therefore be reduced to their net result stated axiomatically before they can be subjected to these process » (19).

Uno dei più interessanti elementi delle proposte di Holland consisteva nel tentativo di individuare meccanismi legislativi finalizzati ad assicurare, da un lato, l’interpretazione e l’applicazione uniforme delle regole giuridiche codicistiche e, dall’altro lato, la costante revisione e l’aggiornamento del codice ai risultati della giurisprudenza.

Nell’opera del 1870 *Essays upon the form of the Law* Holland insisteva affinché, nella preparazione del codice, i principi di *common law* desunti dai *decided cases* venissero espressi « in the ipsissima verba of the judges » (20). Sosteneva, poi, che sarebbe stato necessario inserire nel testo del codice degli “esempi” di interpretazione e applicazione dei principi giuridici attraverso il ricorso a una tecnica normativa simile a quella delle *illustrations*: « To establish the application of principles to complicated facts, résumés of cases must be given, which would resemble the “illustration” of the Indian Law Commissioners » (21).

and being, under the ultimate subdivisions of the work, arranged in a merely arbitrary order ». Ivi, p. 60.

(18) Ivi, p. 62.

(19) *Ibidem*.

(20) Ivi, p. 71, corsivo nel testo.

(21) *Ibidem*.

Inoltre, Holland suggeriva di istituire un organo legislativo permanente (*Law Council*) incaricato di vigilare sul funzionamento del codice nonché di vagliare e classificare i risultati dei *reported cases* periodicamente pubblicati. Ad intervalli di dieci anni il Parlamento avrebbe dovuto ripubblicare il codice sulla base delle indicazioni del *Law Council*: ciascuna nuova edizione del *Code* avrebbe incorporato i risultati infra-decennali della legislazione e dell'attività delle corti giustizia assicurando, per questa via, la stretta corrispondenza tra legislazione e giurisprudenza ⁽²²⁾.

Secondo Holland l'assenza di un sistema di revisione avrebbe inevitabilmente provocato il fallimento del codice, impedendo che quest'ultimo acquisisse un sufficiente grado di flessibilità attraverso il continuo aggiornamento ai progressi della società (progressi di cui la legislazione e la giurisprudenza avrebbero dovuto costituire espressione). Ciò nonostante esistevano nella pratica ben pochi esempi di sperimentazione di meccanismi di aggiornamento codicistico. Holland ricordava che la predisposizione di un sistema di revisione era stata raccomandata dal legislatore indiano: « [...]the Indian Law Commissioners have recorded their opinion that "at intervals of only a few years, the enacted law ought to be revised, and so amended as to make it contain as completely as possible, in the form of definitions, of rules or illustrations, everything which may from time to time be deemed fit to be made a part of it, leaving nothing to rest as law on the authority of previous judicial decisions" » ⁽²³⁾.

Il riferimento al lavoro *Indian Law Commission* dimostra come Holland esprimesse un grande consenso per la produzione legislativa della colonia indiana e, in particolare, per l'*Indian Penal Code*. Riteneva che tale corpo di diritto (definito « the most scientific piece of legislation in the English language ») fosse dotato di un carattere innovativo sorprendente e, costituendo un esempio di sistemazione del diritto conforme alle moderne esigenze della società, fosse capace di influenzare la stessa legislazione della madrepatria ⁽²⁴⁾:

⁽²²⁾ Ivi, p. 63.

⁽²³⁾ Ivi, p. 64 n.

⁽²⁴⁾ Ivi, p. 50.

It is probable that the future effect of this great work will not be confined to our eastern empire. A code based upon the law of England, but in which all feudal peculiarity have been omitted, and such changes have been freely made as the advanced opinion of modern times seemed to require, can hardly fail to influence our home legislation ⁽²⁵⁾.

3. *Il ruolo divulgativo dell'opera scientifica: i contributi di Stephen e Amos.*

Il dibattito sulla codificazione conobbe, negli anni Settanta dell'Ottocento, una significativa svolta qualitativa grazie al contributo di James Fitzjames Stephen. Già negli anni Sessanta Stephen aveva dedicato importanti pagine dei suoi lavori al tema della codificazione ⁽²⁶⁾. Tuttavia, è a partire dal 1872 (anno del suo ritorno in madrepatria dopo l'esperienza istituzionale indiana) che « la storia dei suoi lavori si confonde con quella della codificazione » ⁽²⁷⁾.

James Fitzjames Stephen svolse un ruolo fondamentale nella storia delle riforme del diritto coloniale indiano rivestendo l'incarico di *Law member of the Viceroy's Council* dal 1869 al 1872. La partecipazione attiva ai processi di produzione legislativa dell'India britannica offrì a Stephen, in primo luogo, un esempio concreto della "praticabilità" della codificazione (è quanto si legge nelle opere di Stephen degli anni Settanta del secolo XIX) fornendogli altresì i "materiali" per importare tale metodo di produzione normativa nella madrepatria britannica.

L'attenzione di Stephen per la legislazione indiana si concentrò, principalmente, sulla materia del diritto e della procedura penale (come è stato in precedenza ricordato Stephen partecipò attivamente alla preparazione dell'*Indian Code of Criminal Procedure, Act X of 1872*).

L'attività legislativa di Stephen coinvolse, in ogni caso, differenti settori del diritto indiano: tra il 1870 e il 1871, ad esempio, il *Law member* Stephen preparò la bozza dell'*Indian Evidence Act*, entrato in vigore nel 1872, assicurandosi, in questo modo, un ruolo da

⁽²⁵⁾ Ivi, p. 51.

⁽²⁶⁾ Cfr. J.F. STEPHEN, *A General view of the Criminal Law of England*, London, Macmillan & co., 1863.

⁽²⁷⁾ LOUIS, II. M. *Georges Louis*, cit., p. 550. Traduzione mia.

protagonista in uno dei principali momenti di raccordo tra le esperienze codificatorie indiana e inglese.

Nel 1872 Stephen venne incaricato da *Lord Coleridge* (*Attorney General* dal 1871 al 1873) di predisporre un codice relativo alla materia delle prove da approvare ed applicare in madrepatria. Il corpo di diritto venne preparato nel corso dell'anno e redatto sotto forma di *Bill* proprio secondo il modello dell'*Indian Evidence Act* ⁽²⁸⁾.

In particolare, riprendendo lo stile ormai tradizionale della produzione normativa della colonia indiana, il *Bill* mirava a separare la materia delle prove da ogni altra branca processuale, a esporla in una forma sistematica e, per quanto possibile, sintetica comprendendo tutto il diritto contenuto in *cases* e *statutes* in regole positive, esempi, *illustrations* ⁽²⁹⁾. Il *Bill* venne introdotto presso il Parlamento inglese nel 1873 ma non venne approvato e non fu successivamente riproposto (come vedremo, tuttavia, i risultati di questo lavoro legislativo vennero successivamente raccolti da Stephen nell'opera del 1876 *A Digest of the Law of Evidence*).

Nella produzione scientifica degli anni Settanta Stephen, attingendo a elementi già emersi nella *General view of the Criminal Law of England* (1863), individuava i principali difetti del sistema giuridico della Gran Bretagna nella natura frammentaria delle fonti del diritto e nell'eccessivo uso di tecnicismi. Tali caratteristiche, secondo Stephen, rendevano il diritto inglese difficilmente conoscibile anche per i tecnici della materia ⁽³⁰⁾.

Il tema della conoscibilità del diritto costituiva uno dei principali elementi trattati nelle opere inglesi dedicate alla codificazione e rappresentava, secondo Stephen, la chiave di volta dell'intero processo di riforma. In un discorso tenuto nel 1872 presso la *Law Amendment Society*, successivamente pubblicato con il titolo *Codification in India and England* nella rivista "Law Magazine and

⁽²⁸⁾ Fu lo stesso Stephen a documentare questa vicenda: si veda J.F. STEPHEN, *A Digest of the Law of Evidence*, London, Macmillan & Co., 1876, pp. iii-xxi.

⁽²⁹⁾ Ivi, p. vii.

⁽³⁰⁾ Ivi, pp. iii-xxi.

Review”⁽³¹⁾, Stephen presentava al pubblico inglese la sua esperienza di legislatore coloniale esaltando la facile “accessibilità” del diritto indiano e la portata propriamente educativa degli *Indian Codes*⁽³²⁾:

The knowledge which every civilian you meet in India has of the Penal Code and the two Procedure Codes is perfectly surprising to an English lawyer. People who in England would have a slight indefinite rule-of-thumb knowledge of criminal law, a knowledge which would guide them to the right book in a library, know the Penal Code by heart, and talk about the minutest details of its provisions with keen interest. I have been repeatedly informed that law is the subject which native students delight in at universities, and that the influence, as a mere instrument of education of the codifying Acts, can hardly be exaggerated [...] ⁽³³⁾.

Nel novembre del 1872 la stampa periodica inglese dedicò decine di pagine di commento all'intervento di Stephen. Sorprendentemente, molti dei contributi pubblicati indicavano nei codici indiani un possibile modello di riferimento per la riforma del diritto inglese.

Un articolo apparso sulle pagine del “Morning Post” il 13 novembre 1872 si focalizzava, in particolare, sui nuovi sentimenti che l'Inghilterra stava maturando rispetto alla codificazione⁽³⁴⁾. I sudditi inglesi, si legge nel testo, avevano appreso quasi con invidia come il processo di riforma del diritto in India fosse risultato, ad un tempo, semplice ed efficace. Attraverso l'espedito di riunire i principi e le regole giuridiche relative ad una data materia in unico

⁽³¹⁾ J.F. STEPHEN, *Codification in India and England. Opening Address of the Session 1872-3 of the Law Amendment Society*, in « Law Magazine and Review; for Both Branches of the Legal Profession at Home and Abroad », IV serie, (1872), pp. 963-979. Sul punto e, in generale, sul coinvolgimento di Stephen nei tentativi inglesi di codificazione del diritto nel tardo Ottocento, L. RADZINOWICZ, *Sir James Fitzjames Stephen*, cit., p. 19, ss.

⁽³²⁾ Secondo Stephen, l'unica ragione che preveniva il popolo inglese dal considerare il diritto come una delle materie più interessanti e istruttive « is that English lawyers have thrown it into a shape which can only be described as studiously repulsive ». Ivi, p. 980.

⁽³³⁾ Ivi, pp. 979-980.

⁽³⁴⁾ Si veda, « The Morning Post », (London) Wednesday, November 13, 1872, p. 4.

Act, il diritto indiano aveva raggiunto un livello di popolarità e diffusione inimmaginabile per l’Inghilterra ⁽³⁵⁾.

Inoltre era impossibile ignorare il grado di “semplificazione” normativa prodotto dalle sperimentazioni giuridiche coloniali: il codice di procedura penale riusciva a sostituire circa trecento leggi e quasi duemila decisioni giudiziarie; l’*Indian Succession Act* conteneva, da solo, il diritto che in Inghilterra era sparso in un’intera biblioteca di *law books*.

Se i legislatori coloniali avevano saputo raggiungere tali straordinari risultati non v’era dubbio che anche la madrepatria dovesse intraprendere la strada della riforma: « What has been done for India cannot be impossible for England, if there were the courage and determination in the Government to risk the animosity of those who thrive upon “Chaos” and will do their utmost to prevent its reduction into “cosmos” » ⁽³⁶⁾.

Nel testo non veniva specificato chi fossero coloro che, preferendo il disordine ad una nuova e migliore sistemazione del diritto, avversavano la codificazione. In ogni caso, proseguiva l’articolo, il modo in cui Stephen aveva mostrato gli elementi a favore della riforma dimostrava con certezza la possibilità di semplificare il diritto inglese migliorandone la forma di espressione. Ogni suddito, presto o tardi, ne avrebbe acquisito la consapevolezza. Nessun dubbio, infine, circa il procedimento da seguire: sulla scorta dell’esempio indiano sarebbe stato necessario istituire una commissione permanente incaricata dell’elaborazione del *Bill* da sottoporre al Parlamento ⁽³⁷⁾.

Il discorso di Stephen — concludeva l’articolo — poneva a carico del governo una responsabilità politica impossibile da ignorare:

It would be difficult to overrate the importance of the address which Mr. Fitzjames Stephen has delivered on the Codification of the Law or the advantage which may be derived for it from this country whenever there is

⁽³⁵⁾ *Ibidem.*

⁽³⁶⁾ *Ibidem.*

⁽³⁷⁾ *Ibidem.*

a Ministry in power which will undertake to do for England what has been successfully accomplished in Her Majesty's East India possession ⁽³⁸⁾.

Un articolo apparso sul "Glasgow Herald" il successivo 14 novembre si concentrava sul potenziale educativo della codificazione coloniale ponendo un interrogativo al quale il governo inglese avrebbe presto dovuto rispondere ⁽³⁹⁾.

L'esempio dell'India coloniale offriva un modello per la codificazione del diritto in madrepatria ⁽⁴⁰⁾. Di conseguenza, diveniva difficile spiegare perché la Gran Bretagna non avesse adottato la medesima opzione di riforma rendendo un inestimabile favore ai sudditi del regno: « People would then be able to understand the laws under which they live, and would take a pleasure in studying them. That is impossible at present, except for a lawyer, because the laws are in a form which are absolutely repulsive. Why should they not be expressed in plain language, such as plain people could understand? » ⁽⁴¹⁾.

Agli inizi degli anni Settanta dell'Ottocento il richiamo alle sperimentazioni normative coloniali divenne un passaggio fondamentale delle analisi scientifiche dedicate al tema della codificazione ⁽⁴²⁾. Anche la stampa quotidiana e periodica iniziò ad ospitare contributi, dal carattere fortemente divulgativo, che indicavano nei codici indiani un modello da seguire per la codificazione inglese.

In un articolo apparso sul quotidiano "The Times" nel gennaio 1873, ad esempio, il campione indiano veniva presentato come una prova inconfutabile del successo della codificazione:

⁽³⁸⁾ *Ibidem*.

⁽³⁹⁾ Si veda, Glasgow Herald (Glasgow), Thursday, November, 14, 1872.

⁽⁴⁰⁾ « The success of codification and consolidation in India points the way for us in this country. What Englishmen have done in the East can surely be done at home ». *Ibidem*.

⁽⁴¹⁾ *Ibidem*.

⁽⁴²⁾ Si veda, ad esempio, F. NOLAN, *Essay on the Simplification effected by the Codes of Law prepared and adopted for British India, and the desirability of framing similar Codes for England, Ireland, and Scotland*, in « Journal of the Statistical and Social Inquiry Society of Ireland », VI, XLVIX, 1875/1876 (feb. 1876), pp. 542-569; F. V. HOWKINS, *Digest and Codes, with reference to Law Reform*, in Papers Read Before the Juridical Society, 1863-1870, Vol. III, London, Wildy & Sons-W. Ridgway, 1871, pp. 110-128. Sui temi della codificazione inglese si veda, da ultimo, BRAUN, *The English codification debate*, cit.

That a Code, and a good Code, too, is quite possible, is shown conclusively by the Indian Code, where the terse expression of the rule enunciated, followed by one or two apt examples which serve the purpose of leading cases, leaved nothing to be desired. How highly soever the authors of the Code must be paid, the cost to the country of each of these examples would be as nothing compared to the actual cost of a leading case [...] (43).

L'improvviso interessamento da parte del pubblico inglese per il tema della codificazione poteva difficilmente passare inosservato agli occhi degli studiosi del diritto.

Secondo Sheldon Amos, professore di *Jurisprudence* presso l'*University College* di Londra, i contributi apparsi nel novembre 1872 sulla stampa periodica costituivano sintomi certi di una crescente attenzione generale per il tema della codificazione (44).

Amos era favorevole alla codificazione del diritto inglese. A differenza di Holland, tuttavia, dubitava che l'esempio indiano potesse influenzare gli sviluppi della legislazione della madrepatria.

Nell'opera del 1873 *An English Code. Its difficulties and the modes of overcoming them. A practical application of the science of jurisprudence* — la quale ha costituito lo sforzo « più generoso ed accorto » verso la codificazione del diritto inglese — (45) Amos lanciò a sua volta una proposta di codificazione.

Amos riteneva che il diritto inglese dovesse essere codificato nella sua interezza (proponeva « the Codification of the whole body of Law at once ») e che, nell'ambito del procedimento codificatorio, il “tutto” dovesse necessariamente precedere le “parti” (« the whole must precede the parts ») (46). Una volta definita ed espressa l'idea di “Tutto”, l'elaborazione delle differenti parti del codice avrebbe rappresentato una semplice operazione di consolidazione da condurre “a più mani” (47).

(43) *Law Reform*, in « The Times », Thursday, January 2, 1873, p. 5.

(44) S. AMOS, *An English Code. Its difficulties and the modes of overcoming them. A practical application of the science of jurisprudence*, Strahan & co., London, 1873.

(45) PICCININI, *Tra legge e contratto*, cit., p. 25.

(46) AMOS, *An English Code*, cit., p. 3.

(47) Amos spiega questo punto attraverso le parole di Austin: « Mr. Austin (in his fragment, “Notes on Codification,” [...]), almost translating Thibaut, says, “A Code must be the work of many minds. The project must be the work of one; and revised by

Nella proposta del 1873 l'intero corpo del diritto inglese, compreso il diritto costituzionale, sarebbe stato codificato contemporaneamente e sulla base di un singolo piano di riforma (« at once and on a single uniform plan ») ⁽⁴⁸⁾.

Secondo Amos questa idea di codificazione, la quale si uniformava in qualche modo ai progetti codificatori della più ortodossa tradizione benthamiana ⁽⁴⁹⁾, avrebbe conferito uniformità e coerenza al sistema giuridico inglese rappresentando un esperimento legislativo senza precedenti. Amos faceva notare come tale riforma non fosse mai stata sperimentata nemmeno nei paesi tradizionalmente citati tra i principali artefici della codificazione: « It was not attempted in Rome; and it was not attempted in France; nor in any of the countries which have copied the French Code; nor in Prussia; nor in New York; nor in India » ⁽⁵⁰⁾.

Diversi aspetti rendevano peculiare l'idea di codificazione presentata da Amos. Sebbene il codice dovesse necessariamente tendere alla completezza e contenere, per quanto possibile, « the whole body of Law », sarebbe stato pur sempre necessario che alcune porzioni del diritto vigente rimanessero, almeno nelle prime fasi della riforma, incodificate. Amos prevedeva, ad esempio, l'esclusione dalla prima bozza del codice degli *statutes* aventi portata particolare: « the longer, more detailed, and more local or special Statutes » ⁽⁵¹⁾.

a Commission. The general outline, the work of one, might be filled up by divers. All importance, in Codification, of the first intention" ». Ivi. p. 4.

⁽⁴⁸⁾ Ivi, p. 32.

⁽⁴⁹⁾ In questo senso PICCININI, *Tra legge e contratto*, cit., p. 26.

⁽⁵⁰⁾ Ciascuno di questi paesi, continuava Amos, aveva sperimentato forme di codificazione parziale ovvero aveva codificato i vari settori del diritto attraverso piani di riforma diversi e sulla base di principi differenti, in più tempi, mai contemporaneamente: « In some these cases, — as in Rome, — what may be called the Statute Law has been codified entirely apart from Law owing its origin to any other source, the Code and the Pandects being quite different in their nature, though subsisting side by side, and contemporaneously worked into shape. In other countries, — as in France, — the Civil Law has been codified before the Criminal. In other, again, — as in New York, and Louisiana, — the Criminal before, or on a wholly different principle from, the Civil. In other, — as in Prussia, — the codified Law has gathered up, as will appear further on, only so much of the Law as it has pleased the Codifier to include ». AMOS, *An English Code*, cit., p. 32.

⁽⁵¹⁾ Ivi, cit., p. 32.

Il codice immaginato da Amos avrebbe costituito l'espressione autoritativa, sistemata in una forma organica, del vasto complesso del diritto inglese e avrebbe necessariamente escluso tutte le applicazioni locali ovvero eccessivamente dettagliate dei principi contenuti nella porzione codificata del diritto ⁽⁵²⁾. Quest'idea di codice, secondo Amos, differiva profondamente sia dai « Digests » inglesi, sia dai « new Indian Codes », i codici parziali della colonia: in entrambi i generi di produzione normativa, osservava Amos, « the part left uncodified is, at the first, the great bulk of the Law » ⁽⁵³⁾.

Amos immaginava il codice come un sistema normativo completo e omogeneo, organizzato secondo un metodo sistematico e secondo le regole della « Scientific Jurisprudence », il quale avrebbe dovuto costituire il centro e il nucleo dell'intero sistema legale del paese ⁽⁵⁴⁾.

Per dare un'idea del prodotto normativo di cui proponeva l'elaborazione Amos riportava nel testo della sua opera la definizione di Codice utilizzata dalla *Statute-Law Commission* istituita per la colonia di Giamaica:

“By a code we understand a scientifically arranged body of Statute Law, which embraces the whole of the Law on the branch to which it relates, and each part of which has reference to every other part, so that repetitions and superfluities are avoided, and the whole has the unity and self-consistency of a skilfully drawn Act of Parliament” ⁽⁵⁵⁾.

Sebbene tale definizione riguardasse soltanto lo *statute law*, concludeva Amos sul punto, l'idea di codice che essa proponeva avrebbe legittimamente potuto accordarsi « to the more comprehensive nature here contemplated » ⁽⁵⁶⁾.

Amos insisteva sulla necessità di predisporre criteri ermeneutici idonei a limitare la creazione giudiziale di un “nuovo” corpo di diritto, alternativo a quello del codice, composto dall'insieme delle

⁽⁵²⁾ Ivi, pp. 13-14.

⁽⁵³⁾ Ivi, p. 14.

⁽⁵⁴⁾ Ivi, pp. 12-13 e 61.

⁽⁵⁵⁾ Riportato in ivi, p. 13. Virgolettato nel testo.

⁽⁵⁶⁾ *Ibidem*.

interpretazioni relative alle clausole codicistiche. Occorreva limitare, per quanto possibile, l'interpretazione giudiziale del diritto scritto:

To leave Judges to interpret Written Law, without any other restriction than such as is imposed by their honesty of purpose and idiosyncrasy of taste, is to inaugurate a reign of disorder or confusion. To drive Judges to consult the unauthorised publications of commentators, is to substitute the commentator for the State; or rather, —, as there may be a multiplicity of commentators, — to substitute, for the State sometimes one writer and sometimes another (57).

Per l'elaborazione delle clausole interpretative da inserire nel corpo del codice Amos sembrava prendere in forte considerazione i canoni disciplinanti l'interpretazione dello « Unwritten Law » inglese (58).

Secondo Amos, il sistema del precedente vincolante, che consentiva di reperire soluzioni giuridiche dai casi simili già decisi giudizialmente, assicurava all'ordinamento giuridico britannico un sufficiente grado di uniformità e, allo stesso tempo, impediva l'indebita compressione della discrezionalità dei giudici dissenzienti. Tuttavia — continuava il giurista — la predisposizione in via legislativa di un insieme di clausole ispirate ai criteri di interpretazione dei *decided cases* avrebbe inevitabilmente provocato la creazione di un immenso sistema di « Law-Interpreting » destinato a crescere parallelamente alla massa del diritto interpretato (59).

Secondo Amos un codice di diritto rispondente ai crismi della giurisprudenza scientifica avrebbe potuto anticipare il sorgere di dubbi interpretativi attraverso il ricorso ad alcune tecniche legislative di recente sperimentazione coloniale. Il riferimento è, naturalmente, alle *definitions* e alle *illustrations* caratteristiche dei codici dell'India britannica le quali, sosteneva Amos, avrebbero inibito la

(57) Ivi, p. 62.

(58) Secondo Amos: « The only resource in the Interpretation of Code is the very same one which a genuine Judicial instinct has rendered familiar in the Interpretation of Statutes. In fact, one of the great services that Unwritten Law of England has rendered to English Law, as a whole, has been that of affording an ever-present type and specimen of a method of Interpretation equally applicable to Written Law ». Ivi, p. 62.

(59) Ivi, p. 63.

creazione in via giurisprudenziale di un “nuovo” corpo di diritto ⁽⁶⁰⁾.

Allo stesso tempo, Amos metteva in guardia i suoi lettori dai pericoli legati all’uso di definizioni ed illustrazioni: una definizione troppo vaga sarebbe risultata inidonea ad assicurare un sufficiente grado di uniformità nell’interpretazione delle norme del codice; una clausola interpretativa troppo precisa, al contrario, avrebbe illegittimamente limitato la discrezionalità del giudice finendo per sostituirsi allo stesso testo codicistico ⁽⁶¹⁾. Anche le illustrazioni avrebbero dovuto essere accuratamente selezionate al fine di evitare un’indebita restrizione degli ambiti di operatività del diritto: « In this aspect, instead of merely indicating the reach of the Law and guarding it against certain special deviations, they are taken as alone expressing the exact scope of the Law and as limiting it in every directions » ⁽⁶²⁾.

Tale ultima precisazione lascia inequivocabilmente intendere come, a differenza delle opinioni espresse dalla seconda *Indian Law Commission*, Amos riservasse alle *illustrations* una funzione meramente interpretativa. Su un altro punto della sua proposta, invece, Amos non si discostava troppo dalle opinioni espresse negli anni Sessanta dell’Ottocento dal legislatore indiano.

Amos riteneva necessario predisporre un sistema istituzionale di revisione permanente finalizzato ad adeguare il sistema codicistico agli sviluppi della giurisprudenza e, in generale, allo stato della società. Il compito di rivedere il codice sarebbe stato affidato a due commissioni, una temporanea e una permanente (*Temporary Commission*, *Permanent Commission*): la *Temporary Commission* sarebbe stata nominata ad intervalli regolari di circa dieci anni e avrebbe avuto il compito di ripubblicare periodicamente il codice; la *Permanent Commission* avrebbe invece costantemente vigilato sull’operatività e sul corretto funzionamento del codice e avrebbe dovuto selezionare le decisioni giudiziali da prendere in considerazione al momento della revisione decennale.

⁽⁶⁰⁾ Ivi, cit., p. 65.

⁽⁶¹⁾ *Ibidem*.

⁽⁶²⁾ *Ibidem*.

In ciò sarebbe stata assistita da una *Judicial Committee*, formata da tutti i giudici delle giurisdizioni superiori del regno, alla quale sarebbe spettato un compito assai delicato: individuare tutte quelle decisioni giudiziali che mettevano in luce le imprecisioni e le lacune codicistiche, distinguendole da quelle meramente espressive della discrezionalità del giudice, e accertare l'impatto di ogni singola decisione sul significato delle clausole del codice ⁽⁶³⁾.

Amos era restio a individuare nel campione indiano un modello da seguire per la codificazione del diritto inglese. Tuttavia, non poté esimersi dal dedicare parecchie pagine del suo saggio all'analisi delle sperimentazioni giuridiche coloniali, elemento imprescindibile del dibattito inglese tardo ottocentesco sulla codificazione.

(« The favourite analogy which is at present frequently produced on the occasion of discussing the question of Codification in England is drawn from the recent experience of Codification in India ») ⁽⁶⁴⁾. Amos riconosceva che la codificazione indiana costituisse un'esperienza particolarmente interessante per l'Inghilterra ma, allo stesso tempo, sosteneva che la dimensione coloniale presentasse peculiarità a dir poco irconciliabili con l'Occidente. Per tali motivi dubitava che l'esempio indiano potesse influenzare gli sviluppi della legislazione della madrepatria inglese ⁽⁶⁵⁾.

A differenza del diritto inglese, le diverse porzioni del diritto indiano (« the Criminal Law, the Land Laws, the Laws of Inheritance and Succession, and the Laws of Procedure ») non avevano alcuna connessione le une con le altre né vi era mai stato alcun tentativo di uniformarle in un "tutto" organico ⁽⁶⁶⁾. Inoltre la colonia era soggetta a un regime politico-costituzionale eccezionale e il governo indiano, di conseguenza, non aveva incontrato alcun limite all'esercizio, talvolta sperimentale, dei poteri legislativi ⁽⁶⁷⁾.

(« Again there is no Code in India. There are Codes, but there

⁽⁶³⁾ Proponeva altresì l'istituzione di una Corte d'Appello dotata di una generale giurisdizione d'appello su tutte le *suits* e *actions* e di un peculiare carattere autoritativo (*peculiarly authoritative character*). Ivi, p. 75.

⁽⁶⁴⁾ Ivi, p. 86.

⁽⁶⁵⁾ Ivi, pp. 87-91.

⁽⁶⁶⁾ Ivi, p. 87.

⁽⁶⁷⁾ Ivi, pp. 90-91.

is no Code») (68). Inoltre il prodotto legislativo di cui Amos auspicava l'emanazione differiva profondamente dalle forme di legislazione sperimentate in colonia.

Secondo Amos i prodotti legislativi coloniali costituivano niente più che un insieme di *statutes* — indipendenti l'uno dall'altro e disciplinanti, ciascuno, una specifica materia — e non potevano essere definiti come veri e propri Codici. Tuttavia gli *Indian Codes* non difettavano completamente di apprezzabili caratteri di scientificità: « They only resemble true Codes in the exactness in the use of Terms, in the scientific arrangement, and in the unity of plan, by which they are severally characterized » (69).

4. *La codificazione del diritto "in dettaglio": la proposta di Frederick Pollock.*

Tra gli anni Sessanta e Settanta dell'Ottocento il diritto penale inglese fu interessato da ulteriori tentativi di riforma.

Nel 1864 venne istituita la *Royal Commission on Capital Punishment* la quale venne incaricata di indagare sull'effettiva operatività della sanzione capitale in Inghilterra e di indicare eventuali modifiche alla vigente legislazione criminale. La *Royal Commission* operò per circa due anni e, nel 1866, presentò un *report* illustrativo delle attività svolte (70).

La Commissione si soffermò principalmente sulla fattispecie del *murder* e su alcune delle più evanescenti forme di manifestazione di tale reato. Il riferimento è, in particolare, alla dottrina della *constructive liability*: la *Royal Commission* sosteneva che il reato di *murder* fosse definito a livello statutario come l'uccisione di un uomo avvenuta con dolo deliberato (*malice aforethought*) (71). Tale fattispecie, tuttavia, era stata oggetto di profondissime manipolazioni

(68) Ivi, p. 90.

(69) *Ibidem*.

(70) *Report of the Capital Punishment Commission; together with the minutes of evidence and appendix*, 1866.

(71) Si veda *The Law of Homicide and of Capital Punishment. A debate in the English Parliament, June 12, 1877. Reprinted for the "Howard Association" by Cornelius Buck, from "Hansard's Parliamentary Debates"*, London, 1878, pp. 11-12. Si veda anche SMITH, *Lawyers*, cit., pp. 191-203.

giurisprudenziali ⁽⁷²⁾. La dottrina della *malice in fact*, in particolare, aveva esteso in maniera vertiginosa la fattispecie del *murder* fino a ricomprendervi le morti accidentali connesse alla commissione di un *felony* (si parlava, in questi casi, di *felony-murder*). Al fine di arginare tale ipertrofica estensione la *Royal Commission* proponeva due ipotesi di riforma: limitare il reato di *murder* ai casi di « felonious homicides of great enormity » derubricando le ipotesi meno gravi nella fattispecie di *manslaughter*; dividere il *murder* in due “gradi” prevedendo la sanzione capitale solo per il grado più alto ⁽⁷³⁾.

Non mancarono in seno alla Commissione proposte di riforma apertamente ispirate alle soluzioni adottate dalla legislazione coloniale. In particolare James Fitzjames Stephen, il quale figura tra i giuristi esaminati dalla *Royal Commission* nel periodo 1864-1866, propose di utilizzare la definizione di omicidio contenuta nell'*Indian Penal Code* e valorizzare, nella configurazione della fattispecie di *murder*, gli elementi dell'intenzionalità e della premeditazione ⁽⁷⁴⁾.

Nessuna delle ipotesi di riforma avanzate dalla *Royal Commission* divenne legge.

Negli anni Settanta dell'Ottocento venne tuttavia compiuto un ulteriore tentativo di modifica della legislazione sull'omicidio: nel maggio 1874 venne introdotto presso la *House of Commons* un *Bill*, denominato *Homicide Law Amendment Bill*, preparato da James Fitzjames Stephen su richiesta del *Recorder* della città di Londra (Russell Gurney) ⁽⁷⁵⁾. Il *Bill* proponeva l'abolizione della regola del *felony-murder* ed incontrò, come è intuibile, l'opposizione del potere giudiziario. La proposta venne poi riferita ad una *Select Committee* (14 maggio 1874) la quale espresse parere negativo circa la sua approvazione ⁽⁷⁶⁾.

⁽⁷²⁾ SMITH, *Lawyers*, cit., pp. 198-200.

⁽⁷³⁾ *Report of the Capital Punishment Commission*, p. xlix.

⁽⁷⁴⁾ Ivi, p. 279.

⁽⁷⁵⁾ Il *Bill* fu preparato e introdotto per la prima volta in parlamento già nel 1872. In merito, P.R., GLAZEBROOK, *Criminal Law Reform*, cit., p. 497.

⁽⁷⁶⁾ In particolare, Alexander Cockburn, *Lord Chief Justice* dal 1875 al 1880, definì la proposta di legge come un tentativo « imperfetto e parziale » di codificazione. Secondo Cockburn, « [...] any attempt at codification which is either partial or incomplete can only be productive of confusion and mischief ». Citato in MANCHESTER, *Simplifying*, cit., p. 542.

Nonostante gli insuccessi legislativi Stephen riprese la sua attività scientifica pubblicando, tra il 1876 e il 1877, due lavori destinati a produrre, ciascuno per motivi diversi, risultati pratici di grande rilievo.

Riprendendo parte del materiale utilizzato per la redazione del *Bill* del 1872 Stephen pubblicò *A Digest of the Law of Evidence* (1876) (77).

Attraverso quest'opera il giurista cercò di dimostrare la possibilità di elaborare un metodo di esposizione del diritto diverso dal tradizionale modello espositivo tipico dei *legal treatises* inglesi (78). Il *Digest* — è quanto si legge nell'introduzione dell'opera — esprimeva in maniera coerente tutto il diritto relativo alla materia delle prove riportando i principi e le regole giuridiche contenuti in centinaia di casi e *statutes* in clausole precise e definite, illustrazioni, esempi.

Per tutti questi motivi, continuava Stephen, il *Digest* avrebbe costituito un importante lavoro preparatorio alla produzione di un futuro codice:

I have attempted, in short, to make a digest of the law, which, if it were thought desirable, might be used in the preparation of a code, and which, at all events, will, I hope, be useful, not only to professional students, but to every one who takes an intelligent interest in a part of the law of his country, bearing directly on every kind of investigation into questions of fact, as well as on every branch of litigation (79).

Stephen continuò la sua opera divulgativa pubblicando sulla rivista "The Fortnightly Review" un saggio dal titolo *A Penal Code* (1877) con il quale cercò di dimostrare la facile realizzabilità di un

(77) J. F. STEPHEN, *A Digest of the Law of Evidence*, London, Macmillan and Co., 1876.

(78) Secondo Stephen i *legal treatises* inglesi impedivano lo studio sistematico del diritto: « The enormous mass of detail and illustration which they contain, and the habit into which their writers naturally fall, of introducing into them everything which has any sort of connection, however remote, with the main subject, make these books useless for purposes of study, though they may increase their utility as works of reference ». Ivi, pp. vi-vii.

(79) Ivi, p. viii.

codice di diritto penale. Nel saggio veniva altresì riportato un piano generale per la realizzazione della riforma ⁽⁸⁰⁾.

Pensando alla produzione di un codice che fosse, ad un tempo, di *common* e *statute law* Stephen proponeva, in primo luogo, di estrarre i principi generali di diritto dai *decided cases* e dai *books of authorities* riducendoli ai « risultati netti » e, in secondo luogo, di ri-esprimere il diritto statutario relativo alla materia criminale in una forma chiara e sintetica ⁽⁸¹⁾.

Il procedimento di semplificazione del diritto costituiva un'operazione imprescindibile del processo di codificazione. Sebbene risultasse difficile individuare ed estrarre i principi di diritto criminale contenuti nei *decided cases* era necessario ridurre l'estensione della porzione "casistica" del diritto. Si rendeva indispensabile, infine, ridurre l'estensione degli *statutes* evidenziandone il risultato netto attraverso l'eliminazione dei termini tecnici già ricompresi in categorie generali ⁽⁸²⁾.

Nell'articolo in esame Stephen annunciò la pubblicazione di un'altra opera dal titolo *A Digest of the Criminal Law. Crimes and Punishment*. Questo lavoro venne pubblicato nel corso dell'anno (1877) segnando un momento di svolta nella produzione scientifica del giurista.

Il lavoro del 1877 — che offriva un esempio di sistemazione organica e tendenzialmente completa del diritto penale inglese — completava il discorso di Stephen sulla necessità di elaborare nuovi metodi di espressione delle norme giuridiche ⁽⁸³⁾. L'opera si apriva con la definizione delle diverse sanzioni esistenti e delle *general conditions of criminality*, e proseguiva con la descrizione delle cause di esclusione della criminalità, del concorso di persone nel reato e delle ipotesi di delitto tentato ⁽⁸⁴⁾. Seguiva l'indicazione delle differenti fattispecie criminali: nell'ordine, crimini contro l'ordine pub-

⁽⁸⁰⁾ J.F. STEPHEN, *A Penal Code*, « The Fortnightly Review », XXVIII, January-June 1877, pp. 362-376.

⁽⁸¹⁾ *Ibidem*.

⁽⁸²⁾ *Ivi*, pp. 364, ss.

⁽⁸³⁾ Tanto si legge nell'introduzione dell'opera. J.F. STEPHEN, *A Digest of the Criminal Law, Crimes and Punishments*, London, Macmillan and Co., 1877. L'edizione da me consultata è la III (1883).

⁽⁸⁴⁾ *Ivi*, p. 371.

blico; crimini concernenti la pubblica autorità; crimini consistenti in atti dannosi o pericolosi per il pubblico; crimini contro gli individui, divisi nelle due classi dei crimini contro la persona e dei crimini contro la proprietà.

All'opera *A Digest of the Criminal Law* venne affidato un importante compito divulgativo. Falliti i tentativi di codificare il diritto sull'omicidio, Stephen tentò di dimostrare la possibilità di ridurre l'intera disciplina penalistica in poche centinaia di pagine, di sistemarla secondo criteri di coordinamento delle materie che ne rendessero coerente la struttura, di enunciarne i principi generali in maniera estremamente comprensibile. Le aspirazioni legislative di Stephen emergono chiaramente dal testo del 1877: « [T]his book may be used as a first step, at all events, towards the reduction of the law in a shape in which any one can understand it who will take a moderate degree of trouble, and spend a moderate amount of time »⁽⁸⁵⁾.

La pubblicazione di *A Digest of the Criminal Law* ispirò la preparazione di un altro importante ed originalissimo lavoro scientifico. Nel 1878 Frederick Pollock, *Corpus Professor of Jurisprudence* presso l'Università di Oxford dal 1883 al 1903, pubblicò un'opera sul tema del diritto societario dal titolo *A Digest of the Law of Partnership*⁽⁸⁶⁾.

Così come i lavori di Stephen, il *Digest* di Pollock costituiva un esempio di sistemazione coerente e tendenzialmente completa di un'intera disciplina, il quale serviva a dimostrare la possibilità di migliorare, attraverso lo strumento della consolidazione, la forma di espressione del diritto inglese. Pollock chiariva, sin dalle pagine introduttive dell'opera, che la preparazione del *Digest* era stata influenzata dal lavoro di Stephen *Digest of the Law of Evidence* e dalle considerazioni espresse dal giurista sul tema della codificazione.

Così come Stephen, Pollock riteneva che esistessero esempi concreti di sperimentazione delle moderne teorie sulla codificazione e, in particolare, sosteneva che i codici indiani costituissero un

⁽⁸⁵⁾ Ivi, p. 373

⁽⁸⁶⁾ F. POLLOCK, *A Digest of the Law of Partnership*, St. Louis, F. H. Thomas and Company, 1878.

modello di riferimento (« a desirable model ») a partire dal quale sarebbe stato possibile ripensare le tecniche e le forme di esposizione del diritto inglese: un modello, continuava Pollock, che avrebbe dovuto ispirare una riforma condotta dal legislatore (e cioè, « by authority ») o, quantomeno, stimolare i tentativi “privati” di risistemazione del diritto condotti direttamente dagli stessi giuristi (« by private endeavor ») (87).

Pollock continuava la sua introduzione esponendo le ragioni che giustificavano una riforma legislativa che fosse in qualche modo conforme al modello codicistico coloniale di legislazione soffermandosi, in particolare, su alcune delle più originali tecniche normative sperimentate nell’India britannica. La principale tra queste tecniche, quella delle *illustrations*, appariva agli occhi di Pollock come una delle migliori soluzioni legislative mai sperimentate:

[The method of stating the law in general propositions accompanied by specific illustrations] seems to me the greatest specific advance that has been made in modern times in the art called by an ingenious writer “the mechanics of law-making” (88).

Pollock invitava i suoi lettori a non sottovalutare i recenti progressi compiuti in Inghilterra nella tecnica di redazione degli *Acts* (ovvero, per riassumere, « the gradual improvements of detail, the introduction of orderly arrangement, and cutting down of prolix and slovenly drafting, which have made recent Acts of Parliament comparatively readable »); allo stesso tempo faceva notare come la tecnica normativa delle *illustrations* fosse dotata di una portata innovativa di gran lunga superiore agli ordinari progressi nell’arte del *law-making* (« Macaulay’s invention stands on a different level »), di un carattere propriamente rivoluzionario capace di fornire al legislatore uno strumento finalmente idoneo a risolvere i problemi legati alla forma di espressione del diritto inglese: « It is an instrument of a new constructive power, enabling the legislator to combine the good points of statute-law and case-law, such as they have

(87) *Ivi*, p. v.

(88) *Ibidem*. Virgolettato nel testo.

hitherto been, while avoiding almost all their respective drawbacks » (89).

Quali erano dunque, nella visione di Pollock, i « good points » ed i « drawbacks » delle differenti porzioni del diritto inglese?

Pollock descriveva il sistema di *case law* come un enorme insieme di gruppi di fatti (« a great number of sets of facts ») e dei risultati normativi da questi derivanti (« the legal results which have been decided to follow from them »), totalmente privo di regole generali utili ad esporre particolari settori del diritto in una forma connessa (letteralmente, « a connected form ») (90).

Secondo Pollock il sistema di *case law* costituiva una branca dettagliata del diritto, ricca di memoria storica delle soluzioni giuridiche di volta in volta adottate nei casi della realtà. Tuttavia, era proprio questo carattere “casistico” a segnare inevitabilmente i limiti del sistema: ognuna delle soluzioni emerse in sede giudiziale esprimeva una regola giuridica valida entro e non oltre i confini di ciascun singolo caso. Il sistema di *case law*, in sostanza, difettava di proposizioni generali astrattamente valide per tutti i casi della realtà e autonomamente applicabili al di fuori della specifica sede decisoria in cui era emersa la soluzione giuridica. La particolare conformazione di questa parte del diritto inglese comportava non pochi disagi nella pratica dell'amministrazione della giustizia imponendo di valutare, di volta in volta, se un determinato caso in corso di decisione fosse simile ad un altro già deciso e fosse, di conseguenza, risolvibile attraverso la soluzione giuridica ivi adottata (91).

Secondo Pollock l'ordinamento giuridico d'Inghilterra cercava di rimediare all'assenza di *general propositions* attraverso i processi di discussione, deduzione e commento (« discussion, inference, and comment ») delle regole giuridiche affidati ai giudici nella decisione dei casi e, in generale, agli studiosi del diritto. Tuttavia quest'attività,

(89) *Ibidem*.

(90) « In short », concludeva sul punto Pollock, « our English case-law, or any other system developed in substantially the same manner, has the great advantage of being full and detailed, and of preserving the memory of the remedies administered to the practical needs of men's affairs in a record rich in experience and fruitful of suggestions ». Ivi, pp. v-vi.

(91) Ivi, p. v.

ad un tempo interpretativa ed applicativa del diritto, non riusciva ad offrire sufficienti garanzie di completezza e di coerenza nel sistema ⁽⁹²⁾.

La parte “statutaria” del diritto inglese non era meno lacunosa ed incompleta di quella “casistica”. Secondo Pollock il sistema di *statute law* constava soltanto di proposizioni generali e difettava completamente di “esempi particolari” di applicazione della norma scritta ai casi della realtà (tale lacuna, osservava l’autore, veniva praticamente colmata attraverso l’attività delle corti di giustizia) ⁽⁹³⁾.

Pollock faceva notare come il problema di coniugare la parte propriamente legislativa a quella casistica del diritto si fosse presentato, sebbene in forme diverse, anche in altri ordinamenti: era noto a tutti, ricordava Pollock, come diversi paesi europei ed extraeuropei avessero cercato, in differenti contesti storici, di porre rimedio ai limiti di un’analitica elencazione delle regole legislative attraverso gli strumenti delle annotazioni giurisprudenziali e dei commenti dottrinali. Ne offriva un esempio i « Codes Annotés » della Francia i quali accompagnavano al dato legislativo, da un lato, le interpretazioni giudiziali e, dall’altro lato, i commenti dottrinali delle clausole codicistiche e degli istituti giuridici ad esse connessi ⁽⁹⁴⁾.

Pollock faceva notare come gli strumenti sperimentati dalla Francia fossero del tutto insufficienti a rimediare ai difetti del sistema giuridico del paese e, in particolare, all’incertezza del diritto nazionale ⁽⁹⁵⁾.

Un’affermazione di tal genere potrebbe risultare singolare al lettore continentale contemporaneo ove si pensi che, sin dagli inizi dell’Ottocento, la Francia aveva modificato il complesso delle fonti del diritto nazionale adottando un sistema codicistico per molti versi rivoluzionario. Un insieme di corpi di leggi organizzate secondo un metodo scientifico, tendenzialmente completi ed insuscettibili di

⁽⁹²⁾ Tutte le citazioni a p. vi.

⁽⁹³⁾ Ivi, pp. viii, ss.

⁽⁹⁴⁾ Ivi, pp. vi-vii.

⁽⁹⁵⁾ Ivi, p. vii. Sui difetti dei codici francesi cfr. J. AUTSIN, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, London, Murray, 1873⁴, vol. 2, pp. 669, ss.

etero-integrazione ⁽⁹⁶⁾. Un complesso normativo rispondente all'idea illuministico-liberale di codice e di codificazione idoneo a sostituirsi alle fonti dello *ius commune*. Un sistema giuridico "moderno", in breve, capace di risolvere la frammentarietà della disciplina civile e criminale (solo per citare i principali settori investiti dalla codificazione si pensi al *Code civil* del 1804 e al *Code pénal* del 1810) e offrire ai consociati regole giuridiche finalmente certe, astrattamente valide per ogni cittadino, indifferenti alle ragioni del ceto, egualmente applicabili presso ogni corte di giustizia del paese ⁽⁹⁷⁾.

La posizione di Pollock sul tema della codificazione in Francia è tuttavia facilmente spiegabile. Il principale tra i problemi dell'ordinamento giuridico francese, sosteneva Pollock, consisteva nel difetto di vincolatività delle fonti extra-legislative: sebbene la Francia avesse adottato un sistema codicistico, grazie al quale l'ordinamento poteva esprimere in maniera chiara ed esplicita la volontà legislativa, le regole giuridiche erano pur sempre soggette alle perenni oscillazioni della giurisprudenza e alle interpretazioni, talvolta irreconciliabili, della dottrina. Considerando poi, concludeva Pollock, che la Francia non poteva contare, a differenza dell'Inghilterra, su meccanismi vincolanti l'attività delle corti di giustizia al rispetto delle decisioni già adottate (quali ad esempio quello del « graduate authority »), era legittimo sostenere che, rispetto alle questioni giuridiche di non facile soluzione, il diritto francese fosse meno "certo" ed "accertabile" di quello inglese ⁽⁹⁸⁾.

Era proprio nel contrasto con i sistemi normativi continentali

⁽⁹⁶⁾ In generale sui caratteri della codificazione "moderna" si veda G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, Il Mulino, 1976, pp. 18, ss. Per una rivisitazione dell'idea del codice "moderno" come un codice completo e, più in generale, per una panoramica storiografica relativa alle caratteristiche dei codici ottocenteschi, si veda U. PETRONIO, *La lotta per la codificazione*, Torino, Giappichelli, 2002.

⁽⁹⁷⁾ Sui codici francesi degli inizi dell'Ottocento e, in particolare, sul ruolo "costituzionale" rivestito dal *Code civil* del 1804 si veda I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino, Giappichelli, 2002. Sul significato e gli effetti del soggetto unico di diritto caratteristico dei codici francesi si veda G. ALESSI, *Il soggetto e l'ordine. Percorsi dell'individualismo nell'Europa moderna*, Torino, Giappichelli, 2006.

⁽⁹⁸⁾ POLLOCK, *A Digest*, cit., p. vii.

che, secondo Pollock, risaltavano i vantaggi delle tecniche normative di recente sperimentazione coloniale. Le *illustrations*, ad esempio, combinavano alle clausole del codice esempi autoritativi di interpretazione della norma, aventi a loro volta una natura propriamente normativa, e assicuravano all'intero ordinamento indiano un grado di certezza giuridica enormemente superiore a quello offerto dai codici francesi:

I think that, on a comparison of the “Codes Annotés” with the Anglo Indian Acts, it is impossible to resist the conclusion that, if the French Codes, the text being even as it now is, had been accompanied by a moderate number of authoritative illustrations, an immense amount of discussion and litigation would have been saved ⁽⁹⁹⁾.

Pollock non aveva dubbi sul fatto che il maggiore merito delle illustrazioni fosse costituito dal loro carattere autoritativo: essendo dotate della stessa natura delle disposizioni del testo del codice, le *illustrations* riuscivano, ad un tempo, a fissare il significato delle clausole codicistiche e a orientare l'applicazione pratica delle regole giuridiche ⁽¹⁰⁰⁾.

Alla luce di tutte queste considerazioni Pollock affermava che i codici indiani costituissero i migliori codici esistenti, di gran lunga superiori ai codici dell'Europa continentale e del Nordamerica. I codici francesi, tedeschi e italiani non mancavano di specifici pregi sebbene presentassero, allo stesso tempo e ciascuno per diversi motivi, difetti che li ponevano ad un livello inferiore a quello dei codici indiani ⁽¹⁰¹⁾. Anche il codice penale dello Stato di New York

⁽⁹⁹⁾ Ivi, p. ix.

⁽¹⁰⁰⁾ Pollock chiariva questo punto nella maniera più esplicita possibile: « The illustrations, being of equal authority with the text, serve as a commentary to fix its meaning and as a guide in its practical application ». Ivi, p. xi.

⁽¹⁰¹⁾ Il passaggio merita di essere riportato per intero: « Although I am strongly of opinion that the Anglo-Indian Codes furnish us, in their general method and design, with a pattern which we should do well to follow, it must not be supposed that I hold them to be perfect in execution. They are indeed far better than any other work of the kind that I have seen. It is hardly needful to mention the French Codes, which do not even aim at exactness of drafting, and are perhaps most fairly to be judged by regarding them as concise Institutes. The recently enacted Commercial and Penal Codes of Germany [...] are much nearer to what codes ought to be, and deserve, on many

(*New York Penal Code*), sebbene fosse stato redatto sulla base del modello Macaulay e costituisse senza dubbio un esempio virtuoso di codificazione del *common law*, era da ritenersi incomparabilmente inferiore all'*Indian Penal Code* ⁽¹⁰²⁾.

La lunga introduzione al *Digest* conteneva anche una proposta di riforma.

Secondo Pollock anche il legislatore inglese avrebbe dovuto riformare il diritto nazionale ricorrendo alla tecnica delle *illustrations* e ponendo rimedio, in questo modo, alla frammentarietà delle fonti giuridiche interne. Queste ultime, sospese tra l'eccessivo particolarismo delle decisioni giudiziarie e l'inevitabile astrattezza delle previsioni legislative, sarebbero state ri-esprese in una forma chiara, sistematica e, priva di tecnicismi ⁽¹⁰³⁾. Riferendosi ai due principali difetti del sistema di diritto inglese Pollock sosteneva che: « The method of the Indian Codes escapes these evils on both hands by combining the virtues of general enactments with those of specific decisions » ⁽¹⁰⁴⁾.

È necessario chiarire che Pollock sembra rivolgere questo discorso direttamente ai giuristi: in assenza di un'iniziativa legislativa, alla scienza giuridica spettava il compito di promuovere una riforma finalizzata a rendere il diritto del paese facilmente conoscibile ed accessibile ai sudditi.

La proposta di riforma avanzata da Pollock era dunque fortemente ispirata all'esperienza codificatoria indiana. Per quanto potesse apparire singolare il tentativo di combinare in un unico sistema

accounts, to be studied by English lawyers; still there is to English eyes, something unfinished about the workmanship, and in the Penal Code there is a great deal more of deliberate vagueness than we could now admit. The Italian Codes are modeled on the French, and therefore share their defects, though they have improved on them in details ». Ivi, p. xiv.

⁽¹⁰²⁾ Dato assai interessante, Pollock ci segnala l'esistenza di uno strettissimo collegamento tra le produzioni giuridiche coloniali dell'India e quelle della ex colonia nordamericana: « The draftsmen of the New York Penal Code had the Indian Penal Code before them; the framers of the Indian Contract Act, on the other hand, were able to consult the drafts Civil Code of New York, and have made such use of it as they thought desirable ». Ivi, p. xv.

⁽¹⁰³⁾ Ivi, pp. xi e xiv.

⁽¹⁰⁴⁾ Ivi, pp. x-xi.

di diritto gli elementi dello *statute* e del *common law*, non poteva negarsi che lo strumento delle *illustrations* avesse l'indiscutibile merito di salvaguardare uno dei tratti "originali" del sistema giuridico inglese, ovvero la branca del *case law*, evitando il pericoloso accavallamento delle fonti legislative con le decisioni giudiziali. Il codice redatto secondo la tecnica delle *illustrations* sarebbe stato poi sottoposto a un sistema continuo di revisione in modo che, edizione dopo edizione, le decisioni giudiziarie sarebbero state incorporate nello stesso tessuto legislativo sotto forma di clausole interpretative (105).

Pollock chiariva che, per quanto risultassero di grandissimo valore scientifico, i codici indiani erano di certo suscettibili di miglioramento. Allo stesso tempo guardava al campione indiano come a un modello per la sistemazione del diritto in madrepatria il quale, se non altro, mostrava all'Inghilterra l'importanza di un riordino delle fonti interne e di una modifica della forma di espressione del diritto:

In fine, I look upon the Indian Codes as exhibiting the type of what we should aim at by an example not to be merely copied, but to be followed and improved upon. If we could determine that this should be done; if English people were once brought to perceive that this work is of national interest and importance, and its omission discreditable to our national intelligence, I believe it would be a quite practicable undertaking, and that within no unreasonable compass of time, to make the laws of England, or so much of them as concerns men's common affairs and duties, as good in form as they now are in substance, and as conspicuous an example of order and clearness as they now are of the contrary (106).

5. *Un codice penale per l'Inghilterra (II).*

L'attività divulgativa di Stephen in favore di una profonda e radicale revisione del sistema di diritto criminale inglese produsse risultati di grande rilievo istituzionale. Nel 1878, appena un anno dopo la pubblicazione dell'opera *A Digest of the Criminal Law*, Lord Hugh McCalmont Cairns, (*Lord Chancellor* dal febbraio al dicembre

(105) Ivi, p. xi.

(106) Ivi, p. xvi.

1868 e dal 1874 al 1880), incaricò Stephen di preparare due proposte di legge contenenti, rispettivamente, la bozza di un codice penale e la bozza di un codice di procedura penale. Il primo *Bill*, preparato da Stephen nel corso dell'anno, venne presentato in Parlamento nel maggio 1878; successivamente, venne sottoposto all'esame di una commissione composta da *Lord Blackburn*, *Mr. Justice Barrie*, *Lord Justice Lush* e dallo stesso Stephen (*Criminal Code Bill Commission*) ⁽¹⁰⁷⁾.

Nel 1879 la Commissione presentò un *report* di commento al *Draft Code (Report of the Royal Commission appointed to consider the Law relating to Indictable Offences: with an Appendix containing a Draft Code embodying the Suggestions of the Commissioners)* ⁽¹⁰⁸⁾ dal quale emerge con evidenza l'influenza esercitata sui *Commissioners* dall'opera di Stephen.

Nel dichiararsi favorevoli all'approvazione della bozza, i membri della *Criminal Code Bill Commission* attinsero a piene mani alle argomentazioni offerte da Stephen in favore della codificazione (le quali spaziavano dalla necessità di definire il significato e i limiti della codificazione, di riconsiderare la "tradizionale" elasticità del *common law* e il ruolo del giudice nell'interpretazione del diritto, di affermare la centralità del legislatore nel processo di produzione normativa) segnalando un forte intreccio discorsivo tra l'attività scientifica del giurista e la vicenda istituzionale della codificazione del diritto inglese. Tutte queste argomentazioni furono successivamente inserite nell'opera di Stephen *A History of the Criminal Law of England* (1883) venendo a costituire, in tal modo, l'espressione più matura delle tesi del giurista in favore della codificazione ⁽¹⁰⁹⁾.

Nel *report* del 1879 la *Criminal Code Bill Commission* si soffermò sul significato del termine « codification » cercando, in primo

⁽¹⁰⁷⁾ Gli altri membri della *Criminal Code Bill Commission* erano *Lord Blackburn*, *Mr. Justice Barry* e *Lord Justice Lush*. In proposito si veda J.F. STEPHEN, *The Criminal Code* (1879), in « *The Nineteenth Century Review* », VII (January-June 1880), pp. 136-160.

⁽¹⁰⁸⁾ *Criminal Code Bill Commission. Report of the Royal Commission appointed to consider the Law relating to Indictable Offences: with an Appendix containing a Draft Code embodying the Suggestions of the Commissioners*, London, printed by G. Edward Eyre and W. Spottiswood, 1879.

⁽¹⁰⁹⁾ STEPHEN, *A History*, cit., Vol. III, pp. 347-367.

luogo, di smentire alcuni dei principali luoghi comuni relativi al processo di codificazione. Ovvero, che la codificazione fosse diretta a ridurre in forma scritta tutto il diritto relativo a un determinato soggetto; che i codici avessero il potere di risolvere, in via preventiva e generale, qualsiasi questione legale astrattamente suscettibile di sorgere in sede giudiziale; che, ove mai tale elevatissimo standard di completezza fosse stato raggiunto, il diritto d'Inghilterra sarebbe stato privato della sua tradizionale e caratteristica "elasticità" ⁽¹¹⁰⁾.

Secondo i membri della *Criminal Code Bill Commission* era necessario convincere i sudditi inglesi che il processo di codificazione consistesse nella riduzione del diritto in vigore ad un « ordinato sistema scritto, libero da inutili tecnicismi, oscurità e gli altri difetti che l'esperienza della sua amministrazione » aveva rivelato ⁽¹¹¹⁾.

Sebbene fosse difficile contrastare convinzioni ben radicate nell'opinione pubblica del paese, così come nell'ambito degli ambienti professionali dei giuristi, non mancavano esempi "virtuosi" di codificazione del diritto criminale:

The experience of several foreign countries and of British India has proved that the the law relating to crimes is capable of being reduced to writing in statutes, and in particular that portion dealt with the Consolidation Acts of 1861. And there is no distinction in the nature of the subject between the parts of the criminal law which are written and the parts which are not written. High treason is defined by statute, and so is bribery. Why should it be impossible to define murder of theft? ⁽¹¹²⁾.

Gli argomenti utilizzati dalla *Criminal Code Commission* in favore dell'approvazione del *Bill* facevano leva sulla necessità di individuare le caratteristiche "vere" e genuine del diritto criminale

⁽¹¹⁰⁾ Secondo i commissari, era opinione comune che il diritto inglese fosse « in a state of continual development; that judicial decisions make it more and more precise and definite by settling questions previously undetermined; and that the result is to adjust the law to the existing habits and wants of the country. To this process it is said that codification, so far as it goes, would put an end, and that the result would be substitute a fixed inelastic system for one which possesses the power of adjustment to circumstances ». *Criminal Code Bill Commission*, cit., p. 6.

⁽¹¹¹⁾ *Ibidem*.

⁽¹¹²⁾ *Ivi*, p. 7.

d'Inghilterra (scartando, di conseguenza, quelle “false”) al fine di parametrare gli obiettivi e i contenuti della riforma alle reali peculiarità del sistema di *common law*.

La Commissione sosteneva, anzitutto, che il diritto di *common law* fosse molto meno “elastico” di quanto generalmente si ritenesse: anzi, l'espressione “elasticità” era quasi inappropriata per descrivere il diritto penale inglese ⁽¹¹³⁾.

Questo assunto venne spiegato attraverso il “consueto” riferimento al modello francese. Sebbene fosse tutto racchiuso nel codice penale, il diritto criminale francese era da ritenersi molto più “elastico” di quello inglese. In Francia gli organi giurisdizionali, che non erano vincolati al rispetto di decisioni giudiziali già adottate, potevano interpretare la legge penale in conformità alla loro visione della giustizia e nei limiti tracciati dalle parole del codice. In Inghilterra, invece, l'applicazione giudiziale delle norme criminali era costantemente influenzata dalle soluzioni adottate nei casi simili già decisi; di conseguenza, il diritto inglese non poteva definirsi propriamente “elastico”: « the elasticity so often spoken of as a valuable quality would if it existed, be only another name for uncertainty » ⁽¹¹⁴⁾.

Secondo la Commissione la vera caratteristica del diritto criminale inglese consisteva, invece, nella ricchezza di regole e principi incorporati nelle decisioni giudiziali. Il codice — rassicuravano i commissari — avrebbe avuto il potere di preservare tale qualità ⁽¹¹⁵⁾.

Il *Bill* del del 1878 operava una significativa rivisitazione del sistema di diritto criminale inglese. Il *Criminal Code Bill* prevedeva l'abolizione di alcuni elementi caratteristici del diritto criminale inglese, tra i quali la tradizionale distinzione tra *felony* e *misdemeanor*. Inoltre, con riferimento al rapporto intenzionalità della condotta/sanzione criminale, proponeva soluzioni giuridiche conformi ai principi individuati dagli estensori dell'*Indian Penal Code*.

⁽¹¹³⁾ Ivi, p. 8.

⁽¹¹⁴⁾ *Ibidem*.

⁽¹¹⁵⁾ « We think that the precise and explicit character of our own law is one of its most valuable qualities, and that one great advantage of codification would be that in giving the result of an immense amount of experience in the shape of definite rules, it would preserve this valuable quality ». *Ibidem*.

Rispetto alla fattispecie dell'omicidio, ad esempio, il *Bill* aboliva l'espressione *malice aforethought* prevedendo una distinzione tra *murder* e *culpable homicide* strettamente dipendente dall'intenzione criminale dell'agente. In questo modo il *Bill* superava la dottrina giudiziale del *felony-murder* dando voce a quanti in Inghilterra invocavano, dai banchi del Parlamento ⁽¹¹⁶⁾, una riforma della legislazione sull'omicidio conforme al modello coloniale ⁽¹¹⁷⁾.

In secondo luogo, la sezione (5) del *Draft* ridefiniva il sistema delle fonti del diritto istituendo nuovi e più stringenti criteri di legalità formale: a partire dall'entrata in vigore della nuova legge, i sudditi del regno sarebbero stati perseguibili soltanto per i reati previsti dal *Criminal Code* o dagli *Acts* del Parlamento e non anche per i *misdemeanor* desunti, in sede giudiziale, dai principi di *common law* ⁽¹¹⁸⁾.

Le ragioni che giustificavano la proposta di riforma sono grosso modo note. La storiografia ha sottolineato come, ancora sul finire del secolo XIX, i giudici inglesi avessero il potere di classificare in giudizio, attingendo ai principi di *common law*, una condotta umana come *misdemeanor* e punire con sanzioni criminali quali la gogna, la fustigazione, la detenzione, la multa ogni comportamento considerato immorale o antisociale. Come è noto, poi, la qualificazione di una condotta come *felony* necessitava di più consistenti supporti normativi richiedendo il sostegno di un *Act* ovvero dell'*immemorial custom* ⁽¹¹⁹⁾.

I membri della *Criminal Code Bill Commission* guardavano con grande diffidenza al potere di creazione di fattispecie criminali rivendicato dai giudici inglesi ritenendolo totalmente contrario ai moderni assetti costituzionali del regno.

Secondo la Commissione i giudici inglesi avrebbero dovuto rispettare il primato legislativo del Parlamento nell'individuazione delle

⁽¹¹⁶⁾ *The Law of Homicide and of Capital Punishment*, cit., pp. 11-12.

⁽¹¹⁷⁾ Cfr. MANCHESTER, *Simplifying*, cit., pp. 534-535.

⁽¹¹⁸⁾ La sezione (5) del *Criminal Code Bill* recitava: « Every one who after this Act comes into force is a party to an indictable offence shall be proceeded against under some provision of this Act, or under some provision of some statute not inconsistent therewith and not repealed, and shall not be proceeded against in England and Ireland at common law [...] ».

⁽¹¹⁹⁾ GLAZEBROOK, *Criminal Law Reform*, cit., p. 492.

condotte umane meritevoli di repressione criminale; avrebbero dovuto, di contro, astenersi dal rivendicare poteri di creazione normativa e non avrebbero più potuto esercitare, se non a costo di un esercizio arbitrario delle funzioni di giudizio, il ruolo di « *custos morum* »⁽¹²⁰⁾ dei sudditi di Sua Maestà (tale era stata — così si legge nel *report* — la Corte della *Star Chamber*, prima, e del *King's Bench*, poi):

Parliament is regular in its sittings and active in its labour; and if the protection of society requires the enactment of additional penal laws, Parliament will soon supply them. If Parliament is not disposed to provide punishments for acts which are upon any ground objectionable or dangerous, the presumption is that they belong to that class of misconduct against which the moral feeling and good sense of the community are the best protection. Besides, there is every reason to believe that the criminal law is and for a considerable time has been sufficiently developed to provide all the protection for the public peace and for the property and persons of individuals, which they are likely to require under any circumstances which can be imagined; and this is an additional reason why its further development ought in our opinion be left in the hands of Parliament⁽¹²¹⁾.

Nel delineare i legittimi limiti di competenza dei tribunali inglesi i membri della *Criminal Code Bill Commission* guardavano con sgomento ai poteri quasi legislativi dei grandi organi giudiziari della storia nazionale — portando come esempio, addirittura, il simbolo istituzionale dell'assolutismo regio seicentesco, la famigerata Camera Stellata — e cercavano di proporre un modello di amministrazione della giustizia finalmente conforme allo stato della società e rispettoso dei “moderni” principi del diritto criminale.

La necessità di subordinare la perseguibilità di una condotta all'esistenza di una legge previa che ne sancisse la rilevanza criminale prevaleva, ad avviso dei commissari, sui possibili rischi di una generalizzata impunità⁽¹²²⁾. Tuttavia, la riserva di legge scritta in

⁽¹²⁰⁾ Sono gli stessi *Commissioners* ad utilizzare l'espressione riportata nel testo. *Criminal Code Bill Commission*, cit., p. 9.

⁽¹²¹⁾ Ivi, p. 10.

⁽¹²²⁾ Questo punto emerge in maniera inequivocabile dal testo del *report* del 1879: « If it should turn out that we have overlooked some common law offence, we think it better to incur the risk of giving a temporary immunity to the offender than to leave any

materia criminale avrebbe trovato operatività, esclusivamente, rispetto alla creazione di nuove fattispecie di reato.

La bozza del *Criminal Code* rinveniva nel sistema di *common law* l'unica fonte normativa destinata a disciplinare la materia delle cause di giustificazione del reato. La traduzione codicistica dei principi normativi disciplinanti la materia, i quali ad avviso della Commissione erano fondati su « sense and justice », avrebbe senz'altro costituito un inutile quanto deleterio sforzo legislativo ⁽¹²³⁾.

Sorprendentemente i membri della *Criminal Code Bill Commission* giustificavano la scelta di escludere una rilevante porzione del diritto criminale inglese dal corpo del *Code* ricorrendo ad argomentazioni che ricordavano, in qualche misura, le critiche tradizionalmente opposte alla pratica della codificazione ⁽¹²⁴⁾. Secondo i commissari, due cause impedivano la completa codificazione del sistema criminale: da un lato, la quasi impossibilità di prevedere, in via generale e astratta, tutte le possibili combinazioni di circostanze costituenti una causa di giustificazione o una scusante giuridicamente valida; dall'altro lato, l'estrema difficoltà di utilizzare un linguaggio legislativo tanto chiaro, preciso e comprensivo dall'includere nel testo di una norma tutte, e soltanto, le possibili ipotesi di manifestazione della circostanza ritenute necessarie e sufficienti ⁽¹²⁵⁾.

La mancata incorporazione nel testo del codice di alcuni istituti di diritto criminale contribuì ad esporre il *Draft Code* alle critiche dei

one liable to a prosecution for an act or omission which is not declared to be an offence by the Draft Code itself or some other Act of Parliament ». *Ibidem*.

⁽¹²³⁾ *Ibidem*.

⁽¹²⁴⁾ Si veda ad esempio W. M. BEST, *Codification of the Law of England*, in *Papers Read Before the Juridical Society: 1855-1858*, London, Stevens & Norton, 1858, pp. 209-240, in part. pp. 218, ss.

⁽¹²⁵⁾ Così recita il brano descritto nel testo: « In our opinion the principle of the common law on such subjects, when rightly understood, are founded on sense and justice. There are a few points on which we venture to suggest alterations, which we shall afterwards state in detail. At present we desire to state that in our opinion it is, if not absolutely impossible, at least not practicable, to foresee all the various combinations of circumstances which may happen, but which are of so unfrequent occurrence that they have not hitherto been the subject of judicial consideration, although they might constitute a justification or excuse, and to use language at once so precise and clear and comprehensive as to include all cases that ought to be included, and not to include any case that ought to be excluded ». *Ivi*, p. 10.

suoi oppositori. In una lettera inviata nel giugno 1879 all'*Attorney General* John Holker, *Sir Alexander Cockburn* (*Chief Justice* dal 1874 al 1880) sosteneva che, sebbene la codificazione del diritto penale in Inghilterra fosse ad un tempo necessaria e possibile, la bozza del *Criminal Code* non avrebbe dovuto ricevere l'approvazione parlamentare stante il forte grado di incompletezza che ne caratterizzava la struttura ⁽¹²⁶⁾.

Cockburn sosteneva che la proposta di legge fosse « imperfetta e incompleta » e la sua emanazione avrebbe prodotto effetti tutt'altro che positivi. Trattandosi del primo vero tentativo di codificazione del diritto penale — aggiungeva Cockburn — l'entrata in vigore del *Draft* avrebbe generato sfiducia nei confronti della *codification* e ne avrebbe ritardato ogni futura sperimentazione ⁽¹²⁷⁾.

Le critiche del *Lord Chief Justice* riguardavano, in particolare, le previsioni della sezione (5) della proposta di legge. Secondo Cockburn un codice penale integrato dagli *statutes* non avrebbe potuto dirsi completo; anzi, per raggiungere un sufficiente standard di completezza, il codice avrebbe invece dovuto incorporare l'intero sistema di diritto criminale, sia statutario che di *common law*. Di conseguenza, concludeva Cockburn, il sistema normativo proposto dalla *Criminal Code Commission* non avrebbe apportato alcuna significativa innovazione in termini di conoscenza, comprensione e studio del diritto e non avrebbe in nessun modo contribuito al progresso della madrepatria, al benessere dei sudditi:

After a careful study of the law, as exhibited in the proposed code, a person would still remain ignorant of many important parts of it contained in the portions of the statute law thus remaining unrepealed and omitted from the code. Is this the fitting result of codification? ⁽¹²⁸⁾.

Il quesito posto dal *Lord Chief Justice* in conclusione alla sua lettera suonava come una sfida per l'estensore della proposta legislativa e imponeva un'immediata reazione in difesa del *Draft Code*.

⁽¹²⁶⁾ *Copy of Letter from the Lord Chief Justice of England, dated the 12th day of June 1879, containing Comments and suggestions in relation to the Criminal Code (Indictable Offences) Bill.*

⁽¹²⁷⁾ Ivi, p. 2.

⁽¹²⁸⁾ Ivi, p. 6.

Nel 1880 Stephen rispose alle critiche di Cockburn attraverso la pubblicazione di un saggio dal titolo *The Criminal Code* (1879) ⁽¹²⁹⁾. Il saggio, apparso sulla rivista “The Nineteenth Century”, aveva lo scopo precipuo di giustificare le scelte legislative del 1878 rivalutando, in chiave positiva, l’elemento della “incompletezza” del codice.

Secondo Stephen la peculiare natura del diritto inglese, e in particolare della porzione statutaria di esso, imponeva la redazione di un codice criminale necessariamente incompleto. Ed infatti, per la produzione del nuovo sistema di diritto esisteva un unico ineludibile procedimento: consolidare gli *statutes* con costante riferimento alla loro storia; codificare il *common law* attraverso una riorganizzazione sistematica dei *decided cases*.

Secondo Stephen non era possibile inserire nel codice tutti gli *statutes* in vigore atteso che ciascuno di questi andava interpretato con riferimento alla particolare epoca storica in cui era stato emanato: molti *statutes* rappresentavano dei veri e propri « monumenti storici delle lotte politiche e religiose » rispetto ai quali era impossibile scindere la porzione propriamente normative dall’elemento storico che conferiva significato alla legge ⁽¹³⁰⁾.

In ogni caso, concludeva Stephen, il codice poteva dirsi completo con riferimento ai reati statutarî: « [...] it contains all the statutory offences which could be properly introduced into it, and omits those only which would have made it cumbrous and inconvenient, and which are more conveniently placed elsewhere » ⁽¹³¹⁾.

In secondo luogo Stephen riteneva che, se anche il codice proposto nel 1878 fosse stato imperfetto, nessuno dei presunti difetti del nuovo sistema di diritto criminale avrebbe giustificato il rigetto della bozza di legge. Anche perché — terminava il giurista sul punto — i dettagli suscettibili di modifica avrebbero potuto essere facil-

⁽¹²⁹⁾ J.F. STEPHEN, *The Criminal Code* (1879), in « The Nineteenth Century », VII, January-June 1880, pp. 136-160. Secondo Stephen, « the existence of a great number of unquestionable defects in detail is a matter of practical or little importance in comparison with the advantages of comprehensive legislation ». Ivi, p. 141.

⁽¹³⁰⁾ Ivi, pp. 148-149.

⁽¹³¹⁾ Ivi, p. 150.

mente corretti durante l'iter parlamentare ovvero in un momento successivo all'entrata in vigore del codice ⁽¹³²⁾.

Gli argomenti appena esposti costituiscono la parte "divulgativa" del saggio *The Criminal Code (1879)* rappresentando, in un certo senso, un dovuto sforzo giustificativo in favore del progetto di codificazione del 1878-1879. Gli elementi di maggiore interesse del contributo del 1880 consistevano, invece, nella particolare rappresentazione proposta da Stephen del rapporto tra legislatore e giudici, dell'attività "giudiziale" di creazione del diritto, dei limiti naturali della codificazione inglese.

In particolare, Stephen difendeva le previsioni della sezione (5) del *Criminal Code Bill* ricordando i pericoli insiti nell'attribuzione ai giudici criminali del potere di creazione del diritto: il mantenimento dello status quo avrebbe consentito ai potentissimi giudici di Sua Maestà, tra l'altro, di scavalcare il Parlamento e criminalizzare le condotte ritenute meritevoli di disapprovazione e punizione, sulla base di considerazioni puramente morali.

L'insistenza di Stephen circa il primato parlamentare nei processi di produzione normativa non deve condurci a ritenere che l'eminente criminalista fosse favorevole ad una contrazione tout court dei poteri del giudiziario. La discrezionalità tradizionalmente riconosciuta ai giudici inglesi nell'interpretazione del diritto, ad esempio, costituiva, secondo Stephen, uno strumento indispensabile alla corretta evoluzione del diritto nazionale ⁽¹³³⁾.

Per tali motivi, sosteneva Stephen, sarebbe stato un errore ricomprendere nel testo del codice del 1878-1879 tutti gli elementi del diritto criminale d'Inghilterra e arrestare, in maniera irreparabile, lo sviluppo giurisprudenziale del tessuto normativo nazionale. Riprendendo parte degli argomenti già espressi nel *report* della *Criminal Code Bill Commission* (della quale, come si è anticipato, il giurista faceva parte), Stephen cercava di giustificare le scelte legi-

⁽¹³²⁾ Stephen difendeva gli elementi di "scrittura" del diritto inglese: « The best and most useful part of the law of England is unwritten, and the process by which this unwritten law was produced must necessarily be brought to an end if the law is, once for all, reduced to writing ». Ivi, p. 144.

⁽¹³³⁾ Ivi, pp. 153, ss.

slative del 1878-1879 facendo leva sulle particolarissime caratteristiche del *common law*.

In un sistema di diritto in continuo movimento non potevano che esistere elementi normativi inadeguati a qualsivoglia traduzione legislativa, materie da trattare con esclusivo riferimento al caso concreto, casi giudiziari la cui definizione dipendeva dai principi generali e dall'analogia, principi di diritto troppo indefiniti per essere espressi in forma di proposizioni categoriche. Per tutti questi motivi, concludeva Stephen, le soluzioni adottate dai codificatori inglesi — le quali imponevano un criterio di stretta legalità formale per la creazione di nuove fattispecie criminali e, allo stesso tempo, lasciavano la definizione della materia delle cause di giustificazione ai corrispondenti principi di diritto non scritto — sarebbero risultate perfettamente conformi alla natura del sistema di *common law*:

The worst result that could arise from the abolition of the common law offences would be the occasional escape of a person morally guilty. The only result which can follow from preserving the common law as to justification and excuse is, that a man morally innocent, not otherwise protected, may avoid punishment ⁽¹³⁴⁾.

6. I “codici parziali” dell’Inghilterra.

La preparazione del *Criminal Code Bill* offrì un importante spunto di riflessione nel dibattito sulla codificazione del *common law* tra Inghilterra, India e Nordamerica. Un articolo della rivista “*American Law Review*” del gennaio 1880, ad esempio, salutava con favore la proposta del 1879 esprimendo, al contempo, un vivo scetticismo sulla concreta possibilità che il codice entrasse in vigore:

When one remembers Livingston’s Penal Code for Luisiana, made with so much devotion and so much genius fifty years ago, and never enacted; the elaborate English Digest of Criminal Law, prepared through ten years and accompanied by several learned reports finished in 1843, and never enacted; the valuable Massachusetts Penal Code, made, as the learned commissioners remarked, with “an immensity of labour”, and completed in 1844 but never enacted; and the Indian Penal Code, prepared

⁽¹³⁴⁾ Ivi, p. 154.

in 1837, but delayed in vain for for the adoption of a code in England, and not enacted until until 1860 — remembering all these things, one cannot feel sanguine as to the result of these new efforts ⁽¹³⁵⁾.

Queste rappresentazioni velatamente malinconiche sulle sorti della codificazione in Inghilterra sembrarono trovare immediato riscontro.

Anche la stampa professionale britannica prese parte al dibattito sull'approvazione del *Bill* registrando il confronto tra Stephen e Cockburn e mostrandosi, in alcuni casi, particolarmente critica rispetto alle argomentazioni del saggio *The Criminal Code* (1879).

Le ragioni della critica all'ultimo lavoro divulgativo di Stephen non potevano che riguardare la scelta di escludere una rilevante porzione del diritto criminale dal progetto di codice e l'apparente contraddittorietà che emergeva da tale soluzione. Come si legge in un articolo intitolato *The Apology for the Code*, apparso sulla rivista "The Irish Law Times" il 17 gennaio 1880, affermando che le cause di giustificazione dovessero essere necessariamente disciplinate dal *common law* « [...] Mr. Justice Stephen has yielded to the arguments of those who oppose codification on the ground that it destroys the "elasticity" of the common law » ⁽¹³⁶⁾.

Le considerazioni svolte dall'articolo del "The Irish Law Times" sembravano suggerire un solidissimo ordine critico contro le logiche del codice e della codificazione: erano gli stessi promotori della codificazione, i quali ammettevano l'impossibilità di riportare in un testo avente valore legislativo l'intero sistema criminale e invocavano la necessità dell'intervento discrezionale del giudice, a smentire gli argomenti generalmente utilizzati per supportare la più controversa tra le riforme legislative e ad affermare il primato del *common law* su qualsiasi sistema normativo di pretesa omnicomprensività.

Riconosciutane in maniera incontrovertibile la necessaria esistenza sistemica, il *common law* avrebbe resistito a qualsiasi tentativo di traduzione legislativa imponendosi, ancora una volta, come ineliminabile contenitore di principi e soluzioni normative. A ciò

⁽¹³⁵⁾ L'articolo si trova, in estratto, su «The Irish Law Time and Solicitor's Journal», January 31, 1880, XIV, 679, p. 59.

⁽¹³⁶⁾ «The Irish Law Time and Solicitor's Journal», January 17, XIV, 677.

avrebbe fatto seguito, come inevitabile corollario, una generale presa di coscienza circa la totale inaffidabilità delle tesi sulla *Codification*.

Le scelte normative della Commissione Stephen prestavano così il fianco agli oppositori della codificazione i quali, sul finire del secolo XIX, si apprestavano a riportare una nuova schiacciante vittoria nella battaglia per il mantenimento dei tradizionali assetti del sistema di *common law*: il codice penale non entrò mai in vigore; il *Criminal Code Bill* ebbe due prime letture presso la *House of Commons* nell'aprile e nel maggio 1879 ma non vi fu una terza lettura. La bozza venne reintrodotta in Parlamento nel febbraio 1880 ma venne poi accantonata ⁽¹³⁷⁾.

Non è possibile affermare con certezza se il fallimento del progetto del 1878 sia stato o meno provocato proprio dall'avversione manifestata da Cockburn verso il *Criminal Code Bill* ⁽¹³⁸⁾.

Alla fine dell'Ottocento non mancarono voci che addebitavano la mancata realizzazione dei progetti del 1878 a fattori di tipo sociologico riferibili al rapporto tra la coscienza giuridica del paese e la scarsa propensione, dei giuristi e della popolazione in generale, a riforme di portata radicale. Secondo un articolo pubblicato nella rivista "Pall Mall Gazette" nell'aprile 1880, ad esempio, non v'era alcun dubbio che l'approvazione del *Bill* fosse stata ostacolata, da un lato, « dalla cieca gelosia » dei giuristi pratici, abituati al "disordine" esistente tanto da pensarlo naturale, nonché dal « vago dispiacere del cambiamento » espresso dal « confuso scetticismo del senso comune » e, dall'altro, dal « raffinato scetticismo » della scienza giuridica, avversa ad ipotesi di riforma che ne potessero in qualche modo compromettere prestigio e posizione sociale ⁽¹³⁹⁾.

La mancata approvazione del *Criminal Code Bill* non impedì la prosecuzione della "propaganda" in favore della *Codification*. Negli anni Ottanta dell'Ottocento, ad esempio, Stephen riprese, attraverso l'opera *A History of Criminal Law of England* (1883), il suo discorso sulla riforma riproponendo tutte le argomentazioni utilizzate nel quinquennio 1878-1883 ⁽¹⁴⁰⁾. Tuttavia, le vicende parlamentari degli ultimi

⁽¹³⁷⁾ GLAZEBROOK, *Criminal Law Reform*, cit., pp. 496-498.

⁽¹³⁸⁾ Cfr. MANCHESTER, *Simplifying*, cit., p. 544.

⁽¹³⁹⁾ *Codification in India*, in « The Pall Mall Gazette », 16 aprile 1880.

⁽¹⁴⁰⁾ STEPHEN, *A History*, cit., Vol. III, pp. 347-367.

anni Ottanta del secolo sembravano aver fornito una prova indiscutibile della sostanziale “incodificabilità” del sistema di *common law*.

Gli avversari della riforma non poterono che approfittare della situazione.

Nel saggio del 1882 *The Codification of the Law*, ad esempio, Archibald Craig individuava nelle peculiari origini storiche e nella particolare natura del sistema *common law* le ragioni dell’illegittimità di qualsiasi progetto di codificazione del diritto inglese⁽¹⁴¹⁾: se il diritto era il prodotto della storia e della vita, dei costumi, delle istituzioni, di ogni nazione (sul punto Craig riprendeva le tesi esposte da Savigny nell’opera del 1814 *Della vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza*), ogni eventuale futura proposta di riforma avrebbe dovuto prendere in considerazione le origini del diritto, la sua crescita, le circostanze particolari del suo sviluppo⁽¹⁴²⁾.

Craig sosteneva che il *common law* si trovasse in uno stato di impercettibile ma costante modificazione, in linea con il movimento perpetuo degli standard giuridici e dei costumi nazionali e che, pertanto, fosse di impossibile traduzione legislativa: « Not only does the absence of strict form thus secure the elasticity and plasticity of the Common Law, but it also permits its constant growth in harmony with the growth of civilization »⁽¹⁴³⁾.

Se l’esperienza dei decenni 1840-1880 aveva dimostrato l’inattuabilità di una riforma volta a contenere interi sistemi di diritto (tra tutti, il sistema di diritto criminale) in un unico testo legislativo, un ultimo argomento in favore della codificazione poteva ancora tenere banco.

Nel saggio del 1884 *Codification of English Law. A Retrospect*

⁽¹⁴¹⁾ A. CRAIG, *The Codification of the Law*, in « The Journal of Jurisprudence », XXVI (1882) 307, 1882, pp. 281-292 e 337-348.

⁽¹⁴²⁾ Ivi, p. 340. « This is precisely what such writers as Bentham have failed to do; and hence they have furnished us with an ideal legislation fit, it may be, for Utopia, but not to be adapted in a country like England, whose law is so deeply rooted in the eventful history of the past ».

⁽¹⁴³⁾ Ivi, p. 340. In più, esprimere in forma scritta i principi del *common law* è impossibile: « Human language, from its inherent infirmities, is inadequate to cover all cases and exclude all doubt ». Ivi, p. 342.

and a Prospect, pubblicato sulla rivista “Westminster Review” (144), il giurista George Spencer Bower individuava nella codificazione « by stages and detail » — una codificazione parziale e graduale, avente ad oggetto alcuni settori del diritto (ad esempio, il diritto societario o il diritto dei contratti, in riferimento alla materia civile, le « indictable offences », in riferimento alla materia criminale) — un utile espediente per la riforma del *common law* (145).

Secondo Bower, la battaglia per un miglioramento del sistema giuridico del paese non doveva necessariamente sfociare nell’elaborazione di un codice avente pretese di omnicomprensività, di un sistema normativo capace di racchiudere, nelle sue molteplici articolazioni, l’intero corpo, ovvero i principali macro-settori, del diritto nazionale. Del resto, sosteneva il giurista, la scelta di limitare l’esperienza codificatoria ad alcune particolari branche del diritto stava rapidamente acquisendo popolarità presso i giuristi inglesi (146).

I *Digests* preparati da Frederick Pollock e James Fitzjames Stephen (ovvero il *Digest of the Law of Partnership* e il *Digest of the Law of Evidence*, del 1876) offrivano un formidabile esempio di tale progressiva crescita di consenso. Il metodo di legislazione era propriamente “nuovo” — discostandosi dalle tradizionali tecniche di produzione normativa poiché escludeva « the mass of historical and argumentative matter which forms the intolerable padding of the old style of treatise » — ed avrebbe consentito di esporre in maniera sistematica, attraverso semplici proposizioni, esempi, illustrazioni (tratte, naturalmente, « from the leading cases ») il diritto nel suo pratico funzionamento (« the law in action ») (147).

Non v’era dubbio, secondo Bower, che il principale esempio della codificazione “per settori” fosse costituito dal modello indiano: l’amministrazione coloniale in India aveva saputo impartire ordine

(144) G.S. BOWER, *Codification of English Law*, cit., pp. 492, ss.

(145) Ivi, p. 492.

(146) Come dimostrato dai *Digest* di Stephen e Pollock, anche le codificazioni “parziali” preparate da privati avevano un notevole valore pratico: « [...] the matter so put into shape might at any time become available [...] for reason of code-legislation, and would be ready to receive recognition at the hands of Parliament or of any public body of men interested in the reduction of the particular subject-matter to a system capable of comprehensive survey, ready assimilation, and rapid use ». Ivi, p. 490.

(147) Ivi, p. 490.

ad un sistema giuridico complesso, composto da una pluralità di fonti eterogenee (« vast tracts and impenetrable jungles of unmethodized English jurisprudence and native customs [...] ») dimostrando la possibilità di importare il metodo della « code-legislation » anche nell'universo metropolitano di *common law* ⁽¹⁴⁸⁾.

Profondamente convinto del valore della codificazione coloniale, Bower non poteva che esprimersi criticamente rispetto alle tesi del giurista Sheldon Amos. Nonostante la colonia avesse soltanto codici parziali e non un codice omnicomprensivo — oggetto delle proposte di Amos era la « Codification of the whole body of Law at once » — il campione indiano costituiva un esempio da seguire per la riforma del diritto in madrepatria:

We must not therefore, he [Sheldon Amos] urges, too readily argue from the success of the several Indian codes to the probable success of an organic code of the entire law of this country. This caution, however, is only applicable if this writer's rooted prejudice in favour of an organic scheme to precede any special code is well founded: if it is not, then the success of the Indian codes is a very strong argument, subject to the above-mentioned deductions, in favour of codification by stages and detail ⁽¹⁴⁹⁾.

⁽¹⁴⁸⁾ Ivi, p. 491. « We have established and applied to the social circumstances of the Queen's Anglo-Indian subjects successive codes of distinct branches of common (with other) law. Why should not equally satisfactory results attend a like procedure in respect of her British subjects? ».

⁽¹⁴⁹⁾ Ivi, p. 492. Sebbene i tentativi inglesi tardo ottocenteschi di produrre un codice penale fossero falliti alcuni settori del diritto inglese subirono, negli anni successivi alla discussione parlamentare del *Criminal Code Bill*, un processo di consolidazione: tra gli anni Ottanta e Novanta dell'Ottocento furono emanati il *Bills of Exchange Act* (1882), il *Partnership Act* (1890) — preparato da F. Pollock — il *Sale and Goods Act* (1893). Questi lavori di consolidazione, che corrispondono grosso modo all'idea di Bower di una codificazione « by stages and details », costituiscono efficaci tentativi di sistematizzazione del diritto inglese.

INDICE SOMMARIO

<i>Presentazione e ringraziamenti</i>	v
---	---

Parte Prima

PLURALISMO E UNIFICAZIONE DEI DIRITTI

CAPITOLO PRIMO

IMMAGINI DELLA CITTADINANZA COLONIALE

1. L'eccezionalità della dimensione coloniale.	3
2. Immagini dell'India tra Sette e Ottocento: “ <i>ancient constitution</i> ” e “dispotismo orientale”.	7
3. Immagini della colonizzazione moderna: la civiltà dell'India e il governo della colonia	20
4. Un modello “virtuoso” di colonialismo: lo sguardo italiano sull'India coloniale	36

CAPITOLO SECONDO

L'ORDINE GIURIDICO COLONIALE

1. Il <i>common law</i> in India: il caso delle <i>Presidency towns</i>	43
2. Particolarismo giuridico e processo: il modello del <i>mofussil</i>	59
3. Poteri di polizia e controllo del territorio	67
4. « <i>Confessions are to be received with caution</i> »: giustizia criminale e pratiche di polizia	81
5. Produzione agricola e criminalità rurale: l'indaco del Bengala	90
6. Cenni conclusivi.	97

Parte Seconda
COLONIALISMO E CODIFICAZIONE

CAPITOLO PRIMO

UN CODICE PENALE PER L'INDIA BRITANNICA

1. <i>World history</i> e riletture della vicenda coloniale	103
2. Diritto e cittadinanza coloniale: John Miller e la questione delle “fonti” . .	108
3. Una proposta di “risistemazione” del diritto: l’apertura agli elementi giuridici nativi	123
4. Il caso di Ceylon: <i>trial by jury</i> per i sudditi indigeni e codificazione del diritto locale	128
5. « <i>An enlightened and paternal despotism</i> »: le proposte Macaulay	138
6. L’ <i>Indian Penal Code</i> e il “Penitenziario”	161

CAPITOLO SECONDO

UN NUOVO ORDINE PER LA COLONIA INDIANA

1. Un codice penale per l’Inghilterra (I)	183
2. Diritti di proprietà e pluralismo normativo: il caso delle “ <i>ancestral properties</i> ”	197
3. Il diritto inglese come “ <i>birth right</i> ” dei sudditi di Sua Maestà	214
4. Il controllo dei territori periferici: tra “vecchio” e “nuovo” regime di governo	224
5. Verso l’uniformità: istituzione e lavori della nuova <i>Indian Law Commission</i>	238
6. Il “nuovo volto” della giustizia coloniale: la codificazione del diritto processuale	241
7. Gli sviluppi della legislazione coloniale: il potere normativo delle <i>illustrations</i>	257

CAPITOLO TERZO

LA SCIENZA DEL DIRITTO TRA INDIA E INGHILTERRA

1. Un “omaggio” inglese al Continente	263
2. <i>Form of Law</i> e “conoscibilità” del diritto	266
3. Il ruolo divulgativo dell’opera scientifica: i contributi di Stephen e Amos . .	272
4. La codificazione del diritto “in dettaglio”: la proposta di Frederick Pollock.	283
5. Un codice penale per l’Inghilterra (II)	294
6. I “codici parziali” dell’Inghilterra	304

UNIVERSITÀ DI FIRENZE

CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO

PUBBLICAZIONI

QUADERNI FIORENTINI

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

Vol. 1 (1972), 8°, p. 486

Vol. 2 (1973), 8°, p. 798

Vol. 3-4 (1974-75) - Il « socialismo giuridico ». Ipotesi e letture, due tomi in 8°, p. 1041

Vol. 5-6 (1976-77) - Itinerari moderni della proprietà, due tomi in 8°, p. 1140

Vol. 7 (1978) - Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 648

Vol. 8 (1979), 8°, p. 564

Vol. 9 (1980) - Su Federico Carlo di Savigny, 8°, p. 590

Vol. 10 (1981), 8°, p. 584

Vol. 11-12 (1982-83) - Itinerari moderni della persona giuridica, due tomi in 8°, p. 1200

Vol. 13 (1984), 8°, p. 782

Vol. 14 (1985), 8°, p. 646

Vol. 15 (1986), 8°, p. 748

Vol. 16 (1987) - Riviste giuridiche italiane (1865-1945), 8°, p. 718

Vol. 17 (1988), 8°, p. 640

Vol. 18 (1989), 8°, p. 744

Vol. 19 (1990), 8°, p. 736

Vol. 20 (1991) - François Géný e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 588

Vol. 21 (1992), 8°, p. 750

Vol. 22 (1993) - Per Federico Cammeo, 8°, p. 706

Vol. 23 (1994), 8°, p. 554

Vol. 24 (1995), 8°, p. 620

Vol. 25 (1996), 8°, p. 810

Vol. 26 (1997), 8°, p. 744

Vol. 27 (1998), 8°, p. 590

Vol. 28 (1999) - Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica, due tomi in 8°, p. 1180

Vol. 29 (2000), 8°, p. 578

Vol. 30 (2001), due tomi in 8°, p. 988

Vol. 31 (2002) - L'ordine giuridico europeo: radici e prospettive, due tomi in 8°, p. 950

Vol. 32 (2003), 8°, p. 796

Vol. 33-34 (2004-2005) - L'Europa e gli 'Altri'. Il diritto coloniale fra Otto e Novecento, due tomi in 8°, p. 1408

Vol. 35 (2006), due tomi in 8°, p. 1120

Vol. 36 (2007) - Principio di legalità e diritto penale (per Mario Sbriccoli), due tomi in 8°, p. 1562

Vol. 37 (2008), 8°, p. 744

Vol. 38 (2009) - I diritti dei nemici, due tomi in 8°, p. 1956

Vol. 39 (2010), 8°, p. 946

Vol. 40 (2011) - Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento, due tomi in 8°, p. 1174

Vol. 41 (2012), 8°, p. 940

Vol. 42 (2013), 8°, p. 804

- Vol. 43 (2014) - Autonomia - Unità e pluralità nel sapere giuridico fra Otto e Novecento,
due tomi in 8°, p. 1144
Vol. 44 (2015), due tomi in 8°, p. 1262

BIBLIOTECA

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

- 1 LA SECONDA SCOLASTICA NELLA FORMAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO
Incontro di studio - Firenze, 17-19 ottobre 1972
Atti, a cura di Paolo Grossi
(1973), 8°, p. 484
- 2 Mario Sbriccoli, CRIMEN LAESAE MAIESTATIS
Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna
(1974), 8°, p. 399
- 3 Pietro Costa, IL PROGETTO GIURIDICO
Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico
Vol. I: Da Hobbes a Bentham
(1974), 8°, p. XIII-414
- 4 Mario Sbriccoli, ELEMENTI PER UNA BIBLIOGRAFIA DEL SOCIALISMO GIURIDICO ITALIANO
(1976), 8°, p. 169
- 5 Paolo Grossi, « UN ALTRO MODO DI POSSEDERE »
L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria
(1977), 8°, p. 392
- 6/7 Franz Wieacker, STORIA DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO
con particolare riguardo alla Germania
Trad. di Umberto Santarelli e di Sandro A. Fusco
Vol. I (1980), 8°, p. 560
Vol. II (1980), 8°, p. 429
- 8 Maurizio Fioravanti, GIURISTI E COSTITUZIONE POLITICA NELL'OTTO-CENTO TEDESCO
(1979), 8°, p. 432
- 9 Peter Stein-John Shand, I VALORI GIURIDICI DELLA CIVILTÀ OCCIDENTALE
Trad. di Alessandra Maccioni
(1981), 8°, p. 465
- 10 Gioele Solari, SOCIALISMO E DIRITTO PRIVATO
Influenza delle odierne dottrine socialistiche sul diritto privato (1906)
Edizione postuma a cura di Paolo Ungari
(1980), 8°, p. 259
- 11/12 CRISTIANESIMO, SECOLARIZZAZIONE E DIRITTO MODERNO
A cura di Luigi Lombardi Vallauri e Gerhard Dilcher
(1981), 8°, p. 1527
- 13 LA « CULTURA » DELLE RIVISTE GIURIDICHE ITALIANE
Atti del Primo Incontro di studio - Firenze, 15-16 aprile 1983
A cura di Paolo Grossi
(1984), 8°, p. VI-198

- 14 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO
I. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Ugo Grozio (1983), 8°, p. VIII-124
- 15 Emanuele Castrucci, TRA ORGANICISMO E « RECHTSIDEE »
Il pensiero giuridico di Erich Kaufmann (1984), 8°, p. XIV-202
- 16 Pietro Barcellona, I SOGGETTI E LE NORME
(1984), 8°, p. IV-204
- 17 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS
I. Genesi del sistema e nascita della « scienza » delle Pandette (1984), 8°, p. XII-638
- 18 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI
I. Il progetto costituzionale (1984), 8°, p. XII-656
- 19 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS
II. Dal sistema alla teoria generale (1985), 8°, p. XII-416
- 20 Bernardo Sordi, GIUSTIZIA E AMMINISTRAZIONE NELL'ITALIA LIBERALE
La formazione della nozione di interesse legittimo (1985), 8°, p. 483
- 21 Pietro Costa, LO STATO IMMAGINARIO
Metafore e paradigmi nella cultura giuridica fra Ottocento e Novecento (1986), 8°, p. IV-476
- 22 STORIA SOCIALE E DIMENSIONE GIURIDICA - STRUMENTI D'INDAGINE E IPOTESI DI LAVORO
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-27 aprile 1985
A cura di Paolo Grossi (1986), 8°, p. VIII-466
- 23 Paolo Grossi, STILE FIORENTINO
Gli studi giuridici nella Firenze italiana - 1859-1950 (1986), 8°, p. XV-230
- 24 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI
II. La scoperta del diritto amministrativo (1987), 8°, p. VIII-254
- 25 Bernardo Sordi, TRA WEIMAR E VIENNA
Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra (1987), 8°, p. 378
- 26 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO
II. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Jean Domat (1987), 8°, p. VIII-88
- 27 Paolo Grossi, « LA SCIENZA DEL DIRITTO PRIVATO »
Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo - 1893-1896 (1988), 8°, p. IX-206

- 28 LA STORIOGRAFIA GIURIDICA SCANDINAVA
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 22-23 maggio 1987
A cura di Paolo Grossi
(1988), 8°, p. VI-87
- 29 LA CULTURE DES REVUES JURIDIQUES FRANÇAISES
A cura di André-Jean Arnaud
(1988), 8°, p. IV-144
- 30 Adam Smith, LEZIONI DI GLASGOW
Introduzione a cura di Enzo Pesciarelli
Traduzione di Vittoria Zompanti Oriani
(1989), 8°, p. CXXVIII-766
- 31 Thilo Ramm, PER UNA STORIA DELLA COSTITUZIONE DEL LAVORO
TEDESCA
A cura di Lorenzo Gaeta e Gaetano Vardaro
(1989), 8°, p. 195
- 32 PIERO CALAMANDREI - Ventidue saggi su un grande maestro
A cura di Paolo Barile
(1990), 8°, p. 556
- 33 IL PENSIERO GIURIDICO DI COSTANTINO MORTATI
A cura di Mario Galizia e Paolo Grossi
(1990), 8°, p. 644
- 34/35 HISPANIA - ENTRE DERECHOS PROPIOS Y DERECHOS NACIONALES
Atti dell'incontro di studio - Firenze/Lucca 25, 26, 27 maggio 1989
A cura di B. Clavero, P. Grossi, F. Tomas y Valiente
Tomo I (1990), 8°, p. VI-530
Tomo II (1990), 8°, p. IV-531-1036
- 36 Osvaldo Cavallar, FRANCESCO GUICCIARDINI GIURISTA
I ricordi degli onorari
(1991), 8°, p. XXII-396
- 37 Bernardo Sordi, L'AMMINISTRAZIONE ILLUMINATA
Riforma delle Comunità e progetti di Costituzione nella Toscana leopoldina
(1991), 8°, p. 424
- 38 Franco Cipriani, STORIE DI PROCESSUALISTI E DI OLIGARCHI
La Procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)
(1991), 8°, p. X-536
- 39 Bartolomé Clavero, ANTIDORA
Antropología católica de la economía moderna
(1991), 8°, p. VI-259
- 40 Giovanni Cazzetta, RESPONSABILITÀ AQUILIANA E FRAMMENTAZIONE
DEL DIRITTO COMUNE CIVILISTICO (1865-1914)
(1991), 8°, p. IV-564
- 41 Paolo Grossi, IL DOMINIO E LE COSE
Percezioni medievali e moderne dei diritti reali
(1992), 8°, p. 755
- 42 L'INSEGNAMENTO DELLA STORIA DEL DIRITTO MEDIEVALE E MODERNO
Strumenti, destinatari, prospettive
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 6-7 novembre 1992
A cura di Paolo Grossi
(1993), 8°, p. VIII-440

- 43 PERIODICI GIURIDICI ITALIANI (1850-1900) - Repertorio
A cura di Carlo Mansuino
(1994), 8°, p. XIV-368
- 44 Stefano Mannoni, UNE ET INDIVISIBLE
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - I
(1994), 8°, p. XXII-603
- 45 Luca Mannori, IL SOVRANO TUTORE
Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel Principato dei Medici (Secc. XVI-XVIII)
(1994), 8°, p. VIII-486
- 46 Stefano Mannoni, UNE ET INDIVISIBLE
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - II
(1996), 8°, p. XVI-448
- 47 Bartolomé Clavero, TOMÁS Y VALIENTE
Una biografia intelectual
(1996), 8°, p. XXXVI-374
- 48 Costantino Mortati, L'ORDINAMENTO DEL GOVERNO NEL NUOVO DIRITTO PUBBLICO ITALIANO
Ristampa inalterata, con una prefazione di Enzo Cheli
(2000), 8°, p. X-234
- 49 Costantino Mortati, LA COSTITUZIONE IN SENSO MATERIALE
Ristampa inalterata, con una premessa di Gustavo Zagrebelsky
(1998), 8°, p. XXXVIII-212
- 50 GIURISTI E LEGISLATORI
Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-28 settembre 1996
A cura di Paolo Grossi
(1997), 8°, p. VIII-530
- 51 Pio Caroni, SAGGI SULLA STORIA DELLA CODIFICAZIONE
(1998), 8°, p. XX-270
- 52 Paolo Grossi, ASSOLUTISMO GIURIDICO E DIRITTO PRIVATO
(1998), 8°, p. X-474
- 53 Giovanni Cazzetta, PRÆSUMITUR SEDUCTA
Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna
(1999), 8°, p. IV-426
- 54 Stefano Mannoni, POTENZA E RAGIONE
La scienza del diritto internazionale nella crisi dell'equilibrio europeo (1870-1914)
(1999), 8°, p. IV-276
- 55/56 Sergio Caruso, LA MIGLIOR LEGGE DEL REGNO
Consuetudine, diritto naturale e contratto nel pensiero e nell'epoca di John Selden (1584-1654)
Tomo I (2001), 8°, p. IV-432
Tomo II (2001), 8°, p. IV-433-1024
- 57 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO
III. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Samuel Pufendorf
(2001), 8°, p. VIII-106

- 58/59 Maurizio Fioravanti, LA SCIENZA DEL DIRITTO PUBBLICO
Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento
Tomo I (2001), 8°, p. XXII-572
Tomo II (2001), 8°, p. IV-573-918
- 60 Raffaele Volante, IL SISTEMA CONTRATTUALE DEL DIRITTO COMUNE CLASSICO
Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e ultramontani
(2001), 8°, p. IV-502
- 61 CODICI
Una riflessione di fine millennio
Atti dell'incontro di studio - Firenze, 26-28 ottobre 2000
A cura di Paolo Cappellini e Bernardo Sordi
(2002), 8°, p. VIII-604
- 62 Pietro Costa, IURISDICTIONE
Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)
Ristampa
(2002), 8°, p. XCVI-412
- 63 Mario Piccinini, TRA LEGGE E CONTRATTO
Una lettura di *Ancient Law* di Henry S. Maine
(2003), 8°, p. XVI-286
- 64 Arturo Carlo Jemolo, LETTERE A MARIO FALCO
Tomo I (1910-1927)
A cura di Maria Vismara Missiroli
(2005), 8°, p. XVIII-592
- 65 Ferdinando Mazarella, NEL SEGNO DEI TEMPI
Marchi persone e cose dalla corporazione medievale all'impresa globale
(2005), 8°, p. 530
- 66 Michele Pifferi, GENERALIA DELICTORUM
Il *Tractatus criminalis* di Tiberio Deciani e la "Parte generale" di diritto penale
(2006), 8°, p. 468
- 67 Maria Rosa Di Simone, PERCORSI DEL DIRITTO TRA AUSTRIA E ITALIA (SECOLI XVII-XX)
(2006), 8°, p. XII-374
- 68 Franco Cipriani, SCRITTI IN ONORE DEI PATRES
(2006), 8°, p. XIV-502
- 69 Piero Fiorelli, INTORNO ALLE PAROLE DEL DIRITTO
(2008), 8°, p. XXXII-548
- 70 Paolo Grossi, SOCIETÀ, DIRITTO, STATO
Un recupero per il diritto
(2006), 8°, p. XX-346
- 71 Irene Stolzi, L'ORDINE CORPORATIVO
Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista
(2007), 8°, p. IV-464
- 72 Hasso Hofmann, RAPPRESENTANZA - RAPPRESENTAZIONE
Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento
(2007), 8°, p. XL-586

- 73 Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, GOVERNO E PARTITI NEL PENSIERO BRITANNICO (1690-1832)
(2007), 8°, p. VIII-156
- 74 Giovanni Cazzetta, SCIENZA GIURIDICA E TRASFORMAZIONI SOCIALI
Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento
(2007), 8°, p. X-388
- 75 Manuela Mustari, IL LUNGO VIAGGIO VERSO LA "REALITÀ"
Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile
(2007), 8°, p. VI-284
- 76 Carlo Fantappiè, CHIESA ROMANA E MODERNITÀ GIURIDICA
Tomo I L'edificazione del sistema canonistico (1563-1903), (2008), 8°, p. XLVI-520
Tomo II Il *Codex iuris canonici* (1917), (2008), 8°, p. IV-521-1282
- 77 Rafael D. García Pérez, ANTES LEYES QUE REYES
Cultura jurídica y constitución política en la edad moderna (Navarra, 1512-1808)
(2008), 8°, p. XII-546
- 78 Luciano Martone, DIRITTO D'OLTREMARE
Legge e ordine per le Colonie del Regno d'Italia
(2008), 8°, p. X-228
- 79 Michael Stolleis, STORIA DEL DIRITTO PUBBLICO IN GERMANIA
I. Pubblicistica dell'impero e scienza di polizia 1600-1800
(2008), 8°, p. X-632
- 80 Paolo Grossi, NOBILTÀ DEL DIRITTO
Profili di giuristi
(2008), 8°, p. XII-742
- 81 Andrea Marchisello, LA RAGIONE DEL DIRITTO
Carlantonio Pilati tra cattedra e foro nel Trentino del tardo Settecento
(2008), 8°, p. XXIV-532
- 82 Bartolomé Clavero, GENOCIDE OR ETHNOCIDE, 1933-2007
How to make, unmake, and remake law with words
(2008), 8°, p. VIII-268
- 83 Paolo Grossi, TRENT'ANNI DI PAGINE INTRODUTTIVE
Quaderni fiorentini 1972-2001
(2009), 8°, p. XXVIII-252
- 84 Aldo Sandulli, COSTRUIRE LO STATO
La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)
(2009), 8°, p. XVIII-324
- 85 DIRITTI E LAVORO NELL'ITALIA REPUBBLICANA
Materiali dall'incontro di studio Ferrara, 24 ottobre 2008
A cura di Gian Guido Balandi e Giovanni Cazzetta
(2009), 8°, p. IV-306
- 86 Pio Caroni, LA SOLITUDINE DELLO STORICO DEL DIRITTO
(2009), 8°, p. VI-252
- 87 Federigo Bambi, UNA NUOVA LINGUA PER IL DIRITTO - I
Il lessico volgare di Andrea Lancia nelle provvisori fiorentine del 1355-57
(2009), 8°, p. IV-816

- 88 Mario Sbriccoli, **STORIA DEL DIRITTO PENALE E DELLA GIUSTIZIA**
Scritti editi e inediti (1972-2007)
Tomo I (2009), 8°, p. XVI-722
Tomo II (2009), 8°, p. IV-723-1338
- 89 Arturo Carlo Jemolo, **LETTERE A MARIO FALCO**
Tomo II (1928-1943)
A cura di Maria Vismara Missiroli
(2009), 8°, p. IV-512
- 90 Sabino Cassese, **IL DIRITTO AMMINISTRATIVO: STORIA E PROSPETTIVE**
(2010), 8°, p. X-576
- 91 Marco Sabbioneti, **DEMOCRAZIA SOCIALE E DIRITTO PRIVATO**
La Terza Repubblica di Raymond Saleilles (1855-1912)
(2010), 8°, p. XXXVIII-682
- 92 Condorcet, **DICHIARARE I DIRITTI, COSTITUIRE I POTERI**
Un inedito sulla dichiarazione dei diritti dell'uomo
A cura di Gabriele Magrin
Edizione del manoscritto a cura di Mercurio Candela
(2011), 8°, p. VI-190
- 93 **DIRITTI INDIVIDUALI E PROCESSO PENALE NELL'ITALIA REPUBBLICANA**
Materiali dall'incontro di studio - Ferrara, 12-13 novembre 2010
A cura di Daniele Negri e Michele Pifferi
(2011), 8°, p. VI-442
- 94 Rodolfo Savelli, **CENSORI E GIURISTI**
Storie di libri, di idee e di costumi (secoli XVI-XVII)
(2011), 8°, p. XXXIV-410
- 95 **ALESSANDRO GIULIANI: L'ESPERIENZA GIURIDICA FRA LOGICA ED ETICA**
A cura di Francesco Cerrone e Giorgio Repetto
(2012), 8°, p. VI-848
- 96 Carlo Nitsch, **IL GIUDICE E LA LEGGE**
Consolidamento e crisi di un paradigma nella cultura giuridica italiana del primo
Novecento
(2012), 8°, p. X-342
- 97 Rodrigo Míguez Núñez, **TERRA DI SCONTRI**
Alterazioni e rivendicazioni del diritto alla terra nelle Ande centrali
(2013), 8°, p. X-360
- 98 Enrico Finzi, **"L'OFFICINA DELLE COSE"**
Scritti minori
A cura di Paolo Grossi
(2013), 8°, p. LXII-212
- 99 Michele Pifferi, **L'INDIVIDUALIZZAZIONE DELLA PENA**
Difesa sociale e crisi della legalità penale tra Otto e Novecento
(2013), 8°, p. IV-336
- 100 Paolo Grossi, **SCRITTI CANONISTICI**
A cura di Carlo Fantappiè
(2013), 8°, p. XLVI-314
- 101 Massimiliano Gregorio, **PARTE TOTALE**
Le dottrine costituzionali del partito politico in Italia tra Otto e Novecento
(2013), 8°, p. XIV-440

- 102 Emanuele Somma, JUGE NATUREL E ORDINAMENTO GIUDIZIARIO FRANCESE (1790-1795)
(2013), 8°, p. VI-166
- 103 DALLA COSTITUZIONE "INATTUATA" ALLA COSTITUZIONE "INATTUALE"?
Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana
Materiali dall'incontro di studio - Ferrara, 24-25 gennaio 2013
A cura di Giuditta Brunelli e Giovanni Cazzetta
(2013), 8°, p. VIII-430
- 104 STORIA E DIRITTO
Esperienze a confronto
Atti dell'incontro internazionale di studi in occasione dei 40 anni dei *Quaderni fiorentini*
Firenze, 18-19 ottobre 2012
A cura di Bernardo Sordi
(2013), 8°, p. VI-506
- 105 Michael Stolleis, STORIA DEL DIRITTO PUBBLICO IN GERMANIA
II. Dottrina del diritto pubblico e scienza dell'amministrazione 1800-1914
(2014), 8°, p. XVIII-766
- 106 Paolo Grossi, NOBILTÀ DEL DIRITTO
Profili di giuristi - II
(2014), 8°, p. XII-334
- 107 Irene Stolzi, LE INCHIESTE PARLAMENTARI
Un profilo storico-giuridico (Italia 1861-1900)
(2015), 8°, p. XXVIII-328
- 108 GIUSTIZIA PENALE E POLITICA IN ITALIA TRA OTTO E NOVECENTO
Modelli ed esperienze tra integrazione e conflitto
a cura di Floriana Colao, Luigi Lacchè e Claudia Storti
(2015), 8°, p. X-536
- 109 Giulio Abbate, «UN DISPOTISMO ILLUMINATO E PATERNO»
Riforme e codificazione nell'India britannica (1772-1883)
(2015), 8°, p. VIII-312

Per Informazioni e Acquisti

Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano
Tel. 02/380.892.90 - Fax 02/380.095.82
<http://www.giuffre.it>

Centri di documentazione e di distribuzione Giuffrè

€ 32,00

024194229

ISBN 978-88-14-20966-6



9 788814 209666