

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI “FEDERICO II”

Dottorato di ricerca in “Diritto romano e tradizione romanistica:
fondamenti del diritto europeo”—XXIV ciclo.

TESI DI DOTTORATO

COLONIALISMO E CODIFICAZIONE
UN CODICE PENALE PER L’INDIA BRITANNICA (1773-1882)

TUTOR:

Ch.ma Prof. Giorgina Alessi

DOTTORANDO:

Giulio Abbate

ANNO ACCADEMICO: 2010/2011

INDICE

CAPITOLO PRIMO LO SGUARDO ITALIANO SUL MODELLO BRITANNICO DI COLONIZZAZIONE

1. Il moderno “progetto coloniale europeo”..... p. 6
2. Immagini della “colonizzazione moderna”: la civiltà dell’India e il governo della colonia..... p. 8
3. Immagini della “colonizzazione moderna”. Il caso dell’Italia: una “colonizzazione senza conquista”..... p. 19
4. Ancora sul caso italiano: colonizzazione, conquista e Diritto internazionale..... p. 26

CAPITOLO SECONDO L’ORDINE GIURIDICO COLONIALE

1. Il particolarismo giuridico della colonia indiana..... p. 37
2. Polizia e controllo del territorio: il caso del Bengala..... p. 41
3. Il caso di Madras e Bombay: la dimensione “comunitaria della giustizia”..... p. 46
4. Il *common law* in India..... p. 54
5. Un caso di *habeas corpus*..... p. 60

CAPITOLO TERZO
LA CODIFICAZIONE DEL DIRITTO PENALE TRA INDIA E
INGHILTERRA

1. Due proposte di codificazione del diritto: l'apertura agli "elementi giuridici nativi"..... p. 68
6. La proposta Macaulay del 1837..... p. 76
7. Stati mentali, responsabilità criminale, requisiti di colpevolezza: gli aspetti "innovativi"
della proposta Macaulay..... p. 82
8. Un codice penale per l'Inghilterra..... p. 93

CAPITOLO QUARTO
DISFACIMENTO E CROLLO DELL'ORDINE COLONIALE

1. Il diritto inglese come *birth right* dei sudditi di Sua Maestà..... p. 102
2. I problemi derivanti dall' *agency* nativa..... p. 112
3. Competenze fiscali e poteri di polizia: il caso di Madras..... p. 123
4. Poteri di polizia e controllo del territorio..... p. 128
5. Il "nuovo volto" della giustizia coloniale: la codificazione del diritto processuale..... p. 131

CAPITOLO QUINTO
LA SCIENZA DEL DIRITTO TRA INDIA E INGHILTERRA

1. <i>The form of the law</i> e la “conoscibilità” del diritto.....	p. 140
2. Il ruolo divulgativo dell’ “opera scientifica”: i contributi di Stephen e Amos.....	p. 148
3. Stephen e Pollock: la codificazione del diritto “in dettaglio”.....	p. 155
4. Un codice penale per l’Inghilterra.....	p. 162
5. I “codici parziali” dell’Inghilterra.....	p. 179
Conclusione.....	p. 175
Bibliografia.....	p. 176

CAPITOLO PRIMO
LO SGUARDO ITALIANO SUL MODELLO BRITANNICO
DI COLONIZZAZIONE

1. Il moderno “progetto coloniale europeo”

E' possibile parlare, in riferimento al movimento di espansione coloniale che ha coinvolto l'Europa dell'Ottocento, di progetto coloniale europeo? Le politiche espansionistiche occidentali, i sistemi di regolamentazione coloniale e le ideologie a cui si ispirano, sono riconducibili ad un modello europeo di colonizzazione?

Che nel corso dell'Ottocento l'espansione coloniale abbia costituito un tratto caratteristico della storia europea costituisce un dato storico incontestabile. Ma i recenti lavori della scienza giuridica dedicati al tema del colonialismo hanno mostrato i caratteri ambivalenti dell'espansionismo coloniale europeo, insistendo a lungo sull'impossibilità di definirlo se non come «insieme flessibile di pratiche e di discorsi in riferimento a esperienze situate con precisione nel tempo e nello spazio».¹ Le esperienze coloniali dei paesi occidentali presentano differenze e tratti peculiari —soprattutto rispetto ai modelli di governamentalità coloniale— e sono pertanto irriducibili ad un “modello europeo di colonizzazione”. Tuttavia a partire dalla fine dell'Ottocento si assiste alla definizione di una forma “ideale” di espansione coloniale che segna, nella rappresentazione diffusa della dottrina, il passaggio tra il vecchio e il moderno progetto coloniale europeo: la chiave concettuale di riferimento è costituita dall'elaborazione dell'idea di civilizzazione, che sostituisce quella di cristianizzazione, come forma paradigmatica di relazione tra l'Occidente e le colonie.² La forza legittimante di tale costruzione sta nello scarto tra differenti livelli di civiltà: quello “alto” dell'Occidente, della comunità internazionale come insieme delle nazioni civilizzate, e quello “basso” e quasi primitivo delle nazioni colonizzate. L'osservazione antropologica della dimensione coloniale

¹ La citazione è di S. Mezzadra, *La condizione postcoloniale. Storia e politica nel presente globale*, Verona, ombre corte, 2008, p. 47. 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.

² N. Thomas, *Colonialism's Culture*. cit. Si veda anche, L. Nuzzo, *Dal colonialismo al post-colonialismo, tempi e avventure del soggetto indigeno*, in «Quaderni fiorentini», 2004/2005; più di recente, L. Nuzzo, *Un mondo senza nemici. La costruzione del diritto internazionale e il controllo delle differenze*, in «Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 38 (2009), pp. 1311-1381.

complicherà questa prospettiva individuando differenti livelli di civiltà.³ Ma nella rappresentazione diffusa della dottrina, è questo il tratto caratteristico della colonizzazione ottocentesca: a differenza di quanto avveniva nei secoli passati, le nazioni colonizzatrici contribuiscono alla diffusione della civiltà nel mondo e così facendo adempiono alla “missione” che si impone alle società civili. È proprio per rispondere ai bisogni della civiltà, che la colonizzazione moderna non deve tendere alla conquista, all’espropriazione, al monopolio commerciale —tratti caratteristici dei modelli coloniali cinquecenteschi e seicenteschi— ma basarsi sui liberi scambi tra la colonia e la madrepatria e per questa via favorire lo sviluppo economico e intellettuale delle dipendenze coloniali. La definizione di questo modello di espansione, le cui linee portanti vennero codificate negli Atti generali che chiusero la Conferenza di Berlino (1884-1885), si nutre degli sviluppi scientifici di campi disciplinari diversi: da un lato il diritto internazionale definiva le forme di relazione tra l’Occidente e le nazioni extraeuropee;⁴ dall’altro lato la nascente giuscolonialistica elaborava, attraverso l’osservazione delle particolarità politiche e sociali della colonia, modelli regolamentari e di governo coloniale.

Dato assai interessante, nei discorsi di una parte della dottrina, esistono esempi concreti di sperimentazione delle “moderne” forme di colonizzazione: in particolare, è l’espansione coloniale inglese ad assumere le caratteristiche idealtipiche del modello di “colonizzazione moderna”. La peculiarità della nazione britannica, il fatto di avere intrapreso, sin dall’inizio,

³ E’ Leroy-Beaulieu, ad esempio, ad individuare due tipi di civiltà e due livelli di inciviltà, corrispondenti a quattro parti del mondo; anzitutto «quella in cui regna la civiltà occidentale, che è la nostra; la seconda parte che è abitata da popoli di una civiltà differente, ma compatti, coerenti, stabili, destinati per la loro storia e il loro carattere presente a governarsi e a dirigersi da se». I popoli incivili si distinguono in due categorie: da un lato i popoli «assai avanzati per certi lati ma che restano stazionari, o non sono giunti a costituirsi in nazioni unite, pacifiche, progressive, secondo uno svolgimento regolare; essi sono in uno stato di equilibrio instabile, che si turbano frequentemente o sono sempre pronti a turbarsi»; dall’altro, le tribù barbare o selvagge, «le une dedite a guerre senza fine, le altre che conoscono così poco le arti, hanno sì poco l’abitudine del lavoro e della invenzione da non saper trarre alcun partito dal suolo e dalle ricchezze naturali, e vivono miserabili, in piccoli gruppi sparsi su territori enormi che potrebbero nutrire comodamente popoli numerosi». Rispetto ad entrambe le categorie di inciviltà, l’intervento dei popoli civili si giustifica come un’educazione o come una tutela. 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. 681-682.

⁴ Per quanto riguarda il diritto internazionale, si veda G.W., Gong, *The standard of “Civilization” in International Society*, Clarendon Press, Oxford 1984, M. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001; L. Nuzzo, *Un mondo senza nemici. La costruzione del diritto internazionale e il controllo delle differenze*, cit.

imprese coloniali non già per cercare conquiste ma spinta dalla difficile situazione economica della madrepatria pone l'Inghilterra e il suo sistema coloniale al centro della riflessione della giuscolonialistica tardo ottocentesca. Come si legge nel saggio di Paul Leroy-Beaulieu *La colonizzazione presso i popoli moderni*, sin dalle prime conquiste coloniali, l'Inghilterra ha assunto, nei confronti dei popoli coloniali, un atteggiamento di tolleranza religiosa e culturale, favorendo la crescita morale e materiale dei suoi possedimenti coloniali: «Chi esamini particolarmente l'origine della colonizzazione inglese, vede che nulla è fortuito nel mirabile sviluppo delle colonie inglesi, e che la nazione britannica rivela sin dalla fondazione delle prime colonie dell'America gli indizi di un'attitudine affatto speciale»⁵. Ma è soprattutto la dottrina italiana di età liberale a recepire questa particolare rappresentazione della colonizzazione britannica: 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, la dottrina italiana di età liberale guarderà all'esempio inglese, ed in particolare al campione indiano, come un modello per la sistemazione teorica del discorso coloniale.

2. Immagini della “colonizzazione moderna”: la civiltà dell'India e il governo della colonia

Ricostruire le ideologie che hanno influito nell'elaborazione del sistema coloniale indiano è impresa assai difficile: in un saggio intitolato *Law, strategies, ideologies. Legislating forest in colonial India*, Akhileshwar Pathak ha mostrato come il momento della regolamentazione normativa della colonia indiana sia dipeso fortemente da un insieme di ideologie contingenti —attraverso cui il discorso coloniale si articola a livello “micro”— che, tradotte in termini di diritto, hanno orientato di volta in volta la definizione concreta del modello giuridico

⁵ Leroy-Beaulieu, *La colonizzazione presso i popoli moderni*, in *Biblioteca di scienze politiche e amministrative*, diretta da A. Brunialti, II serie, Torino, 1897, p. 82.

coloniale.⁶ Non altrettanto difficile è invece individuare alcune chiavi concettuali, elaborate dalla dottrina attraverso l'osservazione della società indiana, che hanno influenzato la lettura europea della realtà coloniale nonché l'elaborazione di sistemi governamentali: concetti come deficit di civiltà, assenza di nazionalità o di sovranità politica, scarto di temporalità tra la metropoli e le colonie, hanno influenzato la rappresentazione europea dell'universo indiano facilitando l'elaborazione di un sistema di governo coloniale incompatibile con le forme politiche della Gran Bretagna. Ma la lettura della società indiana da parte del pensiero liberale inglese non è stata delle più agevoli. I progressi compiuti, tra gli anni trenta e gli anni settanta dell'Ottocento, dagli studi sull'India antica —sulla lingua e la letteratura sanscrita, sulla religione e la mitologia ariana— hanno imposto la ridefinizione delle tesi classiche relative all'India e della rappresentazione del corpo sociale indiano come un corpo indifferenziato e primitivo, privo di qualsiasi attitudine alla civiltà e al lavoro.⁷

Il riferimento alla società ariana e alle sue istituzioni, compare costantemente nelle opere della dottrina colonialista. È Sumner Maine ad affermare, nell'opera del 1875 *The Effects of Observation of India on Modern European Thought*, l'esistenza di una porzione della società indiana che, nonostante sia definibile come barbara, presenta in potenza tutti i tratti e le caratteristiche della civiltà occidentale.⁸ Nell'analisi di Maine esistono più livelli e stadi di civiltà e questi vanno misurati a partire dal grado di interferenza della nazione colonizzatrice nelle diverse aree dell'India. Nelle città della costa, dove l'influenza inglese ha stimolato lo sviluppo intellettuale e scientifico degli abitanti nativi, è riscontrabile un certo grado di

⁶ A. Pathak, *Law, strategies, ideologies. Legislating forest in colonial India*, Oxford University Press, 2002, pp. 20-22.

⁷ Il riferimento è in particolare all'opera del 1797 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*, e alla *History of India* di James Mill del 1817. Dato assai interessante, in queste opere- in cui la società indiana viene definita come società primitiva- vengono proposte soluzioni per il miglioramento morale e materiale dei sudditi nativi: nella rappresentazione diffusa della dottrina e secondo un tema comune tanto alle correnti evangeliche quanto al pensiero utilitarista, l'unico rimedio allo stato di arretratezza della società indiana è costituito da un insieme di riforme radicali che spaziano dall'educazione morale e la cristianizzazione dei sudditi indigeni all'introduzione di un sistema di governo fondato sugli istituti della società occidentale. Sull'influenza di queste due opere sulla storiografia successiva, si veda C.H. Philips, *James Mill, Mountstuart Elphinston, and the History of India*, in C.H. Philips (edited by), *Historians of India, Pakistan and Ceylon*, London, Oxford University Press, 1961, pp. 217-229. Nello stesso volume, E.T. Stokes, *The Administrators and Historical Writing on India*, pp. 384-403.

⁸ *The Effects of Observation of India on Modern European Thought. The Rede Lecture*, London, Murray, 1875. Una parte del testo è riportato in A. Cassani, *Società primitiva e diritto antico*, Faenza, 1986, pp. 135-150.

sviluppo che ricorda 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».⁹ Tuttavia, il fenomeno più interessante è di certo osservabile nelle aree dell'interno: la condizione sociale che si osserva in queste zone è definibile come «barbarie». Si tratta però di una barbarie «del ceppo umano al quale noi stessi apparteniamo, o di razza 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».¹⁰

Nell'opera in esame, e riprendendo una tesi già esposta in *Ancient Law*, Maine sostiene che la società indiana è una società “stazionaria”.¹¹ Affinché l'India riesca a sviluppare le sue potenzialità è necessario che l'Inghilterra gli trasmetta il «principio di progresso»: nessuna delle società “progressive” —con l'eccezione della Grecia antica— avrebbe potuto sviluppare le proprie potenzialità senza che gli fosse trasmesso il principio del progresso, «del movimento in avanti e non all'indietro o verso il basso, dell'attività che distrugge allo scopo di costruire».¹² E' questa un'operazione non semplice e che va necessariamente condotta di pari passo con lo studio della società indiana: l'osservazione delle lingue, delle consuetudini, delle istituzioni e delle credenze religiose può offrire all'Europa i materiali per la costruzione di una nuova scienza, definita non senza qualche avvertenza «giurisprudenza comparata». Solo a partire da questo tipo di osservazione è possibile sostituire alla stazionarietà della società indiana una spinta progressiva. Ma l'osservatore occidentale deve tenere

⁹ *Ivi*, p. 139.

¹⁰ Ma è in *The Effects of Observation of India on Modern European Thought* che Maine allarga il raggio di azione di questo discorso. Nell'analisi di Maine, i fenomeni riscontrabili in India, “le forme assunte in questo paese dalla proprietà, dallo scambio, dalla rendita, dai prezzi” sono degni di osservazione scientifica al pari di quelli riscontrabili in Europa; l'osservazione deve avvenire secondo il metodo comparativo: osservazione delle analogie tra i fenomeni indiani e le “forme storicamente accertate in cui le stesse istituzioni, le le stesse forze sociali, gli stessi processi economici, sono esistiti anticamente nell'Europa occidentale”. *Ivi*, p. 145.

¹¹ Crf. H.S. Maine, *Maine H. S., Ancient Law: Its Connection With The Early History Of Society And Its Relation To Modern Ideas*, London, 1861. Si veda anche, M. Piccini, *Tra legge e contratto. Una lettura di Ancient Law di Henry Sumner Maine*, Milano, Giuffrè, 2003.

¹² *Ivi*, p. 150.

necessariamente in considerazione lo scarto di temporalità esistente tra la metropoli e le colonie:

«(...) gli 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».¹³

Anche nell'analisi di John Seeley, l'India non è, dal punto di vista etnico, un paese unitario.¹⁴ I sudditi nativi appartengono a tre razze differenti e a ciascuna di queste corrisponde un livello di civiltà: la razza di pelle nera —concentrata nelle regioni meridionali della penisola— è «ribelle alla civiltà e deve essere classificata come barbara». Esiste poi una razza derivante dalla migrazione musulmana —caratterizzata da «un miscuglio di vedute e di idee che non bastano alle forme moderne della società»— che è semi civile.¹⁵ Nell'analisi di Seeley, esiste in India una razza che presenta, almeno in potenza, tutti i requisiti della civiltà: la razza tipicamente indiana, «la razza ariana, che discese dal Punjab col linguaggio sanscrito sulle labbra»¹⁶, non è incivile; ed anzi, non esiste razza che abbia mostrato una maggiore attitudine alla civiltà ed «anche la sua barbarie, quale si riflette nella letteratura vedica è umana ed intelligente»:¹⁷ l'attitudine alla letteratura e alla poesia, la formazione di un sistema

¹³ *Ivi*, p. 150.

¹⁴ J.R. Seeley, *L'espansione dell'Inghilterra*, traduzione italiana di G. Falco, Bari, Laterza, 1928.

¹⁵ *Ivi*, p. 207.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ibidem*.

filosofico e di una religione che costituisce l'unico elemento di unificazione del paese, rendono questa razza del tutto somigliante a «quelle razze privilegiate che hanno creato la nostra civiltà». Tuttavia, la tendenza progressiva della razza ariana si è arrestata a causa della conquista straniera e la civiltà straordinaria indiana può essere paragonata alla civiltà europea in epoca medievale. Nel discorso di Seeley, la dimensione coloniale è sospesa nello stadio della premodernità. Il dominio dell'Inghilterra nell'India non può essere definito come l'impero della civiltà sulla barbarie, ma 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. Non è una luce gloriosa, brillante nelle tenebre, è piuttosto un giorno freddo e chiaro introdotto tra un crepuscolo caldo e splendido».¹⁸

Anche la scienza internazionalistica tardo ottocentesca stenta a vedere l'India come una dimensione incivile: John Westlake, ad esempio, descrive e giustifica la progressiva annessione dei territori indiani da parte dell'Inghilterra non già a partire dal *deficit* di civiltà dell'India, ma a partire dalle necessità di protezione dei territori legittimamente acquistati dalla madrepatria inglese.¹⁹ Secondo Westlake, l'India non è un paese incivile possedendo «una civiltà diversa ma tale da impedire che l'occupazione sia legittima».²⁰ Il titolo internazionale attraverso cui l'Inghilterra mantiene la sua sovranità sui territori soggetti al suo diretto controllo è invece la cessione o la conquista (quest'ultima imposta dal bisogno di autoconservazione della Compagnia). Solo in parte diversa la situazione degli Stati nativi dell'India. Questi territori, soggetti al controllo diretto di poteri locali, sono diventati parte dell'Impero attraverso un particolare caso di 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»— ha infatti progressivamente privato

¹⁸ *Ivi*, p. 209.

¹⁹ J. Westlake, *Chapters on the Principles of International Law*, Cambridge University Press, 1894. Secondo una tesi comune a più autori, l'occupazione delle regioni incivili costituisce un titolo internazionalistico di legittimazione alla sovranità territoriale. L'estensione del governo civile sui popoli incivili trova anche una propria giustificazione morale (è questa ad esempio l'opinione di Lawrence. Si veda T.J. Lawrence, *The Principles of International Law*, London, Rothman, 1895, p. 161).

²⁰ *Ivi*, p. 209.

questi territori di qualsiasi tipo di soggettività internazionale.²¹ Nella rappresentazione della scienza internazionalistica inglese, l'autonomia interna di questi territori non è sinonimo di "sovranità" internazionale o esterna, ed i poteri nativi, seppure non sono soggetti al governo diretto inglese, sono di certo non indipendenti dal punto di vista del diritto internazionale. In pratica, il rapporto tra la madrepatria inglese e i territori che pur essendo indipendenti dal punto di vista interno sono parte dell'Impero, non si determina dal punto di vista internazionale che a partire dalla teoria della sovranità: la determinazione del loro *status* internazionale, non è questione di civiltà o cristianità, ma è mera questione di sovranità.²²

Un altro discorso "di lunga durata" che ha orientato la visione otto-novecentesca dell'universo indiano riguarda il "senso di nazionalità". Nei discorsi della dottrina britannica, l'assenza di unità politica, sociale, religiosa e culturale —capace da un lato di fare dell'insieme dei soggetti indigeni una entità omogenea unificata dalla propria "identità" e di proiettare, dall'altro lato, l'immagine della colonizzazione europea come dominazione straniera— spiega e giustifica il mantenimento del governo inglese sui territori indiani. Solo lo sviluppo di un senso di nazionalità porterà l'India a reagire alla dominazione straniera: «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».²³

Nell'analisi di Alfred Lyall, il *deficit* di nazionalità dell'India costituisce un sintomo della "premodernità" coloniale:²⁴ la nazionalità è infatti una cosa della modernità e la società indiana non potrà progredire fino a quando non verrà superato lo stato "molecolare" in cui si trova. Proprio a partire da questa rappresentazione dell'universo indiano, Lyall propone una particolare forma di governo coloniale: il deficit di civiltà/nazionalità dell'India giustifica l'elaborazione e il mantenimento di un governo «onnipotente», capace di modellare «dal

²¹ *Ivi*, p. 203-205.

²² 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. Creasy, *First Platform of International Law*, London, John Van Voorst, 1876.

²³ J.R. Seeley, *L'espansione dell'Inghilterra*, in *Biblioteca di scienze politiche e amministrative*, diretta da A. Bruniati, II serie, Torino, 1897, p. 835.

²⁴ Lyall, A.C., *Etudes sur les moeurs religieuses et sociales de l'extreme-orient*, Paris, Ernest Thorin, 1885.

punto di vista morale e materiale, una grande moltitudini di esseri appartenenti a razze meno avanzate di quella dominante».²⁵

Nella riflessione della dottrina colonialista il differente livello di civiltà non solo impedisce che la metropoli e le colonie condividano lo stesso ordinamento giuridico, ma rende non plausibile anche un semplice raffronto tra i rispettivi sistemi giuridici. Non a caso nell'analisi di John Stuart Mill esistono differenti modelli di governo della colonia corrispondenti a differenti livelli di civiltà.²⁶ Secondo questo discorso, quanto più la civiltà coloniale appariva irrimediabile rispetto alla civiltà della madrepatria, tanto più era legittimo elaborare un regime di governo coloniale che fosse libero dai vincoli dello Stato di diritto e che assumesse i tratti delle forme pre-moderne di governo. In particolare, i territori coloniali possono essere di due tipi: alcuni come i possedimenti inglesi in America o in Australia «hanno una civiltà analoga a quella del paese conquistatore» e sono per tanto maturi per il governo rappresentativo.²⁷ Caso differente per il secondo gruppo di popoli: i gruppi che non sono pervenuti ad un livello di civiltà paragonabile a quello della madrepatria devono essere governati dal paese dominante o da qualche suo delegato. E' questa una forma di dispotismo, ma «in certe situazioni di arretratezza, un vigoroso dispotismo rappresenta il metodo di governo più valido per avviare il popolo verso una civiltà superiore».²⁸

Tuttavia il pensiero liberale inglese prevedeva un percorso di sviluppo politico della colonia indiana che avrebbe elevato la dimensione coloniale fino al livello «alto» della civiltà, facendo di converso, della presenza britannica una presenza «civilizzatrice» ed un motivo di vanto per l'universo occidentale. Già nel 1833 Macaulay auspicava che lo spirito pubblico indiano (*the public mind of India*):

may expand under our system till it has outgrown that system; that by good government we may educate our subjects into a capacity for better government; that, having become

²⁵ *Ivi*, pp. 522-523.

²⁶ J. S. Mill, *Considerazioni sul governo rappresentativo*, traduzione italiana a cura di M. Prospero, Roma, Editori Riuniti, 1996.

²⁷ *Ivi*, p. 235.

²⁸ *Ivi*, p. 241.

instructed in European knowledge, they may, in some future age, demand European institutions.(...) To have found a great people sunk in the lowest depths of slavery and 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.²⁹

È questo, nell'analisi di Macaulay, un processo strettamente dipendente dall'educazione dei sudditi indigeni e dell'introduzione della cultura europea nella dimensione coloniale. Ma secondo una parte della dottrina colonialista, è questo un processo incompatibile con le logiche della dominazione coloniale: nell'analisi di Leroy-Beaulieu, ad esempio, l'Inghilterra deve essere particolarmente prudente nell'implementare un sistema educativo e nel concedere diritti politici e civili ai nativi: queste attività devono essere gradualmente al fine di «evitare di suscitare in essi un sentimento di nazionalità che finora non sussiste».³⁰

La storiografia si è interessata a lungo al ruolo delle classi indiane occidentalizzate nel processo di decolonizzazione dell'India. In particolare, l'interpretazione storiografica prevalente fino agli anni settanta del Novecento indicava proprio nell'élite occidentalizzata — una classe emersa attraverso la diffusione della cultura e della lingua inglese nella colonia— il principale elemento unificatore del paese, capace di suscitare nella coscienza popolare l'idea di identità indiana, accreditando a questa classe un ruolo decisivo all'interno del movimento per l'indipendenza.³¹ Ma è proprio sul processo di formazione dell'identità indiana che si snoda uno dei principali dibattiti storiografici relativi all'India coloniale. Le tesi della scuola di Cambridge, in particolare, individuarono nel processo di centralizzazione dell'apparato amministrativo della colonia —e nelle rivendicazioni delle élite locali conseguenti a tale processo— uno dei principali vettori della modernizzazione e dell'indipendenza dell'India,

²⁹ T.B. Macaulay, *The complete works of Lord Macaulay*, cit. pp 585-586.

³⁰ P. Leroy-Beaulieu, *La colonizzazione presso i popoli moderni*, cit. p. 542.

³¹ Per una puntuale ricostruzione delle posizioni storiografiche prevalenti fino agli anni settanta si veda, per tutti, M. Torri, *Dalla collaborazione alla rivoluzione non violenta*, Torino Einaudi, 1975. Rispetto a questo tema, costituisce uno strumento indispensabile i lavori della *School of Oriental and African Studies* dell'Università di Londra che, tra il 1956 e il 1958, ha organizzato una serie di convegni volti a raccogliere il dibattito storiografico sulle varie regioni dell'Asia. I lavori sono stati raccolti in diversi volumi: il primo volume, dedicato all'Asia meridionale è stato pubblicato a Londra nel 1961 con il titolo *Historians of India, Pakistan and Ceylon*. C.H. Philips (edited by), *Historians of India, Pakistan and Ceylon*, London, Oxford University Press, 1961. Più di recente, G. Ascione, *A sud di nessun Sud. Postcolonialismo, movimenti antisistemici e studi decoloniali*, Bologna, Emil, 2009.

puntando alla svalutazione generale del ruolo della classe media occidentalizzata e dell'ideologia nazionalista.³² Secondo questo schema interpretativo, il regime coloniale si basava fortemente sulla collaborazione tra l'amministrazione europea e alcuni gruppi di nativi: in particolare, il potere coloniale faceva affidamento, per quanto riguarda la riscossione delle imposte fondiari e il mantenimento dell'ordine a livello periferico, su alcuni collaboratori locali —proprietari terrieri, ricchi contadini, e in generale personaggi influenti nei contesti locali— devolvendo a questi l'esercizio informale del potere a livello locale.³³ La creazione di un apparato amministrativo centralizzato e capillare —imposta dalla necessità di rendere più efficiente la macchina amministrativa coloniale— sottrasse alle élite native la capacità di influenzare le scelte locali: il notabilato locale ottenne un ruolo negli organi di autogoverno municipale e distrettuale —creati a partire dal 1882— ma non esistevano «canali ufficiali di comunicazione» tra questa classe e i vertici coloniali. Tutto questo spinse i gruppi locali ad organizzarsi come “classe” e a sfruttare l'*Indian National Congress* come «una piattaforma da cui fare udire le proprie lamentele».³⁴ Secondo questo schema interpretativo, il processo per l'indipendenza —come esito della concessione di spazi di autogoverno sempre più ampi— va letto attraverso i mutamenti nelle strutture del governo coloniale e le reazioni delle élite locali a tali trasformazioni: il nazionalismo costituirebbe soltanto uno strumento retorico volto a cooptare i tratti bassi della società indiana e a fornire legittimazione alle rivendicazioni del notabilato indigeno.

Negli ultimi decenni del XX secolo, le tesi della scuola di Cambridge sono state accusate, da più parti, di riproporre i modelli interpretativi della storiografia imperialista di inizio secolo; una storiografia, questa, caratterizzata da una spiccata visione eurocentrica -dove, nel rapporto tra l'Europa e le colonie, solo l'Europa costituisce un soggetto attivo- e incentrata

³² Per una ricostruzione delle tesi della scuola di Cambridge, M. Torri, *Colonialismo e nazionalismo in India: il modello interpretativo della scuola di Cambridge*, in «Rivista Storica Italiana», 1991 (2), pp. 483-527.

³³ Per tutti, si veda A. Seal, *Imperialism and Nationalism in India*, in «Modern Asian Studies», 1973, VII, (2), pp. 321-347.

³⁴ M. Torri, *Colonialismo e nazionalismo in India*, cit. p. 504.

principalmente sulle vicende politico-amministrative del regime coloniale.³⁵ Il principale fronte critico di questo modello interpretativo era rappresentato da quegli storici indiani che avevano partecipato in prima persona al processo di indipendenza e che tendevano alla valorizzazione del ruolo del nazionalismo all'interno di tale processo. Le correnti neo marxiste, in particolare, vedevano nell'elaborazione dell'identità indiana il principale vettore della modernizzazione e dell'indipendenza dell'India. E' la formazione dell'idea di "nazione indiana" —resa possibile dall'opera di personaggi quali Gandhi e Nehru— ad aver determinato la mobilitazione del popolo indiano contro la dominazione coloniale: secondo questo schema interpretativo —che, in polemica con l'approccio della scuola di Cambridge, valorizza fortemente l'elemento dell'ideologia— gli attori principali del processo di decolonizzazione sono costituiti da un lato, dal popolo indiano —che sotto la guida delle élite e a dispetto delle distinzioni di razza, classe e religione rappresenta se stesso come corpo collettivo— e, dall'altro lato, dal governo coloniale.³⁶

Ma è con il lavoro dell'*Indian Subaltern Studies Group* —un gruppo di ricerca formato negli anni ottanta e guidato da Ranajit Guha— che la storiografia sull'India coloniale ha conosciuto una "vera rivoluzione".³⁷ La linea storiografica del Gruppo è caratterizzata dalla rivalutazione del ruolo delle classi subalterne rispetto alle scelte politiche sia del governo coloniale sia delle élite native. Attingendo a fonti della memoria popolare e assumendo il "momento" della rivolta come "paradigma dell'agire subalterno"³⁸, gli storici del *Subaltern Studies Group* cercano di individuare nel rapporto tra classi subalterne e notabilato indigeno uno degli

³⁵ Importanti indicazioni sugli approcci eurocentrici della storiografia "classica" sull'India in G. Borsa, *L'India moderna nella storiografia britannica ed in quella nazionalista indiana*, in «Nuova Rivista Storica», Gennaio-Aprile 1964, fasc. I-II, pp. 119-143, cit. p. 120.

³⁶ Il riferimento è in particolare a B. Chandra, *Nationalism and Colonialism in Modern India*, New Delhi, Orient Longman, 1979. Sul punto, M. Griffo, *Politica e istituzioni nell'India tardo-coloniale. Un'introduzione al dibattito storiografico*, in «Nuova Rivista Storica», anno CVII, fasc. I, pp. 68-90. Si veda anche G. Ascione, *A sud di nessun Sud*, cit. pp. 51-52.

³⁷ A metà degli anni sessanta Giorgio Borsa si chiedeva se esistesse una "terza via" tra la storiografia eurocentrica indiana e la storiografia nazionalista. A parere di Borsa, la storiografia nazionalista, sviluppatasi in funzione polemica con la storiografia britannica, non superava i limiti della storiografia imperialista e neo colonialista; per questi motivi, sottolineava la necessità di una "rivoluzione copernicana" negli studi sull'India coloniale. Si veda, G. Borsa, *L'India moderna nella storiografia britannica ed in quella nazionalista indiana*, cit. pp. 140-141.

³⁸ L'espressione è di G. Ascione, *A sud di nessun Sud*, cit. p. 55.

elementi fondamentali nel processo di definizione della coscienza nazionale indiana, recuperando, così, «un racconto omissso dalla storia ufficiale dell'India»³⁹. Come ha efficacemente sintetizzato Sandro Mezzadra, lo scopo dei *subaltern studies* è quello di «riportare alla luce l'intreccio complesso di dominio e di resistenza, di violenza e di insubordinazione» che ha costituito la trama della dominazione coloniale,⁴⁰ operando, dal punto di vista metodologico, un forte decentramento nel rapporto tra “centro” e “periferia”: recuperando il concetto gramsciano di egemonia e superando il rapporto dominazione/sfruttamento come chiave di lettura unica della dominazione coloniale, l'obiettivo dei *subaltern studies* è quello di elaborare un discorso storiografico che riconosce un ruolo politico autonomo alle classi subalterne, alle loro rivendicazioni, resistenze, mobilitazioni, nel processo di definizione dell'identità nazionale indiana.⁴¹

3. Immagini della “colonizzazione moderna”. Il caso dell'Italia: una “colonizzazione senza conquista”

Negli anni in cui l'Inghilterra viveva con l'India il momento massimo della sua esperienza coloniale, l'Italia inizia ad interessarsi alle questioni del colonialismo. La dottrina giuridica italiana inizia allora a ricercare soluzioni teoriche per la creazione di un diritto coloniale come disciplina, guardando non di rado alla legislazione coloniale e alla dottrina di altri paesi colonizzatori. Il dibattito italiano sul tema del colonialismo, portato avanti sino dal 1860 da

³⁹ *Ivi*, p. 23.

⁴⁰ S. Mezzadra, prefazione al volume R. Guha, G. C. Spivak, *Subaltern Studies. Modernità e (post) colonialismo*, ombre corte, 2002, cit. pp. 10-11.

⁴¹ R. Guha, *A proposito di alcuni aspetti della storiografia dell'India coloniale*, in R. Guha, G. C. Spivak, *Subaltern Studies*, cit. pp. 31-42. La citazione a p. 32.

studiosi di diverse discipline —in particolare da giuristi, economisti, esperti di commercio, geografi— è di notevole interesse per gli storici del diritto. Già Attilio Brunialti sottolineava l'importanza rivestita dagli studi storico-giuridici, geografici, di statistica economica nell'elaborazione tardo ottocentesca di un programma “scientifico” sul colonialismo⁴². Ma l'aspetto più interessante di questo dibattito è strettamente legato alla definizione dell'immagine italiana della colonizzazione. Nell'operare una periodizzazione dei contributi dottrinali sul tema della colonizzazione, si assiste ad una forte discontinuità, nella visione italiana del fenomeno coloniale, tra gli anni immediatamente successivi all'unificazione e gli anni ottanta dell'Ottocento. A partire dagli anni sessanta inizia ad essere diffusa una particolare rappresentazione del fenomeno coloniale: per essere davvero “moderna”, conforme al progresso e alla scienza, l'azione coloniale deve seguire un determinato modello. Un modello che condanna la conquista come strumento di acquisizione territoriale —così come l'espropriazione fondiaria— e basato invece sui liberi rapporti commerciali e sulla valorizzazione del diritto internazionale.⁴³

In questi decenni sono ancora poche le opere a carattere monografico sul tema e il dibattito si concentra principalmente su riviste di interesse multidisciplinare, come la “Nuova Antologia” di Firenze e la “Rivista Europea-Rivista Internazionale”. Nella rappresentazione diffusa della dottrina, l'unico modello “virtuoso” di colonialismo è costituito dal modello inglese: un modello «fondato sulla libertà, sull'iniziativa dei privati cittadini, sugli amichevoli rapporti fra la colonia e la metropoli»⁴⁴, che ha di certo contribuito al “civile progresso” delle colonie. Questo punto viene chiarito bene da Gerolamo Boccardo (1829-1904), ordinario di economia politica presso l'Università di Genova, nell'opera del 1864 *Le Colonie e l'Italia*. In quest'opera, che costituisce uno dei primi lavori monografici sul tema del colonialismo,

⁴² A. Brunialti, *Le colonie degli italiani*, in *Biblioteca di Scienze politiche e amministrative*, Seconda serie, Vol. IX, Torino, Utet, 1897. Cfr. G. Cazzetta, *Predestinazione geografica e colonie degli europei. Il contributo di Attilio Brunialti*, in *Quaderni fiorentini*, 2004/2005, pp. 115-168.

⁴³ Si veda, G. Boccardo, *Le colonie e l'Italia*, Tipografia scolastica di Seb. Franco e figli, Torino, 1864. Cit. pp. 4-5; G.E. Cerruti, *La questione delle colonie considerata in rapporto alle attuali condizioni dell'Italia*, Torino, Stamperia Gazzetta del Popolo, 1872; A. Bottoni, *I nostri commerci coll'estremo Oriente*, in «Rivista Europea. Rivista internazionale», Firenze, Carlo Pancrazj Editore. Anno IX, Vol. X, Fasc. II. 16 novembre 1878; U. Silvagni, *Le colonie e l'avvenire dell'Italia*, parte V, in «Rivista europea. Rivista internazionale». Anno XI, Vol. XXI, Fasc. IV, 16 ottobre 1880.

⁴⁴ G. Boccardo, *Le colonie*, op. cit. p. 15.

Boccardo sostiene che la storia europea ha conosciuto due forme di colonizzazione: «Nella prima è il governo del popolo più incivilito e più numeroso dei due che decreta la colonia, che sceglie un territorio, che invita i cittadini a stabilirvisi coll'apprestar loro le navi, coll'offrir viveri, coll'incaricarsi del trasporto dei nuovi coloni, col difenderli mercé delle militari sue forze». ⁴⁵ E' questo il modello coloniale seguito dalla Spagna, dal Portogallo, dall'Olanda, dalla Francia. Nella seconda forma di colonizzazione, invece, l'ingerenza del governo nell'impresa coloniale è minima: i cittadini eseguono privatamente l'impresa di colonizzazione, «apprestando per loro conto i mezzi, formando piccole società, partendo con le loro famiglie, e tragittando a proprio rischio e pericolo i mari» ⁴⁶. E' questo il modello coloniale seguito dall'Inghilterra. ⁴⁷

Nell'analisi di Boccardo, i modelli coloniali seguiti dalla Spagna, dal Portogallo, dall'Olanda, dalla Francia —modelli illiberali, basati sulla conquista, sulla dominazione, sull'intolleranza religiosa— hanno prodotto conseguenza terribili. ⁴⁸ Si prenda l'esempio della colonizzazione spagnola delle Americhe: lo scopo principale di quest'azione coloniale era di rifornire la madrepatria di oro; solo in un secondo momento il governo spagnolo si interessò al potenziale produttivo dei territori americani, sperimentando «il più assurdo ed insieme il più selvaggio scopo che potesse sorgere in mente umana». Anche le Filippine non hanno beneficiato di alcun miglioramento, né dal punto di vista economico né da quello politico: «un clero ignorante e fanatico fu tutto occupato ad avvilito e snervare quelle semplici popolazioni, a ad

⁴⁵ A volte il governo non si limita ad un semplice invito, ma impone l'invio di propri cittadini nelle colonie: è accaduto per le colonie militari russe o austriache come per le colonie penali inglesi o francesi. Quando il governo di una nazione tiene sotto la sua dipendenza lo stabilimento coloniale, la colonia costituisce una "provincia staccata", parte dello stato cui il governo appartiene, «soggetta alle leggi, al regime, agli ordini che piace allo stato emanare».

⁴⁶ G. Boccardo, *Le colonie e l'Italia*, Tipografia scolastica di Seb. Franco e figli, Torino, 1864. Cit. pp. 4-5.

⁴⁷ Per riassumere, «l'uno fondato sulla libertà, sull'iniziativa dei privati cittadini, sugli amichevoli rapporti fra la colonia e la metropoli; l'altro basato invece sul monopolio, sulla diretta azione governativa, sull'incondizionata autorità della madre-patria a rispetto della colonia». *Ivi*, p. 15.

⁴⁸ *Ivi*, p. 26.

allontanare ogni germe di incivilimento».⁴⁹ Il sistema coloniale seguito dall’Inghilterra ha contribuito invece allo sviluppo delle potenzialità dei territori coloniali: dal punto di vista della politica commerciale, il regime dei dazi differenziali imposto alle colonie ha dato luogo ad un sistema tutt’altro che liberale.⁵⁰ Ma questo regime di restrizioni venne applicato soltanto dopo che le colonie avevano raggiunto un certo grado di “civile progresso”: la ricerca e la fondazione delle colonie sono sempre stati rimessi ai privati; il governo intervenne solo in un secondo momento, «e quando anche intervenne, se, da una parte, pesò sui coloni col monopolio, li protesse però sempre, dall’altra, validamente, considerandoli come cittadini Inglesi»⁵¹. Dal punto di vista politico, il sistema coloniale inglese è sempre stato tendenzialmente liberale: nelle colonie americane, ad esempio, il governo metropolitano si

⁴⁹ Ma la Spagna ha risentito di questa politica coloniale («i principii della scienza e le leggi della giustizia non si violano impunemente»). La perdita del Messico, del Guatemala, della Colombia e di molti altri territori americani ne sono la riprova. «Cuba istessa, l’ultima perla di quella imperiale corona, minaccia ogni anno di staccarsene». *Ivi*, p. 27. Il modello coloniale olandese è ugualmente riprovevole. Si prenda ad esempio le colonie asiatiche: la direzione suprema dell’ordine politico appartiene alla corona che l’esercita per mezzo di un governatore provinciale; il potere dei governatori è formalmente limitato da un Consiglio, ma è di fatto indipendente e «la facilità di abusare di una sì enorme autorità, fa sorgere continui sospetti e timori». *Ivi*, p. 34. Il potere economico, poi, è ripartito in due rami. Da un lato, il governo è sovrano padrone del territorio; le terre sono di sua proprietà e i coltivatori cedono periodicamente parte delle produzioni. Dall’altro lato, una compagnia commerciale, che funziona da “organo di trasmissione di movimento”, detiene il monopolio dei traffici commerciali. La coltivazione dello zucchero, ad esempio, è diritto esclusivo della corona. Ma la produzione è ceduta all’appaltatore europeo, «il quale conduce col bastone i lavoranti indigeni». Questo sistema coloniale ha fruttato non poco alla madrepatria, ma la tenuta delle colonie è costantemente in bilico: «Supponete che il vapore, la stampa, il telegrafo portino in quelle isole remote il soffio avvivatore della civiltà, e facciano sorgere, in mezzo a quei venti milioni di popolo, il desiderio di essere trattati come uomini; che accadrebbe egli, in tale ipotesi, della dominazione olandese?». Come la Spagna e l’Olanda, anche la Francia ha sempre considerato la colonia come una conquista. L’atteggiamento del governo francese è talvolta ambiguo: volte l’ingerenza governativa è massima; ma spesso accade che «la proposta di piantare colonie è il sogno di un visionario o di un impostore, messo in bocca ad un ministro che lo accetta e lo fa suo per mascherare abilmente una equivoca operazione finanziaria, o perché il suo nome vada unito ad una clamorosa impresa (...)». A volte invece il governo si disinteressa delle colonie e il suo fondatore «è abbandonato interamente a se stesso, ed il Governo lo lascia in balia dei più crudeli nemici, senza speranza di aiuto o di protezione (...)» (*Ivi*, p. 46.)

⁵⁰ Attraverso il sistema dei “dazi differenziali”, inaugurato con il *Navigation Act* del 1660, venne stabilito che alcune merci prodotte nelle colonie (come il caffè, lo zucchero, il cacao, merci che la madrepatria non poteva produrre) erano soggette ad un rigido regime di monopolio a favore della madrepatria; altre, esportabili in Inghilterra su iniziativa di produttori locali ma sempre soggette a regime di monopolio, erano gravati da forti dazi in uscita. In generale, le colonie non potevano acquistare prodotti se non dalla madrepatria.

⁵¹ *Ivi*, p. 61. «(...) e ciò bastò perché le colonie potessero prosperare eziandio sotto l’influenza di quella politica di restrizione e di monopolio che formava l’ambiente comune del diritto pubblico e coloniale ed in mezzo alla quale i possessi Spagnuoli e Francesi miseramente isterilivano e cadevano nella più spaventevole abbiezione.» *Ivi*, pp. 61-62. In ogni caso il sistema coloniale inglese ha sempre fatto leva sull’iniziativa privata. Le imprese militari come l’organizzazione amministrativa delle colonie prescindono dall’impulso di una potestà centrale.

disinteressava degli affari locali e «non pretese giammai di trasportare in quelle colonie le sue leggi, il suo Parlamento, la sua costituzione»⁵².

A partire dagli anni settanta la dottrina italiana inizia ad occuparsi specificamente del modello inglese di colonizzazione⁵³ e l'idea della "superiorità" di questo modello inizia presto ad essere legata all'idea della diffusione della civiltà⁵⁴. Quest'idea trova, nella rappresentazione italiana, un esempio formidabile nella colonizzazione dell'India: è infatti grazie alla presenza inglese che l'India -un paese incapace «di assimilazione e di *self-government*»⁵⁵- ha ricevuto un forte impulso alla prosperità materiale e un grosso freno alla «decadenza morale, alla dissoluzione dei legami sociali»⁵⁶. Ancora negli anni novanta dell'Ottocento, Camillo Tagliabue —professore di lingua urdu presso l'Istituto Orientale di Napoli— sottolineava l'importanza di studiare il modello coloniale seguito dagli inglesi in India, rappresentando questa esperienza coloniale come un esempio della "colonizzazione moderna":

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

⁵² Ivi, p. 67.

⁵³ Si veda, G. Branchi, *Il sistema coloniale inglese studiato da un italiano in Australia*, in «Nuova Antologia», Vol. XII, Firenze, 1872, pp. 147-169; A. Brunialti, *L'Inghilterra nell'Africa australe*, in «Nuova Antologia», Vol. XIV, Roma, 1879, pp. 486-520, pp. 39-75; L. Palma, *L'odierno regime parlamentare nelle colonie inglesi*, in «Nuova Antologia», seconda serie, Vol. XXXIV, Roma 1882; A. Brunialti, *La questione dei possedimenti coloniali. La Gran Bretagna*, in «Nuova Antologia», seconda serie, Vol. XL, Roma, 1883, pp. 651-666.

⁵⁴ Un esempio in L. Palma, *L'odierno regime parlamentare*, cit. «L'Inghilterra con quel suo liberale governo non sol provvede alla diffusione della libertà e della civiltà nel mondo, ma anche al migliore mantenimento della sua vera grandezza», cit. p. 75.

⁵⁵ Ivi, p. 42. Negli anni settanta dell'Ottocento, il medico ferrarese Antonio Bottoni, che aveva prestato servizio sul bastimento Batavia, misurava la portata civilizzatrice della colonizzazione britannica in India attraverso una distinzione tra il sistema coloniale inglese e i sistemi coloniali spagnoli, portoghesi, olandesi e francesi: «se consideriamo i primi popoli dell'evo presente che colonizzarono le Indie, noi troviamo che costoro, spagnuoli cioè e portoghesi, i quali si servirono della schiavitù dell'Inquisizione, dell'ipocrisia, delle chiese al Redentore all'umanità pressoché tutto perdettero; troviamo i secondi, e cioè gli olandesi e i danesi, che si dilatarono usando una libertà alquanto maggiore, governando vale a dire colla schiavitù civile e colla libertà religiosa; troviamo poi i francesi che si sostennero invece col militarismo e colle fortezze, col libero possesso delle terre; gli inglesi infine che sottrassero le popolazioni indigene dal dominio delle altre nazioni europee e non aggravarono su di alcuna la mano». A. Bottoni, *I nostri commerci coll'estremo Oriente*, cit. pp. 282-283.

⁵⁶ C. Tagliabue, *Gli inglesi nell'India*, in «Nuova Antologia di scienze, lettere ed arti», Terza serie, Volume XXXIX, Roma, Direzione della Nuova Antologia, 1892, pp. 532-552, cit. p.543.

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 mondo, ed è stata, fino dal principio delle relazioni fra le diverse stirpi umane, l'oggetto di un'attenzione sempre crescente».⁵⁷

Ma nella rappresentazione della dottrina, l'Italia —«Da ieri risorta, ricomposte da ieri le sparse sue membra»— non potrebbe ancora proporsi come “potenza coloniale”. Il paese non è pronto ad un'azione coloniale oltreoceano simile a quella compiuta dall'Inghilterra, sebbene questa azione di espansione contribuirebbe ad un tempo alla crescita economica del paese e alla diffusione della civiltà nel mondo. Ma in questi anni è ancora l'aspirazione allo sviluppo commerciale e non l'idea di civilizzazione ad orientare la visione italiana del fenomeno coloniale. È questo un dato che emerge bene dall'opera di Emilio Cerruti *La questione delle colonie considerata in rapporto alle attuali condizioni dell'Italia*,⁵⁸ pubblicata, nel 1872, al fine di «aumentare il numero dei fautori della colonizzazione»⁵⁹. Nell'analisi di Cerruti, il beneficio principale che la colonizzazione può portare alla madrepatria è costituito dall'aumento dei capitali derivante dallo sviluppo dei traffici commerciali, così come dimostrato dall'esperienza coloniale dell'Inghilterra: lo sviluppo del commercio coloniale e il conseguente aumento di capitali, ha accresciuto il valore della proprietà fondiaria inglese e ha favorito l'aumento della produzione agricola e industriale.⁶⁰ Nell'analisi di Cerruti, l'Italia dovrebbe intraprendere una politica coloniale analoga a quella inglese provvedendo, anzitutto,

⁵⁷ *Ivi*, p.543. Si veda anche E. Tabasso Volterra, *L'India e la penetrazione economica italiana*, in «Rivista Coloniale», 1915, n. 11, pp. 633-653 e 709-727.

⁵⁸ G.E. Cerruti, *La questione delle colonie considerata in rapporto alle attuali condizioni dell'Italia*, Torino, Stamperia Gazzetta del Popolo, 1872. L'opera raccoglie numerosi contributi di Cerruti pubblicati sulla Gazzetta del popolo di Torino.

⁵⁹ *Ivi*, p. 4.

⁶⁰ Nell'analisi di Cerruti, la difficile situazione italiana di fine secolo impone di adottare simili misure. In Italia il tasso di disoccupazione è altissimo e la produzione è insufficiente; sul territorio nazionale abbondano le terre incolte ma spesso i contadini son senza lavoro: c'è sovrabbondanza di persone impiegate nell'agricoltura ma i proprietari fondiari sono privi dei capitali necessari a bonificare le loro terre.

alla fondazione di nuove colonie.⁶¹ Nessun dubbio circa i territori da colonizzare: l'arcipelago Indo-Polinese-Melanese costituirebbe un territorio ideale per impiantare tanto colonie libere che colonie penali.⁶² Molte isole dell'arcipelago, indipendenti da qualsiasi influenza europea, sono rette ancora da sovrani locali; in più alcune di esse sono del tutto disabitate, «vera res nullius», e quindi occupabili:

«E vi so dire io che, ad occuparle tutte, non sarebbero troppi davvero dieci o quindici milioni di persone: immaginatevi dei magnifici gruppi di cinque o sei isole, intersecati da canali marittimi, sicurissimi tanto pelle piccole quanto pelle grandi navi; immaginatevi ad un duecento chilometri di distanza un altro gruppo eguale; e poi un altro ancora, e poi un'immensa isola abitata solo da indigeni, ed avrete un'idea della località che io propongo alla colonizzazione italiana».⁶³

⁶¹ «Quanto maggiori potrebbero essere questi risultati se l'emigrazione nostra, a vece d'andare dispersa nelle Colonie altrui, fosse diretta a Colonie dove vigessero le leggi italiane e suonasse l'italiana favella; dove potesse essere impiegata la nostra marina mercantile, e consumati i prodotti delle nostre manifatture; se insomma i caffè, i zuccheri, i tabacchi, i cotonei coltivati in nostre Colonie ricevessero diretta destinazione per i nostri porti». *Ivi*, p. 7.

⁶² Affinché un territorio possa costituire una «vera Colonia d'italiani», dovrebbe possedere condizioni climatiche ottimali. Nulla di questo è rintracciabile in Assab. A causa delle temperature elevatissimi e della scarsità di acqua, la baia non può essere affatto utile alla «vera colonizzazione». Ma l'acquisto di Assab è ormai un fatto compiuto e il territorio potrà fungere da stazione marittima per le navi Rubattino dirette in India.

⁶³ *Ibidem*. «Quanto a clima, a sicurezza di porti, ad abbondanza di acqua, a fertilità di suolo, non potrebbesi desiderare di meglio; entro nella prima baia, nel primo seno che mi capita; calo la sonda, e trovo ottimo ancoraggio, ben riparato dai venti; scendo a terra, e, fatti pochi passi sopra un ricco suolo, m'incontro nella più straordinaria vegetazione; agli *ananas* sovrastano lussureggianti palme e banani, frammisti cogli'arbusti del cacao, del caffè; ed a questi sovrastano giganteschi secolari alberi di *Teak*, di *Mogano*; d'*Ebano*, e d'altre preziose qualità; m'inoltra alquanto; tant'è la ricchezza della vegetazione che stento a farmi strada; cerco un sentiero; lo trovo preparato dalla stessa natura, e per i tortuosi giri d'un torrente d'acqua chiarissima, penetro nella vallata. Colà mi si presentano maggiori e nuove meraviglie; ancor più stupenda v'è la vegetazione, più alti ancora gli alberi che sono popolati da numerosi e magnifici augelli; all'ombra delle fronde leggiere gazzelle sfiorano appena un folto tappeto di fiori tropicali; pendono da cima a terra a mò d'arazzo le orchidee bizzarre, che alle scimmie servono d'altalena; e queste ridono, saltellano attorno a me, quasi amiche di vecchia data. (...) e così proseguo la strada finché scopro una rozzissima capanna; m'avvicino cautamente e vi trovo un semibarbaro isolano, che con timidità m'offre ignami-patate, polli, grano turco, riso, tabacco; ei mi è quindi guida al villaggio vicino, dove acquisto per poco valore caffè, gomme, tabacco, cacao, cotone ed altri prodotti che, diconmi, si stanno preparando per essere spediti ai lontani mercati, quando i venti saranno favorevoli alle loro meschine *prau*. Domando a chi appartengono terre e villaggio; mi s'addita un cotale che vive nella maggior isola del gruppo; saluto, rimunero pella cortese ospitalità i miei nuovi amici, che non avevano mai visto uomo bianco, e faccio vela pell'isola maggiore. Qualche freddezza a tutta prima, che però svanisce appenachè il capo è informato che non sono olandese; comunico secolui, servendomi dell'idioma malese; acquisto nuove informazioni; osservo nuove meraviglie della natura; mi faccio amico con tutti, e poi...Ma basti per ora».

Nella rappresentazione diffusa della dottrina italiana di età liberale, affinché l'Italia riesca a coniugare le esigenze di crescita della madrepatria allo sviluppo civile dei popoli arretrati, l'azione di espansione dovrà adeguarsi ai paradigmi della colonizzazione moderna: «non sarà già cercando conquiste, né volendo italianizzare altri popoli, né seguendo le perniciose orme degli avventurieri, che noi potremo fondare colonie».⁶⁴ In più, l'ingerenza del governo negli affari interni della colonia dovrà limitarsi al minimo: il carattere liberale della colonizzazione moderna impedisce di assoggettare la colonia «alle leggi, al regime, agli ordini che piace allo stato emanare»⁶⁵. Sono questi i limiti alla colonizzazione italiana: non sovrano dominio della colonia ma relazioni commerciali portate avanti secondo le dottrine del libero commercio. In ciò l'Inghilterra, «maestra ad ogni altra di libertà», può costituire un esempio da seguire: «commerciamole accanto; e per quel che spetta a noi, nulla possedendo, pensiamo a non serve colonie nemmeno sotto il pretesto di civilizzarle»⁶⁶. Anche rispetto ai criteri di elaborazione del sistema di governo coloniale, l'esempio dell'Inghilterra compare costantemente nelle opere della dottrina italiana; e non mancano riferimenti alle opere della colonialistica inglese relative al governo dei territori coloniali. È Umberto Silvagni a sostenere —riprendendo e in parte rielaborando le tesi di John Stuart Mill— l'esistenza di due categorie di colonie: una prima comprende le colonie formate da popoli che hanno una civiltà simile a quella del paese dominante; la seconda, quelle formate da popoli il cui livello di civiltà è di molto inferiore a quello della madrepatria.⁶⁷ Nell'analisi di Silvagni, la prima categoria di colonia può essere governata attraverso un sistema rappresentativo, e la madrepatria non deve intervenire negli affari locali. Il governo dei paesi incivili, invece, non può essere che dispotico: «Un governo di tale genere che fosse saggio e illuminato, che agisse in favore dei coloni, scervo dalle

⁶⁴ U. Silvagni, *Le colonie*, cit., pp. 649-650.

⁶⁵ G. Boccardo, *Le colonie*, cit. pp. 4-5.

⁶⁶ «Perché ogni popolo è adatto ad una civiltà propria ed ancor non sappiamo se meglio convenga alle società umane lo splendore di una sola o il concorso di altre minori che percorrendo varie parabole vengano attratte da una, la maggiore.» A. Bottoni, *I nostri commerci coll'estremo Oriente*, cit. p. 283.

⁶⁷ U. Silvagni, *Le colonie e l'avvenire dell'Italia*, parte V, in «Rivista europea. Rivista internazionale». Anno XI, Vol. XXI, Fasc. IV, 16 ottobre 1880.

imperfezioni che porta seco la tirannide di un despota indigeno, sarebbe l'ideale dei governi». ⁶⁸

4. Ancora sul caso italiano: colonizzazione, conquista e Diritto internazionale.

Questa particolare visione del fenomeno coloniale —che condanna la conquista come strumento di acquisizione territoriale nonché la massiccia interferenza della madrepatria negli affari interni della colonia— trova un formidabile supporto scientifico nel diritto internazionale italiano di metà Ottocento: come è noto, a partire dagli anni cinquanta dell'Ottocento una parte importante della scienza internazionalistica italiana insiste sulla centralità dell'elemento “nazione” e del principio di nazionalità nel “sistema” del diritto internazionale. Secondo queste tesi, è l'elemento della nazionalità a costituire la vera base

⁶⁸ *Ivi*, p. 635. E' questa la politica coloniale seguita dall'Inghilterra nelle regioni di “razza europea”. «L'Inghilterra ci offre, come in ogni cosa, l'esempio più luminoso sul modo di governare i propri possedimenti, ed è naturale che si citi il sistema da lei tenuto come il più perfetto»: ogni colonia inglese è governata da proprie istituzioni; le colonie hanno il diritto di imporre dazi in entrata alle merci provenienti dalla Gran Bretagna. *Ivi*, p. 634. Nell'analisi di Silvagni, non c'è alcun dubbio circa i territori che l'Italia dovrebbe colonizzare: l'India anzitutto e, in secondo luogo, l'Africa. Ma nell'analisi di Silvagni, tra i due paesi corre una differenza fondamentale: l'India è ormai abitata da popoli civili, mentre l'Africa non è stata ancora colonizzata. L'Italia potrebbe avviare in entrambi i territori un'azione coloniale conforme alle regole della “moderna civiltà”, senza idee di conquista o di dominio diretto: «Poiché ove si proceda entrando nella lizza della libera concorrenza, fondando stazioni, depositi e magazzini sia negli uni che negli altri non vi sarà pericolo di ingolfarsi in guerre coi nativi o di generare complicazioni diplomatiche». *Ivi*, p. 658.

razionale del diritto internazionale:⁶⁹ la comunanza di razza, lingua e religione, nonché la condivisione della coscienza di nazionalità, attribuiscono ad ogni popolo il diritto di costituirsi come “nazione”. Come principale soggetto di diritto internazionale (è la nazione, e non lo stato, a rappresentare «nella genesi de’diritti internazionali (...) l’unità elementare, la monade razionale della scienza»)⁷⁰ la nazione gode di determinati diritti riconosciuti sul piano internazionale e, in particolare, del diritto alla conservazione e allo «sviluppo» della nazionalità.⁷¹ Nell’analisi di Pasquale Stanislao Mancini, in particolare, i rapporti giuridici generati «dal fatto della Nazionalità» sono di due tipi: «la libera costituzione interna della Nazione, e la sua indipendente autonomia verso le Nazioni straniere». Il rispetto dell’indipendenza e dell’autonomia interna ed esterna della nazione costituisce il principale

⁶⁹ P. S. Mancini, *Della Nazionalità come fondamento del Diritto delle Genti. Prelazione al corso di diritto internazionale e marittimo pronunciata nella R. Università di Torino, nel dì 22 gennaio 1851*, in P. S. Mancini, *Diritto internazionale. Prelazioni con un saggio sul Machiavelli di P. S. Mancini*, Napoli, Giuseppe Marghieri editore, 1873, p. 9. Nell’analisi di Mancini, molti elementi concorrono a formare la nazionalità. Tra questi, l’elemento geografico, la razza, la lingua, la religione. Ma le condizioni naturali e storiche non sono sufficienti a costituire una nazionalità: questi elementi sono “come inerte materia in cui non fu spirato ancora il soffio della vita”. Lo “spirito vitale” è costituito dalla coscienza della nazionalità: “il sentimento che ella acquista di sè medesima e che la rende capace di costituirsi al di dentro e di manifestarsi al di fuori”. Sull’importanza del principio di nazionalità nella dottrina internazionalistica italiana si veda E. Catellani, *La dottrina italiana del diritto internazionale nel secolo XIX*, Roma, cit. pp. 9-15; L. Casanova, *Del Diritto Internazionale. Lezioni del prof. Ludovico Casanova adunate dall’avv. Cesare Casabella*, Genova, Stabilimento tipografico Ludovico Lavagnino, 1858; E. Cimbali, *Dello stato presente del diritto internazionale e dei suoi futuri progressi*, Roma, Fratelli Bocca, 1897; anche Francesco Paolo Contuzzi sottolinea, inizialmente, la centralità del principio di nazionalità nel diritto internazionale; F.P. Contuzzi, *Del nuovo indirizzo scientifico e pratico del Diritto internazionale. Prolusione al corso d’insegnamento pronunciata nella R. Università di Macerata nel dì 13 Novembre 1881*, Napoli, Stabilimento Tipografico A. Perrotti, 1882.

⁷⁰ *Ivi*, p. 43. “Cercate nella sola idea dello Stato la radice de’diritti e de’ doveri internazionali; e sarete condotti ad ammettere che nell’individuo straniero non rispettate l’uomo e le facoltà che sono un prodotto della sua natura, ma il Governo dal quale egli dipende e quindi non vi crederete astretti da un obbligo giuridico a rispettar la vita di un selvaggio disperso che cada nelle vostre mani, del membro di una tribù ancora errante ne’ deserti, di uno straniero qualunque che nella sua patria sia incorso nella morte civile, ed a maggior ragione del pacifico cittadino di una nazione, con la quale la vostra sia in istato di guerra. Voi così renderete impossibile o falsa una metà della scienza”.

⁷¹ La nazionalità costituisce l’esplicazione collettiva della libertà e il titolo del diritto è fornito “dall’inviolabile legittimità dell’esercizio della libertà di ciascun uomo, o di una associazione di uomini, finchè esso si mantenga innocuo alla libertà similmente legittima degli altri uomini. Il diritto di nazionalità adunque non è che la stessa libertà dell’individuo, estesa al comune sviluppo dell’aggregato organico degli individui che formano le nazioni”. *Ivi*, p. pp. 37-38.

dei diritti internazionali;⁷² di conseguenza, non è possibile riconoscere valore giuridico a quegli atti che, come la conquista, violano apertamente il diritto internazionale.⁷³

«Rozza e Violenta nell'antichità, pretende coprirsi di apparenze Giuridiche in Roma: nel medio evo chiama in suo aiuto il principio della proprietà e si fa feudale, o combatte all'ombra della croce per divenir religiosa: all'uscir da quella età, solca i mari sulle prore de'vascelli, facendosi Industriale. nei tempi più vicini, propagando idee di civiltà, volle esser detta Civile. E sebbene con tutti questi svariati ingegni nulla di grande e di lungamente durevole riuscisse mai a fondare; pur tuttavia fece alle menti degli uomini così strana illusione, che finì per usurpare talvolta il nome di diritto e la dignità di un principio di ragione anche agli occhi di pensatori di buona fede(...)».⁷⁴

Ma a partire dagli anni ottanta dell'Ottocento, abbandonata ormai l'idea di un'espansione in oriente⁷⁵ e acquisiti i primi territori africani, si assiste alla graduale ridefinizione dei “paradigmi italiani” della colonizzazione: nei discorsi della dottrina, la colonizzazione — come pratica rispondente «ai bisogni della giustizia distributiva e alle esigenze della

⁷² Nell'analisi di Mancini, l'autonomia interna di una nazione si esplica nel possesso «di tutto il territorio nazionale circoscritto da'suoi naturali confini» e dall'esistenza di un governo proprio che regga la nazione. L'autonomia esterna consiste invece nell'assenza di coazione da parte delle nazioni straniere: le nazioni «che non han governo uscito dalle proprie viscere, e che servono a leggi loro imposte da fuori, non han più volontà giuridica, son già divenuti mezzi degli altrui fini, e quindi cose».

⁷³ *Ivi*, p. 41: «Laonde per un popolo sottostare a leggi che esso non ha fatte, ma che sono opera di una volontà ad esso straniera; riconoscere un governo che non è il prodotto degli elementi nazionali; servire co'propri mezzi di potenza ad interessi che non sono i suoi; far giudicare di ciò che convenga a'propri bisogni da persone che non possono in comune sentirli nè comprenderli, e che talvolta ignorano pur la lingua che li esprime; abdicare infine la propria personalità, lasciandola disparire dalla storia del mondo; e rinunciare col supremo bene della libertà anche alla responsabilità morale di quella missione utile all'incivilimento umano che è assegnata da Dio a ciascuna delle nazioni sulla terra, è tale abisso di abiezione e di miseria che nell'individuo non trova paragone fuorchè nella schiavitù e nel suicidio».

⁷⁴ *Ivi*, p. 47.

⁷⁵ Come è noto i primi tentativi di ricerca di una colonia italiana si concentrano in oriente. Le relazioni dei viaggiatori presentano l'oriente come una dimensione ideale per la colonizzazione e inizialmente, nella rappresentazione italiana, i territori da colonizzare sono il Borneo, la Guinea, l'arcipelago indonesiano. Ma anche l'India, «il paese più pittoresco e più attraente del mondo, e anche il luogo ove la natura sembra aver sparso con mano parziale le maggiori ricchezze sia agricole che minerarie». (U. Silvagni, *Le colonie*, cit. p. 644.) Si veda, ad esempio, Enrico H. Giglioli, *Odoardo Beccari ed i suoi viaggi*, «Nuova Antologia» Vol. III, 1876, pp. 333-363; C. Emilio Cerruti, *La Melanesia-Polinesia*, «Nuova Antologia» XXV, 1874, pp. 466-474; L. M. D'Albertis, *I miei ultimi viaggi alla Nuova Guinea*, «Nuova Antologia» Vol. III, 1879, 155-166; G. Solimbergo, *Della navigazione e del commercio alle Indie Orientali*, Roma, Botta, 1877. Cfr. A. Bruniati, *Le colonie degli italiani*, cit. pp. 298-326.

civiltà»⁷⁶ diviene l'unica alternativa possibile alla decadenza della nazione, nonché missione di civiltà che si impone agli Stati europei.⁷⁷ La definizione di questo “nuovo” modello di colonizzazione è il frutto dell'incontro di diverse discipline: da un lato, la scienza internazionalistica elaborava un sistema di legittimazione teorica alle pratiche dell'occupazione e della conquista aderendo, non di rado, alle posizioni della dottrina internazionalistica inglese e tedesca.⁷⁸ Dall'altro, la scienza politica —nonostante i continui richiami al carattere “liberale” del sistema coloniale italiano— iniziava a mettere a punto un sistema di governo della colonia che fosse “assoluto”, superando le iniziali obiezioni teoriche rispetto all'interferenza nel governo interno della colonia.⁷⁹ Si infittisce in questi anni il dibattito italiano circa il fondamento giuridico dell'azione coloniale, tema questo, che troverà pieno sviluppo nel dibattito della dottrina internazionalistica. Secondo parte della dottrina internazionalistica italiana è l'assenza della sovranità interna a determinare i presupposti necessari all'occupazione di un territorio. Questa ad esempio l'opinione di Enrico Catellani, secondo cui quando una regione è abitata da una popolazione tanto «barbara e così disgregata da non poter dirsi che costituisca verun ordinamento politico né sia soggetta alla sovranità di

⁷⁶ Si veda ad esempio E. Catellani, *Le colonie e la conferenza di Berlino*, Torino, Utet, 1885; A. Brunialti, *Assab. La prima colonia italiana*, in Nuova Antologia, seconda serie, Vol. XXXIV, Roma, 1882, pp. 124-146; A. Brunialti, *La questione dei possedimenti coloniali. Le nuove potenze coloniali e gli interessi italiani*, «Nuova Antologia» Vol. XL, 1883, pp. 305-326; Interessanti i contributi del Corriere della Sera. Si veda, ad esempio, L. Stefanoni, *La colonizzazione dell'Africa*, Corriere della Sera, Milano, 17-18 gennaio 1885; E. Torazzi, *Le mire della Spagna sul Marocco*, Corriere della Sera, 14 gennaio 1885. Sul tema si veda M. Sagù, *Alle origini della scienza del diritto coloniale in Italia*, in «Clio», 24, 1988.

⁷⁷ P. Costa, *Il fardello della civilizzazione. Metamorfosi della sovranità nella giuscolonialistica italiana*, in «Quaderni fiorentini», 2004/2005; L. Nuzzo, *Dal colonialismo al post-colonialismo, tempi e avventure del soggetto indigeno*, in «Quaderni fiorentini», 2004/2005.

⁷⁸ Si veda, L. Oppenheim, *International Law: a Treatise*, Longmans, Green & Co., 1912. J. Westlake, *Chapters on the Principles of International Law*, Elibron Classics, ristampa dell'edizione pubblicata da The University Press, Cambridge, 1894. H. Wheaton, *Elements of International Law*, Care, Lea and Blanchard, Philadelphia, 1836; T.J. Lawrence, *The Principles of International Law*, London, Rothman, 1895, p. 161. H.S. Maine, *International Law*, Elibron Classic series, 2003, ristampa dell'edizione pubblicata a Londra da John Murray nel 1888; E.S. Creasy, *First Platform of International Law*, London, John Van Voorst, 1876; R. Phillimore, *Commentaries upon International Law*, III ed. London, Butterworths, 1879, in particolare Vol.I, 1, pp. 22-23; J.C. Bluntschli, *Le droit international codifié*, trad. francese di C. Lardi, Paris, Guillaumin, 1895.

⁷⁹ E. Catellani, *Le colonie e la conferenza di Berlino*, cit.; A. Brunialti, *Assab. La prima colonia italiana*, cit.; A. Brunialti, *La questione dei possedimenti coloniali*, cit.; P. Antonelli, *Nell'Africa italiana*, in «Nuova Antologia», terza serie, Vol. XXXIV, Roma, 1891; I. Santangelo Spoto, *Colonia*, in *Digesto italiano*, Vol. VII, parte II, Torino, 1897-1902. E' questa, come si è visto, un'operazione teorica già ampiamente sperimentata dal pensiero liberale inglese: da Mill a Maine, da Lyal a Seeley, il deficit di civiltà dell'India, declinato sovente attraverso lo scarto di temporalità spiega e giustifica il mantenimento di un governo dispotico.

qualche capo», questa va considerata *res nullius* dal punto di vista internazionale. In assenza di sovranità interna gli Stati civili non incontrano alcun limite all'estensione del loro dominio e della loro influenza politica. L'importanza teorica di questa formulazione è di tutta evidenza. L'individuazione di un nesso tra inciviltà e assenza di sovranità ha fornito i necessari presupposti teorici per il superamento del "principio di nazionalità" e per la conseguente affermazione, nell'ambito del diritto internazionale, della «dottrina dell'occupazione». Il punto viene spiegato bene da Enrico Catellani nell'ambito della presentazione del corso di Diritto internazionale da lui tenuto presso la Regia Università di Padova (dicembre 1884): «In Italia dietro al Romagnosi, al Casanova e soprattutto al Mancini, una schiera di pensatori caldeggia il principio di nazionalità e quello del non intervento; (...) ma già il Padelletti ed il Pertile s'erano staccati da quella schiera, ed ora col Brusa, col Fiore e col Gabba la dottrina delle aggregazioni legittime e della indipendenza delle nazioni si modifica e si trasforma anche da noi».⁸⁰ Lo stesso Mancini, che a partire dagli anni cinquanta sottolineava la centralità del principio di nazionalità nel diritto internazionale, spingeva, negli anni ottanta, per la partecipazione italiana alla «crociata pacifica che tutte le grandi potenze avevano intrapreso in Africa per civilizzare quelle popolazioni»⁸¹.

Una parte della dottrina internazionalistica italiana esprime però non pochi dubbi circa l'esistenza di un diritto alla civilizzazione dei popoli selvaggi, e il dibattito internazionalistico otto-novecentesco registra voci contrarie alle pratiche dell'occupazione e della conquista coloniale. E' Vincenzo Miceli, ad esempio, a sostenere che il discorso dell'incivilimento costituisce «semplicemente la maschera che deve nascondere ciò che non si osa far conoscere apertamente».⁸² I popoli civili non possono avocare alcun diritto di civilizzare i popoli barbari e se così non fosse le conseguenze sarebbero disastrose: «Un campo immenso ed una fonte inesauribile di scuse sarebbe allora aperto all'intervento, e a nome della civiltà si compirebbe

⁸⁰ E. L. Catellani, *Metodo e fine degli studi di Diritto internazionale*, Torino, Unione Tipografico-Editrice, 1884, pp. 10-11.

⁸¹ *L'Africa italiana al parlamento nazionale, 1882-1905: riassunto delle discussioni avvenute al Parlamento, e delle interpellanze, interrogazioni, disegni di legge, bilanci, relazioni, documenti, su argomenti riguardanti le colonie italiane d'Africa*, a cura della Direzione generale degli affari coloniali del Ministero degli Affari Esteri, Roma, Unione Cooperativa Editrice, 1907, cit. p. 35.

⁸² V. Miceli, *Il trattato italo-etiopeico e il diritto pubblico italiano*, Perugia, Tipografia di Vincenzo Santucci, 1890, p.10.

quello che altre volte fu fatto a nome della religione o dell'equilibrio politico».⁸³ Anche nell'analisi di Eduardo Cimbali, non esiste un diritto delle nazioni civili di estendere la propria sovranità sulle regioni incivili. Il fine ultimo del Diritto internazionale è costituito dalla garanzia dei diritti di indipendenza di tutti i popoli: ogni popolo ha diritto all'indipendenza «perché è popolo, non perché sia colto o incolto, civile o barbaro. Né un uomo, né un popolo, a nome di una pretesa superiorità, può confiscare il diritto di un altro uomo, il diritto di un altro popolo».⁸⁴ Il diritto all'indipendenza costituisce il principio fondamentale del Diritto internazionale; la conquista, per tanto, costituisce un mezzo non giuridico di espansione territoriale: «dove trovi il più piccolo posto la conquista —questa nuova forma del furto, il furto in grande, il furto degli Stati— non si può più parlare né di Diritto né d'indipendenza».⁸⁵

Queste però sono posizioni isolate, e in generale anche gli autori che contestano l'esistenza di un diritto alla civilizzazione giustificano in qualche modo le pratiche dell'occupazione e della conquista territoriale a partire dal *deficit* di civiltà della colonia. Secondo Guido Fusinato, ad esempio, sebbene non si possa affermare l'esistenza di un *diritto* della “civiltà” all'occupazione —cosa che comporterebbe il riconoscimento di un'*obbligazione* a carico dei popoli barbari di sottomettersi ad essa per riceverne la benefica influenza— l'importanza dell'occupazione nella prassi internazionale «non cesserà finché la civiltà non sia così estesa sopra la terra che dovunque abiti una popolazione imperi l'autorità di uno Stato».⁸⁶ Proprio a partire dall'opposizione civiltà/inciviltà è leggibile il contributo di Emanuele Garelli Della Morea sul tema della conquista.⁷¹ È indubbio che la conquista tra popoli civili impedisca lo svolgimento pacifico delle relazioni internazionali. Ma lo stesso non può affermarsi rispetto ai popoli selvaggi: è dubbio che «i diritti del selvaggio sulle terre che abita e sulle quali non sa vivere se non distruggendo i suoi simili, possano essere equiparati a quelli del popolo civile,

⁸³ *Ivi*, p. 11.

⁸⁴ E. Cimbali, *Dello stato presente del diritto internazionale e dei suoi futuri progressi*, cit. p. 18.

⁸⁵ *Ivi*, p. 10.

⁸⁶ G. Fusinato, *Annessione*, estratto dall' *Enciclopedia Giuridica* (1899) e rilegato in miscellanea (Università di Napoli, Istituti giuridici, legato Fiore).

che lavora per sé e per tutta l'umanità verso la quale sente i suoi doveri».⁸⁷ La visione italiana del fenomeno coloniale è ormai inscindibilmente legata alla questione della civiltà della colonia: nella rappresentazione di una parte della dottrina esistono più livelli e tipologie di civiltà, ed è proprio il requisito della "civiltà europea" che, da un lato, determina l'appartenenza ovvero l'ammissione di uno stato alla comunità internazionale e, dall'altro lato, influisce sull'elaborazione del regime giuridico coloniale.⁸⁸ È Francesco Paolo Contuzzi a sostenere, seguendo un discorso comune a gran parte della dottrina internazionalistica inglese e tedesca- che soltanto le nazioni occidentali possono beneficiare delle regole del diritto internazionale: è pur vero che il diritto internazionale ha carattere universale (e, in virtù di tale natura, «non può essere il privilegio di veruna razza in modo esclusivo»); tuttavia, l'insieme dei principi che regolano la pacifica convivenza internazionale è scaturito dallo sviluppo della civiltà europea.⁸⁹ Siccome nei secoli passati la civiltà europea si confondeva con la civiltà cristiana «si reputavano esclusi dal Diritto Internazionale non solamente gli Stati posti fuori del Territorio europeo, ma tutti gli Stati non cristiani in genere». Ma nell'epoca attuale, non è più la religione, come tale, a segnare le distanze tra l'Occidente e l'Oriente, bensì «il Cristianesimo come coltura, come civiltà. L'azione del Diritto Internazionale riconosciuto in Europa ed in America si restringe a questi Popoli, perché hanno identità di coltura; gli altri Stati devono subire l'azione civilizzatrice dell'Occidente».⁹⁰ Anche la

⁸⁷ G.E. Garelli Della Morea, *L'Illegittimità della conquista fra i popoli civili*, Carlo Clausen, Torino-Palermo, 1891.

⁸⁸ P. Contuzzi, *Diritto internazionale pubblico*, Hoepli, Milano, 1905, II ed, p. XXVII. Nelle prime pagine del libro, Francesco Paolo Contuzzi spiega le ragioni che hanno imposto la preparazione di una nuova edizione dell'opera: nel giro di pochi anni si sono verificati «avvenimenti tali nella serie dei molteplici rapporti fra le genti tutte dell'Umanità» che lo stesso sistema di diritto internazionale ne è risultato modificato: «Chiusosi appena il periodo delle guerre d'indipendenza combattutesi in nome del principio di Nazionalità ed apertasi la nobile gara di espansione coloniale in base alle nuove esigenze della Civiltà, si è preparato il terreno nel quale si alimentano i germi di nuove vertenze». Sul punto, si veda anche E. Catellani, *Le colonie e la conferenza di Berlino*; L. Marghinotti, *Introduzione al diritto internazionale pubblico*, Sassari, 1908; E. Catellani, *La dottrina italiana del diritto internazionale nel secolo XIX*, Roma, An. Romana Editoriale, 1935.

⁸⁹ In breve, il diritto internazionale interpreta «il sentimento della solidarietà fra tutti i popoli» e, di conseguenza, «esso non ha potuto trovare la sua e il suo sviluppo, che nei popoli, i quali hanno meglio compreso questo spirito di comunanza, presso i popoli di razza caucasica o mediterranea, la quale, più bella di tutte le altre razze pei caratteri esteriori, ha tutte le altre sorpassato nel progresso intellettuale e nello sviluppo del sentimento morale. E, siccome questa razza più favorita dalla natura ha la sua sede centrale in Europa, così meritano i popoli europei la gloria di avere elevato al più alto segno possibile a precetto giuridico l'istinto della sociabilità umana fra i diversi paesi». *Ivi*, p. 240.

⁹⁰ *Ivi*, p. 241.

legittimazione teorica dell'occupazione coloniale scaturisce direttamente dalle esigenze di civilizzazione delle regioni barbare:

«La colonizzazione è un grande mezzo, che i popoli civili tengono in loro potere per espandere la loro attività industriale, commerciale e scientifica in regioni abitate da popolazioni barbare. Anche la colonizzazione conta i suoi periodi di lotta; ma il risultato finale è una conquista sempre novella, che si registra nella storia dell'umano incivilimento. La politica coloniale entra nelle grandi funzioni vitali della vita delle Nazioni civili; e da questo punto di vista il Diritto non può condannarla, ma deve riconoscerla. Havvi una legge di natura, che tende ad equilibrare, sopra la superficie del globo, mediante la colonizzazione, la popolazione con lo spazio. La terra è destinata ad essere coltivata dall'uomo ed essere dall'uomo esplorata e studiata per i maggiori prodotti che possa dare alla grande specie umana, indigeni e stranieri; ed i popoli civili son destinati ad espandere la esuberanza della loro civiltà interna sui punti più remoti del globo per intrecciarsi con altre popolazioni. La Colonizzazione vi è stata e vi sarà in tutti i tempi, fino a quando vi saranno regioni intere da coltivare, popoli barbari da incivilire. La colonizzazione sostituirà le guerre di conquista nella grande opera dell'incivilimento e fornirà il teatro, su cui potranno espandere l'esuberante loro vita i popoli civili».⁹¹

Parallelamente alla definizione di un discorso di legittimazione teorica del colonialismo, capace di superare i limiti imposti dal principio di nazionalità e di fornire legittimazione teorica alle pratiche dell'occupazione e della conquista, si assiste alla definizione teorica di forme di governo coloniale sempre più slegate dai «vincoli dello Stato di diritto». E questa interferenza negli affari interni della colonia diviene, nei discorsi della dottrina, strumento di diffusione della civiltà. È Brunialti, ad esempio, ad auspicare —con frequenti richiami alla “causa generale dell'umanità”— un sistema di governo per la colonia di Assab che fosse “assoluto” e che affidasse all'esecutivo «pieni poteri, così politici, che amministrativi e giudiziari». Entrambe le operazioni teoriche sono ispirate dal presupposto comune dello

⁹¹ «Ma non appena le colonie hanno acquistato una forte vitalità e la coscienza della propria forza, esse tendono all'emancipazione dalla madre patria; l'emancipazione delle Colonie accresce il numero degli Stati nazionali. L'indipendenza è il destino storico della Colonia. Se la colonizzazione è un diritto degli Stati civili, il riconoscere la indipendenza della colonia è dovere di giustizia internazionale, quando le colonie hanno raggiunto tale grado di sviluppo da potersi tutelare con le proprie forze ed esistere come Stati autonomi». *Ivi*, p. 87.

scarto di civiltà tra i popoli: da un lato, l'espansione coloniale —che diviene «missione di civiltà e di pace»—⁹² è pienamente legittima dal punto di vista internazionale soprattutto se rivolta contro regioni non civilizzate.⁹³ Dall'altro lato, lo scarto di civiltà, impedisce l'istituzione di forme di governo troppo complicate e non pienamente comprensibili ai sudditi indigeni: la “giustizia” coloniale, ad esempio, non può essere che «semplice, informata piuttosto ad una larga equità, che alla legalità rigorosa, con una procedura rapida ed economica, senza molteplici gradi di giurisdizione, senza distinzioni di competenze, con una pronta e rigorosa esecuzione».⁹⁴ Nella rappresentazione otto-novecentesca della dottrina italiana, la colonizzazione non deve fondarsi soltanto sul commercio né rifiutare l'occupazione come strumento di espansione territoriale; non deve limitarsi ad un semplice “contatto” tra la colonia e la madrepatria né limitare l'ingerenza nazionale negli affari interni della colonia. L'iniziale visione del fenomeno coloniale è ormai ampiamente superata, ma il riferimento al modello inglese compare ancora costantemente nei discorsi della dottrina: non è in discussione la superiorità di questo modello, apertamente ispirato ad uno «spirito liberale e democratico»,⁹⁵ né la maggiore attitudine della Gran Bretagna alla civilizzazione. E non mancano voci che invocano l'adozione del sistema di governo coloniale inglese nella gestione delle colonie italiane.⁹⁶ Nella rappresentazione della dottrina, infatti, l'esperienza inglese ha ben dimostrato come il carattere “liberale” e “civilizzatore” della colonizzazione possa coniugarsi sia con la conquista o l'occupazione territoriale sia con forme di governo decisamente inconciliabili con i meccanismi costituzionali della madrepatria. Ne offre un formidabile esempio la colonizzazione dell'India: la sperimentazione di un sistema coloniale fondato sulla conquista e mantenuto attraverso forme di governo “assoluto” ma pur sempre improntate al “tipo” europeo («un governo virtualmente dispotico di un popolo libero su di

⁹² Relazione al progetto di legge per Assab, in A. Brunialti, *Assab. La prima colonia italiana*, in «Nuova Antologia», seconda serie, Vol. XXXIV, Roma, 1882, p.138-139.

⁹³ Idea espressa da P.S. Mancini nel 1882. Sul punto G. Cazzetta, *Predestinazione geografica*, op. cit., pp. 141-146,

⁹⁴ A. Brunialti, *Assab. La prima colonia italiana*, op. cit. , p.137.

⁹⁵ I. Santangelo Spoto, *Colonia*, in *Digesto italiano*, Vol. VII, parte II, Torino, 1897-1902, p. 578. La citazione in G. Cazzetta, *Predestinazione geografica*, cit. p. 157.

⁹⁶ P. Antonelli, *Nell'Africa italiana*, in «Nuova Antologia», terza serie, Vol. XXXIV, Roma, 1891, p. 68.

una colonia»)⁹⁷ ha contribuito allo sviluppo delle potenzialità indiane.⁹⁸ Nella rappresentazione della dottrina, l'Inghilterra è ancora, da più punti di vista, un modello da seguire e l'Italia, alla luce dell'esempio indiano, non può che ammirarne l'opera di colonizzazione.⁹⁹

⁹⁷ H.S. Maine, *The Effects of Observation of India on Modern European Thought*, London, 1875, citato da S. Mezzadra, E. Rigo, *Diritti d'Europa. Una prospettiva postcoloniale sul diritto coloniale*, in A. Mazzacane (a cura di), *Oltremare. Diritto e istituzioni dal colonialismo all'età postcoloniale*, Napoli, Cuen, 2006, p. 182.

⁹⁸ E. Catellani, *Le Colonie e la Conferenza di Berlino*, cit. p. 94.

⁹⁹ «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». *Ibidem*.

CAPITOLO SECONDO
L'ORDINE GIURIDICO COLONIALE

1. Il particolarismo giuridico della colonia indiana

Nei territori dell'India britannica esistevano, fino agli anni sessanta dell'Ottocento, due distinti apparati di corti di giustizia: uno formato dalle corti istituite dalla Corona britannica —competenti a giudicare i cittadini europei e i sudditi coloniali residenti nelle capitali (*presidency towns*)— l'altro, da quelle istituite dalla *East India Company* per il giudizio dei sudditi nativi residenti nelle aree dell'interno.¹⁰⁰ L'esistenza del doppio apparato di corti di giustizia ha influenzato lo sviluppo dei sistemi di diritto vigenti nei territori coloniali, intensificando una situazione di particolarismo giuridico già insita nella società pre-coloniale: alla tradizionale contrapposizione tra diritto indù e diritto musulmano, la dominazione coloniale ha aggiunto 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.¹⁰¹ La predisposizione dei meccanismi di governo della colonia indiana - strettamente dipendente dalla rappresentazione europea della dimensione coloniale- è stata il frutto del trasferimento e della recezione, all'interno del contesto coloniale, di concetti

¹⁰⁰ Tradizionalmente, la determinazione del sistema di diritto applicabile nei territori coloniali della Corona britannica è strettamente legata alla distinzione tra colonie acquisite tramite insediamento e colonie acquisite tramite conquista o cessione secondo un principio emerso già agli inizi del secolo XVII, nei territori che rientrano nella prima categoria, il sistema giuridico applicabile è costituito dal *common law* d'Inghilterra. In questi casi il nuovo sistema di diritto trova applicazione automaticamente già dal momento del primo insediamento. Nei territori acquisiti tramite conquista, invece, resta in vigore -a discrezione del nuovo sovrano- il diritto preesistente all'acquisizione territoriale. Le particolari vicende relative all'acquisizione dei territori indiani hanno impedito l'applicazione di questo principio. In merito, W.S. Holdsworth, *History of the Law of England*, Methuen & co, London, 1938, Vol. XIII, p. 234.

¹⁰¹ Nella nota sentenza *The Indian Chief* del 1801 venne stabilito che i territori in cui erano costituite delle *factories* inglesi dovevano essere considerate come territori britannici soggetti alle regole del *common law*. Nell'analisi di Sir William Scott: «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 thake 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 (...)». La sentenza è citata in W.S. Holdsworth, *History of the Law of England*, cit. p. 240.

giuridici e politici occidentali.¹⁰² Nell'analisi della storiografia, il presupposto che ha reso possibile questa traslazione giuridica è costituito dalla graduale rivendicazione, da parte delle autorità coloniali, di un diritto esclusivo all'esercizio della forza nella sfera pubblica.¹⁰³ Tuttavia, almeno fino agli anni trenta dell'Ottocento, la rivendicazione dell'autorità esclusiva di giudizio e di punizione correva parallela alla continua negoziazione tra l'autorità della Compagnia e quelle religiose e "domestiche" del paese.¹⁰⁴

A partire dalla fine del secolo XVIII, l'apparente contraddittorietà insita in questo processo trovò precisi riscontri istituzionali. Nel 1772 vennero istituiti tribunali per l'amministrazione della giustizia penale nelle aree dell'interno della Presidenza del Bengala (*faujdārī adalat*)¹⁰⁵. Le corti erano composte da un *kazi*, un *moofy*, due *mulvis*, ufficiali tradizionali di diritto, e giudicavano secondo il diritto penale musulmano, "codice" criminale della giustizia Moghol.¹⁰⁶ Era questo un "sistema nuovo" di corti di giustizia, che lasciava però

¹⁰² Nell'analisi di Luigi Nuzzo, «con questa traslazione giuridica non si trasferì solo qualcosa di dato, di già esistente. I *trasplants* e le traduzioni produssero tradimenti, adattamenti, trasformazioni profonde»: l'elaborazione dei sistemi giuridici coloniali è avvenuta anche attraverso la sperimentazione di modelli giuridici ibridi, sospesi tra l'originaria matrice europea e la loro concreta applicazione coloniale. L. Nuzzo, *Un mondo senza nemici*, cit. p. 1316.

¹⁰³ Si veda R. Singha, *A Despotism of Law. Crime and Justice in Early Colonial India*, Delhi, Oxford University Press, 1998.

¹⁰⁴ Questa "negoziiazione" si traduceva, da un lato, nella dichiarazione di aderenza a leggi e consuetudini locali e alle forme tradizionali di amministrazione della giustizia, e dall'altro lato, nella tolleranza, entro i limiti dei precetti giuridico-religiosi, di pratiche sociali con un forte fondamento religioso, la cui interpretazione e gestione imponeva l'intermediazione delle "autorità" tradizionali del paese. 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», 30, 2 (1993), pp. 181-214.

¹⁰⁵ Il 15 Agosto 1772, nell'anno in cui Warren Hastings (1732-1818) divenne Governatore Generale del Bengala, il "Comitato di Circuito" (organo istituito nel 1772 e formato dal Governatore e da quattro membri del Consiglio) propose un piano per l'amministrazione della giustizia composto di 37 regole adottato in quello stesso anno dal Governo del Bengala.

¹⁰⁶ Nello stesso anno furono istituite una corte superiore di giustizia criminale a Moorshedabad, composta da un *darogah* nominato dal *nawāb*, e da ufficiali nativi di grado elevato, con il compito di rivedere le decisioni del *Fujdaree* e di approvare o disapprovare le sentenze capitali. Venne istituita una corte superiore di giustizia civile o *Sudder Dewanee Adawlut*, composta dal Governatore e dai membri del Consiglio, dotata di giurisdizione d'appello avverso le sentenze delle corti provinciali.

l'amministrazione della materia penale nelle mani dei giudici nativi:¹⁰⁷ dal punto di vista istituzionale, l'unica interferenza nel procedimento tradizionale si tradusse nella nomina di supervisori inglesi che avevano l'inverosimile compito di assicurare che le sentenze fossero conformi al diritto musulmano.¹⁰⁸ Anche nel caso della giustizia civile, la presenza in giudizio degli esperti tradizionali del diritto era del tutto indispensabile: nel 1772 vennero istituite corti per l'amministrazione della giustizia civile, *mufussil dewannee adalat*, presiedute da giudici inglesi e da un *establishment* di ufficiali nativi. Le corti amministravano, a seconda della religione delle parti, il diritto personale indù e musulmano per tutte le cause relative a successioni, matrimoni, caste e altri "usi o istituzioni religiose".¹⁰⁹ L'utilizzo del diritto penale musulmano come principale sistema di diritto delle corti criminali della Compagnia venne confermato dalla legislazione dell'ultimo decennio del secolo XVIII.¹¹⁰ Tra il 1790 e il 1793 la giustizia penale della presidenza del Bengala venne riorganizzata secondo tre livelli: presso ogni distretto il magistrato, l'agente del governo più vicino alle aree rurali, era incaricato della

¹⁰⁷ Come è noto, a partire dal 1765, la Compagnia delle Indie Orientali divenne *dīvān* dell'impero acquisendo il diritto alla riscossione delle imposte fondiari e all'amministrazione della giustizia civile; il *nizāmat*, ossia l'amministrazione della giustizia penale, venne invece lasciata al *nawāb* del Bengala (governatore provinciale musulmano), che aveva la responsabilità formale dell'amministrazione della giustizia -con il compito di nominare i giudici della corte superiore di giustizia criminale istituita nello stesso anno nella città imperiale di Murshidābād- e dell'amministrazione militare.

¹⁰⁸ Nell'analisi del governo coloniale, l'intervento negli affari della giustizia doveva essere conforme alle "preesistenti forme costituzionali di giustizia" (Si veda, Letter from the Committee of Circuit to the Council at Fort William, 15th August, 1772. In, B.K., Acharyya, *Codification in British India*, cit. p. 151.) Anche dopo la sostituzione dei giudici nativi con quelli europei, la struttura e il funzionamento delle corti di giustizia avrebbe mantenuto non pochi tratti delle istituzioni giudiziarie tradizionali, compreso la denominazione delle corti superiori. Partendo dagli studi di B. Cohn sull'appropriazione del linguaggio giuridico indigeno come componente essenziale dell'azione di governo, K. K. Raman ha insistito sull'utilizzo dei "simboli" della giustizia dell'impero Moghul come parte di una strategia di legittimazione del governo coloniale: anche il ricorso alla terminologia delle istituzioni giudiziarie Moghul (come il termine *adalat* per indicare il foro giudiziario, distinto tra *nizamat* o *faujdarī*, per indicare la sfera del penale e *dewanee*, per indicare la materia civile) così come l'uso del persiano come lingua ufficiale del giudizio, conferirono alle istituzioni giudiziarie coloniali "un'apparenza indigena", fondamentale strumento di legittimazione culturale orientato ad una generale funzione di comunicazione. 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» 28, 4, (1994), pp. 739-791.

¹⁰⁹ La Regola 23 del piano dispone che: (...) in all suits regarding inheritance, marriage, caste, and other religious usages, or institutions, the laws of the Koran with respect to Mahometans and those of the Shaster with respect to Gentoos shall be invariably adhered to). 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. B. K. Acharyya, *Codification in British India*, 153.

¹¹⁰ A partire dal 1773 il governo coloniale del Bengala viene dotato di potere legislativo. il *Regulating Act* del 1773 (13 Geo. III, c. 63, ss. 36-37), attribui al governatore del Bengala il titolo di governatore generale e sottopose le presidenze di Madras e di Bombay al controllo ufficiale del Bengala.

cattura dei criminali e dotato di limitata autorità di giurisdizione.¹¹¹ A livello centrale, la corte del *Nizamat Adalat*, suprema corte criminale della Presidenza, funzionava come corte di revisione, competente ad approvare le sentenze capitali e alla detenzione a vita. Come autorità giudiziaria intermedia tra il magistrato e la corte superiore, furono istituite quattro corti d'Appello,¹¹² in sostituzione delle corti *faujdārī*, che esercitavano i poteri di corte criminale sotto la denominazione di *Courts of Circuit*.

Le Corti di circuito erano organi itineranti organizzati secondo l'idea inglese di circuito giudiziario: nello svolgimento del circuito, da tenersi due volte l'anno, i giudici della corte esercitavano le funzioni delle corti di *oyer and terminer*; viaggiavano attraverso i distretti tenendo udienza nelle città in cui stazionavano, e presiedevano le sessioni di *gaol delivery*. Secondo le regole processuali, ricevuta la notizia dell'arrivo dei giudici di circuito, il magistrato disponeva che tutte le persone ammesse alla cauzione, gli accusatori ed i testimoni, comparissero davanti alla Corte.¹¹³ All'apertura della sessione, il magistrato forniva al giudice un calendario dei prigionieri da giudicare e delle persone ammesse alla cauzione, i nomi degli accusatori, un breve resoconto di ogni caso accompagnato dai verbali dei procedimenti. All'apertura del giudizio, il giudice di circuito ascolta va dal *prosecutor* (accusatore privato o agente del Governo) le accuse contro il prigioniero, l'eventuale confessione —che doveva essere ricevuta con “circospezione e tenerezza”— le prove dell'accusa, la difesa

¹¹¹ la *Regulation IX* del 1793 ha dichiarato i giudici delle corti civili (*dewani adalat*) “magistrati” nell'ambito delle rispettive giurisdizioni. Questi ufficiali avevano il compito di catturare coloro che violassero la pace del distretto e le persone accusate di crimini. Avevano poteri giurisdizionali, gradualmente estesi nel corso degli anni.

¹¹² Portate successivamente a sei, in merito E. Stokes, *The English Utilitarians and India*, Oxford University Press, Delhi 1982, pp. 142-143.

¹¹³ Secondo le regole processuali, quando un caso è portato al magistrato questo, se non ritiene di dovere affidare l'incarico ad uno dei suoi subordinati, procede al giudizio dell'accusato. Il giudizio davanti al magistrato inizia con il *pleading* dell'imputato: questo deve dichiararsi innocente o colpevole. Nel caso di diniego delle accuse il magistrato procede personalmente all'esame dei testimoni e successivamente emana il verdetto. Il magistrato è obbligato a rinviare al giudizio delle Corti di Circuito tutti coloro che sono accusati di reati gravi come omicidio, rapina, incendio doloso e falsificazione di monete, nonché dei reati di spergiuoro: questi reati sono stati dichiarati *not bailable*; negli altri casi al magistrato spetta di decidere se inviare l'accusato in prigione o ammetterlo al *bail*. Per un resoconto e un'analisi delle *Regulations* del Bengala sulla polizia e l'amministrazione della giustizia criminale dal 1793 al 1831 si veda *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) House of Commons Parliamentary Papers, Sessional 1831-32, Paper N. 735-IV, Vol. XII, p. 695 (703). *Appendix to report of select committee, Appendix, n.6, (2) Regulations for the Administration of Criminal Justice*, pp. 703-740. (711-748).

dell'imputato.¹¹⁴ Il sistema di amministrazione della giustizia costituiva, per struttura e funzionamento, un "ibrido" tra il modello processuale britannico e quello della tradizione indiana. I nuovi organi di giustizia erano presieduti da ufficiali della Compagnia; tuttavia, ciascuna corte era composta da alcuni interpreti nativi del diritto musulmano (*mufti*), la cui presenza in giudizio era del tutto indispensabile. Il giudice europeo sovrintendeva ad ogni fase del procedimento ma aveva ben poca discrezionalità rispetto agli esiti del processo: sulla base del fascicolo processuale, il *mufti* avrebbe indicato la sentenza applicabile secondo il diritto musulmano. I giudici potevano disapprovare il parere legale (*fatwā*) dell'interprete nativo;¹¹⁵ tuttavia, in questi casi, la causa veniva trasmessa automaticamente alla *Nizamat Adalat* che a sua volta giudicava secondo il rito musulmano.¹¹⁶

2. Polizia e controllo del territorio

Tra la fine del secolo XVIII e gli inizi del XIX, il controllo delle aree rurali del Bengala costituiva una costante preoccupazione per le autorità della Presidenza: i reati di brigantaggio e i crimini contro la proprietà —la cui pericolosa incidenza era addebitabile alla riduzione dei proventi della terra registrata in quel periodo— divennero un fenomeno criminale sempre meno controllabile. Le strutture di controllo ereditate dall'impero Moghol si rivelarono del tutto inefficaci nella prevenzione di tali reati: gli *Zeminindar*, esattori feudali musulmani che avevano il compito di mantenere l'ordine all'interno delle aree da loro amministrare, erano

¹¹⁴ 1812 (377) *The fifth report from the select Committee on the Affairs of the East India Company*, 28 July 1812, pp. 44, House of Commons Parliamentary Papers, Vol. 7, p.42.

¹¹⁵ Se il giudice della Corte di Circuito avesse concordato col parere dell'ufficiale nativo (*fatwa*), avrebbe emanato una sentenza conforme al parere, emettendo poi un mandato per l'esecuzione della sentenza. Il giudice della corte di Circuito poteva disapprovare il parere dell'ufficiale nativo anche se contrario a "principi di giustizia".

¹¹⁶ A partire dal 1793, la corte del *Nizamat Adalat* era composta dal Governatore generale e dal suo Consiglio, da un giudice musulmano (*kadi*) e da due esperti in diritto musulmano (*mufti*). La composizione di questa corte sarebbe poi cambiata con le *Regulations* II del 1801, X del 1805, XV del 1807, XII del 1811, XXV del 1814.

ormai privi di forza militare. In epoca pre-coloniale, questi ufficiali costituivano il livello più basso dell'apparato del potere imperiale ma rappresentavano, all'interno delle aree rurali, l'immagine istituzionale dell'autorità: nell'analisi della storiografia, la “demilitarizzazione degli *Zemindar*” da parte del potere coloniale —attività condotta a partire dalla metà del secolo XVIII— costituiva una misura necessaria alla monopolizzazione della forza nella dimensione pubblica.¹¹⁷ La *Regulation XXII* del 1793 sottrasse agli *Zemindar* i poteri di polizia; di conseguenza, questi ufficiali vennero dispensati da ogni responsabilità per le rapine commesse nei loro territori, tranne in caso di accertata complicità:¹¹⁸ nell'analisi del Governo, la pericolosa incidenza dei reati di brigantaggio era imputabile alla complicità tra le bande di briganti e gli *Zemindar*.¹¹⁹ Ma per il controllo delle aree rurali della Presidenza, la Compagnia intuì la necessità di ricercare l'intermediazione di un'agenzia locale che operasse come strumento di penetrazione dell'autorità del governo nelle aree rurali.¹²⁰ Per quanto riguarda la sfera fiscale, e in particolare per la gestione dei proventi dell'imposta fondiaria, le autorità coloniali decisero di fare largo affidamento proprio sugli *Zemindar*, pur sempre autorevoli e temuti dalla popolazione rurale. E' questa, nell'analisi di Ranajit Guha, una misura volta ad incorporare le *élite* native nel governo “locale”, misura strumentale ad una funzione di stabilità politica e di legittimazione dell'autorità del governo.¹²¹

¹¹⁷ Ed infatti, parallelamente al consolidamento dell'autorità del governo coloniale, la rivendicazione all'esercizio esclusivo della forza nella sfera pubblica venne progressivamente declinata nella tendenza all'esclusione di ogni altra autorità che reclamava tali diritti sulla base della tradizione religiosa, patriarcale, o “feudale” del paese.

¹¹⁸ 1812 (377) *The fifth report from the select Committee on the Affairs of the East India Company*, 28 July 1812, pp. 44, House of Commons Parliamentary Papers, Vol. 7, p.1. Ho avuto accesso al materiale contenuto nei Parliamentary Papers attraverso le risorse informatiche del Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte di Frankfurt am Main, presso il quale ho soggiornato tra il 2009 e 2010.

¹¹⁹ Si veda il preambolo della *Regulation XXII* del 1793. Il sistema Mogol di controllo di polizia era basato sugli apparati del *Fujdar* e dello *Zemindar*. Nelle aree rurali del Bengala, lo *zemindar* costituiva il principale elemento per il mantenimento dell'ordine locale e l'amministrazione della giustizia. Basudev 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» 1981, Vol. XVIII, No. 1, pp. 19-42.

¹²⁰ D.M. Peers, *Torture, the Police, and the Coloniale State in the Madras Presidency, 1816-55*, in «Criminal Justice History», (12) 1991, pp. 29-56, cit. p. 31.

¹²¹ R. Guha, *Dominance without Hegemony. History and Power in Colonial India*, Cambridge (Massachussets), London, Harvard University Press, 1997, pp. 33-55.

Il sistema di polizia istituito con la *Regulation XXII* del 1793 costituiva un visibile compromesso tra due le due esigenze: all'interno di ciascun *Tannah* (suddivisione amministrativa del distretto), la soprintendenza dell'attività di polizia venne affidata al *darogah*. Tale ufficiale era selezionato tra gli abitanti nativi, ma operava alle dirette dipendenze del magistrato del distretto.¹²² In questo modo, l'apparato di polizia era soggetto all'autorità del governo ma, allo stesso tempo, faceva largo affidamento sui sudditi nativi: il *darogah* costituiva uno strumento di intermediazione tra la società rurale e il governo per tramite del suo agente al livello locale.¹²³

Quale principale elemento dell'apparato designato per il controllo della società rurale,¹²⁴ la polizia nativa venne dotata di potenti strumenti investigativi. Il *darogah* -che aveva il compito di ricevere le denunce relative alla commissione di reati- venne autorizzato a catturare gli accusati e a portarli davanti al magistrato. Nel caso di morti sospette gli ufficiali nativi conducevano inchieste locali, registrando per iscritto le dichiarazioni dei testimoni da riportare in seguito al magistrato. Per incoraggiare la polizia nello svolgimento dei suoi compiti, una *Regulation* del 1793 stabilì che al *darogah* spettasse una ricompensa di dieci rupie per ogni brigante catturato nella propria giurisdizione e successivamente condannato,

¹²² In particolare, il magistrato aveva il potere di nominare gli ufficiali di polizia e di revocarli dall'incarico.

¹²³ Nella definizione del nuovo apparato di controllo, il governo coloniale mantenne alcune delle istituzioni tradizionali di vigilanza. Ma l'interferenza con le strutture tradizionali della comunità ha avuto effetti tutt'altro che positivi: già nel 1794 un ufficiale britannico addetto alla raccolta della *revenue* testimoniava del rifiuto dei *ghatwals* (uno dei corpi tradizionali di vigilanza) di pagare allo *Zemindar* le imposte relative alle terre da loro occupate, come conseguenza della riorganizzazione del sistema di polizia (Si veda, *Papers relating to the police ecc. Appendix (H) cit. To Superintendent of Police, 15 May 1816. From A. Anderson, Esq. (Acting Magistrate) to John Shakespear, Esq. Superintendent of Police.* p. 246.). Si veda anche Appendice n. 6 di *The fifth report from the select Committee on the Affairs of the East India Company*, cit., p. 501-503). All'establishment regolare di polizia venne presto affiancato un corpo di polizia sussidiaria con il compito di vigilare e catturare tutti i soggetti colti nell'atto di commettere omicidi, rapine, furti e qualsiasi violazione della pace: tra il 1813 ed il 1814, nelle città di Dacca, Patna e Moorshedabad, 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* pp.13-14 (241-242); per le divisioni di Benares e Bareilly, si veda *Regulation XVI of 1814*.

¹²⁴ B. Chatterji, *The Darogah and the Countryside*, op. cit., pp.37-38., che sostiene, però, che tali obiettivi della Compagnia sono stati presto disattesi a causa della scarsa efficacia della polizia nel controllo della criminalità rurale.

nonché il dieci per cento del valore delle proprietà recuperate a seguito della condanna del criminale.¹²⁵

Già agli inizi del secolo, più di un ufficiale della Compagnia sottolineava come il sistema di polizia fosse del tutto inefficace nella prevenzione dei reati contro la proprietà e che a seguito delle modifiche del 1793 veniva registrato un forte aumento dei reati di brigantaggio.¹²⁶ Secondo un discorso che si trova in più fonti, una delle principali cause di tale insuccesso era costituita dalla rimozione degli *Zemindar* dalla sfera della polizia: questi ufficiali, persone appartenenti alla comunità e dotate di grande influenza, avevano l'assistenza dei contadini e in generale della popolazione. Il *darogah* —generalmente mal pagato e poco rispettato—¹²⁷ era invece un soggetto estraneo alla comunità, non possedendo, generalmente, proprietà nel distretto. Alle critiche per inefficienza si affiancarono presto quelle per malversazione: nell'arco di quasi un anno —tra gennaio 1808 e agosto 1809— ottantaquattro *darogah* vennero rilevati dall'incarico per cattiva condotta e sette di questi vennero giudicati davanti a corti criminali.¹²⁸ Gli ufficiali di polizia del Bengala non avevano poteri giurisdizionali, ma l'insieme delle loro competenze travalicava la mera attività di controllo del territorio. Questa circostanza suscitava non poca irritazione negli ufficiali della Compagnia. In un *report* del 1808 Mr. Dowdeswell, segretario al governo del Bengala, lamentando l'inefficacia del sistema di polizia nella prevenzione e nel controllo del crimine, ricordava le incolmabili distanze tra questo sistema e quello della madrepatria inglese: in Inghilterra, i poteri del *darogah* -che si approssimano a quelli dei *justices of the peace*- «non potrebbero mai essere

¹²⁵ Si veda *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.

¹²⁶ *Answers to the questions proposed by his Excellency the Most Noble the Governor General, in Papers relating to the East India affairs. Answers to interrogatories of the Governor General; and new sistem of revenue, and of judicial administration (1801); police of the district; missionaries; religion of the Hindoos; infanticide; first introduction of Cristianity into India*, House of Commons Parliamentary Papers. 264 Sess. 1812-13, Vol. IX, p.1. From Mr. Boddam (Judge and Magistrate), Zillah of Sarum, 16th. December 1801: Mr. Boddam, giudice e magistrato del distretto di Sarum, osservava come tutti i distretti della provincia del Behar fossero infestati da bande di briganti, particolarmente presenti nelle vicinanze del Gange. Nell'opinione del magistrato, i difetti del sistema vanno ricercati nella rimozione degli *zemindar* dagli incarichi di polizia e all'inefficacia deterrente del diritto criminale musulmano; in più i *darogah* si sono rivelati "indolenti e inattivi", generalmente propensi a violare le regole, sebbene "sufficientemente cauti nel non commettere atti che potrebbero metterli in pericolo di perdere l'incarico".

¹²⁷ *The fifth report from the select Committe on the Affairs of the East India Company*, cit., p. 560.

¹²⁸ *Ivi*, Appendix n. 12, p. 612.

affidati agli ufficiali subordinati della pace e (...) non sarebbero tollerati per un momento in quel paese». ¹²⁹

Tuttavia, il Governo coloniale del Bengala vedeva nei *darogah* il principale strumento di mantenimento dell'ordine pubblico nella dimensione rurale. Come si legge in una minuta di Lord Moira (Governatore del Bengala dal 1813 al 1823) dell'ottobre 1815, nelle aree rurali «le insurrezioni sono del tutto sconosciute, nonostante sia stato fatto frequente ricorso a misure molto impopolari». ¹³⁰ Proprio grazie ai potentissimi strumenti di indagine, gli ufficiali di polizia sono sempre perfettamente informati di quello che accade all'interno del distretto, sono capaci di «interporre ovunque l'autorità del governo, e di portare il suo potere immediatamente davanti agli occhi dei malcontenti e degli ostili, prima che possa essere organizzata una sistematica opposizione». ¹³¹

La *Regulation XX* del 1817 confermò buona parte delle regole relative alle funzioni degli ufficiali nativi di polizia. In più, nuovi e fortissimi poteri d'inchiesta contribuirono ad estendere le funzioni del *darogah* fuori dai confini della sfera di polizia: la facoltà di ricevere denunce, di prendere in custodia l'accusato, di esaminarlo e di riceverne la confessione, la possibilità di convocare testimoni -tutte attribuite all'ufficiale di polizia- estesero le funzioni del *darogah* fino alle soglie del "giudiziario". ¹³²

¹²⁹ *Ivi*, p. 611.

¹³⁰ *Copy of Lord Moira's Judicial Minute; dated 2 October 1815*, in P.P., 1819, N. 533, Vol. XIII, pp. 139-163. p. 142.

¹³¹ *Ibidem*.

¹³² Sui poteri del *darogah* si veda *Regulation XX of 1817*, in *Papers relating to the East India affairs: regulation passed by the governments of Bengal, Fort St. George, and Bombay, in the year 1817*, House of Commons Parliamentary Papers, Session 1819, Paper N. 583, Vol. XIII, pp. 1-131 (347-478); la Regulation è alle pp. 39-84. Secondo la nuova disciplina, il *darogah* è tenuto ad informarsi se i proprietari terrieri, i vigilanti, e gli altri agenti locali erano presenti al momento del fatto e quale è stato il loro atteggiamento: in particolare se hanno tentato di riconoscere e catturare i criminali, se hanno mostrato «a proper degree of attention and alacrity on the occasion». Tutti i principali abitanti del villaggio sono responsabili della pronta comunicazione di tutti gli omicidi e le morti sospette; in caso contrario possono essere puniti con la multa fino a duecento rupie ed in mancanza con la detenzione fino a sei mesi. Il sistema di individuare un gruppo di corresponsabili in ogni villaggio, sistema che come notato da alcuni osservatori dalle pagine della Calcutta Review somiglia al frankpledge dell'Inghilterra feudale, avrà molto seguito nella legislazione di Bombay in materia di polizia. Nel caso in cui un reato di rapina commesso da più persone viene commesso all'interno di un villaggio, i cui abitanti dimostrano connivenza con i criminali o renitenza a denunciarli, il magistrato ha l'autorità di infliggere una multa a tutti gli abitanti del villaggio; il pagamento della multa verrà riscosso dagli esattori come se si trattasse di una normale imposta.

3. Il caso di Madras e Bombay: la dimensione “comunitaria” della giustizia

Nell’analisi della storiografia, la scelta del diritto musulmano come “sistema” di diritto applicabile presso le corti della Compagnia costituiva una misura volta ad ottenere legittimazione politica: come parte integrante del sistema tradizionale di amministrazione della giustizia, il diritto musulmano avrebbe costituito un importante elemento di continuità, riconoscibile dai sudditi indiani, tra il vecchio e il nuovo regime di governo.¹³³ Tuttavia, già all’inizio del secolo XIX, le alte giurisdizioni della Presidenza riportavano che i sistemi di diritto della tradizione indiana erano scarsamente conosciuti dai sudditi nativi.¹³⁴ Proprio per risolvere tale problema vennero istituiti un Collegio di diritto musulmano a Calcutta (1781) e un Collegio di diritto indù a Benares (1791).¹³⁵ Gli ufficiali di giustizia della Compagnia incontravano più di una difficoltà nell’amministrare il diritto musulmano: il sistema probatorio era tecnico e complicato e i giudici coloniali non riuscivano ad ottenere la condanna dell’imputato.¹³⁶

¹³³ R. Singha, *The privilege of taking life: Some “anomalies” in the law of homicide in the Bengal Presidency*, cit. p. 181.

¹³⁴ B.D. Basu, *History of Education in India under the Rule of the East India Company*, Calcutta, Modern Revue Office (l’anno di pubblicazione è sconosciuto), p. 2.

¹³⁵ *Ibidem*. Come sottolineato dagli ufficiali più vicini al contesto locale, il problema della scarsa conoscenza del diritto musulmano riguardava soprattutto i sudditi indù: secondo Mr. Fortescue, giudice di Benares, le previsioni del diritto musulmano erano totalmente sconosciute a questa categoria di soggetti coloniali: «nessuno delle migliaia dei loro pundits può leggere il persiano e ancor meno l’arabo». L’opinione di Mr. Fortescue è citata in J. Miller, *On the Administration of Justice in the British Colonies in the East-Indies*, London, Parbury, Allen, and Co., 1828, pp. 28-29. Anche la legislazione positiva del governo coloniale era in molti casi sconosciuta ai sudditi indiani: fino al 1793 la maggior parte delle *regulations* esistevano in forma di manoscritti e non erano tradotte nelle lingue locali.

¹³⁶ Ancora nel 1831, fonti ufficiali della Compagnia così descrivevano il sistema di diritto criminale musulmano: «As a system, the Mahomedan criminal law is mild; for though some of the punishments which it sanctions be barbarous and cruel, yet not only is the infliction of them rarely rendered compulsory on the magistrate, but the law seems to have been framed with more care to provide for the escape of criminals, than to found conviction on sufficient evidence, and to secure the adequate punishment of offenders». *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) House of Commons Parliamentary Papers, Sessional 1831-32, Paper N. 735-IV, Vol. XII, p. 695 (703).

Come è noto, il sistema di diritto musulmano attribuisce grande rilevanza alla prova testimoniale, prevedendo rigorose regole formali circa la sua ammissione e valutazione: è noto, ad esempio, che l'accusa di rapporto carnale illecito (*zīna*) può essere provata in giudizio attraverso la testimonianza di quattro uomini ovvero attraverso la confessione resa per quattro volte. Ma, oltre al necessario rispetto delle regole sul numero dei dichiaranti, altri elementi complicavano l'ammissione di una prova testimoniale: secondo il giudice Henry Stracey, ad esempio, nel giro di pochi anni i «nativi hanno acquisito (...) un'attitudine nelle arti della collusione, intrigo, spergiuro, subornazione, che li rende abili nel confonderci con infinita facilità». ¹³⁷

Nel corso degli anni le *Regulations* coloniali intervennero in modo incisivo sulle regole probatorie del diritto musulmano e sul funzionamento delle corti di giustizia. Attraverso questi interventi, il governo coloniale cercò di erodere la sfera di autonomia degli ufficiali di giustizia nativi nel tentativo di conferire maggiore discrezionalità di giudizio agli ufficiali europei. In particolare, attraverso la *Regulation XVII* del 1817, la Compagnia intervenne su quelle regole probatorie che, nell'opinione del governo coloniale, rendevano «quasi impossibile una condanna penale»: ¹³⁸secondo le sezioni II-V della *Regulation*, quando il parere dell'ufficiale musulmano liberava l'imputato dalle accuse, ma i giudici europei ritenevano, sulla base della libera confessione dell'imputato ovvero della deposizione di testimoni attendibili, che l'imputato fosse colpevole, la Corte non avrebbe emanato la sentenza e avrebbe trasmesso il verbale del processo alla *Nizamat Adalat*. Presso la corte superiore, se il *fatwa* avesse assolto l'imputato, ma due o più giudici europei avessero ritenuto le prove sufficienti per una condanna, la Corte avrebbe emanato una sentenza di condanna,

¹³⁷ In più, la difficoltà di valutare la veridicità di una deposizione testimoniale costituisce uno stato di cose irreparabile ascrivibile all'assenza "di connessione e di relazione" tra gli inglesi e i nativi: "Noi conosciamo poco della loro vita domestica, della loro conoscenza, discorsi, svaghi; dei loro traffici, caste, o di ogni altra caratteristica nazionale e individuale (...). Ogni giorno ci fornisce esempi di qualcosa di nuovo e sorprendente, e non abbiamo alcun principio che ci guidi nell'investigazione di fatti, eccetto la nostra estrema diffidenza circa le nostre opinioni, la coscienza dell'inabilità a giudicare ciò che è probabile o improbabile". *The fifth report from the Select Committee on the Affairs of the East India Company*, cit. p. 67.

¹³⁸ 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, in the year 1817. N. XVII*. In *Papers relating to East India affairs: viz. regulations passed by the governments of Bengal, Fort St. George, and Bombay, in the year 1817*. House of Commons Parliamentary Papers, Sessional 1819, Paper N. 583, Vol. XIII, pp. 1-131 (347-478).

come se l'imputato fosse stato condannato dalla *fatwa*. Anche nel caso in cui l'ufficiale nativo avesse dichiarato inammissibile una testimonianza, perché resa da un ufficiale di polizia o perché contraria in ogni altro modo al diritto musulmano, la Corte di Circuito avrebbe potuto ordinare che la deposizione venisse raccolta e che il *mufti* emettesse il parere legale; solo nel caso in cui la condanna del prigioniero dipendesse esclusivamente dalla testimonianza inammissibile, il giudice avrebbe dovuto trasmettere il caso alla *Nizamat Adalat*. Questa corte, avrebbe emanato la sentenza ritenuta più giusta rispetto al caso.¹³⁹

Ma ancora molti anni dopo questi interventi, il governo coloniale incontrava più di una difficoltà nell'amministrazione della giustizia penale. In particolare, proprio la difficoltà di ottenere prove testimoniali ha costituito, nell'analisi della storiografia, una delle cause del ricorso alla tortura da parte degli ufficiali nativi di polizia. Nell'analisi di Radhica Singha, siccome l'efficienza della politica giudiziaria del Bengala era determinata dal rapporto tra condanne e assoluzioni, gli ufficiali europei, a fronte della difficoltà di ottenere una prova testimoniale, supportavano non di rado il ricorso alla coercizione fisica al fine di ottenere una confessione di colpevolezza.¹⁴⁰ Il tema è di notevole interesse teorico: secondo il diritto musulmano, anche una confessione resa in giudizio può costituire prova sufficiente per una condanna penale. In ogni caso la dichiarazione deve essere pienamente volontaria e se riguarda un reato punibile con una pena fissa stabilita nel Corano (*hadd*) può essere ritrattata anche tacitamente, e in questo caso diventa inutilizzabile. Sebbene la tortura giudiziaria non sia del tutto sconosciuta alla tradizione musulmana,¹⁴¹ secondo la *sharia* le confessioni estorte attraverso minacce o torture non hanno valore probatorio. In più le *regulations* vigenti nei

¹³⁹ Tale intervento ebbe effetti di gran lunga eccedenti l'ambito processuale. Nell'analisi di J. Fisch, in particolare, la *Regulation XVII* del 1817, oltre a modificare sensibilmente il sistema probatorio musulmano, ha sostituito, con quella europea, la visione islamica di colpevolezza e causalità determinante il giudizio e la punizione.

¹⁴⁰ Radhica Singha, *A Despotism of Law. Crime and Justice in Early Colonial India*, Delhi, Oxford University Press, 1998, pp. 69-70. Sul punto, D.M. Peers, *Torture, the Police, and the Coloniale State in the Madras Presidency*, cit. Si veda anche, A. Rao, *Problems of Violence, States of Terror. Torture in Colonial India*, in «Economic and Political Weekly», v.36, n. 43, pp. 4125-4133.

¹⁴¹ Radhika Singha cita l'opera di Uriel Heyd *Studies in old Ottoman criminal law* (1973) -uno studio sul diritto penale nell'impero ottomano tra XV e XVIII secolo, in cui verrebbe affermato che, in difformità con la *sharia*, la tortura venisse largamente usata nella giustizia penale, sotto il termine *orf* o "uso comune"- per dimostrare come il rispetto della regola sulla volontarietà della confessione dipenda "(...) upon the norms of culture and authority shaping trial and punishment". Radhica Singha, *A Despotism of Law*. cit. p. 67.

territori dell'India britannica punivano in modo esemplare i maltrattamenti finalizzati ad estorcere una confessione di colpevolezza.¹⁴² In un articolo della *Calcutta Review* pubblicato nel 1857, veniva denunciato come il ricorso alla tortura da parte della polizia costituisse un tratto fisiologico della giustizia coloniale: «it is known that unless the police succeeded in getting information out of the accused themselves, there is but small chance of a conviction»¹⁴³. La giurisprudenza coloniale sembra confermare questo dato. L'incidenza della confessione nel processo penale indiano è notevole: nel 1855, in circa duecentosettanta dei seicentotrentasette casi esaminati dalla *Nizamat Adalat*, i prigionieri hanno reso una dichiarazione auto accusatoria.¹⁴⁴ Ma secondo la *Calcutta Review* -che ha esaminato i *Reports* dei casi decisi dalla *Nizamat Adalat* nel 1855- la Corte, in linea di tendenza, riteneva utilizzabili in giudizio solo le confessioni supportate da altri elementi di prova, mostrando in generale molta cautela nel ricevere dichiarazioni auto-accusatorie.¹⁴⁵ Le giurisdizioni inferiori, invece, si sono talvolta dimostrate meno caute: in un caso deciso nel luglio 1855, la Corte del *Nizamat Adalat* ha prosciolto Sheetabdee (alias Sheetul Sirdar, prigioniero n.6) e Syud Asghur (alias Ashker, prigioniero n.5), imputati per il reato di brigantaggio e già

¹⁴² *Regulations passed by the Governor General in Council of Bengal, in the year 1817. N. XX.* In *Papers relating to East India affairs: viz. regulations passed by the governments of Bengal, Fort St. George, and Bombay, in the year 1817.* House of Commons Parliamentary Papers, Session 1819, Paper N. 583, Vol. XIII, pp. 1-131 (347-478). La sez. IX stabilisce che “any species of mal-treatment 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 magistratour Court of Circuit”.

¹⁴³ *Art. VI. Reports of the Cases determined in the Court Of Nizamut Adawlut at Calcutta for 1855*, in «*Calcutta Review*», 28, 56 (Giugno 1857), pp. 462-486, in particolare p. 477.

¹⁴⁴ *Ivi*, p. 479.

¹⁴⁵ *Ivi*, p. 480. Si veda anche, *Reports of cases determined in the Court of Nizamut Adawlut, For 1855.* Vol. V. Part II, Thacker, Spink and Co, Calcutta, 1856. pp. 18-19; *Government and Mitun Paul versus Sagur Singh* (No. 3) *Chorka alias Hiro Mahtoo* (No. 4, appellant) and *Gokool* (No. 5). Nell'aprile 1855, *Chorka* (alias Hiro Mahtoo, prigioniero n. 4) veniva condannato a sette anni di reclusione con lavoro per avere partecipato ad atti di brigantaggio. Il prigioniero aveva reso insieme ad altri imputati piena confessione agli ufficiali di polizia; nel corso del giudizio ritrattava la confessione denunciando di essere stati maltrattati dal *darogah*; in più sosteneva che, per indurlo a confessare, l'ufficiale di polizia aveva arrestato sua sorella tenendola in detenzione per alcune ore. Nel corso del giudizio alcuni testimoni d'accusa confermavano tali circostanze. *Nizamut Adawlut*: La condotta del *darogah* appare del tutto repressibile. «Ci sono buone ragioni per credere che la confessione del prigioniero resa nel mofussil non era volontaria». Per tanto non può essere usata in giudizio.

condannati dal giudice di sessione il 14 aprile 1855.¹⁴⁶ Mentre erano in custodia della polizia (custodia protrattasi dal 4 al 9 dicembre 1854) i due prigionieri avevano reso piena confessione, confermandone successivamente la portata auto-incriminante al magistrato del distretto; ma nel corso del giudizio di primo grado gli imputati ritrattavano le loro dichiarazioni, asserendo di avere confessato a causa dei maltrattamenti subiti durante la custodia.¹⁴⁷ La *Nizamut Adalat* ha dichiarato le loro confessioni inutilizzabili.¹⁴⁸ Dall'esame delle sentenze della *Nizamut Adalat*, emerge come anche i testimoni venivano, non di rado, sottoposti a tali pratiche da parte della polizia al fine di fargli rendere dichiarazioni accusatorie. Nell'aprile 1855, otto prigionieri sono stati giudicati per falsa testimonianza (*perjury*) e condannati dal giudice di sessione. La corte ha chiesto una pena bassa in considerazione del fatto che il reato era stato compiuto a seguito di maltrattamenti subiti ad opera della polizia: «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»¹⁴⁹. Nel processo di revisione, la *Nizamut Adawlut* ha assolto i prigionieri.

Negli anni trenta dell'Ottocento, anche il sistema di corti di giustizia subì radicali trasformazioni. In particolare, la *Regulation VII* del 1831 autorizzò il Governatore Generale ad attribuire ai giudici dei distretti e delle città della presidenza del Bengala il potere di presiedere le sessioni giudiziarie: secondo la *Regulation*, il *Session Judge* aveva giurisdizione

¹⁴⁶ Si tratta di tre giudizi riuniti di cui sono imputati, a vario titolo, sette persone; insieme ai due imputati menzionati nel testo, altri quattro imputati saranno assolti. Si veda *Reports of cases determined in the Court of Nizamut Adawlut, For 1855*, cit. Il caso è riportato alle pp. 75-79: 18 July 1855. Sir R. Barlow, Bart., and H.T. Raikes, Esq., *Judges*. Trial No. 1. Government and Neelaram Pall *versus* Syud Asgur alias Ashker (N.5.) and *others*; Trial No. 2. Government and Gooroopershad Sha *versus* Syud Asgur alias Ashker (N.12.) and *others*; Trial No. 3. Government and *others versus* Sheetabdee alias Sheetul Sirdar (N.19.) and *others*.

¹⁴⁷ Anche un terzo imputato (Shikh Jomah, prigioniero N. 7) aveva confessato e successivamente aveva ritrattato parte della dichiarazione; gli altri imputati, invece, «have all along pleaded *not guilty*» (*Ivi*, p. 79, corsivo nel testo). In questo caso la corte non ha ritenuto rilevante la ritrattazione della testimonianza. La posizione processuale di Shikh Jomah appare identica a quella dei prigionieri (5) e (6) «*except that he was sent in within the prescribed forty-eight hours (...)*» L'imputato ritrattava nel giudizio di primo grado la confessione, ma la Corte non ha modificato la sentenza di condanna del primo giudice. (*Ivi*, p. 79, corsivo nel testo).

¹⁴⁸ «Confessions thus thaken 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». *Ibidem*.

¹⁴⁹ *Art. VI. Reports of the Cases determined in the Court Of Nizamut Adawlut at Calcutta for 1855*, in «*Calcutta Review*», 28, 56 (Giugno 1857), pp. 462-486, in particolare p. 479

di primo grado rispetto ai soggetti che il magistrato rinviava alla sessione e giurisdizione di appello rispetto alle sentenze emanate dal magistrato. In più, il *Session Judge* aveva il compito di presiedere le sessioni di *gaol delivery* almeno una volta al mese per il distretto afferente alla propria giurisdizione. Anche i giudici di sessione erano assistiti in giudizio da un “*Mahomedan Law Officer*”. Ma attraverso la *Regulation VI* del 1832 la Compagnia modificò non poco il funzionamento delle corti di giustizia, prevedendo un sistema di giudizio alternativo a quello prescritto dal “codice criminale musulmano”: nei casi in cui l’accusato non era di fede musulmana, il giudice poteva servirsi della collaborazione di nativi di buona fama. In questi casi, il giudice poteva decidere di deferire il caso ad un *pancāyat*, o tribunale di villaggio, formare un gruppo di “assessori”, ovvero formare una giuria di verdetto. Il modo di selezione dei giurati, così come i criteri di formazione del verdetto, era rimesso all’esclusiva discrezionalità del giudice. Quando il processo si svolgeva secondo queste modalità, il giudizio non veniva definito attraverso il *futwah* dell’ufficiale nativo: in questo caso, il *mufti* non aveva alcuna discrezionalità circa gli esiti del giudizio e il giudice europeo conservava tutta l’autorità di definire il processo.

Nell’ambito di una riorganizzazione giuridico-amministrativa dei territori sud-orientali avvenuta tra il 1814 e il 1816, la Compagnia propendeva per l’adozione di un sistema giurisdizionale locale conforme alle tradizioni della comunità-villaggio:¹⁵⁰ in particolare, in una lettera inviata dalla Corte dei Direttori al Governatore di *Fort St. George*, veniva sottolineata la necessità di devolvere una parte della giustizia della Presidenza alle «autorità naturali e permanenti del paese».¹⁵¹ Secondo gli organi della Compagnia, tradizionalmente gli affari di ogni villaggio erano gestiti dal *potail* e dal *curnum*. Il primo ufficiale svolgeva la funzione di giudice, magistrato, esattore fiscale: aveva il compito di decidere le cause relative all’imposta fondiaria con l’assistenza del corpo tradizionale di giurati. Il *potail* veniva

¹⁵⁰In merito E. Stokes, *The English Utilitarians and India*, cit., p. 141-144. Sulle comunità villaggio, cft., B.H. Baden Powell, *Indian village community*, Longmans, Green, and co., London, New York, and Bombay, 1896.

¹⁵¹ *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*. House of Commons Parliamentary Papers, Session 1819, Paper N. 533, Vol. XIII, pp. 290-308 (768- 786).

remunerato con terre o con i proventi delle terre di altri abitanti del villaggio. Secondo alcune testimonianze, proprio il possesso terriero rendeva questi ufficiali altamente rispettabili e di grande influenza: questi soggetti costituivano «the native gentry of the country», con una conoscenza degli affari generali del villaggio, ed erano per tanto qualificati a svolgere funzioni di giudizio. Anche per assicurare la sicurezza interna del paese, bisogna ripristinare forme di amministrazione della giustizia antiche e accettate dal popolo indiano (nell'opinione della Corte, un popolo «distinto, tra tutte le altre nazioni del mondo, da un'avversione per l'innovazione, e per rispetto e conformità a regole e consuetudini antiche»¹⁵²). Già i *reports* del primo quarto del secolo sottolineavano la tendenza, diffusa in alcune aree dei territori sud orientali, a trattenere le controversie private all'interno del villaggio: il *potail*, autorità che riuniva in se compiti fiscali e competenze arbitrali, costituiva di certo l'interlocutore privilegiato in merito agli affari della giustizia, di gran lunga preferito alle corti provinciali musulmane.¹⁵³ Nell'opinione della Corte, attribuire al *potail* competenze propriamente giurisdizionali —da affiancare eventualmente a quelle del *pancāyat* o consiglio tradizionale del villaggio— avrebbe di certo favorito l'amministrazione della giustizia, valorizzandone la dimensione propriamente “comunitaria”¹⁵⁴. In questa lunga corrispondenza veniva altresì sottolineata la necessità di ristabilire il tradizionale sistema di polizia di villaggio, fortemente basato sulla vigilanza del territorio e particolarmente efficace, secondo autorevoli testimonianze, nella prevenzione dei fenomeni di brigantaggio: secondo fonti ufficiali della Compagnia, il corpo tradizionale di vigilanza era composto dal *Talliar* e dal *Totie*. Il primo ufficiale era tenuto ad acquisire informazioni sui crimini e a scortare i viaggiatori da un villaggio ad un altro, mentre il secondo aveva principalmente il compito di vigilare sui raccolti.

La *Regulation* IV del 1816 per i territori di Madras recepì in pieno l'indirizzo della Corte dei direttori: ai capi villaggio (*moonsiffs*) venne conferita l'autorità di giudicare, senza appello,

¹⁵² *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*, cit. 298

¹⁵³ *The fifth report from the select Committee on the Affairs of the East India Company*, cit. p. 86.

¹⁵⁴ *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*, cit., p. 300-301 (778-779).

cause relative a somme di denaro o altre proprietà fino al valore di dieci rupie riguardanti gli abitanti villaggio.¹⁵⁵ La *Regulation V* del 1816, poi, attribuì al *moonsiff* l'autorità di convocare un *pancāyat*: il consiglio doveva essere composto dagli abitanti più rispettabili del villaggio appartenenti alla stessa casta delle parti in causa (sez. III).¹⁵⁶ Anche la *Regulation XI* del 1816 recepì le osservazioni della Corte dei Direttori elaborando un sistema di polizia a partire «dagli antichi usi del paese» e riunendo la gestione delle entrate fiscali del distretto e la soprintendenza dell'attività polizia sotto un'unica autorità: al livello locale, il capo villaggio, che poteva invocare la cooperazione di tutti gli abitanti della comunità, manteneva l'ordine del territorio e coordinava il corpo dei *Talliards* e degli altri vigilanti nativi; presso ogni distretto il magistrato/collector sovrintendeva alle attività fiscali e di polizia. Autorità intermedia tra la polizia locale e il magistrato, il *tahsildar*, ufficiale nativo addetto alla riscossione dell'imposta fondiaria, era anche capo della polizia del distretto: aveva il compito di mantenere la pace del territorio e a tal fine aveva la possibilità di impiegare la rete di ufficiali addetti all'attività di riscossione delle imposte (*peshkars*, *gomashtas*) in compiti di polizia.¹⁵⁷

Pochi anni dopo l'emanazione di queste *Regulations*, anche il Governo di Bombay scelse di aderire al modello di polizia sperimentato a Madras:¹⁵⁸ il funzionamento dell'apparato di polizia, elaborato attraverso la *Regulation XII* del 1827, faceva largo affidamento sui nativi influenti di ogni villaggio.¹⁵⁹ Al livello più basso dell'amministrazione territoriale, il *potail*, o capo del villaggio, esercitava funzioni di polizia servendosi di tutti i soggetti impiegati nella

¹⁵⁵ *Papers relating to East India affairs: viz. regulations passed by the governments of Bengal, Fort St. George, and Bombay, in the year 1816*, House of Commons Parliamentary Papers, Session 1819, Paper N. 38, Vol. 13, pp. 1-182 (165-346). *Regulations Passed by the Governor in Council of Fort St. George, in the Year 1816*. N. XI, pp. 122-129.

¹⁵⁶ *Papers relating to East India affairs: viz. regulations passed by the governments of Bengal, Fort St. George, and Bombay, in the year 1816*, cit.

¹⁵⁷ *Papers relating to East India affairs: viz. regulations passed by the governments of Bengal, Fort St. George, and Bombay, in the year 1816*, cit.

¹⁵⁸ *Regulation Passed by the Governor in Council of Bombay, in the Year 1827*. N. XII. *Papers relating to East India affairs: viz. regulations passed by the government of Bengal, Fort St. George, and Bombay, in the year 1827*. House of Commons Parliamentary Papers, Paper N. 201, Sessional 1829, Vol. 23, pp. 144 -167 (338-360).

¹⁵⁹ *Regulation Passed by the Governor in Council of Bombay, in the Year 1830*. N. IV. *Papers relating to East India affairs: viz. regulations passed by the government of Bengal, Fort St. George, and Bombay, in the year 1830*. House of Commons Parliamentary Papers, Paper N. 754, Sessional 1833, Vol. 25, p. 264.

raccolta delle imposte ed era autorizzato a interrogare testimoni e esaminare il materiale probatorio. In più, aveva giurisdizione rispetto alle offese di lieve entità punibili con la reclusione fino a ventiquattro ore: il processo davanti al *potail* si svolgeva oralmente, in presenza delle parti, senza adempimenti formali. Le competenze più interessanti del *potail* riguardavano la sfera dell'inchiesta: in caso di morti sospette o di ritrovamento di un cadavere, l'ufficiale di villaggio formava un gruppo di inchiesta con il compito di indagare sulle circostanze del reato. Il gruppo doveva essere composto da persone di provata fama appartenenti al villaggio che avevano il compito di redigere un rapporto scritto dell'inchiesta, da utilizzare come prova nel processo. Dato assai interessante, la partecipazione al gruppo di inchiesta era obbligatoria: il rifiuto a compiere l'indagine era punibile con la multa e l'imprigionamento non superiore a venti giorni. Anche i *collectors* nativi, che sovrintendono all'attività dei capi villaggio, svolgevano compiti di polizia e di giudizio. Come i *tahsildar* di Madras, questi ufficiali costituivano un'autorità intermedia tra i capi villaggio e il magistrato del distretto. Quest'ultimo ufficiale sovrintendeva, presso ogni distretto, alle attività fiscali e di polizia.

4. *The common law in India*

Nelle aree dell'interno delle diverse presidenze indiane la giustizia era amministrata da organi del governo coloniale, e le funzioni di giudici e magistrati erano svolte da impiegati della Compagnia che paradossalmente costituivano, in confronto agli esperti nativi in diritto indù e musulmano, i membri "laici" delle corti di giustizia.¹⁶⁰ Ben diversa, invece, la situazione nei

¹⁶⁰ Come sottolineato nel 1800 dal governatore generale del Bengala, sebbene gli impiegati della Compagnia - essendo incaricati delle funzioni di magistrati, giudici, ambasciatori e governatori delle province- «non possono più essere considerati agenti di un'impresa commerciale» ma piuttosto «i ministri e gli ufficiali di un potente sovrano», questi arrivano in India senza alcuna conoscenza delle lingue e delle consuetudini locali, delle leggi del paese, dei "principi generali di giurisprudenza". 812-13 (276). *Papers relating to East India Affairs. Copy of a minute of the Governor General, relative to the College of Fort William, dated 18th August 1800; together with, Copies of the Regulation for the establishment of that College, dated the 10th of July 1800; and the Statutes of the College of Fort William.*

Presidency towns dove, a partire dalla prima metà del Settecento, la giustizia civile e penale era amministrata da corti che traevano autorità direttamente dalla Corona d'Inghilterra. Il diritto applicabile presso queste corti era costituito principalmente —e tranne che per alcuni particolari settori del diritto— dal diritto inglese che divenne il sistema di diritto vigente nei territori soggetti alla giurisdizione delle corti. A partire dal 1773 queste corti vennero dotate di un'ampia giurisdizione *ratione personae* sui sudditi di nascita britannica e, di conseguenza, il diritto inglese si estese ben oltre i limiti territoriali delle città capitali. Ma la diffusione nei territori coloniali di forme di giustizia tipicamente britanniche, avvenuta ben prima dell'istituzione di corti della Corona, diede vita ad una fase preparatoria, una sorta di precezione di alcuni istituti chiave del *common law*. Già nella seconda metà del secolo XVII, nei territori di Bombay, le corti di giustizia istituite dalla *Company* su autorizzazione della Corona d'Inghilterra adottarono il modello del *trial by jury*.¹⁶¹ Anche la *Court of Judicature* istituita a Madras nel 1678 -che era presieduta dal Governatore e dal suo Consiglio- adottava lo stesso modello processuale: due volte a settimana, la corte teneva udienza delle cause civili e criminali «by Juries in accordance with the laws of England».¹⁶²

La storiografia è concorde nell'indicare il 1726 come uno dei momenti fondamentali della recezione del *common law* in India.¹⁶³ Nel tredicesimo anno del regno di Giorgio I, una patente regia¹⁶⁴ dispose l'istituzione, nelle città di Calcutta, Madras e Bombay, di corti di giustizia chiamate *Mayors' Courts*, autorizzate a conoscere tutte le cause civili e a giudicare le liti tra le parti. Contestualmente all'istituzione di queste corti, ai governi locali delle tre presidenze vennero attribuiti i poteri di *Courts of Record* dotate di giurisdizione di appello

¹⁶¹ La *Court of Judicature* istituita a Bombay nel 1672 funzionava secondo il modello *trial by jury* ed era presieduta da un giudice che non doveva essere impiegato della Compagnia.

¹⁶² 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, p. 201.

¹⁶³ Si veda M.C., Setalvad, *The Common Law in India*, London, Stevens & Sons, 1960, pp. 12-13; V. Bose, *The Migration of the Common Law, 5. India*, in «The Law Quarterly Review», Vol. 76, gennaio 1960, pp. 59-63; C. Fawcett, *The First Century of British Justice in India*, cit., pp. 214-228.

¹⁶⁴ Patente del 24 settembre 1726.

sulle decisioni delle *Mayors' Court*.¹⁶⁵ Inoltre, le *Government Courts of Record* amministravano la giustizia penale attraverso le procedure seguite dalle corti inglesi di *oyer, terminer e gaol delivery*. Sebbene la patente regia non stabilisse espressamente quale fosse il diritto applicabile presso queste corti, i giudici iniziarono a basare le loro sentenze sul diritto inglese.¹⁶⁶ A partire dal 1726 il diritto inglese, civile e penale, divenne il sistema di diritto vigente delle città capitali, applicabile sia nei confronti dei sudditi indiani che dei cittadini inglesi.

È con l'istituzione delle *Supreme Courts of Judicature* —organi di giustizia dotati di un'ampia giurisdizione *ratione personae*— che il diritto inglese divenne il diritto personale dei sudditi di nascita britannica residenti nel territorio coloniale. Con il *Regulating Act* del 1773 la Corona britannica venne autorizzata ad istituire una *Supreme Court of Judicature* presso Calcutta.¹⁶⁷ Il sistema di diritto applicabile presso la *Supreme Court* di Calcutta era costituito principalmente dal *common law* e dallo *statute law* d'Inghilterra e dal diritto civile applicabile presso le corti ecclesiastiche e di ammiragliato:¹⁶⁸ la Corte esercitava giurisdizione civile di *common law* e di *equity*, di ammiragliato, ecclesiastica; esercitava altresì giurisdizione penale come una corte di *oyer and terminer and gaol delivery*.¹⁶⁹ L'istituzione delle *Supreme Courts*

¹⁶⁵ Le *Governments Court* erano autorizzate a trattare e decidere tutte le cause e a definire le cause dei detenuti in attesa di giudizio. Il governatore e il consiglio furono nominati giudici di pace con il compito di catturare o di assicurare la cauzione dei sospettati.

¹⁶⁶ M.C., Setalvad, *The Common Law in India*, cit., pp. 12-13.

¹⁶⁷ J.F., Stephen *A History of Criminal Law of England*, London, Macmillan and Co.1883, Vol. III, p. 289-290. Queste corti, il cui funzionamento era quasi del tutto mutuato dalla prassi giudiziaria della madrepatria, costituivano una sorta di “terreno istituzionale di legalità” svincolato dalle regole dello stato coloniale. L'istituzione di quest'organo di giustizia era finalizzata al raggiungimento di due obiettivi: amministrare il diritto inglese per gli europei e costituire un'istituzione a tutela 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, circostanza che determinerà non pochi contrasti tra i governi locali e l'organo di giustizia.

¹⁶⁸ Ma anche lo *Statute law* espressamente esteso all'India, in vigore dal 1726, e lo *Statute law* che è stato esteso allo India attraverso atti del consiglio legislativo per l'India. Si veda PP, 1856 (2035), *First report of Her Majesty's commissioners appointed to consider the reform of the judicial establishments, judicial procedure, and laws of India, &c., Appendix B., N. 1, Outline of the Constitution and Procedure of Her Majesty's Supreme Courts of Judicature at Calcutta, Madras, and Bombay*, pp. 187-191.

¹⁶⁹ All'interno di tali limiti territoriali la Corte ha giurisdizione su tutti i soggetti ivi residenti con l'eccezione, per l'esercizio della giurisdizione ecclesiastica, dei soggetti appartenenti alla religione indù o musulmana.

di Madras e Bombay avvenne rispettivamente nel 1801 e nel 1823.¹⁷⁰ Come la corte di Calcutta, queste corti esercitavano la loro giurisdizione nei limiti dei *Presidency towns* e su tutti i soggetti di nascita britannica residenti all'interno delle rispettive Presidenze. Seguendo la giurisdizione delle corti della Corona, a partire dal 1773, il diritto inglese divenne il diritto "locale" dei *Presidency towns*, nonché il diritto "personale" di tutti i sudditi inglesi residenti nell'India britannica.

Ma elementi di particolarismo giuridico di tipo soggettivo erano presenti anche all'interno dei *Presidency towns*. Uno statuto del 1781 stabilì che la Suprema Corte di Calcutta dovesse 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.¹⁷¹ In più, sebbene la giurisdizione di questa corte si estendesse anche ai sudditi nativi residenti nei *Presidency towns*, più di un privilegio processuale segnava la distanza tra questa categoria di sudditi coloniali e i cittadini britannici, destinatari "naturali", questi ultimi, della giustizia della Corte. Ne offre un esempio la regolamentazione in materia di formazione delle giurie: come corti di *oyer and terminer and gaol delivery*, le corti della Corona amministravano la giustizia penale secondo il modello del *trial by jury*. Ma originariamente, solo i soggetti britannici erano autorizzati a fare parte delle giurie. Una legge del 1826¹⁷² aveva esteso anche ai nativi delle città di Calcutta, Madras e Bombay la possibilità di fare parte delle giurie della *Supreme Court of Judicature*.¹⁷³ Ma la nuova legge, sebbene estendesse anche ai nativi il privilegio di

¹⁷⁰ Per quanto riguarda Madras, l'Act 37 Geo III. c.142 (1797) ha abolito le *Mayor's court* istituite nel 1726 ed ha autorizzato l'istituzione di una Court of Record chiamata *Court of the Recorder of Madras*, dotata di giurisdizione civile, criminale ed ecclesiastica. Questa corte è stata a sua volta abolita con l'Act 39&40 Geo III, c. 79 ed al suo posto è stata stabilita la *Supreme Court of Judicature at Madras*, che è una Court of Record composta da tre giudici. La competenza territoriale della corte si estende al *presidency town* di Madras ed esercita giurisdizione su tutti i soggetti inglesi residenti nelle provincie dipendenti da Madras. Per quanto riguarda Bombay, l'Act 37 Geo. III, c. 142 ha abolito le *Mayor's courts* ed ha istituito una Court of Record chiamata *Court of the Recorder of Bombay*, con giurisdizione civile e criminale. Solo nel 1823 l'Act 4 Geo. IV c. 171 ha autorizzato l'istituzione della *Supreme Court of Judicature at Bombay*; la corte esercita la propria giurisdizione su tutti i soggetti che si trovano nell'Island of Bombay e su tutti i soggetti di nascita inglese che si trovano nei limiti della Presidenza di Bombay.

¹⁷¹ (1781) 21 Geo. 3, c.17; In merito, M.C., Setalvad, *The Common Law in India*, cit., p. 21.

¹⁷² Act 7. Geo. 3, cap. 37 del maggio 1826

¹⁷³ 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.

partecipare all'amministrazione della giustizia, individuava nuovi motivi di disparità a partire dallo *status* religioso dei sudditi: l'*Act* del 1826 specificava che le giurie di accusa, in ogni caso, e le giurie di verdetto nelle cause relative a soggetti di religione cristiana dovessero essere interamente formate da «persone professanti la religione cristiana». La regolamentazione della *Supreme Court* di Calcutta confermò questa disparità processuale.¹⁷⁴

A partire dal 1773 all'interno di ogni presidenza venne istituito un apparato di *justicies of the peace*: il *Regulating Act* stabilì che il Governatore generale e i giudici della Corte Suprema di Calcutta assumessero l'ufficio di giudici di pace per il distretto di Fort William; nel 1793 il Parlamento conferì al Governatore generale l'autorità di selezionare, tra i dipendenti della Compagnia e altri abitanti inglesi, giudici di pace dotati degli stessi poteri *justicies of the peace* inglesi, per le provincie e le presidenze di Calcutta, Madras, Bombay.¹⁷⁵ La predisposizione di una rete di giudici di pace che operasse al di fuori delle città capitali costituiva una attività indispensabile per il buon funzionamento della giustizia: solo i tribunali della Corona, istituiti presso i *Presidency town*, avevano giurisdizione sui soggetti europei residenti in colonia. Nelle aree dell'interno, i giudici di pace —che agivano tramite “commissioni” istituite dalla *Supreme Court*, o attraverso mandati del Governatore generale in Consiglio— avevano il compito di ricevere denunce, raccogliere prove e disporre il rinvio a giudizio dei soggetti di nascita inglese residenti nel *mofussil*. A partire dal 1813, agli ufficiali venne conferita l'autorità di condurre indagini e di giudicare e punire i soggetti di nascita inglese per i reati di minore entità punibili con la multa non eccedente cinquecento rupie.¹⁷⁶

Anche all'interno dei *Presidency town*, i giudici di pace svolgevano compiti di polizia e avevano limitata autorità giurisdizionale: questi ufficiali decidevano circa l'ammissione a cauzione o il rinvio a giudizio dell'accusato e avevano il potere di interrogare testimoni e esaminare il materiale probatorio. Nella città di Bombay si riuniva ogni settimana una *court of*

¹⁷⁴ Ivi, p. 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 soggetti non cristiani per tutte le cause relative a soggetti cristiani

¹⁷⁵ 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.

¹⁷⁶ 53 Geo. 3, c.155

petty session composta da tre giudici di pace.¹⁷⁷ La corte era dotata di poteri di giudizio sommario e di punizione ed era competente a conoscere tutte le violazioni delle regole emanate dal governo locale relative all'ordine ed al governo della città; in più, aveva il compito di vigilare sui fenomeni di vagabondaggio: la corte era competente a giudicare tutte le persone che, adatte al lavoro, venissero trovate a vagabondare in luoghi pubblici, incapaci di fornire una spiegazione convincente circa i mezzi del loro sostentamento; questi casi erano punibili con la detenzione e il lavoro forzato per un periodo non eccedente trenta giorni. La Presidenza di Bombay ha da sempre manifestato una particolare attenzione circa il controllo del vagabondaggio: un intervento normativo del 1827 dispose l'istituzione di una *House of Correction* nella città di Bombay e dettava regole per il funzionamento della Casa di Correzione della città di Byculla, già eretta e pronta ad ospitare parte della popolazione carceraria della prigione di Bombay.¹⁷⁸ Come si legge nel preambolo della *Regulation*, l'istituzione di questi reclusori si rendeva opportuna per il disciplinamento, la classificazione, il miglioramento morale di particolari categorie di criminali: tra questi, gli indolenti e i

¹⁷⁷ *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*. PP, Vol. 41, N. 156

¹⁷⁸ *A Rule, Ordinance, and Regulation for establishing a House of Correction for the confinement and employing a certain class of convicts: Passed by the Honourable the Governor in Council of Bombay on the 25th day of April, and registered in the Honourable 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*. PP, Vol. 23, N. 201, 1829.

disordinati, i viandanti, i soggetti privi di mezzi di sussistenza, e tutti coloro che pur essendo abili al lavoro venissero trovati a vagabondare per i luoghi pubblici.¹⁷⁹

5. Un caso di Habeas Corpus

Lo Statuto del 1773 attribuiva alla *Supreme Court of Judicature* di Calcutta tutti i poteri attribuiti dal *common law* d'Inghilterra alla Corte del *King's Bench* (clausola IV): in virtù di tali poteri, la Corte venne autorizzata ad emanare *writs* di *mandamus*, *procedendo*, *error* e *certiorari*. Sebbene il *Regulating Act* non lo dichiarasse esplicitamente, le *Supreme Courts of Justice* avevano il potere di emanare anche *writs* di *habeas corpus*. Le fonti riportano numerosi esempi di ricorso a tale potere da parte delle corti, sia a Calcutta che a Madras e Bombay. Rispetto ai limiti di applicabilità dell'*habeas corpus*, nel corso degli anni si è registrato più di un caso di contrasto sia tra i giudici delle corti, ma anche tra gli organi di

¹⁷⁹ All'interno della prigione il lavoro viene adottato come criterio di classificazione dei detenuti; la buona volontà e il merito, l'atteggiamento indolente e la disobbedienza, come misura della ricompensa o della punizione. I detenuti verranno divisi in due classi: alla prima classe appartengono tutti i nuovi detenuti, alla seconda coloro che, per buona condotta, sono destinati ad un lavoro più leggero o più profittevole. Il lavoro volontario o straordinario, debitamente segnalato nel registro della prigione, viene premiato attraverso speciali ricompense. I detenuti sono vestiti con speciali divise, progettate in modo da distinguere le due classi; quelli della seconda classe possono essere impiegati come assistenti del soprintendente. Una commissione composta principalmente da giudici di pace predispose le regole per il trattamento dei detenuti, da stampare e affiggere all'interno dell'istituto. Un ispettore dovrà visitare periodicamente la Casa. Un maresciallo ed un vice sovrintenderanno all'amministrazione. Gli atti di disobbedienza, i comportamenti indecenti, l'indolenza e ogni violazione delle discipline, vengono puniti con l'isolamento e la riduzione del cibo. E' il soprintendente stesso ad infliggere queste punizioni la cui durata non può eccedere i tre giorni senza il consenso dell'ispettore, o i quattordici giorni con il suo consenso e se il medico non si oppone. Se l'infrazione è particolarmente grave o viene ripetuta più volte, il comitato può estendere il periodo di punizione fino ad un mese e degradare il detenuto dalla seconda alla prima classe. Vengono adottati semplici criteri di separazione dei detenuti: gli uomini sano tenuti distinti dalle donne, i malati verranno detenuti in speciali sezioni dell'istituto separate dal resto del complesso; i nuovi detenuti saranno sottoposti a visita medica prima di essere messi in contatto con il resto degli ospiti. Il soprintendente provvede però alla minuziosa classificazione di tutti i detenuti: ne registra i nomi e le qualità fisiche (l'età, la statura; lo stato di salute); indica i reati per cui sono stati condannati, i termini della sentenza, il loro impiego all'interno dell'istituto; riporta le eventuali punizioni subite e la condotta in generale; ne denuncia la morte.

giustizia e i governi locali. Un esempio di tale ultima situazione è offerto dal caso deciso negli anni venti dell'Ottocento presso la *Supreme Court* di Bombay. In questo, come in altri casi, la “dottrina di protezione” che sta alla base dell'*habeas corpus* è entrata in conflitto con ragioni di tipo politico strettamente connesse al rapporto tra sudditi nativi e sovranità coloniale.¹⁸⁰ La questione che emerge in questo caso di *habeas corpus* è di notevole interesse teorico ed è strettamente legata alla questione del regime costituzionale dei territori coloniali. Nel corso dell'Ottocento il fatto che i territori acquisiti dalla *East India Company* dovessero essere considerati territori della Corona costituiva un principio supportato da più autorità:¹⁸¹ i territori erano soggetti alla sovranità della Corona e la Compagnia agiva a titolo di potere mediato¹⁸²; di conseguenza anche gli abitanti nativi dei territori sottoposti al governo della Corona dovevano essere considerati sudditi britannici. Ma gli abitanti nativi, in qualità di sudditi della Corona britannica, beneficiavano delle garanzie del *common law* e, in particolare, dei diritti di *habeas corpus*? E il governo coloniale era disposto a riconoscere ai nativi i diritti e le garanzie costituzionali dei sudditi europei?

Il 22 agosto 1828 la Suprema Corte di Bombay ha emanato un *writ* di *habeas corpus* diretto nei confronti di Pandoorung Ramchunder, un ricco residente di Puna, con il quale gli veniva ordinato di portare presso la Corte il corpo di suo nipote Moro Ragoonath, da lui tenuto tenuto

¹⁸⁰ P.D. Halliday, *Habeas Corpus. From England to Empire*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2010, p. 287

¹⁸¹ Secondo un principio emerso nel corso del secolo XVII e consolidatosi nel secolo successivo, i territori acquisiti tramite conquista o cessione vanno considerati territori della Corona, soggetti alla sua sovranità e ai suoi diritti proprietari. Anche i territori acquisiti tramite insediamento vanno considerati territori della Corona, secondo un principio enunciato da Lord Mansfield nel 1774 e confermato dal British Settlements Act del 1887 (50, 51 Victoria c. 54. Tale legge autorizza la Corona a emanare leggi e a istituire corti di giustizia anche nei territori acquisiti tramite insediamento da parte di sudditi britannici quando su quei territori non esiste governo civile).

¹⁸² E' questa, ad esempio, l'opinione di John Westlake. Nell'opinione di Westlake, quando una compagnia «acquisisce un territorio, il territorio e la sovranità internazionale su di esso appartengono alla Corona Britannica, sebbene viene 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 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 soggetto “naturale” suddito della Corona». Più specificamente, «The part which the East India Company has played was played by England». J. Westlake, *Chapters on the principles of International Law*, cit. p. 192.

in detenzione.¹⁸³ Alla scadenza del termine concesso, Moro Ragoonath non era stato condotto in giudizio. Nell'udienza del 29 settembre 1828, il giudice Chambers elencava le possibilità che si profilavano alla Corte: agire attraverso *attachment* -procedimento ordinario nei casi di mancato adempimento al *writ*- ovvero seguire la “vecchia prassi” di emanare un secondo *writ* nella natura del primo, un *alias habeas corpus*, per consentire a Pandoorung Ramchunder di riconsiderare l'ordine.¹⁸⁴ Nell'analisi di Chambers, prima di intraprendere uno qualsiasi di questi procedimenti, era necessario accertare se i giudici della Supreme Court avessero o meno, nel caso di specie, il diritto di emanare *writ* di *habeas corpus*. E' questa una questione riguardante principalmente i limiti giurisdizionali delle corti della Corona. La giurisdizione di tali organi era limitata, dal punto di vista territoriale, ai confini della città di Bombay e, dal punto di vista “personale”, ai soggetti di nascita inglese residenti nella Presidenza. Nel caso in esame, l'ordine era diretto nei confronti di un suddito indù residente nella città di Puna, al di fuori della città capitale. Già nell'udienza del 15 settembre, Mr Dewar, avvocato generale della corte aveva espresso parecchi dubbi sulla possibilità che la corte esercitasse, nel caso in esame, un tale potere: l'emanazione di un *writ* di *habeas corpus* costituiva un atto di giurisdizione che in nessun modo poteva essere diretto nei confronti degli abitanti nativi della Presidenza.¹⁸⁵ Del resto, nell'opinione dell'avvocato generale, l'esercizio dei poteri di *habeas corpus* rispetto ai sudditi nativi residenti nell'interno avrebbe avuto effetti tutt'altro che favorevoli per la tenuta del governo. I nativi non avrebbero potuto comprendere le sottili distinzioni e il linguaggio del diritto inglese:¹⁸⁶ la stabilità del governo coloniale è strettamente connessa alla coesione dei poteri britannici e alla rappresentazione dei nativi di

¹⁸³ *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).

¹⁸⁴ *Ivi*, p. 7.

¹⁸⁵ A supporto delle sue argomentazioni cita l'autorità di Sir Thomas Strange che in un caso trattato presso la Supreme Court di Madras ha affermato che fuori dai confini della città capitale la corte non aveva giurisdizione, eccetto rispetto ai soggetti di nascita inglese.

¹⁸⁶ “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 powerpermitted it”.

tale coesione; una diversa opinione avrebbe avuto effetti negativi sulla tenuta politica, avrebbe turbare i sudditi coloniali e vanificato la fede nella giustizia, la fiducia nel governo.¹⁸⁷ Nell'analisi di Chambers, né Moro Ragoonath né Pandoorung Ramchunder erano soggetti alla giurisdizione della corte. Ma il potere dei giudici della *Supreme Court* di emanare *writ* di *habeas corpus* non si basa sulla regole che definiscono la giurisdizione della corte; tale potere è invece assicurato da «some other principle of a wider and more extensive influence»: ogni uomo libero d'Inghilterra vanta un diritto, *ex debito justitiae*, di conoscere le cause del suo imprigionamento, «and if no legal cause of detention can be shewn, there must necessarily be a mode of freeing by law from all coercion».¹⁸⁸ È' questo un diritto assicurato a tutti i sudditi della Corona britannica direttamente dalla Magna Charta e dalla Petition of Right. Senza dubbio, gli abitanti di Bombay sono a tutti gli effetti i «natural born subjects» della Corona d'Inghilterra e, in tale qualità, hanno titolo a tutti i benefici di protezione per la loro libertà personale, «which the most genuine Englishmen could have obtained»: ogni paese acquisito dalla Corona d'Inghilterra è parte dei domini britannici e i suoi abitanti divengono -«by a kind of reciprocity»- intitolati ai rimedi e alle garanzie della costituzione britannica.¹⁸⁹ Il *writ* di *habeas corpus ad subjiciendum* è nella sua natura originaria un processo di prerogativa regia. Il *Charter Act* non attribuisce ai giudici della corte il potere di emanare processi di tale natura; ma le clausole della carta «che ci costituiscono separatamente e individualmente giudici di pace attraverso tutti i territori sottoposti alla giurisdizione di questa presidenza» ci conferiscono, senza dubbio, i poteri di «sorvegliare e proteggere le libertà dei sudditi dei territori soggetti al governo della presidenza». Sono queste clausole a conferire il potere di emanare *writ of habeas corpus*, un potere, questo, che non conosce limiti territoriali né di status:¹⁹⁰ «as the Judges of the King's Supreme Court of Judicature at this Presidency we are endowed with the amplest powers to protect and secure the personal liberty of the subject

¹⁸⁷ *Ivi*, p. 6.

¹⁸⁸ *Ivi*, p. 9.

¹⁸⁹ *Ivi*, p. 9.

¹⁹⁰ *Ivi*, p. 13.

through all the territories under the Government of Bombay (...)).¹⁹¹ Nell'analisi di Chambers, è la particolare natura dell'*habeas corpus* a determinare "l'universalità" del suo campo d'applicazione: la tutela della libertà personale dei sudditi della Corona non conosce limiti locali o di *status*.

Ma nell'analisi del governo di Bombay, la concessione di tali garanzie ai sudditi nativi può avere effetti tutt'altro che positivi sulla tenuta politica della presidenza. In una lettera datata 3 ottobre 1828, il governo di Bombay invita i giudici della *Supreme Court* ad astenersi dal compiere atti capaci di produrre un'aperta collisione tra l'autorità del governo e quella della corte. La lettera è di notevole interesse e viene qui riportata per intero:

Hon'ble Sirs,

We are quite aware that we transgress upon ordinary form in addressing this letter to you, but the circumstances under which we are placed will, we trust, justify this departure from usage, and our knowledge of your private and public character leads us to hope that what we state can be received in that spirit in which it is written, and that notwithstanding your strict obligations to fulfil every part of your high and sacred duty as British Judge, you will on this extraordinary occasion deem yourselves at liberty to consider as much the objects as the rules of that Court over which you preside, and viewing the intention of the Legislator in its institution, or directed to the aid and support of the Government entrusted with the administration of this Presidency, you will for a short period be induced by our representation to abstain from any acts [however legal you may deem them] which under the measures we have felt ourselves compelled to take, and which we deem essential to the interest committed to our charge, must have the effect of producing open collision between our authority and yours, and by doing so not only diminish that respect in the native population of this country, which it is so essential to both to maintain - but seriously to weaken, by a supposed division in our internal rule, those impressions on the minds of our native subjects the existence of which is indispensable to the peace, prosperity, and the permanence of the Indian Empire. This conclusion refers to a variety of circumstances which we are equally forbid from explaining as you are from attending to such explanation; but we deem it necessary to state our conviction of the truth of what we have asserted, expecting that it may have some weight with you, as connected with the

¹⁹¹ *Ivi*, p. 14.

preservation of that strength in the Government which in all our Territories, but particularly those we have so recently acquired, is the chief if not the only power we possess for maintaining that general peace, on the continuance of which the means of good rule, and of administering law under any form, must always depend.

2) In consequence of recent proceedings in the Supreme Court in the cases of Moro Ragonath and Bapoo Gunnes 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.

3) We are quite sensible of the deep responsibility we incur by these measures, but must look for our justification in the necessity of our situation. The grounds upon which we act have exclusive reference to consideration of Civil Government and of State policy; but as our resolution cannot be altered until we receive the commands of those high authorities to which we are subject, we inform you of them, and we do most anxiously hope, that the considerations we have before stated may lead you to limit your selves to those protests and appeals against our conduct in the cases specified that you may deem it your duty to make, as any other conduct must, for reason already stated, proved deeply injurious to the public interests, and can, under the resolution taken and avowed by Government, produce no result favourable either to the immediate or future establishment of the extended jurisdiction you have claimed.

4) A very short period will elapse before an answer is received to the full and urgent reference we have made upon this subject; and we must again express our hope, that even the obligations under which we are sensible you act are not so imperative as to impel you to proceedings which the Government has thus explicitly stated its resolution to oppose.¹⁹²

I giudici della Supreme Court espressero vivo disappunto rispetto alle richieste del governo. Nell'analisi di Chambers, un elemento in particolare della lettera suscitava sgomento: «It is the supposition that our sacred obligation to distribution of justice according to our consciences, to which we are bound by Oath, has been deemed capable of being bent to the

¹⁹² No. 1124 of 1828. *To the Hon'ble Sir C.H. Chambers, Knight, Acting Chief Justice, and the Hon'ble Sir G.P. Grant, Knight, Puisne Justice of the Hon'ble the Supreme Court of Judicature.*

maxims of state policy».¹⁹³ Critico anche l'intervento del giudice J. Grant. Nell'opinione del giudice, la concessione o il rifiuto di un *writ* di *habeas corpus ad subjiciendum*, non era una questione di discrezionalità dei giudici del Re, ma un atto di diritto ("a writ of Right"), dovuto *ex debito iustitiae* a coloro che ne facevano richiesta sulla base di cause sufficienti; in questi casi era obbligo dei giudici emanare il *writ* e consegnarlo senza ritardo al richiedente:¹⁹⁴ l'emanazione di un *writ* di *habeas corpus* costituiva un diritto del suddito, «and to refuse it is to refuse to administer justice, and is *denegatio justitiae*».¹⁹⁵ Sulla base di tali opinioni, i giudici emanarono un *pluries writ of habeas corpus*.

¹⁹³ *Ivi*, p. 36.

¹⁹⁴ *Ivi*, p. 39.

¹⁹⁵ *Ibidem*

CAPITOLO TERZO
LA CODIFICAZIONE DEL DIRITTO PENALE TRA INDIA
E INGHILTERRA

1. Due proposte di codificazione del diritto: l'apertura agli "elementi giuridici nativi".

Il pluralismo giurisdizionale costituì una caratteristica della dimensione istituzionale indiana fino agli anni sessanta dell'Ottocento; tuttavia, il dibattito sull'opportunità di creare un sistema giurisdizionale unico e assoggettare, di conseguenza, i sudditi britannici alle stesse giurisdizioni dei nativi iniziò già nei primi decenni del secolo XIX. Dato assai interessante, la questione dell'uniformazione delle giurisdizioni e della conseguente necessità di provvedere ad un corpo di diritto comune a tutti i sudditi coloniali è strettamente legata alla questione della libera ammissione dei soggetti europei nei territori indiani.¹⁹⁶ Dalla seconda metà del '700 e fino al 1813, la possibilità per i soggetti europei di possedere terre e di risiedere stabilmente nei territori dell'interno era soggetta alla concessione dagli organi del governo coloniale. La Compagnia -fermamente intenzionata a mantenere il monopolio degli affari commerciali indiani- era fortemente contraria alla "colonizzazione" delle terre sottoposte alla sua amministrazione da parte di imprenditori occidentali.¹⁹⁷ In più, già agli inizi del secolo XIX gli ufficiali della Compagnia manifestavano non poca preoccupazione per la criminalità europea nelle aree rurali: nel corso degli anni, più di un episodio di violenza che coinvolgeva coltivatori di indaco europei era stato portato all'attenzione del governo. Nel luglio del 1810, ad esempio, il Governo del Bengala rilevava la licenza a quattro soggetti europei e ordinava ai magistrati di vigilare che i coltivatori di indaco non compiessero atti di violenza nei confronti

¹⁹⁶ E. Kolsky, *Codification and the Rule of Colonial Difference: Criminal Procedure in British India*, in «Law and History Review» Fall 2005, Vol. 23, N. 3, pp. 631-683; Id, *Colonial Justice in British India. White violence and the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010. E' 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. Nell'analisi di Kolsky, una delle cause dell'elaborazione di un sistema giurisdizionale "unico" è costituita dalla necessità, fortemente avvertita dal governo coloniale, di ottenere pieno controllo delle aree rurali indiane: i soggetti di nascita britannica residenti nelle aree dell'interno della colonia erano stati più volte accusati, nel corso degli anni, di aver impunemente violato la legislazione coloniale; fino a quando i *British-subjects* fossero stati soggetti all'esclusiva giurisdizione delle Corti della Corona, la *East India Company* non avrebbe avuto alcuno strumento di controllo su questa categoria di sudditi coloniali.

¹⁹⁷ E. Kolsky, *Codification and the Rule of Colonial Difference*, cit. p. 643.

dei loro dipendenti nativi e di distruggere le gogne trovate nei loro possedimenti.¹⁹⁸ Le restrizioni imposte ai coltivatori di indaco e ad altre categorie di produttori erano dettate, oltre che da ragioni di politica economica, anche da ragioni di stabilità politica. Era opinione comune che la libera ammissione degli europei in India, e la conseguente occupazione di terre, avrebbe 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.¹⁹⁹ 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- sono state in alcuni casi oggetto della censura del governo. Nel 1807, ad esempio, le autorità di Calcutta cercarono di arginare la distribuzione di un *pamphlet* giudicato pericolosissimo. Nell'opinione del governo, pubblicazioni di tal genere -offensive dei "pregiudizi religiosi" dei nativi e dirette alla loro conversione al cristianesimo- potrebbero avere effetti destabilizzanti: le esortazioni missionarie interferiscono con i dogmi dei nativi, considerati sacri e inviolabili, e generano malcontento nella popolazione.²⁰⁰

Il *Charter Act* del 1813 eliminò le restrizioni all'ingresso nei territori indiani, ma una norma che autotizzasse l'acquisto di terreni arriverà solo nel 1837. La Corte dei direttori esprimeva ancora forti dubbi sulla "colonizzazione" delle aree rurali. Nel 1829 l'organo della Compagnia intimava al governo del Bengala di non estendere ai coltivatori di indaco il privilegio, già concesso ai produttori di caffè, di prendere terreni in affitto: «The permission granted by you in 1824 to certain Europeans to hold portions of land on lease (...) cannot, and

¹⁹⁸ *Copy of a letter from the Governor General in Council, to the Secret Committee of the Court of Directors, dated 2 November 1807; relating to the missionaries.* pp. 41-47 (319-325). in *Papers relating to East India affairs. (Resident Europeans. Police. Missionaries, Weavers, and investments.)*, in PP, 1812-13, Paper No. 142, Vol. 8, pp. 1-107 (275-385), p. 39.

¹⁹⁹ A questa opinione si oppose nel 1829 il Governatore generale. *Minute of the Governor-general, dated 30th May 1829. Report from the Select Committee on the affairs of the East India Company with minutes of evidence in six parts*, cit. pp. 274-280.

²⁰⁰ *Copy of a letter from the Governor General in Council, to the Secret Committee of the Court of Directors, dated 2 November 1807; relating to the missionaries*, cit. pp. 41-47.

must not, be drawn into a precedent».²⁰¹ Tuttavia, come notato da Elizabeth Kolsky, negli anni '30 dell'Ottocento si assiste ad una inversione radicale dell'ordine del discorso che per anni aveva supportato l'esistenza del regime di restrizioni.²⁰² L'atteggiamento del governo nei confronti dei produttori occidentali sembra essere, in questi anni, radicalmente cambiato: più di un amministratore coloniale insisteva sul valore "civilizzatore" del libero e diretto contatto tra i produttori europei e i coltivatori indiani.²⁰³ L'eliminazione delle restrizioni veniva percepito come presupposto essenziale, ad un tempo, per la crescita dei proventi fondiari e per assicurare stabilità politica.²⁰⁴ Sullo sfondo della vicenda, le violenze e gli abusi commessi dai produttori europei a danno della popolazione nativa continuarono a costituire un fenomeno criminale poco controllabile.²⁰⁵ Ma nel clima di generale entusiasmo per la liberalizzazione

²⁰¹ *Extract Letter from the Court of Directors to the Governor-general in Council at Bengal (Revenue Department), dated 8th July 1829.* in *Report from the Select Committee on the affairs of the East India Company with minutes of evidence in six parts*, cit. p. 271.

²⁰² E. Kolsky, *Codification and the Rule of Colonial Difference*, cit. p. 645.

²⁰³ Nell'analisi di Elizabeth Kolsky gli amministratori coloniali che esaltavano il potenziale civilizzatore del contatto tra europei e indiani erano, in particolare, Charles Metcalfe, William Bentick e Thomas Babington Macaulay. E. Kolsky, *Codification and the Rule of Colonial Difference*, cit. p. 645.

²⁰⁴ 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*. PP, 1831-1832, vol. 8, n. 734, p. 274. Nell'analisi di Charles Metcalfe, ad esempio, sono queste limitazioni a rallentare lo sviluppo delle potenzialità produttive dell'India. Si rende però necessario una modifica dell'assetto istituzionale della colonia. L'unico inconveniente alla «libera colonizzazione» indiana è costituito dalla disparità giuridica dei sudditi coloniali e dall'esistenza di un apparato giurisdizionale il cui funzionamento è del tutto indipendente dagli organi di governo. L'anomala giurisdizione delle Corti della Corona produce una sostanziale disparità giuridica tra i sudditi coloniali: «(...) that part of the system which makes our native subjects under some circumstances liable to the jurisdiction of the King's Court, under some to that of the Company's Court, under some to that of both, without regard to residence, or any clearly defined limitations by which our native subjects can know to what laws or courts they are or are not amenable, is replete with gross injustice and oppression (...)». Per risolvere tale situazione è necessario limitare di molto i poteri della *Supreme Court*, ovvero amalgamare tale organo con l'apparato giurisdizionale locale «under a code of law fitted for local purposes, and calculated to bestow real and equal justice on all classes of subjects under British dominion in India». Quest'ultima citazione è stata già utilizzata da E. Kolsky, *Codification and the Rule of Colonial Difference*, cit. p. 642.

²⁰⁵ In una lettera inviata dalla Corte dei Direttori al Governo del Bengala nell'agosto 1828, veniva sottolineato come le violenze dei coltivatori di indaco nelle aree dell'interno non fossero state represses: secondo le testimonianze di più magistrati, i coltivatori di indaco mantenevano corpi armati per proteggere le loro proprietà ma anche per sottrarre la produzione di indaco dei coltivatori vicini e per esigere i pagamenti dovuti dai contadini; questa categoria di produttori spesso violava la legge e «la pace della comunità». *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, vol. 8, n. 734. La violenza dei coltivatori di indaco nelle aree dell'interno "è stata fortemente criticata negli ordini circolari emanati dal Governo il 13 e 20 luglio 1810; e noi vediamo con rammarico che non è stata ancora repressa". p. 288. Sulla criminalità dei soggetti europei non appartenenti al *civil service* si veda, E. Kolsky, *Colonial Justice in British India. White violence and the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

dei regimi fondiari, tali episodi passarono in secondo piano. Nell'analisi di William Bentinck, Governatore generale del Bengala dal 1828 al 1835, gli episodi di violenza addebitati ai produttori europei vanno imputati alla posizione precaria e incerta in cui si trovano: gli europei non possono possedere terre in loro nome; di conseguenza, non possono supportare le loro pretese attraverso mezzi legali. In più, non hanno strumenti per prevenire gli abusi da parte dei rivali e ancora meno per esigere i loro crediti nei confronti dei contadini. Sono queste circostanze ad avere determinato la violazione della legge. In ogni caso, non c'è dubbio che questi episodi sono di gran lunga bilanciati dai benefici che i produttori europei hanno portato nella società rurale:

«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».²⁰⁶

L'esigenza di un superamento della situazione di pluralismo giurisdizionale sembra, in questi anni, fortemente avvertita. Nel giro di pochi anni, numerose proposte di modifica del sistema verranno portate all'attenzione degli organi della Compagnia delle Indie. L'inefficienza del sistema e la necessità di modificare la giurisdizione e i poteri delle *Supreme Courts*,

²⁰⁶ Minute of the Governor-general, dated 30th May 1829. 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, vol. 8, n. 734. p. 277.

costituiscono gli elementi comuni a molte proposte.²⁰⁷ Nell'analisi di James Mill, ad esempio, le esigenze che hanno originariamente hanno la creazione di differenti apparati giurisdizionali sono venute meno: «I tribunali del paese non sono più tribunali di un sovrano barbaro ma i nostri tribunali; dunque, mettere uno speciale insieme di tribunali per un piccolo numero di individui mischiati con l'immensa popolazione del paese, mi sembra inutile e in ogni caso altamente impolitico».²⁰⁸ Dato assai interessante, una sorta di ripensamento della sovranità coloniale -ripensamento che valorizza la posizione giuridica dei nativi e tende ad equipararla a quella dei sudditi europei- sembra attraversare la proposta di Mill. Nell'analisi di Mill, è necessario consentire ai nativi del paese di partecipare all'amministrazione della giustizia: i giudici nativi potrebbero svolgere le funzioni di giudici di primo grado, sia per la materia civile che per quella criminale. Ai giudici europei spetterebbe soltanto la giurisdizione d'appello: le decisioni di primo grado dovrebbero essere appellabili direttamente presso le *Sudder Courts*; nelle cause penali, poi, le sentenze di condanna avrebbero esecuzione solo dopo l'esame da parte delle giurisdizioni superiori. Anche i sudditi europei dovrebbero essere soggetti alla giurisdizione dei giudici nativi: le decisioni nella materia penale avrebbero in ogni caso la sanzione delle corti superiori presiedute da giudici europei. Per il giudizio dei reati più gravi, poi, potrebbero essere istituite corti speciali per gli europei che giudicano secondo il modello del *trial by jury*. Nell'analisi di Mill, all'uniformazione delle giurisdizioni, è poi necessario far seguire una modifica del sistema di diritto. Anzitutto, i sudditi coloniali

²⁰⁷ La questione dell'ammissione dei produttori europei in India, ha avuto un ruolo determinante nel dibattito. E' proprio per salvaguardare i sudditi nativi «dall'insolenza e dalla tirannia degli avventurieri europei», che, nell'analisi di T.B. Macaulay, si rende necessario assoggettare tutti i sudditi coloniali ai medesimi poteri: i pericoli derivanti dalla percezione diffusa della superiorità del cittadino metropolitano, non sono pochi: gli inglesi, «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 potrebbero considerarsi la razza superiore e calpestare la razza indigena». Nell'opinione di Macaulay, è necessario che le Regulations del governo coloniale vincolino le Corti della Corona come quelle della Compagnia, e che per la validità delle regulations non sia più necessaria la registrazione da parte delle corti della Corona. E' questo un sistema che genera molti inconvenienti: le *Supreme Courts* ostacolano il governo in tutte le determinazioni relative al bene pubblico e le dispute col governo hanno quasi distrutto "l'intera intelaiatura sociale": «While the two equal powers were acting in opposit directions, the whole machine of the state would stand still. The Europeans whould be uncontrolled. The natives whould be unprotected». *A speech delivered in the House of Commons on the 10th of July, 1833*, in *The complete works of Lord Macaulay*, Longmans Greens & Co., Londra, 1889 V. XII, pp. 542-586. le citazioni a p. 575 e a p. 578.

²⁰⁸ 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) House of Commons Parliamentary Papers, Sessional 1831-32, Paper N. 735-IV, Vol. XII, pp. 119 ss, cit. p. 119.

«dovrebbero avere un solo insieme di regole che li governa e queste regole dovrebbero essere le più semplici possibili affinché possano essere ben conosciute». Ma nell'opinione di Mill, il sistema di "diritto indiano" è del tutto imperfetto: «esiste così poco di ciò che può essere chiamato diritto che l'attività delle corti è poco meno che arbitrare». Proprio per risolvere uno dei principali problemi relativi all'amministrazione della giustizia -costituito dall'incertezza circa il diritto applicabile- Mill avanza una proposta di "codificazione" del diritto. Dato assai interessante, in questa proposta sono gli elementi giuridici "locali" a costituire l'intelaiatura fondamentale del codice. Nell'analisi di Mill, il diritto vigente in India è in buona parte costituito dalle consuetudini. Le consuetudini che formano i principi direttivi possono essere raccolte in massime o proposizioni generali che possono ricevere autorità di legge per poi costituire un codice di norme che non interferisca o modifichi diritti esistenti ma che li confermi: «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 tollerable rule for the judges in India».²⁰⁹

Una proposta per molti versi analoga a quella di Mill viene avanzata in questi anni da Alexander Johnston, giudice della Corte Suprema di Ceylon. Nell'analisi di Johnston, è anzitutto necessario abolire il doppio sistema di corti di giustizia, amalgamando le Corti della Corona con quelle della Compagnia. E' questa una modifica necessaria per rimediare alla "strana e anomala" disparità esistente tra i nativi residenti nei Presidency towns e quelli che vivono nelle aree dell'interno.²¹⁰ A tale fine, propone di rendere i giudici delle Corti della Corona membri delle corti superiori della Compagnia (*Sadr e Nizamat Adalat*). In questo modo anche i nativi sarebbero stati giudicati da giudici professionisti, piuttosto che da impiegati della compagnia «privi di educazione legale». In più, attraverso tale modifica, anche i nativi avrebbero goduto del nucleo di garanzie processuali che caratterizzava da sempre le corti della Corona: è questa una modifica necessaria affinché tutti i sudditi indiani

²⁰⁹ Ivi, p. 126.

²¹⁰ Id., Allegato (C), pp. 158-160. I primi hanno il vantaggio di essere giudicati secondo le regole "chiare e precise" del diritto criminale inglese, da giudici che hanno un'educazione legale regolare e secondo il modello del *trial by jury*; gli altri vengono invece giudicati secondo le regole "oscure e incerte" del diritto criminale musulmano, da impiegati della compagnia privi di educazione legale, senza una giuria

beneficino del modello del *trial by jury* e delle procedure di *habeas corpus* contro le detenzioni illegali. Quanto ai criteri di formazione delle giurie, Johnston propone di rendere i soggetti nativi «giudici del fatto», secondo il modello sperimentato a Ceylon.²¹¹ La possibilità di far parte delle giurie

«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».²¹²

E' questo il dato più interessante della proposta. Da molti anni Johnston sosteneva che l'ammissione dei nativi al governo del paese avrebbe di certo favorito la stabilità politica dei territori indiani: ²¹³ dalla partecipazione ai procedimenti di formazione delle leggi alla partecipazione nei processi, i sudditi nativi avrebbero avuto un ruolo attivo nell'amministrazione della giustizia. In più, sarebbe stato di certo profittevole, dal punto di vista politico, conferire ai soggetti di alto rango incarichi di governo.²¹⁴ Questa proposta ebbe largo seguito presso gli amministratori coloniali. Negli anni '30 dell'Ottocento più di una voce propendeva per l'estensione del sistema sperimentato a Ceylon al resto dell'India britannica: nel gennaio 1832, ad esempio, C.H. Cameron esprimeva forte consenso per l'istituzione della giuria sperimentato sull'isola, sottolineando la portata educativa di tale

²¹¹ Dal 1802 al 1811 sull'isola di Ceylon la giustizia è stata amministrata secondo il diritto romano così come in vigore in Olanda, sia per la materia civile che per quella penale, senza giuria, da due giudici europei, giudici di fatto e di diritto. Tra il 1809 e il 1811, i Ministri di Sua Maestà su suggerimento di Johnston disposero che i due giudici europei della Corte Suprema fossero solo "giudici di diritto" e che fosse istituita una giuria composta da nativi -in particolare, da soggetti di ogni casta o religione che avessero compiuto i 21 anni e che risiedessero stabilmente nell'isola- per tutti i casi criminali riguardanti i sudditi nativi.

²¹² 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) House of Commons Parliamentary Papers, Sessional 1831-32, Paper N. 735-IV, Vol. XII, pp. 119 ss, cit. p. 147.

²¹³ Id., Allegato (B), pp. 151-157.

²¹⁴ Nell'analisi di Johnston, "queste persone supporteranno la supremazia britannica se da questa dipendesse il mantenimento delle loro cariche".

istituzione: nell'opinione dell'ufficiale, il *trial by jury* costituisce la «migliore scuola» in cui i nativi possono essere educati per svolgere funzioni pubbliche. I giurati svolgono le loro funzioni sotto la supervisione dei giudici europei e del pubblico indiano in modo da escludere la possibilità di corruzione.²¹⁵ In questa sede Jonhston avanza anche una proposta di codificazione del diritto²¹⁶. Secondo Jonhston, è necessario preparare un “codice speciale di diritto” per tutta l'India britannica, formulato nel più semplice linguaggio, privo di tecnicismi, adatto ai sentimenti e alle abitudini di tutti gli abitanti del paese, nativi e europei. Il codice deve consistere di quattro parti: il diritto civile applicabile agli europei; il diritto civile applicabile agli indù e quello applicabile ai musulmani; il diritto penale applicabile agli europei e ai nativi, sia indù che musulmani. L'amministrazione della giustizia dovrà basarsi su elementi locali: i giudici devono essere sia europei che nativi. Nei casi civili i giudici nativi devono avere giurisdizione di primo grado e quelli europei giurisdizione d'appello. Ogni uomo accusato di un reato che non sia di minore importanza, deve avere diritto ad essere giudicato da una giuria formata anche da nativi.²¹⁷ Nell'opinione di Jonhston è necessario che la legislazione sia l'espressione genuina di elementi giuridici e consuetudinari locali: il codice civile, ad esempio, dovrà essere redatto dai nativi attraverso un procedimento di recupero delle leggi e delle consuetudini del paese. I sudditi indigeni dovranno eleggere un certo numero di persone tra i nativi della provincia; questi, riunitisi in commissione dovranno predisporre un resoconto sulle leggi e le consuetudini esistenti nei loro territori. Solo a partire da tali resoconti dovrà essere preparato un codice da approvare in Parlamento. Nell'opinione di Jonhston, un codice così redatto non potrà dare che risultati positivi: gli elementi di diritto su cui dovrà essere basato saranno predisposti a partire da “informazioni autentiche” fornite dagli uomini più informati eletti dai loro pari. Essendo formulato nel linguaggio del paese sarà comprensibile a tutti senza che sia necessaria l'intermediazione di un tecnico. Sarà

²¹⁵ 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) House of Commons Parliamentary Papers, Sessional 1831-32, Paper N. 735-IV, Vol. XII, pp. 119 ss, cit. p. 146.

²¹⁶ 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) House of Commons Parliamentary Papers, Sessional 1831-32, Paper N. 735-IV, Vol. XII. Esame di Sir A. Johnston, Allegato (A), pp. 147-150.

²¹⁷ Ivi, p. 148.

popolare perché fondato sulle leggi e le consuetudini del paese. Consentirà al governo e alle autorità locali di conoscere i diritti locali, le consuetudini, gli istituti vigenti nel paese, i modi migliori per migliorarli.²¹⁸

2. La proposta Macaulay del 1837

Negli anni trenta dell'Ottocento l'assetto costituzionale dell'India britannica subì trasformazioni radicali.²¹⁹ Prima del 1833 i governatori del Bengala, di Madras e di Bombay godevano, ciascuno, di un autonomo potere legislativo limitato ai territori da loro governati. Ma la situazione di incertezza del diritto generata dall'emanazione di *Regulations* locali non omogenee, viene percepita in questi anni come intollerabile:²²⁰ il *Charter Act* del 1833 -che rinnovò i diritti della Compagnia sui territori indiani- trasformò l'ufficio di governatore del Bengala in quello di governatore generale dell'India, conferendo a tale organo autorità legislativa esclusiva per tutti i territori coloniali.²²¹ Dato assai interessante, nell'analisi di una parte della storiografia, anche queste trasformazioni istituzionali sono in qualche modo legate alla "colonizzazione" delle aree rurali: venuto meno il monopolio commerciale della Compagnia, l'accentramento dell'autorità legislativa costituiva una misura necessaria a regolare i traffici dei nuovi colonizzatori europei e favorire la trasformazione dell'India da

²¹⁸ Ivi, p. 149. In più, nell'opinione di Jonhston, bisogna dichiarare illegale l'esclusione dagli incarichi di governo per motivi religiosi; fornire un sistema di "stretta disciplina morale" implementando le istituzioni religiose. Equiparare gli *half castes* (persone di discendenza insieme europea e asiatica) ai cittadini di nascita inglese quanto a educazione e diritti.

²¹⁹ 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*, University of Delhi, 1963.

²²⁰ Ivi, p. 62.

²²¹ (3&4 Wil. IV c.85) B.K., Acharyya, *Codification in British India*, Calcutta, S.K. Banerji & Sons, 1914, pp. 54-59.

una fonte di *land revenue* ad un immenso «mercato di commercianti e consumatori».²²² In questi anni -e come emerge bene dal dibattito che precede l'emanazione del *Charter Act*- il governo britannico propendeva per una riconsiderazione generale della giustizia coloniale: anzitutto, l'*Act* dispose la nomina di un quarto membro ordinario del Consiglio del Governatore,²²³ autorizzato a votare soltanto durante le sedute relative all'emanazione di leggi e regolamenti;²²⁴ in virtù di tali disposizioni normative Thomas Babington Macaulay fu nominato *law member* del Consiglio, assumendo l'incarico il 24 giugno del 1834.²²⁵ In più, l'*Act* dispose la nomina di una *Law Commission* con 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.²²⁶ La prima *Indian Law Commission*, formata nel 1834, era composta da Macaulay, J.M. MeCleod, G.W. Anderson, F. Millet.²²⁷

Macaulay era fortemente favorevole alla codificazione del diritto penale e in discorso reso presso la Camera dei Comuni nel luglio 1833 avanza una proposta di riforma del sistema giuridico indiano:²²⁸ per assicurare un certo grado di certezza nell'applicazione del diritto, è necessario che tutti i sistemi normativi vigenti in India vengano raccolti in un digesto. Ma nell'analisi di Macaulay, le particolarità della colonia rendono impossibile superare la situazione di particolarismo giuridico: l'amministrazione coloniale deve tenere ben presente le

²²² 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, W.M. Gordon and T.D. Fergus, 1991, p. 146.

²²³ (sez. 40).

²²⁴ B.K., Acharyya, *Codification*, cit. p. 62.

²²⁵ Sulle circostanze relative alla nomina di Macaulay, si veda 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, W.M. Gordon and T.D. Fergus, 1991, pp. 146-149.

²²⁶ (sez. 53).

²²⁷ B.K., Acharyya, *Codification*, cit. p. 63.

²²⁸ 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.

differenze di religione, di nazionalità, di casta che caratterizzano la dimensione indiana. Per tanto, nell'opinione di Macaulay, i sudditi indiani non possono essere soggetti ad una «unica legge». Sul versante della giustizia penale, Macaulay accosta il sistema di diritto musulmano al sistema di *judge-made-law*, del tutto inadatto nella sua opinione, alla dimensione coloniale: il funzionamento di tale sistema richiede uno *standard* generale di alta moralità, istituzioni popolari, controllo della giustizia da parte del pubblico colto e della stampa, elementi che mancano nella dimensione indiana. Per assicurare un sufficiente grado di uniformità delle decisioni giudiziarie Macaulay suggerisce di introdurre in India un sistema codicistico: la codificazione costituisce un notevole miglioramento della legislazione, miglioramento “desiderabile” anche per l’Inghilterra ma del tutto “indispensabile” per l’India.²²⁹

Sebbene in questa sede Macaulay parli indifferentemente di “codice” e di “digesto”, appare abbastanza chiaro quale fosse la portata della sua proposta: produrre un “sistema di diritto” basato su elementi normativi esistenti riorganizzati in forma scritta, che consentisse ai giudici una più facile amministrazione della giustizia.²³⁰ Nell’analisi di Macaulay, i sistemi di diritto indù e musulmano hanno scarsi riferimenti testuali.²³¹ Proprio per questi motivi, i giudici delle corti della Compagnia devono necessariamente fare affidamento sull’interpretazione degli esperti nativi in diritto indù e musulmano. Tuttavia, se anche non ci fossero dubbi di

²²⁹ Nell’analisi di Macaulay, «our freedom and our high civilisation, 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 civilisation, I fear, make it far more difficult for us to obtain this benefit 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.

²³⁰ 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.

²³¹ «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.

corruzione rispetto all'attività degli interpreti nativi, «la scienza che professano è in un tale stato di confusione che non può farsi affidamento sulle loro risposte».²³²

Nel giro di pochi anni, la *Law Commission* preparò la bozza di un codice penale.²³³ Dall'analisi della bozza —sottoposta, nel 1837, all'attenzione del Governatore-Generale e successivamente pubblicata nei *Parliamentary Papers* della Camera dei *Commons*—²³⁴ emerge come Macaulay avesse abbandonato l'idea di produrre un semplice “digesto” dei sistemi di diritto esistenti in India.²³⁵ Nel resoconto introduttivo al codice penale, Macaulay —discostandosi sensibilmente dalle proposte di “apertura” agli elementi giuridici nativi avanzate da Alexander Johnston— sostiene che, nella preparazione del “nuovo” corpo di diritto, nessuno dei sistemi normativi vigenti in colonia poteva essere preso in considerazione: in particolare, il diritto musulmano costituisce «l'ultimo sistema di diritto penale che un governo umano e illuminato sarebbe disposto ad adottare»; le *Regulations* britanniche, poi, essendo il prodotto di differenti legislature, non potevano assicurare un sufficiente grado di uniformità. Nemmeno il diritto criminale inglese poteva essere posto a base del nuovo

²³² Una proposta per molti versi analoga a quella di Macaulay era già stata avanzata dal giurista inglese John Miller. Nell'opera del 1828 *On the Administration of Justice in the British Colonies in the East-Indies*, redatta principalmente sulla base dei resoconti dei giudici del Bengala, Miller si sofferma a lungo sulle difficoltà incontrate dagli ufficiali della *East India Company* nell'amministrazione della giustizia. La riorganizzazione del diritto in forma «chiara e compatta» eviterebbe ai giudici di fare ricorso alle opinioni «sospette e ambigue» degli ufficiali nativi («which every person acquainted with jurisprudence knows to be a very unsafe guide in such an emergency»): con l'emanazione di un codice di diritto, la classe dei nativi la cui professione è di spiegare il diritto sparirebbe immediatamente e con essa «sparirebbe una delle principali cause del ritardo e della perversione della giustizia in India». J. Miller, “*On the Administration of Justice in the British Colonies in the East-Indies*”, cit. pp. 42-43.

²³³ Dato assai interessante, questo lavoro venne svolto quasi esclusivamente da Macaulay: sul finire del 1836 quasi tutti i membri della commissione furono incapaci di proseguire il lavoro per motivi di salute.

²³⁴ *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, Vol. 41, 1837-38 (673).

²³⁵ Cfr. E. Stokes, *The English Utilitarians and India*, cit. Sul codice penale indiano si veda anche e J. F. Stephen, *A History of the Criminal Law*, cit. C.P. Ilbert, *Indian Codification*, in «*The Law Quarterly Review*», October 1889, V, 20, 347-369. 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, W.M. Gordon and T.D. Fergus, 1991, ed anche M. Lau, *The reception of Common Law in India*, in *La reception Des Systemes Juridiques: Implantation at Destin. Textes presentes au premier colloque international du Centre international de la common law en français (CICLEF)*, Bruylant, Bruxelles, 1994, V. Bose, *The migration of the Common Law. 5. India*, *The Law Quarterly Review*, 76 (1960) pp. 59-63, B.K., Acharyya, *Codification in British India*, Calcutta, S.K. Banerji & Sons, 1914, T.K., Banarjee, *Background to Indian Criminal Law*, Calcutta, Cambay & Co., 1990,

sistema: il *common law* è un diritto straniero, artificiale e complicato, formulato senza nessun riferimento all'India, un sistema che necessita di radicali riforme.²³⁶ Proprio a partire dall'“originalità” dell'approccio reclamato da Macaulay, una parte della storiografia ha rintracciato nell'*Indian Penal Code* una forte impronta utilitarista. Nell'analisi di Erick Stokes, lo scopo di Macaulay consisteva nella produzione di un codice che traesse i suoi elementi costitutivi «from the universal science of legislation»: è questa una prospettiva che coincide con l'idea di Bentham di produrre un codice di diritto non già a partire «dalla pratica esistente o da sistemi di diritto stranieri, ma creato *ex nihilo* dall'intelligenza filosofica disinteressata».²³⁷

Nella preparazione dell'*Indian Penal Code*, Macaulay ha seguito un approccio fortemente innovativo, sperimentando una “nuova” tecnica legislativa.²³⁸ Nell'analisi di Macaulay, le definizioni di un codice penale devono essere, ad un tempo, semplici e precise. E' questa un'operazione necessaria, da un lato, ad assicurare che i sudditi adeguino le loro condotte alla legge e, dall'altro lato, a limitare il potere interpretativo del giudice in modo da salvaguardare il ruolo della “norma scritta” e del legislatore. Come si legge nel *report* introduttivo al codice:

«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».²³⁹

Anticipando di oltre cinquant'anni il dibattito inglese tardo ottocentesco in tema di codificazione, Macaulay propone di inserire nel codice una raccolta di *decided cases*: i *cases*

²³⁶ Cfr. E. Stokes, *The English Utilitarians*, cit. p. 226. La bozza del codice penale è stata invece comparata con differenti sistemi della giurisprudenza occidentale, quale il codice penale francese e le decisioni della Corte di Giustizia relative all'interpretazione di questo codice, e il codice della Louisiana preparato da Edward Livingston nel 1826. Si veda, *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, N. 673, p. 6.

²³⁷ E. Stokes, *The English Utilitarians*, cit. p. 225-227.

²³⁸ Cfr. W. Stokes, *The Anglo-Indian Codes*, Vol. I, Substantive Law, Oxford University Press, 1888, pp. XXIII-XXIV.

²³⁹ *Indian Law. A Copy of the Penal Code prepared by the Indian Commissioners*, p. 7.

vanno inseriti sottoforma di “illustrazioni”, esempi di applicazione della legge predisposti in astratto e in via preventiva dal legislatore. Nell’opinione di Macaulay, un codice così formato costituisce, ad un tempo, uno *statute book* e una raccolta di *decided cases*: grazie alle illustrazioni, le definizioni codicistiche saranno senza dubbio precise e il giudice sarà indirizzato nell’interpretazione della norma. Ma nell’analisi di Macaulay, le illustrazioni non possono supplire alle lacune normative né forzare il dato codicistico. Come si legge nel *report* introduttivo: tutto il diritto penale è contenuto nelle norme del codice e le illustrazioni si limitano a mostrare il diritto in «full action».²⁴⁰

Nella proposta di Macaulay, il codice costituisce il “centro” e il “nucleo”²⁴¹ del sistema penale e le sue norme devono conservare, in sede di giudizio, il significato attribuito dal legislatore: in particolare, è necessario curare che il dato codicistico non sia superato dalla massa delle decisioni e delle interpretazioni giudiziali. Nell’analisi di Macaulay, si rende dunque necessario istituire un sistema di controllo e supervisione dell’attività delle corti implicante una distribuzione in senso gerarchico degli uffici giudiziari.²⁴² Nel sistema proposto da Macaulay, ogni giudice dovrebbe riportare ad superiore gerarchico ogni dubbio in punto di diritto sorto presso la corte che presiede; l’autorità giudiziaria di grado più elevato avrà cura di riportare l’insieme delle questioni al Governatore. Al vertice del sistema si trova la *Legal Commission*: se quest’organo dovesse ravvisare l’esistenza di omissioni nel codice, provvederà esso stesso a colmarle; se la legge venisse giudicata poco chiara, la commissione provvederà a modificarne il testo ovvero ad aggiungervi illustrazioni.²⁴³ Le successive versioni del codice risolveranno le questioni interpretative sorte con le precedenti versioni. E’ poi necessario che tutte le leggi penali che verranno emanate dal legislatore vengano formulate in maniera tale da poter essere successivamente inserite nel codice: il loro linguaggio deve essere quello del codice; deve essere indicata la parte del codice in cui la

²⁴⁰ *Ibidem*.

²⁴¹ E’ questa un’espressione utilizzata a S. Amos nella presentazione di un progetto di codificazione. 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.

²⁴² *Indian Law. A Copy of the Penal Code prepared by the Indian Commissioners*, pp. 8-9.

²⁴³ *Ivi*, p. 9.

nuova legge deve essere inserita; devono essere indicate le previsioni del codice che la nuova legge modifica o rescinde.²⁴⁴ Nel sistema proposto da Macaulay, dunque, è questo il rapporto codice/giudice: le illustrazioni limitano il potere interpretativo del giudice, ma non possono supplire alle lacune normative né forzare il dato codicistico. Nessuna fonte normativa esterna al codice può essere utilizzata per colmare eventuali omissioni del testo e nessun dubbio interpretativo può essere risolto dal giudice: il potere di interpretare la legge nei casi c'è un fondato motivo di dubitare sulla sostanza del diritto equivale, secondo Macaulay, al potere di creare il diritto.²⁴⁵

3. Stati mentali, responsabilità criminale, requisiti di colpevolezza: gli aspetti “innovativi” della proposta Macaulay

La bozza dell'*Indian Penal Code* presenta elementi fortemente “innovativi” rispetto alla legislazione penale indiana e al diritto criminale vigente in Inghilterra negli anni trenta del secolo XIX. In forte controtendenza rispetto alla legislazione coloniale di inizio Ottocento, Macaulay propone di eliminare le differenze di *status* e i privilegi sanzionatori tradizionalmente riconosciuti a particolari categorie di sudditi.²⁴⁶ Questa tendenza all’“uniformità” viene codificata nella struttura delle singole disposizioni di parte speciale le

²⁴⁴ *Ibidem*.

²⁴⁵ “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”. Si veda *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. 15. La tecnica delle illustrazioni influenzerà non poco il dibattito inglese tardo ottocentesco sulla codificazione: una parte della scienza giuridica inglese individuerà nelle illustrazioni uno strumento capace di superare i limiti strutturali del sistema giuridico inglese e di combinare in un unico “sistema” *statute* e *common law*.

²⁴⁶ La legislazione coloniale riconosceva alcuni privilegi in ragione di particolari *status* religiosi dei sudditi: il codice penale di Bombay, ad esempio, stabiliva che -per non turbare i sentimenti religiosi della comunità- i soggetti appartenenti alla casta dei bramini non potevano essere condannati a morte. Nella sistemazione dell'*Indian Penal Code*, Macaulay sostiene la necessità di evitare qualsiasi distinzione basata sullo *status* civile o religioso dei sudditi tale da assicurare impunità o privilegi, devolvendo alle regole processuali la funzione di evitare che le persone di rango svolgessero attività percepibili come umilianti. *Indian Law. A Copy of the Penal Code prepared by the Indian Commissioners*, cit. pp. 9-10.

quali identificano il soggetto giuridico del codice attraverso il termine *whoever*.²⁴⁷ Il codice penale —che, dal momento della sua entrata in vigore, avrebbe dovuto costituire l’“unico” sistema di diritto penale vigente in colonia— assicurava parità di trattamento a tutti soggetti residenti in India e non operava alcuna distinzione tra le diverse “categorie” di sudditi coloniali, ovvero tra soggetti nativi ed europei. Ma nell’analisi di una parte della storiografia, anche la preparazione dell’*Indian Penal Code* è stata profondamente segnata dall’ «ideologia della differenza» tipica della cultura colonialista.²⁴⁸ Secondo queste tesi, la separazione tra la dimensione giuridica dei sudditi e quella dei colonizzatori supportava, dal punto di vista istituzionale, il discorso retorico del deficit di civiltà della colonia:²⁴⁹ di conseguenza, anche il sistema “unico” di diritto penale doveva necessariamente prevedere meccanismi di differenziazione del trattamento sanzionatorio. Nella bozza dell’*Indian Penal Code*, uno di questi meccanismi è costituito dalla possibilità riconosciuta ai Governatori provinciali di sostituire le condanne alla detenzione —comminate a soggetti che non fossero «both of Asiatic birth and of Asiatic blood»— con la deportazione e il bando.²⁵⁰ Secondo l’*Indian Law Commission*, prevedere un regime punitivo uniforme per nativi e europei sarebbe stato fortemente impolitico: nella relazione di accompagnamento alla bozza, i commissari invitano il Governatore generale dell’India (Lord George Auckland) a considerare

²⁴⁷ *Ivi*, pp. 73-74. La versione finale del codice penale (Act LXV of 1860) modificherà la disciplina relativa alla commutazione delle sentenze. Il potere di commutare le sentenze da parte del Governo indiano o dei Governi locali viene 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 può commutare la pena in qualsiasi altra pena prevista dal codice, nel secondo caso la pena può 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 attribuisce alle corti di giustizia il potere di condanna il colpevole alla deportazione per un periodo non inferiore a sette anni e non superiore al termine massimo di detenzione comminabile. Il codice riconosce alcuni privilegi sanzionatori ai soggetti di nascita europea: nel codice viene inserita la sanzione della *penal servitude* e la sezione 56 stabiliva 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, Morgan, W., Macpherson, A.G., *The Indian Penal Code (Act. XLV of 1860) with notes*, Calcutta, G.C Hay & Co., 1863.

²⁴⁸ E. Kolsky, *Codification and the Rule of Colonial Difference*, cit. p. 636.

²⁴⁹ Elizabeth Kolsky spiega questo punto facendo riferimento al concetto elaborato da Partha Chatterjee di «rule of colonial difference». *Ibidem*.

²⁵⁰ All’articolo 43 della bozza viene stabilito che in ogni caso in cui una sentenza alla detenzione a sette anni o più è stata comminata a soggetti che non siano insieme di nascita asiatica e di sangue asiatico il governatore della presidenza in cui è avvenuto il giudizio può commutare la detenzione in deportazione alla quale sanzione può essere aggiunto il bando dai territori indiani.

«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 be lowered by the frequent exhibition of Englishmen of the worst description, placed in the most degrading situations, stigmatized by the Courts of Justice, and engaged in ignominious labour of a gaol».²⁵¹

Ma gli elementi maggiormente innovativi del *Code* si misurano nella comparazione tra questo “sistema” di diritto e il diritto criminale inglese vigente negli anni trenta dell’Ottocento. In particolare, una parte della storiografia ha sostenuto che l’*Indian Penal Code* sia caratterizzato da elementi di «modernismo legale» più spiccati di quelli dei corrispondenti settori del diritto inglese.²⁵² Dal punto di vista tecnico, le previsioni relative ai presupposti della responsabilità criminale costituiscono gli elementi maggiormente innovativi del codice. Secondo queste previsioni —che si pongono in forte controtendenza rispetto alle regole inglesi di *constructive liability* e in particolare a quella del *felony-murder*—²⁵³ la responsabilità penale deve essere commisurata alla colpevolezza dimostrabile e agli “stati mentali” dell’autore, non alle conseguenze involontarie dell’azione criminale: le singole fattispecie di parte speciale specificano qual è lo “stato mentale” richiesto affinché si configuri un determinato reato. Per questi motivi, già nelle prime sezioni del codice viene minuziosamente spiegato, attraverso definizioni generali e illustrazioni, il significato di

²⁵¹ *Ibid.*, p. 27-28.

²⁵² K.J.M. Smith, *Macaulay’s “Utilitarian” Indian Penal Code*, cit. p. 158.

²⁵³ Secondo la regola del *felony-murder*, un soggetto che commette un *felony* e accidentalmente causa la morte di un uomo sarà punibile per *murder*. Dato assai interessante, in Inghilterra, negli anni sessanta e settanta dell’ottocento, veniva sottolineata da più parti la necessità di modificare queste regole del diritto penale prendendo come modello le previsioni del codice coloniale. In un dibattito presso la *House of Commons* del 12 giugno 1877, Sir Eardley Wilmot denunciava come l’interpretazione giudiziale avesse esteso la fattispecie di *murder* anche nei casi in cui un soggetto nel commettere un crimine provoca, anche involontariamente, la morte di un uomo, stravolgendo la regola statutaria che definiva il reato di *murder* come l’uccisione illecita di un uomo con premeditazione, e proponeva una legge sull’omicidio che fosse conforme ai principi individuati dal legislatore indiano. *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.

“intenzionalità”, “negligenza”, “conoscenza” del fatto e delle sue circostanze.²⁵⁴ Anche il grado di criminalità di un atto dipende fortemente dall’intenzione dell’agente:²⁵⁵ la costruzione delle diverse fattispecie di omicidio, ad esempio, avviene a partire dagli “stati mentali” dell’autore, e la distinzione tra atti commessi intenzionalmente e atti causati da negligenza determina la differenza tra il reato di *murder*, punito con la morte, e quello di *involuntary culpable homicide*, punito con la pena della detenzione.²⁵⁶

Rispetto a quest’ultimo punto, la scelta della *Legal Commission* reca una chiara impronta utilitarista: punire come omicida un uomo che nel commettere un’offesa grave causa la morte per pura disavventura è inutile; tale punizione non avrebbe effetto deterrente perchè «nessun uomo può comportarsi in maniera tale da essere assolutamente certo che non causerà la morte di un altro uomo».²⁵⁷ La storiografia ha insistito a lungo sulla “portata” utilitarista delle previsioni del *Code*. Secondo Erick Stokes, nella predisposizione dello schema sanzionatorio

²⁵⁴ Dato assai interessante, in riferimento agli stati mentali dell’autore, il codice evita il ricorso a termini ambigui quale ad esempio il termine *malice*. Come notato da Erick Stokes, anche nella definizione dei reati, il codice evita di ricorrere a termini “tecnici” quali *felony*, *misdemeanor*, *tort*, *treason*, *slander*, *libel*. E. Stokes, *The English Utilitarians*, cit. p. 231.

²⁵⁵ Cfr. M.C., Setalvad, *The Common Law in India*, London, Stevens & Sons, 1960, V. Balasubrahmanyam, *The Guilty Mind*, in S. Govindarajulu (editor), in *Essays on the Indian Penal Code. Published on the occasion of the centenary of the indian penal code*, Bombay, 1962.

²⁵⁶ Secondo il combinato disposto delle sezioni 304 e 305 della bozza, chiunque nel compiere un reato causa la morte di una persona sarà punito con la pena prevista per quel reato e in aggiunta con la detenzione fino a due anni. Dato assai interessante, 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 denuncia 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, J.F. Stephen, *History of Criminal Law*, cit., vol. 3, p. 311). Le ragioni dell’esclusione dal codice del 1860 di una previsione sull’omicidio colposo per negligenza non sono chiare. Nell’analisi di 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, coincide esattamente con la previsione originaria della proposta Macaulay. R. Cross, *The Making of English Criminal Law. (5) Macaulay*, in *The Criminal Law Review*, 1978, pp. 519-528, in part. p. 528. La sezione 304 (a) stabilisce che: “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”.

²⁵⁷ *Indian Law. A Copy of the Penal Code prepared by the Indian Commissioners*, cit. p. 104. Queste previsioni hanno una forte portata innovativa: partendo dall’assunto che il codice penale indiano riproduca, 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 alla dimensione giuridica indiana) il legislatore indiano 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. M.C., Setalvad, *The Common Law in India*, cit., p. 140, corsivo nel testo.

della bozza Macaulay ha preso 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 (...)».)²⁵⁸ La *Law Commission* insiste fortemente sul potenziale deterrente delle sanzioni criminali:²⁵⁹ le pene devono scoraggiare i sudditi dal commettere reati e in alcuni casi devono essere esemplari.²⁶⁰ Ma la severità della sanzione deve anche servire ad orientare il criminale verso la scelta del reato meno dannoso per la società: nella bozza del codice penale, ad esempio, il reato di brigantaggio (*dacoity*) —che sarebbe in astratto suscettibile di sanzione capitale— viene punito con la deportazione a vita o con l'imprigionamento rigoroso per un minimo di tre anni.²⁶¹ Secondo i commissari, equiparare dal punto di vista sanzionatorio il reato di brigantaggio al *murder* «diminuirebbe la sicurezza della vita»:²⁶² il brigantaggio è spesso commesso in modo tale che gli autori del reato possono facilmente uccidere le loro vittime e talvolta ne hanno la tentazione per eliminare i testimoni. L'unico modo per impedire che ciò avvenga è differenziare il trattamento sanzionatorio, spingendo il criminale, attraverso la paura della sanzione, a compiere il reato meno dannoso.²⁶³ In quasi tutte le fattispecie di parte speciale compare la sanzione della multa la quale costituisce, ad un tempo, una misura risarcitoria ed una sanzione particolarmente efficace rispetto ai «reati ai quali gli uomini sono spinti dalla cupidigia».²⁶⁴ Macaulay —che si esprime criticamente rispetto alle regole del diritto inglese che limitano i casi di risarcimento alle offese diverse dai *felonies*— propone di affidare al giudice la possibilità di devolvere alla parte offesa le somme pagate a titolo di multa. Ogni persona

²⁵⁸ E. Stokes, *The English Utilitarians*, cit., p. 231.

²⁵⁹ «The object of the penal law is to deter from offences (...) by means of inflictions disagreeable to the offenders». *Indian Law. A Copy of the Penal Code prepared by the Indian Commissioners*, cit. p. 75.

²⁶⁰ *Ibidem*.

²⁶¹ 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. *Indian Law. A Copy of the Penal Code prepared by the Indian Commissioners*, cit. p. 72.

²⁶² *Indian Law. A Copy of the Penal Code prepared by the Indian Commissioners*, cit. p. 104.

²⁶³ *Ibidem*.

²⁶⁴ Questo perché la multa incide «sul reale sentimento che spinge gli uomini a questi reati». *Ivi*, p. 74.

offesa dal reato deve avere titolo al risarcimento del danno e, in quasi tutti i casi, la determinazione dell'ammontare della sanzione è rimessa alla discrezionalità del giudice. Macaulay dissente con le previsioni del codice per la Luisiana che limitano l'ammontare della multa ad un quarto del patrimonio del colpevole. Sono queste, nell'opinione di Macaulay, previsioni irripetibili: «Si pensi al caso di un uomo che è stato spinto a commettere spergiuro e per questo ha ricavato una grossa ricompensa».²⁶⁵ Se venisse multato nei limiti di un quarto del suo patrimonio, il colpevole guadagnerebbe dal reato vanificando il lavoro del legislatore penale: «nessun uomo deve mai guadagnare dall'infrangere la legge».²⁶⁶

In conformità al paradigma utilitarista, Macaulay insiste fortemente sul carattere “uniforme” delle sanzioni le quali, nell'analisi di Macaulay, devono tendere a produrre, in ogni caso lo stesso grado di sofferenza. Proprio per questi motivi, la commissione scarta l'opportunità di introdurre nella bozza del codice la pena della pubblica esposizione. Nell'analisi di Macaulay, è questa una sanzione che trae tutto il suo terrore «dalla parte più alta e migliore» del carattere del condannato ed è 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 hanno reputazione da perdere, tale sanzione è meno severa che un'ora di lavoro monotono. Questa sanzione trae 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».²⁶⁷

²⁶⁵ *Ibidem*.

²⁶⁶ *Ibidem*.

²⁶⁷ *Ibidem*, traduzione mia.

La commissione presenta simili obiezioni rispetto alla sanzione della fustigazione (*flogging*), anche questa esclusa dalla bozza.²⁶⁸ Il *flogging* venne tuttavia reintrodotta nell'ordinamento penale indiano attraverso una legge del 1864 a favore della quale si schierò apertamente H.S. Maine.²⁶⁹ Nell'analisi di Maine, infatti, in India come in Inghilterra i criminali non commettono singoli crimini, ma tendono a formare una classe criminale dotata di proprie regole e di un proprio codice d'onore; la reiterazione del crimine è dovuta al fatto che le punizioni ordinarie non vengono percepite come ignobili e sono incapaci di suscitare nel criminale un senso di vergogna: il *flogging* ha il vantaggio di costituire una sanzione fortemente deterrente. Nell'analisi di Maine, non bisogna fare troppo affidamento al lato riformatore di una sanzione: «eliminando ogni sofferenza dalla sanzione, lasciando al criminale niente più del ricordo di un episodio monotono della propria vita, la tentazione criminale del delinquente aumenta ma non se ne migliora la moralità».²⁷⁰

L'esclusione dalla bozza del codice delle sanzioni della fustigazione e della pubblica esposizione costituisce una scelta conforme agli indirizzi penalistici emergenti, in colonia, negli anni trenta dell'Ottocento. Fino all'entrata in vigore dell'*Indian Penal Code*, il diritto criminale applicabile presso le corti della Compagnia -costituito dal diritto penale musulmano così come modificato dalle *Regulations* del governo coloniale- era fortemente incentrato sul ricorso a pene corporali e "infamanti": nei territori del Bengala, ad esempio, il reato di spergiuro era punibile con la pena della pubblica esposizione, con il marchio infamante, con la fustigazione e con la detenzione con duro lavoro. In più, la legislazione penale indiana tendeva fortemente a valorizzare gli aspetti esemplari e spettacolari della sanzione

²⁶⁸ A queste obiezioni sfuggirebbe la pratica della «fustigazione moderata» inflitta a persone di giovane età. Ed infatti, secondo la commissione, in assenza di un buon sistema di discipline penitenziarie, la fustigazione presenta maggiori vantaggi rispetto alla detenzione: se soggetti a punizioni corporali, «i giovani criminali non verrebbero esposti all'influenza contaminante di una prigionia mal gestita». Solo dove esiste un buon sistema di discipline e di gestione «l'effetto di pochi giorni passati in solitudine o impiegati in lavori pesanti o monotoni saranno più salutari che le frustate». *Ibidem*.

²⁶⁹ W. Stokes, *Sir Henry Maine. A brief memoir of his life, with some of his Indian speeches and minutes*, J. & J. Harper Editions, Londra, 1892; *Speeches of Sir Henry Maine, Weeping, 17, February, 1864*, pp. 125-126.

²⁷⁰ *Ivi*, p. 126.

criminale.²⁷¹ Rispetto ai territori del Bengala la politica criminale della *East India Company* sembra subire, a partire dal 1834, una forte ridefinizione: la *Bengal Regulation II* del 1834 abroga tutte le norme in vigore nella Presidenza che prevedono il ricorso a pene corporali.²⁷² Nell'opinione del governo coloniale, e così come si legge nel preambolo della *Regulation*, le sanzioni corporali sono prive di qualsiasi efficacia rieducativa e sono inefficaci nella prevenzione dei reati; in più, questo genere di sanzioni degrada il condannato affiggendogli un "marchio" indelebile che potrebbe compromettere il suo ritorno ad una vita onesta.²⁷³ Come aspetto complementare alla valorizzazione dell'elemento rieducativo della sanzione, la *Regulation* autorizza il Governatore generale a disporre la preparazione di un sistema di discipline carcerarie calcolato in maniera tale da riformare il detenuto -al fine di rendere la sua detenzione efficace- e da scoraggiare i sudditi dalla commissione di crimini.²⁷⁴ In conformità con l'indirizzo della *Regulation*, Macaulay pone la pena detentiva al centro del sistema penale e insiste fortemente sulla necessità di valorizzare gli aspetti disciplinari della carcerazione.²⁷⁵

A partire dagli anni trenta e per tutto il secolo XIX —con una forte accelerazione tra gli anni sessanta e settanta dell'Ottocento— si assiste, nella colonia indiana, alla sperimentazione di

²⁷¹ Il codice penale di Bombay, ad esempio, forniva istruzioni dettagliate per l'esecuzione delle condanne all'impiccagione: la pena va eseguita in pubblico, in luoghi facilmente accessibili agli spettatori; la cerimonia dell'esecuzione va studiata in maniera tale da incutere un forte sentimento di timore negli spettatori: l'abbigliamento e l'esposizione del condannato vanno curati in modo da amplificare questo sentimento. Il corpo deve rimanere sospeso; in seguito, sottoposto a riti funebri, altrimenti sepolto sul posto dell'esecuzione. *Papers relating to East India Affairs. Regulation passed by the Governments of Bengal, Fort St. George, and Bombay, in the year 1828*. PP, Vol. 28, N. 60, 1830. *Bombay Regulation IV of 1828; Chapter II. Of Punishment and the mode of their execution. Section IV, Clause 1st.*

²⁷² In *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*. PP, Sess. 1837-38, Paper N. 156, Vol. 41, pp. 31-33 (89-91).

²⁷³ Dato assai interessante, nel testo della *Regulation* viene esaltato il ruolo "educativo" del potere coloniale: il Governo britannico -potere predominante in India- deve incoraggiare gli Stati nativi a sostituire le punizioni barbare e cruente -come le mutilazioni e le torture- in sanzioni più prudenti e misericordiose, attraverso le quali il condannato può essere riformato e la comunità salvata dalle esibizioni brutalizzanti.

²⁷⁴ *Ibidem.*

²⁷⁵ Nell'opinione della commissione legale, «dove esiste un buon sistema di discipline penitenziarie, dove il criminale, senza essere sottoposto a crudeli severità, rigidamente controllato e regolarmente impiegato in un lavoro non attraente, e 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 il libertà. Così come aumenta l'intensità della punizione le sua estensione può diminuire». *Indian Law. A Copy of the Penal Code prepared by the Indian Commissioners*, cit., p. 73.

forme detentive “nuove”, basate sui due “pilastri” della detenzione individuale e del lavoro “intramurario”.²⁷⁶ Similmente a quanto avvenuto in Europa e in America alla fine del secolo XVIII, la sostituzione delle pene pubbliche e brutali con l’incarceramento sistematico e lo sviluppo di un sistema detentivo basato sul lavoro e sulla reclusione individuale, caratterizzarono, nel corso dell’Ottocento, la dimensione penale indiana, contribuendo ad avvicinare il “campo d’analisi” coloniale a quello metropolitano e ex-coloniale. E’ questo un dato che non sfugge all’analisi di Christopher Bayly: in un recente saggio dal titolo suggestivo *La nascita del mondo moderno (1780-1914)*, Bayly ricomprende tutte queste “dimensioni” nella medesima prospettiva metodologica cercando di mostrare «l’interconnessione e l’interdipendenza dei cambiamenti politici e sociali a livello planetario (...)» rispetto alla vicenda ottocentesca di formazione dello Stato moderno.²⁷⁷ Nell’analisi di Bayly, nel corso dell’Ottocento i meccanismi dello Stato moderno in formazione operarono, tanto in Europa quanto nelle colonie, secondo linee di tendenza comuni: l’esclusione delle pene brutali, così come la stigmatizzazione e la criminalizzazione delle condotte antisociali, costituivano misure attraverso cui «gli amministratori dello Stato esprimevano il desiderio generale di civilizzare e gestire le popolazioni nazionali come quelle coloniali».²⁷⁸

²⁷⁶ Come si legge nella relazione di Frederik John Mouat -ispettore generale delle carceri indiane- presentata al congresso internazionale sulle discipline penitenziarie tenutosi a Londra nel luglio del 1872, «I risultati già ottenuti in India dimostrano chiaramente che convertire le prigioni in scuole o manifatture è una sistema ad un tempo umano ed efficiente di miglioramento delle discipline; attribuisce importanza primaria alla riforma; obbliga i criminali attraverso il lavoro che gli viene imposto a ripagare il costo del loro mantenimento. (...) La sola disposizione che può essere attesa con buoni risultati è la separazione individuale. Questa è maggiormente temuta come punizione perché ad un tempo moltiplica la severità di ogni sentenza, e rende impossibile la contaminazione morale e fisica. Abilita le autorità penitenziarie a studiare ciascun prigioniero in una maniera che sarebbe impossibile nelle prigioni che non sono cellulari, ed è in verità da ogni punto di vista –morale, sanitario, disciplinare- maggiormente necessario in India che in America o in Europa». E. Pears, *Prisons and Reformatories at home and abroad being the transactions of the penitentiary congress held in London July 3-12, 1872*, Longmann, Green and co, London, 1872. Part III. Papers and abstract of papers presented to the congress. F.J. Mouat, Prison system in India. Pp. 347-372.

²⁷⁷ C. A. Bayly, *La nascita del mondo moderno. 1780-1914*, Torino, Einaudi, 2007, p. XIX.

²⁷⁸ Nell’analisi Bayly, anche la ridefinizione del campo “simbolico” della giustizia si è svolta secondo percorsi simili tanto in Europa quanto nelle colonie: nella rivendicazione dell’esercizio esclusivo della giustizia e della punizione, lo “Stato” ottocentesco operò internazionalmente per eliminare le differenze di *status* dei suoi sudditi e affermare così il suo monopolio nella sfera del pubblico. Ivi, p. 314.

A partire dagli anni trenta dell'Ottocento, anche la legislazione criminale venne concepita come strumento di "educazione" e disciplinamento sociale dei sudditi indiani.²⁷⁹ Nell'analisi di Alfred Comyn Lyall, vice-governatore delle province nord-occidentali (1882-1888),²⁸⁰ l'azione del governo britannico è apertamente condotta su principi «secolari e utilitaristi» e influenza il morale generale dei sudditi coloniali: il governo -che agisce in maniera del tutto indipendente dalle credenze religiose dei suoi sudditi-²⁸¹ pone davanti ai soggetti nativi uno standard morale così superiore al livello generale della popolazione e impone questo standard attraverso «leggi irresistibili» e un potere esecutivo «perfettamente organizzato».²⁸² Secondo Lyall, in India i rapporti della religione con la morale sono ancora molto primitivi e tutti particolari: anche rispetto ad offese palesi quali l'omicidio ci può essere qualche conflitto tra il diritto e il credo religioso. E così il governo, assume un atteggiamento neutrale rispetto alle questioni religiose imponendo regole di condotta civile la cui violazione comporta una sanzione; i sudditi indigeni accettano il fatto che la punizione segue invariabilmente la violazione delle leggi inglesi come ragione sufficiente a modificare le proprie idee

²⁷⁹ Nell'analisi di una parte della storiografia, anche la "semplicità" e la "precisione" del linguaggio codicistico - elementi sui quali la commissione legale ha fortemente insistito- erano strumentali ad una funzione di "orientamento morale" delle condotte dei sudditi Smith. p? In un recente lavoro dedicato agli studi post-coloniali, Sandro Mezzadra ha sostenuto che proprio in virtù della forte penetrazione delle idee benthamiane nel contesto indiano, l'amministrazione coloniale ha voluto esercitare, attraverso il diritto, «una specifica funzione di educazione e di riforma, obliterando l'eccezione nella produzione di una specifica normalità coloniale». S. Mezzadra, *La condizione postcoloniale*, cit. p. 78

²⁸⁰ A.C., Lyall, *Etudes sur les moeurs religieuses et sociales de l'extreme-orient*, cit. p. 524. Già egli anni quaranta dell'800, da più parti veniva esaltato il potenziale educativo del codice penale. Nel 1847, la Commissione incaricata della revisione della bozza Macaulay suggeriva di rendere questo "corpo" di diritto oggetto di studio nei College indiani. Nell'opinione della commissione, nel giro di pochi anni gli uomini delle classi medie avrebbero avuto una conoscenza del diritto criminale indiano tale da renderli un pubblico preparato a giudicare criticamente, «in uno spirito giusto e illuminato», i procedimenti delle corti penali. Nell'opinione della commissione, la facile comprensione del codice costituisce uno dei grandi vantaggi di un codice i cui principi sono «puramente razionali»⁸⁶ e sempre coerenti gli uni rispetto agli altri. In ciò sta la grande differenza con il diritto criminale inglese: il diritto criminale inglese può essere conosciuto solo attraverso una conoscenza storica del diritto, conoscenza che non è necessaria per comprendere il diritto penale fondato solo sui principi di «moralità e giurisprudenza». *1847-48 (330) Indian Law Commission. Copies of the special reports of the Indian Law Commissioners*, pp. 114-115.

²⁸¹ Secondo Lyall, la pacifica convivenza di persone appartenenti a religioni diverse -alcune delle quali ritengono che "un ordine o una regola qualunque deve sempre avere una sorta di sanzione religiosa" -impone un'atteggiamento di indipendenza e neutralità rispetto alle questioni religiose. E un fenomeno "molto raro e interessante" consiste nel fatto che il popolo indiano, il più religioso al mondo, obbedisca volentieri alle regole di un governo che, più di ogni altro governo al mondo, si distacca da tutti i legami religiosi A.C., Lyall, *Etudes sur les moeurs religieuses et sociales de l'extreme-orient*, cit. p. 523.

²⁸² *Ivi*, p. 524.

religiose:²⁸³ è così «che il codice penale sembra allo spirito incolto del popolo una vera rivelazione che dimostra come certi atti hanno conseguenze prima non percepite, e che mostra quanta poca differenza separa, nella vita pratica, la supremazia dall'infallibilità».²⁸⁴ Il discorso di Lyall esprime tutta la contraddizione esistente tra un dichiarato atteggiamento di neutralità rispetto alle questioni religiose e la proibizione di pratiche religiose non conformi alla sensibilità europea. E' questa una contraddizione che riflette bene l'atteggiamento di un governo coloniale che, da un lato, agisce attraverso una continua negoziazione tra la sua autorità e quelle religiose e "domestiche" -nella ricerca di una legittimazione culturale alla propria azione- e, dall'altro lato, rivendica esclusiva legittimazione all'esercizio della forza e della violenza nella sfera pubblica.²⁸⁵

²⁸³ «Visto il principio che per conoscere la volontà divina basta osservare le conseguenze delle azioni umane, l'indù accetta il fatto che la punizione segue invariabilmente la violazione delle leggi inglesi come ragione sufficiente a modificare le proprie idee religiose». *Ivi*, p. 524.

²⁸⁴ *Ivi*, pp. 524-525.

²⁸⁵ 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», 30, 2 (1993), pp. 181-214. E' questo un atteggiamento particolarmente spiccato, nell'analisi di R. Singha, fino agli anni trenta dell'800, ma che persiste anche negli anni successivi come testimoniano alcune previsioni della bozza del codice penale: tra tutte, quella relativa al reato di omicidio del consenziente e della traduzione di questo reato nel rituale del *sati* -la vedova indù che si lancia sulla pira funeraria del marito- a cui la Commissione Legale dedica un'illustrazione: "Z., una vedova indù, acconsente ad essere bruciata sulla pira di suo marito. A., accende la pira. In questo caso, A. ha commesso omicidio volontario del consenziente". Nell'analisi di Singha, la scelta di qualificare l'attività di "A" come *homicide by consent* e non come *murder*, illustra la tendenza del governo coloniale a riferirsi, nella valutazione del grado di criminalità dei motivi che spingono al delitto, alla sensibilità culturale dei soggetti indigeni. *Ivi*, p. 212-213. Proprio analizzando le previsioni relative al reato di omicidio del consenziente, K.K. Raman, ha sostenuto che l'*Indian Penal Code* costituisce un esempio di «indianizzazione» di idee legali straniere: molti dei reati descritti nel codice costituivano crimini per il diritto penale inglese, ma vennero presentati "in a manner which gave them the air of indigenous conventions", al fine di rendere il codice compatibile con le idee tradizionali di criminalità. In più, la scelta di descrivere il reato di *homicide by consent* attraverso l'esempio del *sati* testimonierebbe il tentativo di Macaulay di rendere un approccio "straniero" alla criminalità accettabile per i sudditi nativi, nel tentativo di conciliare la visione utilitarista di giustizia con la concezione indigena di «comportamento sociale accettabile». K.K. Raman, *Utilitarianism and the Criminal Law in Colonial India*, cit. pp. 774-782. Senza dubbio, nell'elaborazione del codice la Commissione Legale è stata influenzata non poco dalla condizione della popolazione indiana. La Commissione argomenta a lungo, ad esempio, la scelta di riconoscere la provocazione, anche se causata da parole o gesti, come elemento sufficiente a derubricare l'omicidio volontario (*murder*) nell'ipotesi attenuata del *manslaughter*, proprio a partire dalle particolarità dell'universo indiano: «Noi legiferiamo per loro, sebbene auspichiamo un cambiamento dei loro costumi e sentimenti, è nostro dovere, fin quando restano immutati, rispettarli come se li condividessimo. Legiferiamo per un paese in cui gli uomini preferiscono la morte all'esclusione dalla casta; dove le donne si considerano disonorate se espongono lo sguardo a uno straniero». *Indian Law. A Copy of the Penal Code prepared by the Indian Commissioners*, cit. p. 102. Nell'analisi della Commissione, la particolare sensibilità religiosa dei sudditi nativi impone, poi, di punire ogni offesa alla religione, in qualsiasi modo causata, anche se diretta contro la più «mostruosa superstizione». Le offese contro la religione vanno trattate secondo un principio dal quale «il Governo britannico in India non può allontanarsi senza il rischio di provocare la dissoluzione sociale»: ogni uomo deve essere tollerato nel professare la sua religione, nessuno può essere tollerato nell'insultare la religione di un altro (*Ivi*, pp. 96-97).

4. Un codice penale per l'Inghilterra

L'*Indian Penal Code* entrerà in vigore soltanto negli anni sessanta dell'Ottocento (*Act XLV of 1860*). Nell'analisi della storiografia, una delle cause di questo ritardo è costituita dall'avversione dei giudici delle *Supreme Courts* per la tecnica delle illustrazioni:²⁸⁶ nell'analisi dei giudici, l'oggetto perseguito della commissione legale attraverso le illustrazioni è quello di «escludere la discrezionalità giudiziale» dal sistema di diritto penale,²⁸⁷ espellendo così dalla giurisdizione penale dell'India, «ciò che è stato chiamato da Bentham il *Judge-made-law*».²⁸⁸ Dato assai interessante, proprio negli anni di preparazione della bozza e nel periodo immediatamente successivo alla sua pubblicazione, si apre nella madrepatria inglese, una nuova fase del processo di riforma del diritto criminale iniziato, già nella seconda metà del secolo XVIII, con la pubblicazione dell'opera di William Eden

²⁸⁶ Si veda, in particolare, R. Cross, *The Making of English Criminal Law. (5) Macaulay*, in *The Criminal Law Review*, 1978, pp. 519-528.

²⁸⁷ Opinione di Sir. H. Seaton. *Copies of the Special Reports of the Indian Law Commissioners*, PP, 1847-48, n. 19, p. 13

²⁸⁸ Di diverso avviso Sir. J. Awdry. Secondo il giudice il «metodo dell'illustrazione attraverso esempi è eccellente». Le illustrazioni, però, non devono costituire più di meri esempi, utili «semplicemente a condurre la mente ad apprendere la regola, non definirne i limiti nei casi dubbi, altrimenti l'esempio diventa parte della regola». *Copies of the Special Reports of the Indian Law Commissioners*, PP, 1847-48, n. 19, p. 13.

Principles of Penal Law e dei *Commentaries* di William Blackstone.²⁸⁹ Nel 1833, su iniziativa di *Lord Chancellor Brougham*, venne istituita una *Royal Commission* con il compito 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.²⁹⁰ E' questo, nell'analisi della storiografia, il primo tentativo di codificazione del *common law*. In un saggio del 2000 pubblicato sulla *Law and History Review*, Lindsay Farmer insiste a lungo sulla portata rivoluzionaria dell'approccio seguito dalla commissione.²⁹¹ Riprendendo una tesi formulata alla fine degli anni ottanta da David Lieberman,²⁹² Farmer sostiene che la *Royal Commission* si sia ampiamente discostata dalla tradizione "baconiana" di riforma legislativa, abbracciando invece l'approccio alla riforma della tradizione benthamiana. Secondo la tradizione baconiana —che esclude qualsiasi modifica del *common law*— i difetti del sistema giuridico inglese consistono nell'incertezza che sorge

²⁸⁹ Nei primi decenni dell'Ottocento, il movimento inglese di riforma del diritto criminale si rivolse principalmente contro il *Bloody Code*, un corpo di oltre 200 *statutes* che stabilivano la pena di morte per un'ampia varietà di reati, dal *treason* al furto. Ma anche la forma in cui era espresso il diritto era caotica. Samuel Romilly insisteva fortemente sulle contraddizioni di un sistema fondato sulla minaccia massiccia della pena capitale seguita raramente dalla sua esecuzione. Insisteva sull'eliminazione di tre *statutes* che imponevano la pena capitale per il reato di furto (*petty theft*). Nel 1919, su iniziativa di Mackintosh venne istituita una commissione presso la House of Commons per "consider so much of the criminal law as relates to capital punishment in felonies, and to report the observations and opinions upon the same". La commissione, che svolse la prima estesa indagine sul diritto criminale, 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 essere un'offesa capitale tranne in casi particolarissimi. Negli anni venti dell'Ottocento erano in vigore circa 750 *Acts* relativi al diritto criminale e circa 400 relativi al diritto processuale. In più, molti degli *statutes* in vigore -prodotto di tre secoli di attività parlamentare- erano incompleti, essendo leggibili solo a partire dalle regole di *common law* che definivano i reati. Il movimento di riforma -portato avanti, principalmente, da Romilly e Mackintosh- produsse i primi risultati negli anni venti dell'Ottocento grazie al lavoro di Robert Peel. In particolare, trecentosedici *statutes* vennero consolidati in quattro *statutes*, 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 passa da trentasette a sedici; quasi tutti questi reati richiedevano che ci fosse violenza sulle persone. Si veda, Glazebrook, P.R., *Criminal Law Reform. 2. England*, in S.H. Kadish (ed. in chief), *Encyclopedia of Crime and Justice* (4 Vol.), New York, The Free Press, 1983, Vol. 2, pp. 490-500.

²⁹⁰ 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"

²⁹¹ L. Farmer, *Reconstructing the English Codification Debate: The Criminal Law Commissioners, 1833-45*, «Law and History Review», Vol. 18, N.2, 2000, pp. 397-425.

²⁹² D. Lieberman, *The Province of Legislation Determined: Legal Theory in Eighteenth-Century Britain*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.

dall'accumulazione del diritto statutario e nell'eccessiva severità delle sanzioni criminali.²⁹³ La tradizione benthamiana propone invece un approccio alla riforma radicalmente diverso, basato su un presupposto ben differente: il fallimento del diritto va imputato alle forme del *common law* e i difetti della legislazione dipendono dalla forma della sua espressione. Nell'analisi di Farmer, i commissari —che considerano il diritto criminale come un «tutto»— identificano il progetto della produzione di un digesto con il progetto benthamiano di costruire un sistema di legislazione penale che fosse coerente, «la cui espressione fosse lo specchio della semplicità e coerenza dei suoi principi» capace di sostituirsi al sistema esistente. In breve, lo scopo della *Royal Commission* è quello di rintracciare principi generali di diritto e riorganizzare il sistema attorno a questi principi: il digesto così formulato avrebbe sostituito *common e statute law*.²⁹⁴

La portata innovativa dell'approccio seguito dalla commissione emerge già dal primo *report* —pubblicato nel 1834 e reso noto al pubblico attraverso le pagine della *Edinburgh Review*—²⁹⁵ in cui vengono enunciate le direttive del piano di modifica del diritto criminale inglese. Nell'analisi della *Royal Commission*, il principale difetto del sistema giuridico inglese consiste nella difficoltà di rintracciare regole generali: i *text-books* non enunciano regole generali; nei *books of authority* ci sono discrepanze; nel *common law* c'è contraddittorietà di principi. In più, una larga porzione della produzione legislativa è affidata ai giudici e al momento del giudizio. Ma il procedimento attraverso cui i giudici “creano” il diritto non assicura certezza: quando sorge un caso il giudice lo decide attraverso l'autorità di alcuni casi

²⁹³ Secondo questa tradizione di riforma, lo *statute law* costituisce «un'invasione nel territorio del *common law*», e l'efficacia degli *statutes* dipende dalla loro conformità all'antico diritto consuetudinario: in breve, il diritto statutario può migliorare il *common law* ma non può sostituirlo. L. Farmer, *Reconstructing the English Codification Debate*, cit. p. 408.

²⁹⁴ Nell'analisi dei commissari, uno degli obiettivi principali della consolidazione del diritto penale è quello di renderlo più accessibile a tutti (FR. 3); è necessario individuare regole pratiche dettagliate “To enable the great mass of society to obey the law”. Secondo la commissione legale, l'oggetto principale del diritto penale è quello di scoraggiare gli uomini dal violare la legge attraverso la creazione di regole di condotta civile. La legislazione non è solo regola scientifica: il diritto penale deve individuare e inculcare distinzioni morali; di conseguenza i crimini devono essere definiti con ragionevole certezza. Evitare l'eccessivo tecnicismo. In generale bisogna evitare di utilizzare termini che nel loro significato tecnico differiscono dal loro senso popolare. E' necessario definire esplicitamente i reati e escluderne la costruzione forzata: nei giudizi per tradimento ad esempio, “si sono verificate flagranti violazioni di tali requisiti anche dopo l'emanazione di statuti volti a proteggere il suddito contro il sovrano, i cui ministri e giudici sono quasi sempre inclini a vedere tutto come *reasonable*” (MR. 123).

²⁹⁵ *The Edinburgh Review, or Critical Journal*, Edimburgh, Longman, Rees, Orme, Brown, Green, and Longman, London; and Adam and Charles Black, Edimburgh, April-July 1837, Vol. LXV, pp. 214-220.

simili già decisi; se non ne trova —«e considerando la massa inestricabile di decisioni, ce ne possono essere molti che non trova»— applica i principi che rinviene nei *text books* ovvero adotta «un po' di imperfetta analogia». La Commissione propone di riordinare e modificare la «massa di assurdità» che si trova nel *common law*. L'obiettivo è 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.

Negli anni 1833-1845, la *Royal Commission* ha pubblicato otto *reports* contenenti, tutti, raccomandazioni di riforma.²⁹⁶ Il settimo e l'ottavo *report* contengono rispettivamente una bozza di codice penale e una bozza di codice di procedura criminale. Nel 1844 la bozza di codice penale venne introdotta come proposta di legge presso la *House of Commons* ma venne presto accantonata quando venne annunciata l'istituzione di una seconda *Royal Commission* che aveva il compito di riconsiderare e rivedere la bozza. Nel 1846 la nuova commissione pubblica il suo *Second Report*: come emerge dal documento —pubblicato nel 1846 nei *Parliamentary Papers* della Camera dei *Commons*— i commissari ritengono utile preparare un digesto di diritto criminale. In più, nell'analisi dei commissari, si rendono necessarie ulteriori modifiche del diritto criminale inglese «in order to render the Criminal Law of the country suitable to the present state of society, and conformable to enlightened principles of jurisprudence».²⁹⁷ I commissari presentano dunque la bozza di un *Bill* dal titolo *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*.

L'analisi del *Bill* è di grande interesse e ci riporta direttamente alla bozza dell'*Indian Penal Code*: In un *report* del 1847 la *Indian Law Commission* riscontra una certa corrispondenza tra il diritto penale indiano e il diritto penale inglese, così come risultante dalle proposte di

²⁹⁶ Tra tutte, l'abolizione della regola del *felony-murder* e della distinzione tra *felony* e *misdemeanor*.

²⁹⁷ *Second Report of Her Majesty's Commissioners for Revising and Consolidating the Criminal Law*, in PP, 1846, V. XXIV, N. 709. p. 6.

modifica contenute nel *Second Report* della nuova *Royal Commission*.²⁹⁸ nell'analisi della *Indian Law Commission* esistono, in alcuni punti del *Second Report*, importanti modifiche del diritto esistente tali da rendere il codice penale d'Inghilterra —«adeguato al presente stato della società e conforme ai principi illuminati della giurisprudenza»— che se adottati porteranno il diritto dell'Inghilterra in una stretta corrispondenza con quello proposto nel codice penale indiano.²⁹⁹ Ed infatti, in più punti del *Second Report*, la *Royal Commission* spiega le modifiche proposte citando le argomentazioni utilizzate dalla commissione Macaulay.³⁰⁰ I punti di contatto tra l'*Indian Penal Code* e il *bill* del 1846 non sono pochi. Dal punto di vista “tecnico”, il dato più interessante che emerge dal *bill* è costituito da un generale ripensamento del binomio intenzionalità della condotta/punibilità del fatto: nella proposta viene stabilito che un'ingiuria deve considerarsi accidentale quando non è causata né volontariamente né negligenemente e che le ingiurie accidentali non assoggettano a responsabilità penale le persone che le causano.³⁰¹ I commissari spiegano che sul punto intendono allontanarsi dal principio che regola la questione secondo il diritto inglese vigente e seguire, invece, il principio avvocato dalla Commissione Macaulay, «le cui argomentazioni

²⁹⁸ *Ibidem*.

²⁹⁹ *East India. (Indian Law Commission.) Copies of the Special Reports of the Indian Law Commissioners*, in PP, 1847-48, N. 19.

³⁰⁰ Ad esempio, nella sezione 2, art. 2, della *Schedule* preparata dai commissari si trova una spiegazione del termine *unlawful* che concorda con la spiegazione del termine *illegal* nella clausola 28 del Codice. In particolare, similmente a quanto previsto nell'*Indian Penal Code*, secondo l'art.2 un'omissione è illecita quando da titolo ad un'azione civile («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»). Nel spiegare le ragioni per le quali i commissari hanno reso le persone responsabili penalmente per le conseguenze di un'omissione “i Commissari di Sua Maestà citano le osservazioni dei Commissari indiani sull'argomento, rispetto alle quali esprimono generale consenso”. *Indian Law Commission*, cit., p. 108. Sul punto, i commissari di Sua Maestà sono invece critici rispetto al codice di Livingstone: «Mr. Livingstone, in his Code, renders persons liable for the consequences of omission in various cases in which they were under no civil or criminal liability to do the act omitted. (...) The Indian Law Commissioners impugn the latitude of Mr. Livingstone's provisions, and their remarks have our general concurrence». cit. p. 14.

³⁰¹ Articolo 6 sezione 2.

sono citate per intero, come aventi il loro generale consenso».³⁰² Nell'analisi dei commissari bisogna stabilire, come regola generale, che quando una persona compie un atto illecito e ne segue una conseguenza che non ha una probabile connessione con l'atto e che non può essere imputata né alla volontà né all'assenza di cautela, l'agente non sarà punibile eccetto che per gli atti illeciti che ha compiuto: punire le conseguenze involontarie dell'azione criminale non può avere nessun effetto deterrente.

«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 wilfully or negligently being guilty of such like acts or omissions that there the injury may reasonably be deemed to be wilfully 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 unpunishable; the party, however, remaining punishable for his illegal act, without reference to its remote and improbable consequences».³⁰³

Sono questi argomenti particolarmente interessanti che contribuiscono ad avvicinare, dal punto di vista metodologico, la codificazione indiana a l'esperienza inglese di riforma del diritto criminale. Secondo una parte della storiografia, il fatto che la *Indian Law Commission* e la *Royal Commission* inglese abbiano operato nello stesso periodo non è affatto una

³⁰² *Indian Law Commission*, cit., p. 108. Anche rispetto all'attenuante della provocazione, la proposta del *Second Report* si avvicina non poco a quella della Commissione Macaulay. Nell'analisi dei commissari di Sua Maestà, la legislazione inglese sull'attenuante della provocazione è "irragionevole": il principio in base al quale tale attenuante funziona è «the want of self-control occasioned by means which, according to the constitution of humane nature, ordinarily produce his effect». Escludere che parole o gesti possano da soli costituire gli elementi della provocazione contrasta col principio generale. Sul punto, i commissari di Sua Maestà citano per intero le argomentazioni della commissione Macaulay ritenendole «veramente meritevoli di attenzione». I Commissari propongono di abolire la differenza sanzionatoria tra autori del reato in primo e secondo grado e i complici, di abolire le distinzioni tecniche tra autori in primo e secondo grado e rendere la complicità un reato autonomo. Secondo i commissari: "Attraverso la modifiche proposta, il diritto inglese corrisponderà sul punto al Codice Indiano". *Ivi*, p. 109.

³⁰³ *Second Report*, cit. p. 17.

coincidenza storica.³⁰⁴ David Skuy, uno studioso vicino alle posizioni di Christopher Bayly, ha comparato il codice penale indiano e il lavoro della prima *Royal Commission* inglese su vari punti.³⁰⁵ la bozza Macaulay coincide esattamente con le bozze dei codici inglesi per struttura e organizzazione delle materie, diritto sostanziale, sanzioni. Ed infatti, nell'analisi di Skuy, il codice penale indiano rifletteva bisogni e idee appropriate per il sistema giuridico britannico e non per quello coloniale: l'*Indian Penal Code*, preparato sulla base del diritto penale inglese, rappresentava il "trapianto" del *common law* in India, operazione necessaria affinché il sistema giuridico della madrepatria venisse riformato.³⁰⁶ Non a caso l'unica differenza di rilievo tra il codice indiano e le bozze inglesi sta nel fatto che queste ultime non includono le illustrazioni. Questa tecnica normativa aveva senso solo rispetto all'India, dove non esisteva un corpo di *case law*: in Inghilterra il *common law* avrebbe reso le illustrazioni inutili e ridondanti.

Secondo una tesi che può considerarsi come "classica", l'India ha costituito un laboratorio per le sperimentazioni legislative inglesi volte ad implementare un sistema codicistico di impossibile applicazione in madrepatria.³⁰⁷ E sebbene il contesto coloniale sia stato a lungo trascurato dagli storici della codificazione inglese,³⁰⁸ le esperienze codificatorie indiane e inglesi appartengono allo stesso campo di analisi. Sono questi argomenti particolarmente interessanti che sovvertono, in qualche misura, 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

³⁰⁴ E. Kolsky, *Codification and the Rule of Colonial Difference: Criminal Procedure in British India*, in «Law and History Review» Fall 2005, Vol. 23, N. 3, pp. 631-683.

³⁰⁵ 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*, 32, 3 (1998), pp. 513-557.

³⁰⁶ Nell'analisi di Skuy, gli amministratori coloniali guardavano al sistema giuridico della tradizione indiana come ad un sistema premoderno il cui radicale stravolgimento era condizione necessaria per raggiungere gli *standard* dello stato di diritto. Ma almeno fino agli anni '60 dell'Ottocento nemmeno il sistema di giustizia penale britannico era capace di raggiungere lo *standard* della modernità.

³⁰⁷ A. Kumar Giri, *Il "governo della legge" e la società indiana. Dal colonialismo al postcolonialismo*, in P. Costa, D. Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli, 2002, pp. 708-738. In particolare, pp. 714 e ss.

³⁰⁸ E. Kolsky, *Codification and the Rule of Colonial Difference*, cit.

modernità e dello Stato di diritto. Ma con l'emanazione dell'*Indian Penal Code* il sistema penale indiano era, per molti versi, «evoltivamente avanti» rispetto a quello inglese:³⁰⁹ paradossalmente, gli elementi giuridici coloniali hanno reagito sulla madrepatria, interferendo con il processo di riforma del diritto criminale inglese. Come vedremo, è questo un rapporto che si misura non tanto rispetto alla vicenda “istituzionale” costituita dai lavori delle *Royal Commissions*, bensì a partire dal dibattito scientifico tardo ottocentesco sull'opportunità di codificare il diritto inglese: più di un esponente della scienza giuridica inglese guarderà con favore al sistema codicistico coloniale, auspicando una modifica della “forma” del diritto che fosse in qualche modo conforme al modello normativo indiano.

³⁰⁹ Ne costituisce un esempio le previsioni relative al reato di murder e in generale il rapporto intenzionalità/punibilità, previsioni alle quali la madrepatria inglese guarderà con favore

CAPITOLO QUARTO
DISFACIMENTO E CROLLO DELL'ORDINE
COLONIALE

1. Il diritto inglese come “birth right” dei sudditi di Sua Maestà

Negli anni '40 dell'Ottocento, la Corte dei Direttori manifestava non poca insofferenza rispetto all'esclusione dei sudditi britannici dalla giurisdizione delle corti locali. Ancora in questi anni, la criminalità europea nelle aree rurali costituiva un fenomeno del tutto incontrollabile da parte del governo coloniale.³¹⁰ Con l'abolizione del monopolio commerciale della Compagnia e del regime di restrizioni al possesso terriero, la classe dei produttori europei -classe in costante crescita- era divenuta a tutti gli effetti una vera e propria “categoria” di sudditi coloniali. Sulla base delle regole processuali, gli europei erano immuni dalla giurisdizione delle corti locali, e sfuggivano al controllo dell'apparato di polizia rurale. La nuova categoria di sudditi coloniali aveva più volte violato, nel corso degli anni, le leggi della Presidenza mostrandosi talvolta particolarmente violenta nei confronti dei loro dipendenti nativi. La modifica della giurisdizione delle corti criminali locali costituiva una misura necessaria per consentire al governo il controllo di questa nuova e crescente categoria e per riaffermare, anche rispetto ai soggetti europei, la sua esclusiva legittimazione all'esercizio della forza e della violenza nella dimensione rurale.³¹¹ E' questo un dato che emerge bene dalla sezione N.6 dello *Special Report of Law's Commissioner* del 1843 (*For rendering British subject amenable to the criminal law administered in the mofussil*).³¹² Nella corrispondenza tra gli ufficiali del governo coloniale —corrispondenza che si trova all'interno del *report*— si legge che i meccanismi predisposti dalla Corona britannica per la cattura e il giudizio degli europei 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 del *Presidency town*, nella terminologia coloniale). La particolare posizione giuridica gli consentiva di disattendere agli

³¹⁰ E. Kolsky, *Codification and the Rule of Colonial Difference*, cit. p. 660.

³¹¹ Su questi temi si veda E. Kolsky, *Colonial Justice in British India. White violence and the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

³¹² *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 E. Kolsky, *Codification and the Rule of Colonial Difference*, cit.

ordini degli ufficiali locali: i magistrati del *mofussil*, ad esempio, erano quasi completamente impotenti di fronte al rifiuto di un soggetto europeo di comparire davanti ad una corte dell'interno. Secondo le regole processuali, il magistrato aveva il potere di obbligare, attraverso *recognizance*, un soggetto europeo a comparire come testimone e il soggetto che disobbediva a quest'ordine commetteva un'offesa contro l'amministrazione della giustizia conoscibile dalla *Supreme Court* di Calcutta. Il magistrato, però, non aveva un autonomo potere di multarlo o imprigionarlo. Come notato da Mr. Torrens, magistrato di un distretto del Bengala, «It would be expediente 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».³¹³

Anche la modifica delle regole sul possesso e la proprietà terriera ha avuto un peso non secondario nella definizione teorica di un apparato di giustizia delle aree dell'interno con giurisdizione sui soggetti europei. Nella definizione di un sistema di polizia largamente basato sulla vigilanza del territorio, più di una regola vincolava i proprietari terrieri -che l'amministrazione coloniale aveva cooptato nell'apparato di controllo del territorio- alla pronta comunicazione dei reati commessi nelle terre di loro appartenenza e alla collaborazione nella cattura dei criminali. Nella *Regulation VIII* del 1814, ad esempio, viene stabilito che gli *zemindar* e in generale tutti i proprietari terrieri e i loro agenti locali dovevano comunicare al magistrato o al *darogah*, sia in pubblico che in segreto, tutte le informazioni relative a rapine, furti, omicidi, incendi dolosi, nonché prestare assistenza, anche attraverso i loro agenti, 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, imprigionati. 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

³¹³ From R. Torrens, *Esq. Magistrate of Zillah 24-Pergunnahs*, 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.

nessuna delle Regulations relative al mantenimento della polizia del mofussil, o differenti norme che prescrivono regole per la pronta comunicazione delle offese (...)).³¹⁴

E' sulla base di quest'insieme di circostanze che nel 1843 la Commissione Legale propose un "nuovo" piano per l'amministrazione della giustizia nel *mofussil*: «i soggetti di nascita britannica devono essere soggetti ai tribunali locali per i crimini e le offese commessi nell'interno».³¹⁵ La commissione legale propose dunque che i soggetti europei venissero giudicati dai magistrati e dalle corti inferiori di giustizia per i reati di modesta entità commessi nei territori dell'interno. Per tutti gli altri reati punibili con sanzioni diverse da quella capitale, i soggetti europei dovevano essere giudicati dalle corti di sessione e puniti con le stesse pene comminabili dalle *Supreme Court of Judicature*.³¹⁶ Nell'opinione della Commissione, le Corti di sessione dovevano avere il potere di emanare una sentenza in tutti i casi in cui la sanzione massima comminabile per legge fosse stata la deportazione per sette anni.³¹⁷ In caso di sentenza alla deportazione per più di sette anni o alla detenzione per più di due anni, la causa doveva essere trasmessa alla *Sudder Court* per la sentenza finale.³¹⁸ Nei casi conosciuti dalla corte di sessione, l'accusato avrebbe potuto scegliere se essere giudicato soltanto dal giudice, ovvero dal giudice con l'aiuto degli assessori, uno dei quali doveva necessariamente essere europeo. Ma un problema si poneva rispetto al diritto penale applicabile nei giudizi contro sudditi europei: nell'analisi dei commissari, fin quando l'*Indian Penal Code* non fosse entrato in vigore, i sudditi nativi e i soggetti europei non potevano essere soggetti allo stesso sistema di diritto penale.

³¹⁴ 21 settembre 1841, *W. Dampier, Superintendent of Police, Lower Provinces- Ivi*, p. 330

³¹⁵ *Ivi*, p. 337. Sulla proposta di legge avanzata dalla *Indian Law Commission*, si veda E. Kolsky, *Codification and the Rule of Colonial Difference*, cit. p. 662.

³¹⁶ *Copies of the Special Reports of the Indian Law Commissioners*, cit., pp. 338, ss.

³¹⁷ In questi casi la deportazione può essere commutata in detenzione per un massimo di due anni. E' quest'ultima una previsione che si impone alla luce della particolare natura dei sudditi europei: «In India, in the case of an European, imprisonment is a punishment very greatly more severe than it is in England, and we think that two years is the longest term that should be allowed as the alternative for transportation in the cases we intend to be disposed of by the Courts of Session». *Ivi*, p. 342.

³¹⁸ In questo modo i soggetti europei sarebbero stati giudicati, nelle aree dell'interno, solo da soggetti europei: tutti i giudici di pace che operavano nel *mofussil* erano soggetti britannici; nella Presidenza di Madras, quando l'ufficio di *sudder ameens* presso la corte criminale era ricoperto da un nativo, il caso doveva esser conosciuto dal magistrato europeo. *Special report*, cit. p. 339, par. 24.

La proposta della Commissione Legale non divenne legge.³¹⁹ Ma la necessità di modificare la giurisdizione delle corti criminali della Compagnia, sembra in questi anni fortemente avvertita. Nel 1949, due proposte di legge preparate da Drinkwater Bethune, *law member* del Consiglio del Governatore, riaprirono il dibattito sulla questione. Il primo di questi *Draft (An Act for Abolishing Exception from the Jurisdiction of the East India Company's Criminal Courts)* disponeva che al di fuori dei *Presidency towns*, tutti i sudditi coloniali, cittadini europei compresi, sarebbero stati soggetti alla giurisdizione dei magistrati e delle corti criminali della Compagnia, e potevano dunque 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* aveva diritto alla giuria. Rispetto ai criteri di formazione delle giurie, la bozza non poneva nessuna limitazione a carico dei sudditi nativi, escludendo lo *status* religioso o la discendenza tra le cause per la sostituzione dei giurati.³²⁰

Da queste proposte di legge emerge chiaramente l'orientamento generale degli organi del governo: più di una circostanza imponeva di estendere la giurisdizione delle corti criminali della Compagnia ai sudditi britannici residenti nelle aree dell'interno. Questo orientamento del governo subì forti critiche provenienti sia dalla colonia sia dalla madrepatria inglese: l'abolizione dei privilegi di foro garantiti ai soggetti di nascita inglese venne giudicato - attraverso un discorso che faceva riferimento alle regole non scritte della costituzione d'Inghilterra- un atto "eversivo" che avrebbe violato i "diritti di nascita" dei sudditi britannici.

³²¹ Come si legge in un memoriale preparato da soggetti di nascita inglese, scozzese e irlandese pubblicato in India nel 1850, l'entrata in vigore delle proposte di legge avrebbe avuto l'effetto di abrogare «(...) the whole criminal law of England and the safeguards,

³¹⁹ E. Kolsky, *Codification and the Rule of Colonial Difference*, cit. p. 663.

³²⁰ 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 Earl of Ellesborough, *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.

³²¹ Questo punto è stato messo in luce da E. Kolsky, *Codification and the Rule of Colonial Difference*, cit. p. 655. Kolsky spiega questo punto in riferimento alle polemiche che seguirono l'emanazione del *Black Act* del 1836.

including trial by a jury of their peers, wick that law and that trial by jury afford to liberty, life and honor (...)).³²² Dal punto di vista costituzionale, il legislatore non ha il potere di privare i sudditi britannici dei diritti attribuiti dalla costituzione d’Inghilterra: il diritto ad essere giudicati secondo il *common law* costituisce «the undoubted birth right of Englishmen, and trial by jury of their peers in criminal cases is one of the most valuable parts of the common law».³²³ Secondo Lord Ellesborough, membro della camera alta del Parlamento inglese, il sistema di diritto inglese —insieme alle garanzie che ne costituiscono il nucleo centrale— segue e accompagna i sudditi della Corona; la sua abrogazione —oltre a comportare la violazione dei diritti di nascita assicurati dal *common law*— stravolge le regole che stanno alla base e giustificano la sovranità coloniale: secondo un discorso di lunga durata -che avrà grande successo presso gli amministratori coloniali dei territori italiani in Africa- la disparità di trattamento tra le diverse categorie di sudditi coloniali è giustificata dalle differenze culturali e religiose esistenti tra la società indigena e i sudditi dell’Europa cristiana. Estendere ai sudditi britannici le stesse forme di giudizio utilizzate nei confronti dei nativi sarebbe una misura fortemente ingiusta: ogni cittadino inglese sa di essere «superiore in punto di religione, di educazione, di moralità sia ai musulmani che agli indù».³²⁴

Nell’analisi di Lord Ellesborough, nessuno può negare l’inferiorità intellettuale e morale dei nativi: «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».³²⁵ Le misure proposte da Drinkwater Bethune svilirebbero il funzionamento delle *Crown’s Court*, e diminuirebbero di molto la sicurezza dei sudditi britannici. Le corti della Corona sono state originariamente istituite per offrire protezione agli inglesi «sia contro gli atti di oppressione

³²² 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. Central Branch Press, 1883, p. 38.

³²³ Nell’opinione dei memorialisti, «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». *Ibidem*.

³²⁴ Earl of Ellesborough, *Tyranny in India! Englishmen robbed of the blessing of Trial by Jury and English Criminal Law. Christianity insulted!!!*, London, J. Ridgway, 1850, p. 16. Sono venuto a conoscenza di questa fonte grazie alla lettura di E. Kolsky, *Codification and the Rule of Colonial Difference*, cit.

³²⁵ *Ivi*, p. 9.

da parte degli ufficiali della Compagnia, sia contro le diaboliche macchinazioni dei nativi»³²⁶ abolire la giurisdizione delle *Supreme Courts* equivarrebbe ad abolire «(...) tutte quelle salvaguardie di libertà che formano l'essenza e la gloria della Costituzione britannica»³²⁷. Nell'analisi di Lord Ellemborough, le tutele e le garanzie relative alle libertà personali sono del tutto sconosciute al sistema giudiziario e di polizia in vigore nel *mofussil*: nei territori dell'interno —dove vige un sistema contrario allo “spirito” del *common law*— è pratica abituale confinare un uomo, per paura che possa commettere reati, sulla base di vaghi sospetti. In più, la polizia del *mofussil* è dotata di ampissimi poteri e ricorre non di rado a pratiche «che sono state in voga presso la Star Chamber»: il ricorso a metodi illegali di indagine e di interrogatorio finalizzato ad estorcere confessioni di colpevolezza costituisce una pratica usuale imputabile, circostanza assai grave, al rapporto polizia/magistratura. Siccome l'efficienza del magistrato viene valutata dai vertici dell'esecutivo sulla base del numero di condanne comminate all'interno di ciascuna giurisdizione, è interesse del magistrato arrestare e condannare «tanti miserabili quanto è possibile».³²⁸ E' poi interesse della polizia produrre prove a carico degli accusati: i *darogah*, preoccupati per il loro posto, catturano un innocente e usano ogni mezzo per estorcergli una confessione.³²⁹ Inoltre, i magistrati hanno il potere di arrestare, accusare e giudicare un imputato; questo sistema è del tutto contrario al sistema inglese: «It is a maxim of English legislation, that the function of the constable should be kept separate from that of the judge».³³⁰ Nell'analisi di Lord Ellemborough, la necessità di istituire nelle aree settentrionali dell'India tribunali con giurisdizione sugli europei è innegabile: l'esenzione dalla giurisdizione dalle corti della compagnia e la distanza di alcune aree dell'interno da Calcutta gli consentono di commettere violenze contro i nativi, «esercitare la peggiore oppressione con la completa impunità».³³¹ In

³²⁶ *Ivi*, p. 11.

³²⁷ *Ivi*, p. 10.

³²⁸ *Ivi*, p. 30.

³²⁹ *Ivi*, p. 28.

³³⁰ *Ivi*, p. 31.

³³¹ *Ivi*, p. 71.

più, le grandi distanze e le spese di viaggio precludono ai nativi di ottenere giustizia. Ma attraverso le modifiche proposte dal governo la tutela delle garanzie processuali —che accompagna ogni inglese come diritto di nascita— sarebbe in gravissimo pericolo: i giudici della Compagnia potrebbero disporre l'arresto di un europeo «senza paura che un *Habeas Corpus* venga loro diretto», e lo stesso potrebbero fare i *darogah* di polizia.³³² Lo scritto di Ellemborough è fortemente critico anche rispetto ai nuovi criteri di formazione delle giurie. Il problema principale consiste, come è intuibile, nell'estensione ai nativi del privilegio di far parte del corpo dei giurati. A differenza di quanto previsto per i *Presidency towns*, poi, la bozza di legge non contiene nessuna norma che limiti l'accesso alle giurie in virtù dello status religioso dei sudditi. E' questa, nell'analisi di Lord Ellemborough, una misura pericolosissima e dal contenuto fortemente eversivo: gli «infedeli e idolatri» non possono determinare la colpevolezza di un cristiano europeo. In più, l'ammissione dei nativi alle giurie snatura l'istituzione e il Parlamento britannico non ha autorizzato l'eliminazione dei tratti caratteristici della costituzione inglese. Il *trial by jury* è la componente essenziale «della legge non scritta e costituzione dell'Inghilterra» e la massiccia interferenza rispetto ai suoi tratti caratteristici -che equivale, nell'analisi di Ellemborough alla sua abolizione- costituirebbe «il più grande oltraggio mai perpetrato dalla Compagnia, sin dalla conquista dell'India».³³³

I *Draft Act* suscitarono un forte coro di proteste sia in madrepatria sia in colonia e non diverranno legge. Ma la pubblicazione delle bozze di legge determinò un'accelerazione nel processo di riforma del sistema giuridico indiano, contribuendo non poco a riaccendere il dibattito sull'opportunità dell'entrata in vigore del codice Macaulay. La criminalità europea nelle aree rurali imponeva di estendere la giurisdizione dei tribunali penali della Compagnia ai soggetti di nascita britannica; ma secondo un discorso comune a molti amministratori coloniali, l'applicazione del diritto musulmano nelle cause riguardanti i sudditi inglesi delle aree rurali avrebbe prodotto un'indebita disparità di trattamento tra questi ultimi e i sudditi — nativi o europei— residenti all'interno dei *Presidency towns*. E' questo, nell'analisi di

³³² *Ivi*, p. 72.

³³³ *Ivi*, p. 81.

Lawrence Peel —Avvocato Generale e poi *Chief Justice* della Suprema Corte di Calcutta— il problema principale che produrrebbero i *Draft*. La prima bozza, ad esempio, non definisce quale sistema di diritto sia applicabile rispetto ai soggetti europei.³³⁴ non esclude l'applicabilità del diritto inglese dai territori indiani, ma ne limita l'applicabilità ai soli *Presidency towns*.³³⁵ All'interno delle aree rurali i sudditi britannici saranno soggetti al sistema di diritto musulmano così come modificato dalla legislazione positiva della Compagnia. Ciò genera una sostanziale disparità tra i sudditi coloniali: «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».³³⁶ Che i soggetti di nascita britannica debbano essere soggetti alla giurisdizione delle corti locali appare ormai un dato ampiamente condiviso. Ma per rimuovere ogni residuo di disparità è necessario introdurre un “sistema” di diritto applicabile a tutti i sudditi della colonia, nativi e europei. Nell'opinione di Peel, l'adozione di un «uniform law» si impone e, dato assai interessante, tale processo verrebbe ampiamente facilitato attraverso l'adozione di un codice di diritto. Secondo Peel, la bozza Macaulay —che costituisce un corpo di diritto in armonia con lo “spirito” del diritto inglese— potrebbe costituire un ottimo sistema di «uniform law»:

(...)it 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, wich is based on the Common Law of England. Such a Code colud not be reasonably objected to by British subjects as arbitrary in its enactments, or in the spirit of its administration. ³³⁷

³³⁴ *History of the changes in the civil and criminal jurisdiction*, cit., p. 41.

³³⁵ Di conseguenza, «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». *Ivi*, p. 42.

³³⁶ *Ivi*, p. 42.

³³⁷ *History of the changes in the civil and criminal jurisdiction*, cit., p. 42.

E' questo un dato assai interessante. Solo qualche anno prima, Peel si era mostrato fortemente critico rispetto all'entrata in vigore del codice. Nell'analisi di Peel, l'entrata in vigore del codice Macaulay avrebbe addirittura prodotto effetti decisamente negativi per il progresso delle riforme legali indiane.³³⁸ Negli anni cinquanta dell'Ottocento, sono proprio i giudici delle corti superiori ad auspicare l'entrata in vigore della bozza Macaulay affermando a gran voce la superabilità dei problemi di ordine sostanziale che, qualche anno prima, ne avevano impedito l'emanazione.³³⁹

Anche nell'opinione Arthur Buller, giudice della Corte Suprema di Calcutta, il codice penale avrebbe costituito un'ottima alternativa al diritto del 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*».³⁴⁰ Nell'analisi di Buller, i difetti del codice sono facilmente correggibili. Se venisse reso applicabile presso le corti criminali della Compagnia insieme ad un buon sistema processuale e probatorio, «(...) no class would then have reason to complain of the law».³⁴¹

Per quanto riguarda l'aspetto istituzionale e processuale della riforma della giustizia indiana, nel 1856, la Commissione istituita nel 1853 per esaminare le raccomandazioni della *Indian Law Commission*, avanzava la proposta di amalgamare le *Supreme Courts of Judicature* e le *Sudder Courts* della Compagnia, creando così un sistema giurisdizionale "unico" al cui vertice si trovano le *High Courts*.³⁴² Nella proposta, alle *High Courts* -composte da otto giudici, almeno tre dei quali devono essere nominati dalla Corona- viene conferito un generale potere di sovrintendenza delle istituzioni giudiziarie: le corti superiori di giustizia devono possedere —oltre alla giurisdizione di primo grado e di appello— il potere di *call for*

³³⁸ 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.

³³⁹ In merito, *History of the changes in the civil and criminal jurisdiction*, cit.

³⁴⁰ *Ivi*, p. 50. Corsivo nel testo.

³⁴¹ *Ibidem*.

³⁴² *First report of Her Majesty's commissioners appointed to consider the reform of the judicial establishments, judicial procedure, and laws of India, &c.*, PP, 1856, vol. 25, n. 2035.

return, di disporre il trasferimento di casi criminali da una corte ad un'altra di pari o superiore giurisdizione, di disporre l'investigazione o il giudizio di un caso criminale da parte di un ufficiale o di una corte competente.

Per quanto riguarda il sistema di diritto applicabile presso le nuove corti di giustizia, la Commissione assume una posizione di non interferenza. Rispetto al diritto civile, il principio seguito dalla Commissione è «to leave the substantive law for the present as it now stands»:³⁴³ per i giudizi civili di primo grado e i giudizi di appello provenienti dalla città di Calcutta viene proposto di applicare il diritto amministrato dalla *Supreme Courts of Judicature*. Nei casi, invece, in cui una causa è portata in una corte diversa rispetto alle *High Courts* o alle *Courts of Small Causes* di Calcutta, «le corti saranno guidate nelle loro decisioni dalle norme e regolamentazioni in vigore al momento dell'emanazione di questo Act, presso il luogo in cui è situata tale corte».³⁴⁴

La proposta della Commissione è accompagnata dalla bozza di un codice di procedura civile e criminale. Quest'ultimo viene preparato sulla base della bozza Macaulay. Nell'analisi della Commissione, la preparazione di un codice di procedura penale è necessaria, non essendo conveniente estendere ai sudditi britannici la procedura delle corti del *mofussil*, sia pure con le modifiche necessarie a dare attuazione al codice penale. Nell'analisi della Commissione, «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».³⁴⁵ Per quanto riguarda il giudizio presso le nuove corti di giustizia, la Commissione propone di abolire la giuria d'accusa: «Questa istituzione non è mai esistita in India al di fuori dei Presidency Town -non è adatta al paese- e (...) non verrebbe compresa o apprezzata dalla grande massa della comunità».³⁴⁶ Mantenere l'istituzione a Calcutta produrrebbe una diversità di trattamento non necessaria rispetto alla procedura dei tribunali dell'interno. Nella proposta di codice spetta al

³⁴³ *Ivi*, p. 20.

³⁴⁴ *Ivi*, p. 20.

³⁴⁵ *Ivi*, p. 95.

³⁴⁶ *Ivi*, p. 141.

magistrato il compito di formulare l'accusa e rinviare l'accusato presso la corte competente. L'atto di accusa, che viene consegnato all'accusato, deve descrivere l'offesa imputata nel linguaggio del codice penale: il codice di procedura indica varie formule di accusa a partire dalle disposizioni del codice penale che si assumono violate. La Commissione propone invece di mantenere la giuria di verdetto a Calcutta e nei processi a carico di soggetti inglesi presso le corti dell'interno; in più, propone di autorizzare il governo a prevedere questa modalità di giudizio anche per alcune categorie di nativi.

2. Polizia e controllo del territorio: i problemi derivanti dall' "agency nativa"

L'11 luglio 1854 presso la *House of Commons* si discuteva la proposta avanzata da Mr. Blackett di presentare un *Address* a Sua Maestà pregandola di istituire una Commissione di inchiesta sulla *tenure* dei possedimenti fondiari di Madras.³⁴⁷ Secondo Blackett il sistema *ryotwarry*³⁴⁸ —così lontano dai principi proprietari inglesi— si era rivelato tanto fallimentare da rendere «difficile stabilire qualcosa come una salutare e stabile civilizzazione in India».³⁴⁹

³⁴⁷ *Hansard's Parliamentary Debates: Third Series, commencing with the accession of William IV. 17 & 18 Victoriae, 1854. Vol. CXXXV. Comprising the period from the eleventh day of July, to the twelfth day of August, 1854. Sixth and last Volume of the Session.* London: Published by Cornelius Buck, at the office for Hansard's Parliamentary Debates. Seduta dell'11 luglio 1854, pp. 43-90. "That an humble Address be presented to Her Majesty, that She will be graciously pleased to appoint a Commission to proceed to India to inquire into the Tenure of Land in the Presidency of Madras". Colonna 51.

³⁴⁸ Istituito da T. Munro in qualità di governatore di Madras (1819-1827). Sulla *tenure* dei possedimenti fondiari dell'India britannica e sulle questioni relative all'imposta fondiaria, si veda B.H. Baden Powell, *The land-systems of British India, being a manual of the land-tenures and of the systems of land-revenue administration prevalent in the several provinces*, Oxford, at the Clarendon Press; London, H. Frowde, Oxford University Press Warehouse, Steven & Sons, 1892. Ripubblicato da Oriental Publishers, Delhi, 1974. 3 volumi. Sul sistema *ryotwarry* (*raiyaatwari*), si veda il vol. III; sui sistemi vigenti in Bengala, si veda il vol. I, in part. pp.389-442. Cfr. anche, E. Stokes, *The English Utilitarians and India*, op. cit., pp. 81-139.

³⁴⁹ *Hansard's Parliamentary Debates*, cit., colonna. 46.

I contadini erano proprietari del suolo fin quando pagavano la *land-tax*, ma il canone richiesto era troppo alto e la pressione fiscale erodeva i loro mezzi di sussistenza. In più, in ciascuno dei grandi distretti dell'area sud-orientale (che si estendevano anche per 13.000 miglia quadrate, come nel caso di Bellary e Cuddapah) operava un solo *collector* inglese con l'ausilio di pochi ufficiali europei. L'amministrazione fiscale dei «corrotti funzionari nativi» —cui il governo doveva affidarsi per il controllo delle vaste aree dell'*hinterland* rurale— impediva di accumulare capitale dal prodotto del suolo. Nei territori in cui vigeva tale sistema, la condizione della popolazione suscitava sgomento.³⁵⁰ Ma secondo Mr. Lowe la situazione non era di certo migliore nei territori in cui vigeva il sistema *zemindarry*, dove la proprietà del suolo era attribuita ai crudeli «Native landlords»;³⁵¹ in ogni caso, e affinché la Camera si spingesse a presentare un *Address* a Sua Maestà —pratica tanto inusuale— le richieste di Blackett avrebbero dovuto essere supportate da motivi di particolare rilevanza.³⁵² La svolta nel dibattito arrivò con l'intervento di Danby Seymour che distolse l'attenzione della Camera dalla questione della *tenure*. Il deputato sosteneva che la politica fiscale del Governo di Madras conducesse all'utilizzo di metodi illegali di riscossione dell'imposta fondiaria:³⁵³ la richiesta fiscale eccedeva la capacità di pagamento dei contadini, così che «torture, simili a quelle praticate all'inizio del secolo scorso, vengono utilizzate allo scopo di estorcere l'ammontare richiesto»³⁵⁴ Il ricorso alla tortura sarebbe confermato dalle numerose testimonianze dei mercanti inglesi presenti sul territorio: se la Compagnia avesse prodotto correttamente i suoi *Reports*, ognuna di queste affermazioni «avrebbe potuto essere provata dalle attestazioni degli stessi collectors».³⁵⁵

³⁵⁰ «prostrate physically and mentally, pressed down by debt, by destitution- exhibiting a dead level of squalid pauperism, misery, and starvation», *Ivi*, colonna 50

³⁵¹ *Ivi*, colonna 55. «The experience of Bengal, where the zemindarry system had been introduced and where the ryots had unhappily been abandoned to harsh and cruel Native landlords, was most unfavourable; for here the population were as miserable as any in India».

³⁵² *Ivi*, colonna 51: «(...) it would require a very strong case to induce the House to take such a step as that».

³⁵³ «(...) The great object of the Madras Government was to get 10s. a year out of a man who had only 8s». *Ibidem*.

³⁵⁴ *Ivi*, colonna. 61: «tortures, similar in their character to those which were applied in the beginning of the last century, were resorted to for the purpose of extorting the required amount».

³⁵⁵ *Ibidem*.

La Camera era divisa, ma nessuno dei membri presenti si spinse a negare la veridicità delle affermazioni di Seymour.³⁵⁶ Intanto la questione coinvolse anche la Presidenza del Bengala. Mr. Otway sosteneva che il ricorso alla tortura prevalesse in tutti i territori indiani, costituendo una conseguenza inevitabile del sistema di governo istituito dalla *East India Company*:³⁵⁷ nei territori dell'interno il governo del *civil service* cede di fronte all'autorità dei «crudeli» nativi, e la commistione di poteri è tale da rendere superflua ogni distinzione tra *civilians* e *uncovenanted servants*. In più lo spirito corporativo dei membri del *civil service* impedisce qualsiasi controllo sulle condotte degli ufficiali. Al fine di fugare ogni dubbio sull'esistenza del fenomeno della tortura, Mr. Otway legge alla Camera un estratto della corrispondenza tra Mr. Seymour e Mr. Theobald: quest'ultimo («a member of the Calcutta bar») sostiene di avere assistito, presso Barrackpore in Bengala, al tentativo di un *darogah* di interrogare un individuo sospettato di furto attraverso il procedimento del *thumb-screw*.³⁵⁸ L'intervento di Mr Elliot riportò il dibattito sulla questione dell'imposta fondiaria (*revenue*); questi dichiarò di non essere mai venuto a conoscenza, durante trent'anni di servizio, del ricorso alla tortura finalizzato al pagamento dell'imposta fondiaria. E sebbene fosse possibile che ci siano stati casi di cattivi comportamenti da parte degli ufficiali nativi, «torture had never been resorted to as a system for the purpose of collecting revenue in any part of India»³⁵⁹ La Camera rimase divisa (“Ayes 59; Noes 64: Majority 5”), ma il dibattito parlamentare suscitò l'attenzione della *East India Company*. La Corte dei Direttori scrisse al

³⁵⁶ Mr. Mangles ad esempio sostiene di non avere mai sentito parlare, nei lunghi anni di servizio in India, di un singolo caso di ricorso alla tortura per riscuotere la land-tax, sebbene sia impossibile “to prove a negative”. Nemmeno gli ufficiali connessi con la Company prendono posizione sull'argomento, tanto che Mr. Henley afferma “that it would strike the British public with surprise, that no Member of the Government had denied what was, at all events, a most appalling statement”. *Ivi*, colonna 87

³⁵⁷ *Ivi*, cit., colonna 89.

³⁵⁸ *Ivi*, riportato alla colonna 89.

³⁵⁹ *Ivi*, colonna. 90.

al Governo del Bengala (2 agosto 1854) raccomandando di indagare sul caso denunciato da Mr. Otway.³⁶⁰

Più di un mese dopo lo svolgimento di questo dibattito, il sottosegretario al Governo del Bengala invitò Mr. Theobald a fornire tutte le informazioni utili allo svolgimento dell'inchiesta.³⁶¹ Il 18 Ottobre 1854 Mr. Theobald rispose all'invito del Governo, iniziando la sua lettera con la descrizione del caso riportato in Parlamento.³⁶² «Due donne, un gentiluomo ed io, risalivamo da Barrackpore, portando una borsa contenente 400 rupie che al nostro arrivo non è stata ritrovata». Il caso fu denunciato alla polizia locale e il *darogah*, dopo un'indagine senza risultati, propose di torturare attraverso *thumb-screw* un uomo da lui sospettato. Il permesso fu naturalmente negato, e il ladro non fu trovato né la borsa recuperata. Il caso descritto accadde nel 1847; ma Theobald fornì altri esempi di tortura avvenuti nei territori del *Mofussil* (zona di *hinterland* rurale). In particolare riferì di un caso avvenuto nel distretto di Bhear (o Gaya), lontano decine di miglia dalla *sudder station*, dove si perse un bambino e tutti credettero che fosse stato ucciso per il furto dei suoi ornamenti. I sospetti ricaddero su una donna dello stesso villaggio, che rese una confessione in seguito alla quale il corpo del bambino e i suoi ornamenti furono ritrovati. Theobald raccolse informazioni sulla vicenda: «'In che modo la donna fu portata a confessare?'. Mi fu risposto, attraverso la tortura. 'Che tipo di tortura?'. Mi fu descritto il procedimento; ne avevo sentito parlare prima, ma mi è impossibile ripeterne la descrizione; è sufficiente riportare che ciò è avvenuto attraverso *chillies* applicati al corpo della donna nella maniera più barbare e brutale possibile e che provoca la più atroce delle sofferenze'». ³⁶³

³⁶⁰ *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.* House of Commons Parliamentary Papers, Session 1854-55, Paper n. 183, Vol. 40, pp. 1-5 (541-551). *Judicial department, 2 August (No. 11) 1854. Our Governor of the Presidency of Fort William, in Bengal, Ivi*, p.3 (543).

³⁶¹ *Copy of letter from the Court of Directors of the East India Company, cit., Judicial, No. 2067. From Hodgson Pratt, Esq., Under Secretary to the Government of Bengal, to W. Theobald, Id.*, p. 4 (544).

³⁶² *Copy of letter from the Court of Directors of the East India Company, cit., From W. Theobald, Esq., to Hodgson Pratt, Esq., Under Secretary to the Government of Bengal.*, p. 5 (545).

³⁶³ *Ibidem*, corsivo mio.

Come è stato sottolineato dalla storiografia, il ruolo della polizia nella società rurale del Bengala è stato di non poca rilevanza. Nell'analisi di Basudev Chatterji, la polizia rurale - concepita ad un tempo come strumento di difesa dell'autorità della Compagnia contro i disordini locali e di penetrazione di tale autorità nella dimensione rurale- costituiva una componente importante dell'apparato di controllo designato dalla Compagnia per il mantenimento dell'ordine nella società rurale.³⁶⁴ Ritornando al caso descritto, il luogo in cui la donna rese la confessione distava ventisei miglia dalla stazione del magistrato, e secondo Theobald esistono esempi di *towns* vastamente popolati lontani oltre quaranta miglia dal primo ufficiale europeo e dove l' "autorità" è rappresentata dal *darogah* e dai corpi di polizia nativa. Secondo Mr. Theobald, in questi casi «i poteri della polizia, e in larga misura dell'ufficio del magistrato, sono controllati dal darogah secondo i concetti nativi di «giusto», e il vero magistrato, lontano 40 miglia (...) non potrebbe né effettivamente dirigere né controllare». ³⁶⁵ Ciò produce conseguenze tutt'altro che positive: la tortura, ad esempio, è contraria ai principi del governo e alle *regulations* della Presidenza, ma il fatto che i territori dell'interno fossero poco soggetti allo scrutinio europeo, limitava di molto l'azione di controllo sulla polizia locale, avvezza da sempre a pratiche riprovevoli. Di certo le autorità britanniche non avevano autorizzato le torture: sostenere che tale fenomeno continui ad esistere equivale ad «affermare che un antico costume del paese, comune ad Indù e Musulmani, incorporato nei sistemi nativi di giustizia e di polizia, non è stato ancora del tutto

³⁶⁴Basudev Chatterji, *The Darogah and the Countryside*, cit., pp.37-38., che sostiene però che tali obiettivi della Compagnia sono stati presto disattesi a causa della scarsa efficacia dell'attività di polizia nel controllo della criminalità rurale.

³⁶⁵*Copy of letter from the Court of Directors of the East India Company*, cit., From W. Theobald, Esq., to Hodgson Pratt, Esq., Under Secretary to the Government of Bengal., p. 6 (546), virgolettato mio.

estirpato». ³⁶⁶ Sotto vari aspetti, dunque, il sistema stabilito dalla *East India Company* si è rivelato del tutto fallimentare.³⁶⁷

Il Governo scrisse nuovamente a Mr Theobald informandolo di un'imminente inchiesta; la magistratura doveva indagare sugli accadimenti di Bhear e a tal fine si ricercava la collaborazione del gentiluomo: «(...) desideriamo chiederle se avesse obiezioni a comunicare al governo il nome della persone che l'ha informata del caso e di indicare la località dove questo sarebbe accaduto». ³⁶⁸ Il 3 Novembre 1854 Mr. Theobald fornì ulteriori particolari del caso riferito ma non rivela il nome dell'informatore.³⁶⁹ Il caso venne comunque rintracciato dal magistrato di Bhear, Mr. Fowle, e fu oggetto di una fitta corrispondenza con il Governo.³⁷⁰ Intanto Mr. Theobald informò il Governo di avere continuato ad indagare sulla questione: «Al fine di raccogliere prove, ho pubblicato, come siete a conoscenza, la prima parte di questa corrispondenza, e prego di lasciarmi riferire alcuni dei risultati». ³⁷¹ Mr. Theobald sosteneva di

³⁶⁶*Copy of letter from the Court of Directors of the East India Company*, cit., From W. Theobald, Esq., to Hodgson Pratt, Esq., Under Secretary to the Government of Bengal. La citazione a p.5 (545).

³⁶⁷ «(...) the East India Company's system has failed; I allude particularly to the main feature of it, that of carrying on all the Mofussil administrations by an ill-paid and almost exclusively native agency, from which natives of rank, wealth, and personal importance, and Europeans of good circumstances and condition, and the legal profession, are virtually excluded, under the sole superintendence of a few imported highly privileged persons, invidiously designated as a close body, "the civile service" (...).» In *Copy of letter from the Court of Directors of the East India Company*, cit., p. 6 (546). La diffusione dell'*agency* europea -necessaria ad estirpare quelle pratiche prevalenti sotto i governi nativi e che ripugnano quello europeo- non può avvenire senza la debita presenza sul territorio di ufficiali europei: «one magistrate, for example, to a large tract of country and large population, with only such a police as the existing one, is not adapted to the extirpation of native custom». *Ibidem*.

³⁶⁸ Judicial, No. 2,359. From W. Grey, Esq., Secretary to the Government of Bengal, to W. Theobald, Esq., in *Copy of letter from the Court of Directors of the East India Company*, cit., pp. 6-7 (546-547). La citazione a p. 7 (547).

³⁶⁹*Copy of letter from the Court of Directors of the East India Company*, cit. From W. Theobald, Esq., to W. Grey, Esq., Secretary to the Government of Bengal. pp. 7-9 (547-549).

³⁷⁰ *Copy of a despatch from the President of the council of India in council, dated 18 April 1855, as to an alleged case of torture in India (in continuation of Parliamentary Paper, no. 183, of session 1855)*. House of Commons Parliamentary Papers, Session 1854-55, Paper N. 346, Vol. 40, pp. 553-561.

³⁷¹*Copy of letter from the Court of Directors of the East India Company*, cit. From W. Theobald, Esq., to W. Grey, Esq., Secretary to the Government of Bengal. citazione a p. 7 (547).

avere ricevuto moltissime comunicazioni, alcune particolarmente interessanti;³⁷² in particolare, riportava l'opinione di un suo informatore, un uomo rispettabile, «*manager* di una delle più grandi aziende del Bengala», secondo cui il ricorso alla tortura da parte della polizia era pressapoco sistematico: il *darogah* è obbligato dalla natura degli ordini che riceve a ricorrere a metodi illegali di indagine, «in modo che la giustizia abbia le sue vittime e l'ufficiale possa conservare la sua reputazione e posizione»³⁷³. Un informatore nativo, poi, si spinse ad accusare i magistrati di connivenza, e fornì un esempio: «“(…) c'è stato un caso, poche settimane fa, di un venditore di bolli che erano stati rubati dagli archivi della *Sudder*. Ero presente quando fu portato davanti al magistrato Mr. Fergusson. Mr Buckland, il cancelliere, era l'accusatore».³⁷⁴ All'imputato fu chiesto da quale degli *amlahs* (funzionario minore della corte) avesse ricevuto i bolli; l'uomo non rispose, e il magistrato, sconcertato dall'ostinazione dell'uomo disse: «‘Perché il *budyut* (*furfante*) non confessa (*cabool na kurta*)?’».³⁷⁵ La domanda venne indirizzata al *darogah* che teneva in custodia l'imputato, e l'ufficiale disse: «‘Lo farò confessare’». Il *darogah* lo condusse nella parte più remota della stanza e dopo un breve colloquio lo riportò di fronte al magistrato, a cui l'uomo denunciò, facendone il nome, uno degli *amlahs* per avergli venduto i bolli. Quando Theobald domandò al suo informatore come era venuto a conoscenza di ciò che era avvenuto tra il *darogah* e l'imputato, gli fu risposto: « ‘C'era una grande folla; ciò non avvenne presso la corte ma in una stanza della *Sudder*. L'imputato fu portato attraverso la folla nella parte più remota della

³⁷² Riporto una parte della lettera di Mr. Theobald: «“Vuole ogni caso di tortura?” mi domandò un gentiluomo che aveva letto la corrispondenza sul giornale; mi descrisse brevemente un caso in cui un *darogah*, dopo un'infruttuosa indagine relativa ad un caso di *durocity*, tentò di coinvolgere il capo villaggio e parte del suo establishment ad un tempo chiedendogli soldi e facendo ricorso alla tortura. Essendo venuto a conoscenza del fatto, il gentiluomo percorse 60 miglia per informare il magistrato dell'accaduto; l'ufficiale lo ascoltò di malumore, (...) e sembrò non dare importanza alla denuncia». Alla richiesta di spiegazioni da parte del gentiluomo, «il magistrato replicò che avrebbe atteso il resoconto del *darogah*. “Ma è del *darogah* che vengo a lamentarmi”. Non gli fu data altra risposta, e il denunciante ritornò dalla sua missione totalmente fallimentare». *Copy of letter from the Court of Directors of the East India Company*, cit. From W. Theobald, Esq., to W. Grey, Esq., Secretary to the Government of Bengal. citazione a p. 8 (548).

³⁷³ *Ibidem*.

³⁷⁴ *Copy of letter from the Court of Directors of the East India Company*, From W. Theobald, Esq., to W. Grey, Esq. p, cit. 9 (549)

³⁷⁵ *Ibidem*.

stanza e quelli che erano vicini sentirono cosa accadde. Il darogah disse all'imputato, 'Suppongo tu sappia chi io sia; se non confessi verrai chiuso tutta la notte con me'.³⁷⁶

Mr. Fergusson si difese dalle accuse e il Governo del Bengala fu molto soddisfatto della reazione del magistrato.³⁷⁷ In una lettera indirizzata alla Corte dei Direttori (8 novembre 1854) il vice governatore F. J. Halliday comunicava infine i risultati delle indagini condotte.³⁷⁸ Nell'analisi del Governo, il fenomeno della tortura riguardava esclusivamente i sudditi nativi: la riprovevolezza che l'idea della tortura suscita in ogni inglese e la severità con cui, nei territori dell'India britannica, questa pratica viene punita, hanno invece contribuito ad abbattere il fenomeno la cui definitiva scomparsa dipenderà dal progresso della popolazione indigena in civilizzazione e conoscenza.³⁷⁹ Del resto, non c'è da meravigliarsi se, nonostante la benefica influenza del governo britannico, i sudditi indiani continuano a confidare nell'utilità della tortura: sebbene la tortura giudiziaria sia da secoli sconosciuta al sistema processuale inglese, tale pratica «ha costituito parte del sistema di diritto di molti paesi europei fino alla metà del secolo scorso, ed in Francia non è stata abolita fino al 1789».³⁸⁰ Nell'analisi del Governo del Bengala, i casi di maltrattamento da parte della polizia erano del tutto episodici. Ma nel settembre 1855, il marchese di Dalhousie (1812-1860) — Governatore generale dell'India Britannica dal 1848 al 1856 — scrisse alla Corte dei Direttori sottolineando l'inutilità di svolgere ulteriori indagini sul fenomeno: sebbene gli ufficiali europei facciano di tutto per prevenire il ricorso alla tortura da parte dei loro sottoposti, non

³⁷⁶ *Ibidem*.

³⁷⁷ Il 7 novembre 1854 Mr Fergusson invia una lettera al segretario del governo del Bengala. Secondo il magistrato, l'imputato aveva rivelato a Mr. Buckland il nome della persona che gli aveva fornito i bolli prima che il caso fosse portato a conoscenza della polizia; in più nega di avere incontrato l'imputato in una stanza della *Sudder Court*, o al di fuori del "corso ordinario degli affari nella corte criminale": «Quando il venditore di bolli venne portato davanti a me nella corte criminale, gli ho domandato ripetutamente se la sua affermazione fosse perfettamente volontaria. Mi ha assicurato nella maniera più esplicita che lo fosse (...) voleva dire tutta la verità sperando di assicurare il ladro alla giustizia». *Copy of letter from the Court of Directors of the East India Company*, From the Magistrate of the 24 Pergunnahs to the Secretary to the Government of Bengal, p.10 (550).

³⁷⁸ *Copy of letter from the Court of Directors of the East India Company*, cit., Government of Bengal. Judicial, No. 26 of 1854. To the Honourable the Court of Directors of the East India Company. *Ibidem*, p. 3 (543)

³⁷⁹ Government of Bengal. Judicial, No. 26 of 1854. cit., p. 4.

³⁸⁰ *Ibidem*.

c'è alcun dubbio che tale pratica prevalga in ogni stato nativo dell'India, e in ogni provincia britannica.³⁸¹

Abbandonato l'iniziale atteggiamento di prudenza da parte del governo coloniale, i magistrati europei del Bengala iniziarono a documentare un numero rilevante di casi di tortura. Alcuni ufficiali manifestarono particolare zelo nel denunciare e punire questi fenomeni. Tra questi, Mr. Fergusson che in una lettera inviata al *Commissioner of Circuit* della divisione di Nuddea (7 novembre 1855), rese conto di un caso verificatosi presso il *thannah* Kidderpore e immediatamente punito:³⁸² «Ne sono venuto a conoscenza sabato sera, ho condotto le indagini domenica, e ho imprigionato gli accusati lunedì. Il caso fu trattato questo stesso giorno dal giudice aggiunto».³⁸³ Le pene comminate vanno dalla reclusione semplice per un anno alla reclusione con duro lavoro e in catene per sette anni.³⁸⁴ La vicenda venne comunicata al Governo del Bengala che manifestò la più grande approvazione per l'operato di Mr.

³⁸¹ Home Department, 22 September (No.15) 1855. "To the Honourable the Court of Directors of the East India Company", in *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 House of Commons Parliamentary Papers, Session 1857 (2), Paper No. 117, Vol. 29, pp. 1- 127 (509-635). Citato alla p. 1 (509).

³⁸² *Copy of all letters, or extracts from letters, relating to cases of alleged torture in India, Letter from the Magistrate of the 24 Pergunnahs to the Commissioner of Circuit, Nuddeah Division, 7 November 1855*, cit., pp. 10-11 (518-519).

³⁸³ *Copy of all letters, or extracts from letters, relating to cases of alleged torture in India*, fonte citata; *Letter from the Magistrate of the 24 Pergunnahs to the Commissioner of Circuit, Nuddeah Division, 7 November 1855*, cit., p. 10 (518).

³⁸⁴ La vicenda è la seguente: Il giorno 27 di ottobre, il *keeper* della prigione di Allipore comunicò al magistrato che un ladro di nome Muntoo, inviato dal *thannah* Kidderpore, denunciava di essere stato torturato dalla polizia. Il giorno seguente Fergusson si recò presso l'ospedale della prigione per raccoglierne la deposizione: «presentava segni evidenti di maltrattamenti, soprattutto alle spalle, ai fianchi, sulle parti posteriori del corpo; ho visto una gran quantità di sangue rappreso(...)». Il ladro denunciava di essere stato sospeso per le braccia e colpito mentre si trovava in quella posizione; il fatto era avvenuto presso l'abitazione del *mohurrer* del villaggio alla presenza di alcuni testimoni. Il magistrato si reca sul posto assieme al prigioniero; quest'ultimo gli indicò la trave del soffitto alla quale era stato sospeso. Fergusson, non avendo dubbi sulla veridicità della denuncia, procede al rinvio a giudizio del *mohurrer* e di alcuni *burkundauses*. Il *darogah* di Kidnapore, che non prese parte alla vicenda, venne sospeso dal servizio; Mr. Fergusson propone di adottare la linea più intransigente: «as a general rule I consider that whenever torture is proved to have been inflicted at any police station, the chief resident police officer should be dismissed from the Government service, whether he was actually present at torture or not». In, *Copy of all letters, or extracts from letters, relating to cases of alleged torture in India, Letter from the Magistrate of the 24 Pergunnahs to the Commissioner of Circuit, Nuddeah Division, 7 November 1855*, fonte citata; le citazioni a p. 11.

Fergusson.³⁸⁵ Anche la rivista *The Philanthropist*³⁸⁶ sottolineò come il caso, seppure denunciato con ritardo, fosse stato risolto nel più breve tempo possibile,³⁸⁷: il magistrato è stato informato del fatto dal *keeper* della prigione di Alipore, sebbene gli abitanti del villaggio abbiano sentito l'uomo gridare; in qualsiasi paese europeo la popolazione stessa avrebbe dato l'allarme.³⁸⁸ In ciò sta il grande ostacolo alle riforme: «No Bengalee cares one jot for human suffering, and the fact is at once the true explanation of the practice and the greatest obstacle to its suppression».³⁸⁹

³⁸⁵ *Copy of all letters, or extracts from letters, relating to cases of alleged torture in India*, fonte citata. *Letter from the Commissioner of Circuit, Nuddea Division, to the Secretary to the Government of Bengal. Allepore, 13 November 1855*, pp. 9-10 (517-518). *Letter from the Under-Secretary to the Government of Bengal to the Commissioner of Circuit, Nuddea Division. Fort William, 17 December 1855*, pp.11-12 (519-520).

³⁸⁶ «*The Philanthropist, and prison and reformatory gazette; a record of social amelioration, and journal of charitable institutions*», Printed by George Watson, Published at the Philanthropist Office, 289, Strand, London, Saturday, March 1, 1856. No. 10, March 1, London, 1856.

³⁸⁷ «The case was fully proved, and on the following morning, not 36 hours after the crime had been committed, the Mohurrir and his accomplices were committed for trial. Ten days after they were working in chains in the Alipore gaol».*The Philanthropist, and prison and reformatory gazette*», cit., p. 248

³⁸⁸ «There was no horror, no excitement, and no sympathy. The witnesses gave their evidence reluctantly, and we question whether the Mohurrir is not still considered in his own class, an injured man». *Ibidem*.

³⁸⁹ *Ibidem*.

3. Competenze fiscali e poteri di polizia: il caso di Madras

Le denunce presentate presso la Camera dei Comuni preoccupavano non poco anche il Governo di Madras che nel settembre 1854 istituì una speciale commissione di inchiesta.³⁹⁰ Ma il ricorso alla tortura da parte degli ufficiali nativi, costituiva una pratica ben nota alle autorità della Presidenza: nella minuta di consultazione del 19 settembre 1854, H. C. Montgomery ricordava come da anni il Governo compiesse ogni sforzo per prevenire queste pratiche tanto contrarie «ad ogni principio di umanità e sovversive dei fini della giustizia».³⁹¹ Anche le *old authorities* sembravano nutrire ben pochi dubbi sull'ampia diffusione della tortura nelle aree sud-orientali della penisola indiana: in un ordine circolare del 1806 la *Faujdar Adalat*, suprema corte criminale della presidenza, istruiva i magistrati sulle violenze praticate dalla polizia nel corso delle indagini, e nel 1820 il *Board of Revenue* parlava della necessità di proteggere i contadini dagli abusi di autorità praticati dai *collectors* nativi

³⁹⁰ *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", PP, 1854-55, n. 420, Vol. 40, pp. 1-314 (579)-(892). Appendix (A) pp. 49-58 (627-636).* Le fonti prese in esame dalla commissione sono varie ed eterogenee ed abbracciano un periodo di oltre cinquant'anni. Al fine di valutare se il ricorso alla tortura costituisca una prassi radicata nel tempo, ovvero un fenomeno peculiare degli anni a cavallo della metà del secolo, la commissione analizza le opinioni di quelle autorità (definite "old authorities") che operavano già dagli inizi dell'Ottocento; tra queste, in particolare, rivestono una posizione di rilievo le opinioni della *Fujdaree Adawlut*, suprema corte criminale, e quelle di altri organi della Compagnia, come il *Board of Revenue* e la Corte dei Direttori. In secondo luogo vengono esaminate le posizioni delle moderne autorità che operano principalmente nei territori dell'hinterland rurale di Madras, ossia i magistrati/collector ed i giudici civili e di sessione, nonché il personale medico in servizio presso le prigioni distrettuali. Parte importante del materiale esaminato dalla commissione è costituito dalle quasi duemila denunce ricevute sia personalmente sia attraverso lettera, relative a casi di maltrattamenti verificatisi nell'arco di circa sette anni. Centinaia di denunce di casi di maltrattamenti offrono poi un'interessante istantanea dei rapporti esistenti nelle aree rurali della presidenza di Madras, consentendo altresì di ricostruire le principali tecniche utilizzate per esigere i pagamenti: i tormenti più diffusi consistono nello schiacciamento delle dita attraverso il *kittee*, una macchina semplice composta da due bastoncini legati insieme ad una delle estremità; nella pressione esercitata sulle cosce o sulla schiena; nel procedimento dell'*anundal* che consiste nel legare insieme il collo e i piedi di un uomo. Ibidem, report, p. 33. Secondo alcune testimonianze, le persone rispettabili del villaggio sono di regola immuni da questi tormenti, ben conosciuti invece dagli individui di carattere problematico: coloro che non pagano gli arretrati, ovvero coloro che consumano tutto il loro grano senza riservare una porzione per il *teerwah* che devono pagare. Appendix (G) No.1, Statement of the Ex-Revenue Officer of North Arcot., 215-216 (793-794). Il report citato è stato analizzato a fondo da Douglas Peers. D.M. Peers, *Torture, the Police, and the Coloniale State in the Madras Presidency*, cit.

³⁹¹ *Torture (Madras)*, cit., *Public Department - No. 955. Extract from the Minutes of Consultation, dated 19 September 1854*, p. 55 (633).

dell'imposta fondiaria.³⁹² Secondo un discorso che si ritrova in più fonti, che la tortura fosse una pratica "tipica" della società pre-coloniale, costituiva un fatto storico indubitabile.³⁹³ Ma nell'analisi della commissione di inchiesta, la pericolosa incidenza della tortura nelle aree rurali della Presidenza dipendeva almeno in parte dal sistema di polizia istituito nel primo quarto del secolo³⁹⁴.

Come abbiamo visto in precedenza, nell'ambito della riorganizzazione giuridico-amministrativa dei territori sud-orientali avvenuta tra il 1814 e il 1816,³⁹⁵ la Compagnia propendeva per l'adozione di un modello di polizia e di un sistema giurisdizionale locale conforme alle tradizioni della comunità-villaggio. La *Regulation XI* del 1816 recepì in pieno le osservazioni della Corte dei Direttori riunendo la gestione delle entrate fiscali del distretto e la soprintendenza dell'attività polizia sotto un'unica autorità e attribuendo ai *tahsildars* un importante ruolo di "mediazione" tra le autorità del villaggio e il magistrato europeo.³⁹⁶ I difetti di questo sistema si sono ben presto manifestati: secondo quanto documentato dalla commissione, quando gli abusi di autorità venivano posti in essere dagli alti ufficiali nativi, portare la denuncia al di fuori del villaggio, presso il magistrato/collector o presso i giudici di Madras, poteva rappresentare l'unica possibilità di ottenere giustizia,³⁹⁷ più in generale, poi, nei casi in cui le denunce riguardassero persone potenti o di buona fama, erano gli stessi

³⁹² Circular Order of the Court of Foujdaree Adawlut, 27th May, 1806. Ibid. Appendix (B) pp.58-59 (636-637)). Nella prima parte del *report*, la commissione riporta l'opinione delle "old authorities". *Torture (Madras)*, cit. p. 31 (609). In merito, D.M. Peers, *Torture, the Police, and the Coloniale State in the Madras Presidency*, cit. pp. 33-34.

³⁹³ Cfr. *Torture (Madras)*, cit. p. 5. In merito anche N. Chevers, *A Manual of Medical Jurisprudence for Bengal and the North-Western Provinces*, Calcutta, F. Carberry, 1856, pp. 200-237.

³⁹⁴*Torture (Madras)*, cit. p. 40.

³⁹⁵In merito E. Stokes, *The English Utilitarians and India*, cit., p. 141-144. D.M. Peers, *Torture, the Police, and the Coloniale State in the Madras Presidency*, cit. pp. 35-39. Sulle comunità villaggio, cft., B.H. Baden Powell, *Indian village community*, Longmans, Green, and co., London, New York, and Bombay, 1896.

³⁹⁶ *Papers relating to East India affairs: viz. regulations passed by the governments of Bengal, Fort St. George, and Bombay, in the year 1816*, House of Commons Parliamentary Papers, Session 1819, Paper N. 38, Vol. 13, pp. 1-182 (165-346). *Regulations Passed by the Governor in Council of Fort St. George, in the Year 1816*. N. XI, pp. 122-129.

³⁹⁷ Interessante il caso di Sambaseva Reddy, abitante del villaggio di Rambaukum. Questi, che in passato aveva subito violenze da parte di un tahsildar, denuncia il caso ai commissari di Madras. "I did not complain, because the tahsildar is both a magistrate and a revenue officer. To whom can I complain?". *Torture (Madras)*, cit. Appendix (E), No. 12 p. 155 (733).

ufficiali nativi —ben consapevoli delle relazioni di potere interne alla comunità— ad indirizzare i denunciati verso gli ufficiali di giustizia europei.³⁹⁸ Secondo i commissari la concentrazione delle competenze fiscali e di polizia impediva qualsiasi azione di controllo sull'operato degli ufficiali addetti alla riscossione dell'imposta fondiaria.³⁹⁹ In più, le *regulations* attribuivano ai *tahsildars* forti poteri investigativi ed una limitata autorità giurisdizionale: la possibilità di procedere alla cattura del sospettato, di decidere sull'ammissione a cauzione o la sua liberazione, il potere di comminare in via del tutto informale multe e periodi di detenzione, attribuivano agli ufficiali nativi un potente strumento coercitivo e il potere «di punire e imprigionare»⁴⁰⁰ utilizzato non di rado per obbligare i contadini a pagare, ma anche per raggiungere guadagni illeciti o vendicarsi delle fallite estorsioni.⁴⁰¹

Anche i casi di ricorso a metodi illegali di interrogatorio e di indagine sono molti e talvolta ben documentati; e non mancano casi di punizioni esemplari ampiamente pubblicizzati su richiesta delle alte corti di giustizia: nell'ottobre 1824,⁴⁰² ad esempio, la *Faujdari Adalat* dispose di rendere noto attraverso pubblici proclami che l'11 dicembre 1820 Hussien Khan, *ameen* di polizia di Attoor nel distretto di Salem, era stato condannato a morte (e la sua

³⁹⁸ Significativo il caso di Baulambal, una donna che ha denunciato alla commissione di essere stata torturata su ordine di Woolagananda Tamberan. "(...) as soon as I was well enough, I and my mother went to complain to the peishar. He said that Tamberan was a rich and powerful man, and we had better go to the collector". *Torture (Madras)*, cit., Appendix (E), pp. 161-163 (739-741).

³⁹⁹ *Torture (Madras)*, cit. p. 40. Ben diverso secondo la commissione il caso della città di Madras, territorio soggetto alla giurisdizione della *Supreme Court of Judicature*, dove l'establishment della revenue, soggetto all'autorità del collector, costituisce un corpo autonomo e distinto da quello di polizia, e dove quest'ultimo, soggetto all'autorità del magistrato, svolge un'efficace funzione di controllo sull'operato del primo.

⁴⁰⁰ L'espressione è stata utilizzata dal *Board of Revenue* nel 1818. *Torture (Madras)*, cit p. 8.

⁴⁰¹ E' ciò che accadde quando Audenarrainapah, mercante di zucchero del distretto di Cuddapah, rifiutò di pagare la somma di 245 rupie richiesta come dono di nozze da Junnadee Shunkara Royal, *zemindar* e capo della polizia di Poonganoor. Audenarrainapah fu accusato di omicidio e venne tenuto in custodia per 16 giorni. Alla fine della detenzione gli fu intimato di confessare il crimine o di pagare 100 rupie per la sua liberazione; fu quindi torturato, sospeso per un braccio per circa 10 minuti. Quando alla fine il mercante pagò parte della somma richiesta, fu liberato dalle accuse. *Torture (Madras)*, cit., Appendix (E), N.26, pp.163-165 (741-743).

⁴⁰² *Torture (Madras)*, cit., Appendix (B.). Circular Order of the Court of Foujdaree Udawlut, 29 October 1824, p. 63 (641).

sentenza era stata eseguita) per avere picchiato e ordinato di legare le mani e i piedi di Moottan, prigioniero accusato di furto morto a seguito dei maltrattamenti.⁴⁰³

Già a partire dall'inizio del secolo le alte giurisdizioni della presidenza raccomandavano agli ufficiali minori di vigilare che i termini di custodia non venissero protratti illegittimamente e che l'accusato non subisca violenze da parte della polizia.⁴⁰⁴ Secondo le regole processuali, il *tahsildar* era autorizzato a ricevere denunce di reato. Se le denunce riguardavano reati gravi, l'ufficiale doveva condurre un'inchiesta sui fatti, procedere alla cattura dell'accusato e riceverne l'eventuale confessione. All'esito delle indagini, che non avrebbero dovuto protrarsi oltre quarantotto ore, il prigioniero doveva essere inviato all'autorità giudiziaria, insieme agli eventuali testimoni.⁴⁰⁵ Anche il magistrato del distretto era autorizzato a ricevere denunce, e agiva diversamente a seconda della natura del reato: i più gravi —omicidio, rapina, incendio doloso, furto, contraffazione di monete e altri reati che turbano la pace del territorio— erano

⁴⁰³ Secondo la Corte è necessario comunicare agli ufficiali nativi di polizia che nessuno sarà esente da punizioni in ragione dell'obbedienza ad un ordine di un superiore. A tal fine dispone di rendere noto che un *kolhar* agli ordini di Perambraoora Dresha Menon, ultimo *peishear* del *talook* Kartinaad, è stato condannato a 39 frustate e ad essere imprigionato con duro lavoro e in catene per sette anni, per avere preso parte ai maltrattamenti di Punjab, un prigioniero deceduto nel tentativo di estorcere una confessione. *Torture (Madras)*, cit., *Appendix (B.)*. *Circular Order of the Court of Foujdaree Udawlut, 29 October 1824*, p. 63 (641).

⁴⁰⁴ Nella Proclamation del 27 maggio 1806 la Corte trasmette istruzioni a tutti i magistrati. "(...) you are hereby required carefully to instruct your immediate servants, and all others employed by you, and generally all persons within the limits of your jurisdiction, to abstain from all act of violence towards persons apprehended by them, or committed to their custody on charge of criminal nature". *Torture (Madras)*, cit., *Appendix (B.)*. *Circular Order of the Court of Foujdaree Udawlut, 27 May 1806*, pp.58-59. Significativo un ordine circolare del 1836, col quale la *Fujdaree Adawlut* invoca la cooperazione dei magistrati «in checking the abuses of delegated power, and preventing their native subordinates from converting into an instrument of oppression, that power with which the law has entrusted them for the protection of their fellow-subjects, and the suppression of crime». Nell'ordine circolare del 1836 la Corte ribadisce che i magistrati dei diversi distretti della Presidenza indirizzino istruzioni a tutti gli ufficiali di polizia di villaggio soggetti al loro rispettivo controllo, proibendo di confinare le persone alla gogna per qualsiasi motivo, eccetto a seguito di sentenza, qualora tale pena sia prevista dalle *Regulations*. *Torture (Madras)*, cit., *Appendix (B.)*. *Circular Order of the Court of Foujdaree Udawlut, 29 April 1836*, p. 63-64 (641-642).

⁴⁰⁵ *Papers relating to East India affairs: viz. regulations passed by the governments of Bengal, Fort St. George, and Bombay, in the year 1816*, House of Commons Parliamentary Papers, Session 1819, Paper N. 38, Vol. 13, pp. 1-182 (165-346). *Regulations Passed by the Governor in Council of Fort St. George, in the Year 1816*. N. XI. Sezioni XXV-XXXVIII.

stati dichiarati *not bailable*.⁴⁰⁶ In questi casi il magistrato, se avesse ritenuto veritiera la denuncia e se questa fosse stata corroborata dal giuramento (o dalla solenne dichiarazione) del denunciante o delle persone di buona fama capaci di testimoniare sul fatto,⁴⁰⁷ avrebbe emanato un ordine per la cattura del denunciato.⁴⁰⁸ Assicurata la custodia, il magistrato procedeva all'esame dei testimoni (che deponevano sotto giuramento) e riceveva le eventuali dichiarazioni confessorie del sospettato; in tale ultimo caso il magistrato curava che la dichiarazione, che doveva essere confermata da persone rispettabili così come richiesto dal diritto musulmano, fosse spontanea e volontaria⁴⁰⁹ e non fosse la conseguenza di punizioni corporali o maltrattamenti subiti in seguito alla cattura.⁴¹⁰ La *Faujdari Adalat* raccomanda va da sempre la massima circospezione nel ricevere la confessione. Nei casi criminali, giudici e magistrati dovevano tenere ben presente che: «(...) una confessione resa davanti ad un ufficiale nativo di polizia, non corroborata da altre prove, è del tutto insufficiente per la

⁴⁰⁶ *Papers relating to East India affairs: viz. regulations passed by the governments of Bengal, Fort St. George, and Bombay, in the year 1816*, House of Commons Parliamentary Papers, Session 1819, Paper N. 38, Vol. 13, pp. 1-182 (165-346). *Regulations Passed by the Governor in Council of Fort St. George, in the Year 1816*. N. IX. Sez. X, *First*. Rispetto ai crimini *bailable*: "If the magistrate shall in any bailable case judge it proper to authorize the officer to whom the warrant is committed to receive bail for appearance (with or without security for keeping the peace), it shall be so specified in the warrant, with the extend of the bail (and security) required (...)".

⁴⁰⁷ *Papers relating to East India affairs: viz. regulations passed by the governments of Bengal, Fort St. George, and Bombay, in the year 1816*, House of Commons Parliamentary Papers, Session 1819, Paper N. 38, Vol. 13, pp. 1-182 (165-346). *Regulations Passed by the Governor in Council of Fort St. George, in the Year 1816*. N. IX (pp. 101-113) Sez. XIII, "no warrant for apprehension shall be issued on a complaint, unless the truth of the charge be deposed to on oath (or under a solemn declaration), either by the complainant himself or by some other credible person". Tuttavia la norma specifica che: "This shall not however be construed to restrict a magistrate from issuing process to apprehend a person suspected of having committed a heinous crime, or for whose apprehension sufficient cause may appear upon the report of a police officer, or upon any other credible information".

⁴⁰⁸ Tuttavia il magistrato può agire secondo questa procedura non soltanto rispetto ai casi dichiarati espressamente *not bailable*, ma anche in quei casi "not so expressly declared, involved such dangerous breach of the peace or degree of criminality as from the facts deposed to before the magistrate may appear to require the immediate apprehension of the accused(...). *Regulation IX* del 1816, Sez. XII, *First*.

⁴⁰⁹ *Regulations Passed by the Governor in Council of Fort St. George, in the Year 1816*. N. IX. Sez. XXVII. In generale, tutte le dichiarazioni rese davanti al magistrato devono essere riprodotte per iscritto, firmate da colui che le rende, controfirmate dal magistrato, e tradotte nel linguaggio scelto da colui che rende la dichiarazione.

⁴¹⁰ *Regulations Passed by the Governor in Council of Fort St. George, in the Year 1816*. N. IX Sez. XXVI. Il magistrato cura che "persons upon being apprehended, are not made to suffer corporal punishment, or otherwise ill-treated, under the pretence of compelling them to answer truly to questions that may be put to them, or under any other pretext whatsoever".

condanna dell'accusato».⁴¹¹ Di certo la necessità di arginare il fenomeno della tortura ha costituito una costante preoccupazione per le giurisdizioni superiori della Presidenza. Ma secondo alcune testimonianze, talvolta era il comportamento dei magistrati a stimolare gli ufficiali di polizia nel ricorrere a metodi illegali di indagine e interrogatorio; e ciò soprattutto rispetto ai reati di particolare allarme sociale, ovvero a situazioni di emergenza criminale. E' ciò che secondo Mr. Goodwyn (giudice di sessione del distretto di Salem negli anni a cavallo della metà del secolo) sarebbe accaduto nei territori di Malabar dove alla fine degli anni quaranta dell'Ottocento si è registrata la pericolosa frequenza dei fenomeni di brigantaggio. La magistratura, nel tentativo di arginare il fenomeno criminale, avrebbe fatto uso di metodi di indagine particolarmente pervasivi —come la detenzione in isolamento protratta per lunghi periodi di tempo—⁴¹² finalizzati ad ottenere la confessione dell'accusato. Quest'atteggiamento degli ufficiali europei ha avuto non trascurabili conseguenze: la polizia nativa —«che in ogni tempo e presso ogni distretto» può essere solo con estrema difficoltà trattenuta dal maltrattare l'accusato—⁴¹³ ha avuto l'impressione che la magistratura attribuisse la massima importanza alla confessione resa presso la stazione di polizia, e fosse invece disinteressata a indagare sui metodi di interrogatorio o sulle eventuali denunce di maltrattamenti.⁴¹⁴

⁴¹¹ *Torture (Madras)*, cit., *Appendix (B)*, Ordine Circolare del 12 giugno 1852, p. 64. Sull'atteggiamento delle giurisdizioni superiori rispetto alle confessioni estorte attraverso la tortura si veda D.M. Peers, *Torture, the Police, and the Coloniale State in the Madras Presidency*, cit. 46-47.

⁴¹² *Torture (Madras)* cit. *Appendix (C.)*, N. 3-Salem, testimonianza di T.W. Goodwyn, Esq., Civil and Session Judge of Salem, n.3, pp. 113-118 (691-696)

⁴¹³ *Torture (Madras)* cit. *Appendix (C.)*, N. 3., p. 118, paragrafo 21.

⁴¹⁴ *Torture (Madras)* cit. *Appendix (C.)*, N. 3, p. 118, paragrafo 20.

4. Poteri di polizia e controllo del territorio

Già agli inizi del secolo, i poteri quasi “giudiziari” della polizia suscitavano non poca irritazione negli ufficiali della Compagnia. Ma nella preparazione di un codice di procedura penale per la Presidenza del Bengala, la commissione istituita da Sua Maestà nel novembre 1853 argomentò a lungo la scelta di riprodurre buona parte della *Regulation XX of 1817*.⁴¹⁵ Che le confessioni registrate dal *darogah* fossero spesso estorte o fabbricate, appariva ormai un fatto ampiamente provato: ma l'estensione dei territori dell'interno impediva di privare la polizia dei suoi potenti strumenti di indagine. Tuttavia, secondo la Commissione, pur senza interferire nel potere di ricevere informazioni volontarie, era necessario proibire alla polizia di esaminare l'accusato.⁴¹⁶ Partendo da considerazioni analoghe, la Corte dei Direttori suggerì nel 1857 di separare il corpo di polizia in due distinti segmenti.⁴¹⁷ Nella proposta, che guardava con favore al modello “misto” del Punjab, ciascun segmento era dotato di funzioni e poteri diversi: da un lato un corpo di polizia preventiva, incaricato di salvaguardare la pace pubblica e privo di qualsiasi potere di indagine; dall'altro una polizia investigativa, dotata dell'autorità di svolgere inchieste e di produrre prove contro gli accusati. Nell'analisi della Corte dei Direttori, bisognava evitare ogni concentrazione di potere nelle mani degli ufficiali nativi: anche le attività di riscossione dell'imposta fondiaria dovevano essere necessariamente

⁴¹⁵ *First report of Her Majesty's commissioners appointed to consider the reform of the judicial establishments, judicial procedure, and laws of India, & c.* In House of Commons Parliamentary Papers, Session 1856, Paper N. 2035, Vol. 25, pp. 1-258.

⁴¹⁶ Una delle fonti principali prese in considerazione dalla commissione è costituita dall'interessante testimonianza di J.F.M. Reid -ex-ufficiale della Compagnia, principalmente addetto al ramo giudiziario- secondo cui il ricorso alla tortura da parte degli ufficiali nativi di polizia andrebbe almeno in parte ricondotto al rapporto tra il magistrato ed il *darogah*: nell'analisi dell'ex-ufficiale, «alcuni magistrati espellerebbero il *darogah* che fallisse nell'ottenere prove di un caso». Quando è in gioco la sua reputazione e la sua posizione, è senza dubbio interesse del *darogah* raccogliere sufficienti elementi di prova a carico del prigioniero e ciò costituisce un forte incentivo ad estorcere la confessione. Per questi motivi, se l'esame del prigioniero da parte del magistrato costituisce un irrinunciabile segmento della procedura criminale, è inopportuno lasciare che il *darogah* conservi tale potere. *First report of Her Majesty's commissioners*, cit. *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.

⁴¹⁷ *Copy of a despatch relating to the system of police in the Bengal presidency*, House of Commons Parliamentary Papers, Sessional 1857- Sess. I, Paper N. 127, Vol. 11, pp. 1-5 (127-131)-. Una legge generale sulla riorganizzazione del sistema di polizia entrerà in vigore solo nel 1861 (*Act V of 1861*).

separate da qualsiasi altra attività. Ma per ragioni di controllo del territorio, era indispensabile dotare la polizia di potenti strumenti di indagine.⁴¹⁸

Il funzionamento del sistema di polizia si è rivelato di non poca importanza nella soppressione dei disordini locali che seguirono la rivolta dei Sepoy del 1857. E. H. Samuells,⁴¹⁹ riportò al segretario del Governo del Bengala le sue osservazioni sul comportamento della polizia e della popolazione dei territori di Patna nei giorni della rivolta. La rivolta scoppiò nella divisione di Patna nel luglio 1857: gruppi di fanatici musulmani —eccitati dal richiamo di una guerra santa— avanzavano per le strade della città. In più di un caso gli abitanti dei villaggi approfittarono della presenza delle truppe ribelli per saccheggiare le proprietà degli ufficiali europei. Secondo Mr. Samuells, il comportamento della polizia è stato irreprensibile: «Non abbiamo trovato alcuna difficoltà durante questa guerra nell’ottenere il servizio di poliziotti e soldati».⁴²⁰ In più, Samuells sottolineava il carattere eroico degli ufficiali di polizia e la loro totale dedizione al governo: cinque *darogah* sono stati uccisi dai ribelli. Uno dei *darogah* musulmani della città di Patna è morto dopo aver fronteggiato da solo «l’intero corpo di fanatici musulmani» che presero parte all’insurrezione.⁴²¹ Un *darogah* del distretto di Behar e due *darogah* del distretto di Sarum sono stati uccisi dai ribelli per essersi distinti per i loro sforzi nel reprimere la rivolta.⁴²² L’intervento di influenti nativi ha poi evitato che gli insorti aprissero le prigioni nel distretto di Tirhoot.⁴²³ Analoga situazione si è registrata nel territorio di Nowadah, suddivisione del distretto di Behar, dove gli *zemindar* e i loro *ryot* hanno avuto un ruolo importante nel reprimere i disordini «ripristinando efficacemente la pace del territorio».⁴²⁴ In generale la popolazione non ha mostrato sentimenti di avversione nei confronti del governo e i casi di saccheggio sono addebitabili alle frange marginali della

⁴¹⁸*Copy of a despatch relating to the system of police in the Bengal presidency*, cit. Paragrafi 20; 22; 23.

⁴¹⁹ *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 (157)

⁴²⁰ *Ivi*, p.6

⁴²¹ *Ivi*, p. 7

⁴²² *Ibidem*

⁴²³ *Ivi*, p. 2

⁴²⁴ *Ivi*, p. 3

società: in generale, la «porzione rispettabile della comunità» non ha fornito alcun appoggio agli insorti. Gli abitanti della città di Patna, ad esempio, dediti al commercio e agli affari, non hanno mostrato alcuna simpatia per i gruppi musulmani. Differente il caso dei territori di Shahabad, dove il principale *zemindar* del distretto, «un uomo di grande influenza e di antica famiglia», assunse il comando delle truppe insorte proclamandosi governatore del paese. In queste aree il movimento assunse “tutta la dignità di una rivolta nazionale” supportata dagli *zemindar* minori e dalla popolazione: al richiamo degli *zemindar* accorsero migliaia di servitori armati. Vari motivi lo spinsero alla rivolta: principalmente lo *zemindar* era pesantemente indebitato e le sue terre sottoposte ad amministrazione controllata. In generale lo *zemindar* non ha mostrato avversione nei confronti del governo inglese e degli abitanti europei: «i molti impiegati e gli altri cristiani che caddero nelle sue mani (...) furono trattati lealmente». Mr. Samuells sottolineò che i disordini non avevano avuto l'appoggio della popolazione. Credere che le istituzioni di governo siano odiate dalla popolazione poteva essere fortemente negativo per la stabilità dell'impero e pensare ai nativi come nemici avrebbe portato grandi ingiustizie:

«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 la revenue, combatte per noi, ci serve».⁴²⁵

Una legge generale sulla riorganizzazione del sistema di polizia entrò in vigore solo nel 1861 (*Act V of 1861*). Tuttavia è noto che il corpo di polizia del Bengala venne, nel 1858, distinto in due classi: la prima organizzata militarmente, addetta alla soppressione delle rivolte; l'altra, con organizzazione civile, dotata di compiti investigativi.⁴²⁶ I primi battaglioni di fanteria

⁴²⁵ *Ivi*, p. 8. Traduzione mia.

⁴²⁶ Si veda *Statement exhibiting the moral and material progress and condition of India, during the year 1859-1860. Part II: Bengal*, in PP., 1861, Vol. 47, Paper N. 265-I, pp.147-300.

vennero istituiti nel 1858. 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 composto da circa settecento uomini. I componenti dei corpi di fanteria furono reclutati da varie parti dell'India: 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: «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».⁴²⁷

5. Il “nuovo volto” della giustizia coloniale: la codificazione del diritto processuale

Tra la fine degli anni cinquanta e per tutti gli anni sessanta dell'Ottocento, gli interventi del governo coloniale determinarono notevoli e radicali modifiche dell'assetto istituzionale dell'India britannica. Il passaggio del governo della colonia dalla Compagnia alla Corona d'Inghilterra, determinerà l'accelerazione del processo di codificazione del diritto. In rapida successione, vennero emanati l'*Indian Penal Code* (il primo sistema di diritto penale applicabile a tutta l'India britannica) e un codice di procedura criminale (*Act XXV of 1861*). Nel 1861, poco dopo l'emanazione dell'*Indian Code of Criminal Procedure*, il volto

⁴²⁷ Si veda *Statement exhibiting the moral and material progress and condition of India, during the year 1859-1860. Part II: Bengal*, in House of Commons Parliamentary Papers, Session 1861, Paper N. 265-I, Vol. 47, pp.147-300. Con tutta evidenza quest'ultima affermazione fa riferimento all'organizzazione del corpo dei Sepoy. Un interessante punto di vista sulla rivolta del 1857-58 in, E.M. Clerke, *L'Inghilterra nell'Asia, II-L'esercito Indigeno*, «Rivista Europea-Rivista Internazionale», XV, IV, 16 ottobre 1879.

istituzionale della giustizia della colonia cambiò radicalmente. L'*Indian High Courts Act* sostituì le corti superiori di giustizia —sia quelle della Corona sia quelle della Compagnia— con le *High Courts* di Calcutta, Madras, Bombay. Tali organi giurisdizionali —costituiti da non più di quindici giudici, almeno un terzo dei quali doveva essere costituito da *barristers*— erano dotati di giurisdizione civile e criminale, di un potere di sovrintendenza sulle corti inferiori e del potere di istituire regole processuali per il funzionamento delle corti.⁴²⁸ Sebbene le riforme istituzionali si muovessero secondo la tendenza all'“unificazione” del diritto e delle procedure, la giustizia criminale indiana continuò a funzionare secondo un modello fortemente diversificato. In particolare, il codice di procedura penale del 1861, entrato in vigore prima della creazione delle *High Courts*, era applicabile solo presso le corti della Compagnia; in più, la sezione 26 del codice stabilì che il giudizio sudditi di nascita britannica sarebbe dovuto avvenire presso le corti dei *Presidency towns*.⁴²⁹ Le regole processuali applicabili presso le *High Courts* vennero completamente mutuate dal sistema processuale delle *Supreme Courts of Judicature*. Riprendendo un modello sperimentato già alla fine del secolo XVIII, tutte le decisioni sulle carcerazioni, sull'ammissione a cauzione, sul rinvio a giudizio dei soggetti di nascita britannica vennero rimesse ai *Justices of the Peace* (sez. 39).⁴³⁰ Riprendendo poi uno statuto del 1813, il codice di procedura 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 (sez. 165).⁴³¹

⁴²⁸ Sulle modifiche istituzionali degli anni sessanta dell'Ottocento, si veda S.V. Desika Char, *Centralized legislation. A History of the Legislative system of British India from 1834 to 1861*, University of Delhi, 1963., pp. 288, ss.

⁴²⁹ Secondo la sez. 26 del codice di procedura penale, in linea di principio le indagini e il giudizio avverranno nel distretto in cui è stato commesso il reato: ma la norma specifica 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».

⁴³⁰ Per quanto riguarda la nomina dei giudici di pace, l'Act II 1869 prevede differenti criteri di selezione a seconda del territorio in cui questi ufficiali dovranno operare: per i territori dell'interno, il Governatore Generale dell'India in Consiglio e i Governatori provinciali possono selezionare e nominare giudici di pace soltanto tra i *Covenanted Civil Servants* della Corona o tra altri abitanti britannici (sez. III). Per i Presidency Town, invece, il Governo può nominare giudici di pace tra tutti gli abitanti dell'India britannica, senza nessuna limitazione relativa alla nazionalità dell'ufficiale (sez. IV).

⁴³¹ Si veda *Act XXV of 1861*, modificato dall'*Act VIII of 1869*. Il codice 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.

Nel mutato contesto politico degli anni sessanta, l'esigenza di controllo del territorio 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 1860, gli amministratori coloniali riportavano che le bande di briganti, terribili e generalmente ben armate, erano equipaggiate per resistere ad 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.⁴³² Nell'opinione degli organi coloniali, gli ufficiali di polizia nativa riuscivano ad assicurare un certo grado di ordine nelle aree rurali soltanto grazie agli ampi poteri di indagine e di interrogatorio conferitigli dalla legge:⁴³³ l'*Indian Code of Criminal Procedure* confermò quasi tutti i poteri investigativi della polizia, compreso quello di prima valutazione del materiale probatorio. Rispetto a determinate categorie di reato (tra i quali omicidio, furto, rapina, brigantaggio, così come specificato nella colonna 3 della *Schedule* annessa all'*Act VIII of 1869*) il codice prevedeva l'arresto senza mandato (sez. 100).⁴³⁴ In questi casi polizia aveva il potere di condurre indagini preliminari (sez. 133): una volta ricevuta la denuncia, il *darogah* poteva convocare ed esaminare i testimoni e prendere in custodia l'accusato per non più di ventiquattro ore (sez. 152). Infine, se sulla base delle informazioni ricevute appariva che l'accusato avesse commesso il fatto, e se il reato non era ammissibile a cauzione (*not bailable*), la polizia rinviava il prigioniero presso il magistrato del distretto (sez.151); in caso contrario, avrebbe potuto disporre il rilascio dell'accusato su cauzione (sez.153). Nella parte del codice dedicata alle indagini di polizia nulla veniva disposto circa l'esame dell'accusato, ma la sezione 147

⁴³² 1861(265-I). *East India. Statement exhibiting the moral and material progress and condition of India, during the year 1859-60.* p.8 e ss.

⁴³³ *Copy of a despatch relating to the system of police in the Bengal presidency*, cit. Paragrafi 20; 22; 23. Riprendendo un discorso che si trova in più fonti e che ha caratterizzato, negli anni cinquanta, il dibattito relativo alla modifica del sistema di polizia, James Fitzjames Stephen giustificherà gli ampi poteri della polizia a partire da esigenze di controllo del territorio. Nell'analisi di Stephen, sono proprio gli ampissimi poteri attribuiti alla polizia indiana, a costituire una delle maggiori differenze tra il modello processuale inglese e quello coloniale. Ma la possibilità di condurre inchieste, il potere di prima valutazione degli elementi di prova e di rilascio su cauzione, costituiscono strumenti di indagine irrinunciabili a causa dell'esiguità del numero dei magistrati europei presenti sul territorio.

⁴³⁴ In più, gli ufficiali di polizia possono procedere all'arresto di vagabondi e di persone che rientrano nella definizione di "who is of of notoriously bad livelihood" (101).

vietava agli ufficiali nativi di registrare eventuali ammissioni di colpevolezza rese nel corso delle indagini.⁴³⁵

In questi anni, la necessità di modificare il sistema giurisdizionale era fortemente avvertita dal governo coloniale: l'estensione della giurisdizione delle corti dell'interno sui soggetti di nascita europea costituiva, nell'analisi degli organi coloniali, una misura strumentale ad un completo controllo dei territori rurali. Ma, nell'analisi della storiografia, proprio le forti proteste della comunità europea residente in India impedirono l'istituzione di un modello "unico" di giustizia.⁴³⁶ anche il codice di procedura penale del 1872, che sostituì l'*Act XXV* del 1861, assicurava ai sudditi di nascita britannica notevoli privilegi di foro. Secondo le nuove regole processuali, i *British-born subjects* potevano essere giudicati dagli organi di giustizia dell'interno. Tuttavia, nei territori del *mofussil* i sudditi inglesi potevano essere giudicati solo da giudici di sessione di nascita europea; anche le indagini relative a questa categoria di sudditi potevano essere condotte soltanto da giudici di pace che erano a loro volta soggetti britannici e magistrati del più alto grado.⁴³⁷ Il codice di procedura penale del 1882 (*Act. X of 1882*) confermò queste disposizioni processuali. Tuttavia, ancor prima che l'*Act X of 1882* entrasse in vigore, i privilegi processuali assicurati ai soggetti di nascita britannica suscitarono non poche obiezioni presso l'amministrazione coloniale. La bozza del codice di procedura penale venne pubblicata nella *Gazette of India* e venne fatta circolare presso i governi locali. Il fatto che, nelle aree dell'interno, i giudici nativi non avessero giurisdizione sui soggetti di nascita europea appariva, a più di un esponente dell'amministrazione coloniale, irragionevole e paradossale: secondo le regole processuali, un magistrato aggiunto europeo

⁴³⁵ La norma prevede però che «(...) nothing in this Section shall preclude any Policy Officer from reducing any such statement or admission or confession into writing for his own information or guidance». La sezione 146 inoltre stabilisce che «No police officer or other person shall offer any inducement to an accused person, by threat or promise, or otherwise, to make any disclosure or confession». Il valore probatorio delle dichiarazioni dell'accusato viene specificato alla sezione 150 così come modificata nel 1869: «(...) when any fact is deposed to in evidence as discovered, in consequence of information received from a person accused of any offence or in the custody of a Police Officer, so much of such information, whether it amounts to confession or admission of guilt or not, as relates distinctly to the fact hereby discovered, may be received in evidence».

⁴³⁶ E. Kolsky, *Codification and the Rule of Colonial Difference: Criminal Procedure in British India*, cit. pp. 673-680.

⁴³⁷ Sul dibattito che precede l'emanazione del codice del 1872 si veda, E. Kolsky, *Codification and the Rule of Colonial Difference*, cit. pp. 673-680.

(*joint magistrate*), che è subordinato ad un magistrato di distretto o a un giudice di sessione nativo, avrebbe avuto il potere di giudicare casi rispetto ai quali i suoi immediati superiori non avevano giurisdizione.⁴³⁸ Le modifiche avvocate non trovarono spazio nel codice: riprendendo il modello sperimentato nel 1872, il codice funzionava secondo il doppio binario della procedura ordinaria e delle *Special Proceedings*⁴³⁹ e assicura ai *British-Born subjects* notevoli privilegi di carattere sanzionatorio.⁴⁴⁰ secondo le regole processuali, i magistrati del distretto (gli ufficiali che operavano al di fuori dei *Presidency towns*) non potevano condannare un soggetto europeo ad una pena superiore a tre mesi di detenzione (sez. 446). Nel caso in cui, nell'opinione del magistrato, tale pena fosse stata insufficiente, l'ufficiale doveva rinviare l'imputato presso la Corte di Sessione. La Corte, a sua volta, non poteva emanare una sentenza di condanna alla detenzione per un periodo superiore ad un anno (sez. 447).⁴⁴¹

In questi anni la necessità di estendere la giurisdizione dei giudici nativi che operavano nelle aree dell'interno è fortemente avvertita dalle autorità coloniali: nel febbraio 1883, Lord Ripon —Governatore Generale e Vicerè dell'India (1880-1884)— introdusse presso il Consiglio legislativo un *bill* (denominato *Ilbert Bill*) in cui veniva proposto di sottoporre i soggetti di nascita britannica residenti nel *mofussil* alla giurisdizione criminale dei magistrati e dei giudici nativi. La proposta di legge suscitò un forte malcontento presso la popolazione europea residente in colonia. Riprendendo gli elementi del discorso che aveva accompagnato negli anni cinquanta dell'Ottocento la pubblicazione dei *Draft Act*, la comunità europea sosteneva che l'approvazione dell'*Ilbert Bill* avrebbe violato il suo diritto a beneficiare del *common law* e avrebbe sovvertito l'ordine della sovranità coloniale: l'abolizione dei “diritti di nascita” dei sudditi inglesi avrebbe diminuito il prestigio dei colonizzatori agli occhi della

⁴³⁸ *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, C.3512, Vol. 51, pp. 649-650.

⁴³⁹ W. Stokes, *The Anglo-Indian Codes*, Vol II, cit., p. 27.

⁴⁴⁰ Il codice del 1882 si trova in W. Stokes, *The Anglo-Indian Codes*, Vol II, cit., pp. 37-372.

⁴⁴¹ Nel commentare queste disposizioni James Fitzjames Stephen utilizzerà un argomento che fa diretto riferimento alla differente natura umana dei sudditi coloniali: «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». J. F. Stephen, *A History of the Criminal Law*, Macmillan & Co., London, 1883, Vol. III, cit., p.342.

comunità indigena minando, in questo modo, al mantenimento dell'ordine e della stabilità coloniale. Come si legge nel memoriale pubblicato nell'aprile 1883 da alcuni soggetti europei residenti presso North Bhagalpur, nel Bihar,⁴⁴² se l'*Ilbert Bill* fosse entrato in vigore, i sudditi britannici sarebbero stati sottoposti «ai capricci» degli ufficiali nativi del *mofussil*, circostanza che avrebbe incoraggiato la popolazione indigena a promuovere cause pretestuose.⁴⁴³ Nell'opinione dei memorialisti, i giudici e i magistrati nativi sono privi delle capacità “culturali” e tecniche necessarie per giudicare un *European British subject*:

«(...) many cases in which European British subjects are involved require an acute and critical knowledge of their manners and customs; (...) a few 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».⁴⁴⁴

Tuttavia, i problemi relativi all'estensione della giurisdizione dei giudici nativi si ponevano soltanto rispetto alle aree dell'interno. Come si legge nel memoriale preparato dalla camera di commercio di Bombay nell'aprile del 1883, i giudici nativi operanti presso i *Presidency town* —dove esistevano sufficienti garanzie a tutela dei diritti dei sudditi inglesi— avrebbero potuto legittimamente esercitare giurisdizione sui *British-born subject*.⁴⁴⁵ «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».⁴⁴⁶ Nei territori del *mofussil*, invece, un numero esiguo di sudditi europei doveva quotidianamente combattere contro i pregiudizi della società indigena:

⁴⁴² *Memorial of European and Anglo-Indian British subjects of North Bhagalpur (dated 18th April, 1883)*, (IOR) L/PJ/6/99 File 891.

⁴⁴³ «(...) Natives would be encouraged to institute vexacious 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». *Ivi*.

⁴⁴⁴ *Ivi*.

⁴⁴⁵ *From Under Secretary to Government, Mombay, to Secretary to Government of India, Legislative Department (N. 2351, dated 5th April, 1833)*, (IOR) L/PJ/6/99 File 891.

⁴⁴⁶ *Ibidem*.

«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».⁴⁴⁷

L'*Ilbert Bill* diverrà legge nel 1884 (*Act III of 1844*) e le modifiche al codice di procedura autorizzarono le indagini e i giudizi nei confronti dei soggetti di nascita inglese da parte dei giudici nativi del *mofussil*. Ma anche dopo il 1884 i *British subjects* continuarono a beneficiare di alcuni privilegi di carattere processuale: tra questi, 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) e il diritto ad essere giudicati, anche nelle cause conoscibili dal magistrato del distretto, attraverso una giuria di verdetto composta almeno per metà da soggetti europei (sez. 451-A). In generale, il codice propone un modello processuale che si avvicina, in qualche misura, al modello inglese. Alcune delle caratteristiche tipiche delle procedure di *common law* —tradizionalmente riservate ai giudizi dei *British subjects*— vengano adesso estese anche ai sudditi nativi: il codice attribuisce alle *High Courts* il potere di emanare ordini di *habeas corpus* in favore di ogni persona detenuta illegalmente all'interno delle rispettive giurisdizioni (sez. 491); anche il modello del *trial by jury* —che aveva da sempre caratterizzato le procedure delle *Supreme Courts of Judicature*— viene adesso esteso ai giudizi delle Corti di sessione. 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. L'istituto della giuria d'accusa, invece, era sparito dal processo penale indiano a partire

⁴⁴⁷ *Ibidem*.

dal 1864, attraverso una legge approvata su proposta di H.S. Maine:⁴⁴⁸ secondo le regole processuali, spettava al magistrato formulare l'accusa e disporre il giudizio presso l'ufficio giudiziario competente. Nell'analisi di Witley Stokes, il modello processuale realizzato attraverso il codice del 1882 costituisce un modello "misto" che combina le caratteristiche del processo penale inglese con elementi inquisitori.⁴⁴⁹ Il codice annovera l'inchiesta di polizia tra le modalità di inizio del procedimento penale confermando tutti i poteri investigativi della polizia, compreso quello di prima valutazione degli elementi di prova: 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 veniquattro ore; tuttavia, il magistrato aveva il potere di estendere i termini di custodia per un periodo non eccedente quindici giorni.⁴⁵⁰ Nel codice di procedura penale del 1882 notevoli cautele circondano la documentazione della confessione: secondo la sez. 164, il magistrato doveva riportare nel fascicolo del procedimento (*record*) la sua personale valutazione sulla volontarietà della dichiarazione.⁴⁵¹ Ma queste cautele non sono state sufficienti ad arginare il fenomeno della tortura: ancora alla fine degli anni ottanta dell'Ottocento, il governo coloniale documenterà il ricorso a pratiche illegali di interrogatorio finalizzate ad ottenere confessioni di colpevolezza da parte degli ufficiali nativi di polizia.⁴⁵²

⁴⁴⁸ Maine H. S., *Speeches of Sir Hanry Maine, Weeping, 17, February, 1864*, raccolti da W. Stokes in *Sir Henry Maine. A brief memoir of his life, with some of his Indian speeches and minutes*, J. & J. Harper Editions, Londra, 1892, Abolition of grand juries, p.190.

⁴⁴⁹ Il codice del 1882 «combines the merit of the English, or accusatory system, with some of the facilities for arriving at the truth afforded by the continental, or inquisitory system». W. Stokes, *The Anglo-Indian Codes*, Vol II, cit., p. 12.

⁴⁵⁰ Nell'analisi di W. Stokes, sono questi poteri necessari: sebbene esistano molte obiezioni a trattenere gli accusati presso la stazione di polizia, appare irragionevole «To insist on his being forwarded to the magistrate, when his presence on the spot may be indispensable for traking out crime or recovering property» Del resto, un rinvio prematuro del prigioniero può costituire «a serious impediment to justice». *Ibidem*.

⁴⁵¹ Già l'*Evidence Act* del 1872 (*Act I of 1872*) specificava, riprendendo la sezione 149 del codice di procedura del 1861, che una confessione di colpevolezza resa durante la custodia di polizia poteva essere utilizzata come prova in giudizio soltanto se rese in presenza di un magistrato. L'Act si trova in W. Stokes, *The Anglo-Indian Codes*, Vol. II, *Adjective Law*, Oxford University Press, 1888, pp. 842-936.

⁴⁵² *Notification of alleged use of torture by Bengal Police (8 August 1888)* in (IOR) L/PJ/6/230, File 1135.

CAPITOLO QUINTO
LA SCIENZA DEL DIRITTO TRA INDIA E INGHILTERRA

1. “The form of the Law” e la “conoscibilità” del diritto

La pubblicazione della bozza dell'*Indian Penal Code* ha da subito suscitato molta attenzione nella madrepatria inglese. In un saggio dal titolo *Penal Code for India*, pubblicato nel 1838 sulla *London and Westminster Review*, John Stuart Mill invitava i giuristi e tutte le persone versate «nell'interpretazione del linguaggio» ad esprimere un giudizio critico sulla proposta Macaulay.⁴⁵³ Nell'analisi di Mill, la bozza del codice penale costituisce il primo vero modello di codificazione: il ricorso alla tecnica delle illustrazioni, “esempi autoritativi” di applicazione della legge, conferisce certezza al dettato legislativo e rende il “sistema” di diritto “ad un tempo intellegibile e interessante” per il pubblico. L'*Indian Penal Code* costituisce l'unico codice veramente completo. Nessuno dei codici dell'Europa continentale raggiunge tale standard: i codici francesi non definiscono i termini tecnici che utilizzano e lasciano che il loro significato venga determinato dalle corti di giustizia; in questo modo in Francia come in Inghilterra, una completa conoscenza del diritto può essere ottenuta solo attraverso lo studio dei precedenti:

«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 offences, expressed in general language (...).»⁴⁵⁴

Attraverso questo breve contributo, Stuart Mill anticiperà uno dei temi centrali del dibattito tardo ottocentesco sul tema della codificazione: a partire dagli anni sessanta dell'Ottocento, la tecnica delle illustrazioni sarà presentata, nel discorso generale in favore della codificazione, come una tecnica normativa capace di superare i limiti strutturali del sistema giuridico inglese e di combinare in un unico “sistema” *statute* e *common law*. Nell'analisi di molti autori che spingevano per la codificazione (è questo un discorso che ricorre nella lunga opera scientifica

⁴⁵³ *Penal Code for India*, in J.S. Mill, *Writings on India*, ed. by J.M. Robson, M. Moir, Z. Moir, Toronto, Toronto University Press, 1999.

⁴⁵⁴ *Ivi*, p. 17

di Stephen) la completezza del *common law* e la sua elasticità -ossia l'adattabilità dei suoi principi ai casi della realtà- diviene sinonimo di incertezza: l'interpretazione delle regole di *common law*, desunte dai *decided cases* o dai *books of authority* piuttosto che da puntuali statuizioni legislative, non può che variare a seconda dell'interprete generando incertezza nell'applicazione del diritto. Il sistema di *statute law*, dall'altro lato, incontra un limite intrinseco nel fatto che fa riferimento, ed è dunque inscindibilmente legato, ai principi di *common law* (si pensi ad esempio alla definizione delle fattispecie criminali). Ri-esprimendo in maniera autoritativa i principi del *common law*, inserendo all'interno di un sistema normativo completo e coerente —preparato sulla base di criteri di coordinamento delle materie— esempi di applicazione concreta del diritto riconosciuti come validi dal legislatore in via preventiva, avrebbe consentito di superare la frammentarietà del sistema; in più, il ricorso alle illustrazioni avrebbe assicurato l'applicazione coerente del diritto, riconoscendo il ruolo specifico del *case law* ma riportando l'interpretazione delle norme dal momento del giudizio a quello della legislazione. Come vedremo, il tema delle illustrazioni costituirà, nella riflessione di più esponenti della scienza giuridica inglese, uno spunto di riflessione per una generale riconsiderazione del ruolo della dottrina, della *jurisprudence*, nell'universo giuridico inglese⁴⁵⁵ specialmente in riferimento a tre dei temi centrali del dibattito inglese sulla codificazione: il tema della *legal education*, la questione della forma di espressione del diritto e della sua "conoscibilità", il tema della "scientificità" della produzione legislativa.

Nel corso degli anni, il ruolo attribuito dai codificatori indiani alle illustrazioni sembra mutato rispetto a quello originariamente attribuito dalla bozza Macaulay. E' questo un dato che emerge bene dal lavoro della terza commissione legale indiana istituita, nel dicembre 1861, con il compito di preparare un corpo di diritto civile per l'India.⁴⁵⁶ Nel giugno 1863 la commissione presenta il primo *report* contenente una bozza di legge relativa alla materia delle

⁴⁵⁵ E' questo, come è noto, uno dei temi centrali della riflessione di Austin, tema ripreso negli anni cinquanta da Henry Sumner Maine.

⁴⁵⁶ C.P. Ilbert, *Indian Codification*, cit. pp. 349-350.

eredità e successioni.⁴⁵⁷ Nella lunga introduzione al primo *report*, i commissari si soffermano a lungo sul ruolo attribuito alle illustrazioni: le illustrazioni non sono semplici esempi del diritto nel suo funzionamento, ma rappresentano «il diritto stesso che mostra attraverso esempi cosa esso sia».⁴⁵⁸ Pertanto, la correttezza delle decisioni contenute nelle illustrazioni non deve essere messa in discussione nell'amministrazione del diritto. La funzione delle illustrazioni è una funzione di creazione del diritto: così come in Inghilterra il diritto viene creato attraverso decisioni giudiziarie, così le illustrazioni creano il diritto in tutti i casi in cui queste «determinano punti rispetto ai quali, senza la loro guida, sorgerebbero differenze di opinioni tra i giudici».⁴⁵⁹

Nell'analisi dei commissari, quello di inserire illustrazioni nel corpo della legge costituisce un “processo naturale” che trova alcuni elementi di continuità con il sistema giuridico della madrepatria: anche il diritto inglese si trova in parte in regole e principi —contenuti ad esempio negli *statutes*— e in parte nei *reports* di decisioni giudiziarie. Il corpo di diritto presentato dai commissari è formato da regole e principi combinati con *decided cases*. La differenza fondamentale dei due “sistemi” sta nel differente ruolo attribuito al legislatore e agli interpreti del diritto: nei codici indiani «le decisioni non sono create dai giudici nel giudicare cause ma dal legislatore stesso nell'emanare il diritto, e sebbene costituiscano una parte importante del diritto, fissando punti che senza di loro dovrebbero essere determinati dai giudici, sono strettamente confinate alle funzione di guidare i giudici nelle loro decisioni future, e di spiegare in che modo le definizioni e le regole alle quali sono annesse dovranno essere interpretate e applicate».⁴⁶⁰

⁴⁵⁷ 1864 (3312) *First report of Her Majesty's commissioners appointed to prepare a body of substantive law for India, &c.* E' questa una proposta di legge applicabile a tutti i sudditi coloniali diversi da quelli di religione indu e musulmana, categorie di sudditi, queste, dotate di un corpo di diritto tradizionale che regola la materia.

⁴⁵⁸ 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”. *Ivi*, p. 8.

⁴⁵⁹ *Ibidem*.

⁴⁶⁰ *Ibidem*.

La predisposizione da parte del legislatore di un insieme di *decided cases* —la cui funzione è quella di orientare l'interpretazione del diritto— non elimina del tutto la discrezionalità dei giudici indiani: nell'analisi dei commissari, nei casi in cui il codice tace, nei casi di dubbi interpretativi rispetto alle illustrazioni stesse, il giudice sarà chiamato ad utilizzare il suo potere di *law-supplying*. L'unico limite all'interpretazione del giudice è dato dal divieto di etero-integrazione: nell'interpretazione dei casi dubbi, nessun ricorso è ammissibile ad ogni altro sistema di diritto «allo scopo di risolvere autoritativamente un'ambiguità ovvero supplire ad una omissione». Nei casi non previsti dal codice il giudice dovrà decidere nella maniera che riterrà più conforme ai principi di giustizia, equità e buona coscienza. Nel processo di revisione di ogni “corpo” del diritto, il legislatore dovrà valutare se conservare o meno una determinata interpretazione giudiziale, fornendogli, nel primo caso, autorità legislativa (e «leaving nothing to rest as law on the authority of previous judicial decisions»). Dopo queste revisioni, ciascuna successiva edizione verrà emanata come legge e conterrà, con la sanzione del legislatore, tutto il diritto di matrice giurisprudenziale che verrà ritenuto opportuno conservare.

La bozza preparata dai commissari verrà presentata presso il Consiglio da H.S. Maine —*law member* del Consiglio del Governatore generale (1862-1869)— e diverrà legge nel 1865 con il nome di *Indian Succession Act* (Act X of 1865). Tra il 1866 e il 1870 la Commissione presentò altri sei *reports* contenenti proposte di legge relative alla materia civile —ed in particolare al diritto dei contratti—, al diritto societario, e al diritto processuale. Ma molte delle proposte presentate dalla commissione incontrarono nell'immediato più di un ostacolo. E' questo infatti un periodo caratterizzato da una prolungata inattività nel processo di produzione legislativa e tale tendenza terminò solo nei primi anni di attività di J.F. Stephen come *law member* del Consiglio del Governatore Generale (1869-1872). Tra il 1871 e il 1872 vennero emanate numerose misure legislative, tra cui la nuova edizione del codice di procedura penale, il *Contract Act* (Act IX, 1872), l' *Indian Evidence Act* (Act I, 1872). Tutte queste misure legislative verranno preparate attraverso il ricorso alla tecnica delle illustrazioni.

In Inghilterra, dopo la parentesi costituita dai lavori della prima *Royal Commission*,⁴⁶¹ e almeno fino agli anni sessanta dell'Ottocento, i tentativi istituzionali di codificare il diritto inglese non hanno prodotto risultati di rilievo. La bozza di codice penale —pubblicata nel *Forth Report* del 1848 dalla seconda *Royal Commission*⁴⁶² e introdotta nello stesso anno presso la *House of Lords*— venne divisa in due distinte proposte di legge:⁴⁶³ 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 approvato a causa della forte opposizione del potere giudiziario. Nell'analisi dei 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 blessing we have for ages enjoyed in rules capable of flexible applications».⁴⁶⁴

Sul versante della scienza giuridica, il discorso sulla necessità di modificare la forma del diritto viene ripreso degli anni sessanta dell'Ottocento da Thomas Erskine Holland che, dalle pagine della *Edinburgh Review*⁴⁶⁵ lancia una proposta di codificazione volta a promuovere «(...) the movement toward scientific legislation».⁴⁶⁶ Già nelle prime pagine del suo contributo, Holland chiarisce che la portata della sua proposta riguarda esclusivamente la

⁴⁶¹ Come è noto, negli anni 1833-1845, la *Royal Commission* ha pubblicato otto *reports* contenenti raccomandazioni di riforma: tra tutte, l'abolizione della regola del felony-murder e la distinzione tra felony e misdemeanor. Il settimo e l'ottavo *report* contengono rispettivamente una bozza di codice penale e una bozza di codice di procedura criminale. Nel 1844 la bozza di codice penale venne introdotta come proposta di legge presso la *House of Commons* ma venne presto accantonata quando venne annunciata l'istituzione di una *Royal Commission* che aveva il compito di riconsiderare e rivedere la bozza.

⁴⁶² La nuova commissione pubblicò cinque *reports* tra il 1845-49.

⁴⁶³ *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.

⁴⁶⁴ Opinione del giudice J. Talfourd, citato 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. 527-550, cit. p. 527.

⁴⁶⁵ Il saggio *Codification* apparso sulla *Edinburgh Review* del 1867 verrà successivamente inserito, insieme ad altri contributi dello stesso autore, nell'opera del 1870 *Essays upon the form of the Law* (London, Butterworths).

⁴⁶⁶ «(...) which was initiated by the writings of Mr. Bentham and by the lectures of his distinguished follower, Mr. Austin». Si veda T.E. Holland, *Essays upon the form of the Law*, cit., p. 31

forma di espressione del diritto e non la sua sostanza.⁴⁶⁷ Si rende necessaria una riorganizzazione del diritto secondo un metodo scientifico volta alla produzione di un codice, di un corpo di diritto, cioè, «assiomaticamente espresso e logicamente distribuito».⁴⁶⁸ La chiave di volta di tale operazione consiste nel rintracciare un *connected system* in base al quale riorganizzare e sistematizzare il diritto esistente. Nell'analisi di Holland, è questa un'operazione che porterà grandi vantaggi, anzitutto dal punto di vista della conoscibilità e dello studio del diritto.⁴⁶⁹ In Holland, come in altri autori, il tema della codificazione è strettamente legato a quello della *legal education*: anticipando di un decennio le analisi di Stephen e Pollock, Holland insiste non poco sulla necessità di mettere a disposizione di studenti e giuristi uno strumento suscettibile di studio sistematico, un corpo "razionale" di diritto capace di far acquisire una completa padronanza dei principi e un'attitudine ad applicarli logicamente ai nuovi casi che sorgono di continuo.⁴⁷⁰

La proposta di codificazione avanzata da Holland è una proposta completa; se nella parte iniziale del lavoro Holland si sofferma sugli argomenti generali in favore della codificazione, nella seconda parte del lavoro fornisce uno schema generale di codificazione e un procedimento per raggiungere tale risultato. Anzitutto, nell'analisi di Holland, il codice deve sostituire sia il diritto scritto che quello non scritto: deve essere prodotto dall'unione in un unico lavoro di un codice di *common law* e di uno *statute code* ed entrambi devono essere compilati separatamente, sebbene sulla base del medesimo piano in vista della loro definitiva unificazione.

Partendo dalla produzione dello *Statute code*, Holland propone di sottoporre gli *Acts* del Parlamento ad un processo di *expurgation*: gli statuti "viventi" devono essere separati da quelli "morti"; gli statuti inutili che mostrano "segni di vitalità" devono essere completamente soppressi dal legislatore. Terminata quest'operazione, si rende necessario un vaglio degli

⁴⁶⁷ «To change the form of the law is to alter the mode of its expression». *Ivi*, p. 31.

⁴⁶⁸ «The idea, whether it be regarded as immediately attainable or not, will be of inestimable value as the guide and regulator of their endavours». *Ivi*, p. 55.

⁴⁶⁹ «The knowledge of law which under a well-arranged system is practically attainable by the people is much grater than may be imagined». *Ivi*, p. 58

⁴⁷⁰ *Ivi*, p. 58

statutes così selezionati (*sifting*) volto a separare le “true general English laws” dagli *statutes* relativi ai domini coloniali, da quelli meramente locali o personali, e così via.

Il residuo dello *statute law* deve quindi essere raccolto in un digesto.⁴⁷¹ Il primo passo verso la formazione di un digesto consiste nella selezione di uno schema di classificazione legale. Il passo successivo è la consolidazione, il “welding together” in un tutto organico delle varie leggi relative ad un certo argomento.⁴⁷² E’ solo attraverso quest’ultimo procedimento che un digesto può diventare codice: un digesto, a differenza del codice, è un corpo distribuito di leggi la cui distribuzione non è necessariamente logica. Il codice di *common law* deve essere formato nello stesso modo dello *statute code*. Dopo che i *reports* e i trattati riconosciuti come fonti del diritto sono stati ripuliti dal “diritto morto” e del diritto non adatto per un codice inglese (attraverso i processi di *expurgation* e *sifting*) il residuo deve essere raccolto in un digesto. I casi devono essere classificati in conformità al piano e gli estratti di questi devono essere posti sotto i titoli appropriati. Alcuni casi devono essere scelti per supportare proposizioni «universali», altri, proposizioni particolari. I casi devono essere 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».⁴⁷³

Nella preparazione del digesto del *case* come dello *statute law*, l’esposizione dei principi di diritto dovrà essere comprensibile e tale compito spetta naturalmente al legislatore. Ma nella sistemazione di Holland, il ruolo dei giudici e delle decisioni giudiziarie nella definizione delle norme e del loro ambito applicativo è di non secondario rilievo. Nell’analisi di Holland, il sistema del *judge made law* ha molti svantaggi;⁴⁷⁴ ma che cessi di essere una fonte del

⁴⁷¹ Possiamo definire un digesto 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, and being, under the ultimate subdivisions of the work, arranged in a merely arbitrary order». *Ivi*, p. 60

⁴⁷² Questo processo, che opera sui vari frammenti degli Acts del Parlamento arrangiati sotto ogni corpo del digesto, avrà l’effetto di annientare la loro esistenza separata «(...) and fuse them into one new enactment». *Ivi*, p. 62

⁴⁷³ *Ivi*, p. 62

⁴⁷⁴ «Its enormous bulk, its confusion, and its preference for special rules rather than general principles, are some of these; to which may be added the incoherent and merely supplementary character which its predominance impressed upon the statutes». *Ivi*, p. 56

diritto non è desiderabile: tutto quello che bisogna fare è eliminare e sostituire tutto il *case law* che esiste al momento, e provvedere «for its periodical absorption, as it springs up again, into the Digest or Code».⁴⁷⁵

In un'altra parte del libro Holland spiega il modo in cui i risultati del *case law* possono facilitare l'applicazione di una regola di diritto. Anzitutto, le regole generali dovranno essere espresse, quando possibile, «in the *ipsissima verba* of the judges».⁴⁷⁶ In più, per determinare l'ambito d'applicazione dei principi complicati dovrà farsi ricorso alla tecnica delle illustrazioni: «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».⁴⁷⁷ E' questo un punto di non secondario rilievo. Holland, come successivamente Stephen e soprattutto Pollock, rintraccerà in alcune delle caratteristiche fondamentali dei codici indiani e dei meccanismi predisposti per il loro funzionamento il punto di partenza per procedere alla codificazione del diritto inglese. Proprio rispetto ai meccanismi di revisione del futuro codice, Holland dedica pagine importanti del libro. Nell'analisi di Holland, affinché il codice possa funzionare nel corso degli anni è necessario che un *Law Council* permanente provveda alla sua perpetua revisione e sovrintenda, altresì, alla legislazione sui soggetti trattati nel codice. In particolare, il *Council* dovrà vigilare, vagliare e classificare i risultati dei *reported cases* e, sulla base di tale attività, dovrà indurre il parlamento ad emanare nuove leggi contenenti le regole di diritto così sviluppate assegnando a ciascuna la debita posizione nel codice. Ad intervalli di dieci anni il *Council* dovrà ripubblicare il codice sotto l'autorità del parlamento: ciascuna nuova edizione, che dovrà comprendere i risultati infra-decennali della legislazione e dell'attività delle corti, dovrà sostituire la vecchia.⁴⁷⁸

Nell'analisi di Holland, proprio l'assenza di previsioni relative all'inserimento delle nuove leggi nel codice e l'assenza di un consiglio legale costituisce ad un tempo il più grave difetto dei principali schemi di codificazione e la principale causa della scarsa utilità dei codici

⁴⁷⁵ *Ivi*, p. 57

⁴⁷⁶ *Ivi*, p. 71, corsivo nel testo.

⁴⁷⁷ *Ivi*, p. 71, corsivo nel testo.

⁴⁷⁸ *Ivi*, p. 63

realizzati nella pratica. A questa categoria di codici non appartiene il codice penale indiano, così come notato da Holland nella nota di chiusura al testo.⁴⁷⁹ Ed infatti, Holland esprime grande consenso per la codificazione indiana. Il codice penale viene definito come «the most scientific piece of legislation in in the English language». Le definizioni dell'*Indian Penal Code* sono «metafisicamente precise» e quando il linguaggio codicistico potrebbe confondere il lettore, «illustrations are added for the purpose of explainig it». Anche la codificazione delle diverse porzioni del diritto civile indiano sono preparate con la stessa precisione, metodo scientifico e tecniche utilizzate per il codice penale. Nell'analisi di Holland, gli effetti della codificazione indiana non possono essere limitati ai territori coloniali:

«It is probable that the future effect of this graeat work will not be confined to our estern 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».⁴⁸⁰

2. Il ruolo divulgativo dell' "opera scientifica": i contributi di Stephen e Amos

Pochi anni dopo la pubblicazione dell'opera di Holland, verranno compiuti ulteriori passi verso la riapertura del dibattito sull'opportunità di codificare il diritto inglese. Anche dal punto di vista istituzionale si registrano, già a partire dagli anni sessanta, alcune importanti, sebbene non radicali, modifiche della forma di espressione del diritto criminale: nel 1861 vennero emanati sette *Criminal Law Consolidation Acts*, leggi, queste, preparate principalmente sulla base dei reports delle precedenti *Royal Commissions*.

Sul versante della scienza giuridica, il dibattito inglese sul tema della codificazione conoscerà, negli anni settanta dell'Ottocento, una significativa svolta qualitativa grazie all'opera

⁴⁷⁹ *Ivi*, p. 64, nota (k).

⁴⁸⁰ *Ivi*, p. 51.

scientifico di J.F. Stephen. Già negli anni sessanta Stephen aveva dedicato importanti pagine dei suoi studi al tema della codificazione.⁴⁸¹ Ma 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».⁴⁸² Ed infatti, proprio l’osservazione diretta del funzionamento della legislazione indiana —nonché la partecipazione al processo di produzione legislativa della colonia— offrirà a Stephen un esempio concreto della “praticabilità” della codificazione, garantendogli altresì una sorta di posizione privilegiata nell’ambito del dibattito scientifico sul tema.

L’attenzione di Stephen per la legislazione indiana si concentra, come è intuibile, sul codice penale e sul codice di procedura penale. Ma anche l’*Indian Evidence Act* —alla cui redazione Stephen partecipò attivamente come *Law Member* del Consiglio del Governatore— costituirà un importante momento di comunicazione, che vede Stephen come protagonista, tra l’esperienze codificatorie indiana e inglese: nello stesso anno di promulgazione dell’*Indian Succession Act*, J.F. Stephen venne incaricato da Lord Coleridge, *attorney general* dal 1871 al 1873, di preparare un “codice” relativo alla materia delle prove da applicare in madrepatria. Questo lavoro venne portato avanti nel corso dell’anno e redatto sotto forma di *bill* secondo il modello dell’*Indian Evidence Act*.⁴⁸³

Nella produzione scientifica dei primi anni settanta, Stephen —attingendo ad elementi già emersi nella *General view of the Criminal Law of England* e anticipando altresì un discorso che verrà ripreso con maggiore forza nella successiva produzione scientifica—individua nella scarsa sistematicità del “corpo” del diritto inglese, nella natura frammentaria delle sue fonti, nell’eccessivo uso di tecnicismi, i principali difetti del sistema giuridico della Gran Bretagna. Nell’analisi di Stephen, tali difetti rendono il diritto inintelligibile agli occhi del pubblico e difficilmente conoscibile anche per i tecnici della materia; ma l’esperienza codificatoria

⁴⁸¹ Cfr. J.F. Stephen, *A General view of the Criminal Law of England*, Londra, Macmillan & co., 1863.

⁴⁸² G. Louis, *II. M. Georges Louis annonce en ces termes la présentation d’un projet the 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, cit. p. 550.

⁴⁸³ Il *bill* venne introdotto in parlamento ma non venne approvato e non diverrà legge. E’ lo stesso Stephen a documentare questa vicenda. Si veda l’introduzione di J.F. Stephen, *A Digest of the Law of Evidence*, Londra, Macmillan & co., 1876, pp. iii-xxi.

indiana fornisce all'Inghilterra un esempio da seguire per rendere il diritto maggiormente conoscibile e suscettibile di studio sistematico.

E'quanto emerge dal lungo discorso tenuto nel 1872 presso la *Law Amendment Society* e successivamente pubblicato con il titolo *Codification in India and England*.⁴⁸⁴ In questo contributo dal carattere fortemente divulgativo, Stephen si sofferma anzitutto sull' "accessibilità" del diritto indiano da parte del pubblico e sull'attenzione dedicata allo studio del diritto nei *College* della colonia. Nell'analisi di Stephen, in India la conoscenza che ogni *civilian* ha del codice penale e dei codici di procedura è sorprendente per un giurista inglese: persone che in Inghilterra avrebbero solo una vaga conoscenza del diritto criminale conoscono a memoria il codice penale indiano; in più, lo studio del codice è l'argomento preferito dagli studenti universitari e costituisce, pertanto, un irrinunciabile strumento educativo.⁴⁸⁵ Sono questi elementi che forniscono a Stephen un importante spunto per soffermarsi sulla forma di espressione del diritto inglese, argomento, questo, strettamente connesso al tema dell'educazione legale. Nell'analisi di Stephen, l'unica ragione che previene 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».⁴⁸⁶

Dato assai interessante, nell'analisi di Stephen l'esperienza indiana e la sua osservazione contribuiscono a sgombrare il campo del discorso da alcuni stereotipi fuorvianti relativi alla codificazione mostrando davvero cosa debba intendersi per "codice": più di un giurista ritiene che il diritto sia "una scienza inerente alla natura delle cose" nettamente distinto dalle leggi in vigore e che la codificazione del diritto consista nell'estrarre un sistema connesso di proposizioni tale da costituire un'esposizione della scienza. E' questa un'operazione «fuori dalla nostra portata». Se invece teniamo in considerazione le leggi in vigore più che il «diritto astratto», se noi concepiamo queste leggi come un sistema di regole redatte per scopi pratici

⁴⁸⁴ 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)

⁴⁸⁵ Il ruolo, "as a mere instrument of education of the codifying Acts, can hardly be exaggerated" *Ivi*, p. 980.

⁴⁸⁶ *Ivi*, p. 980.

attraverso «la luce della comune esperienza», è assurdo dubitare della possibilità di esprimerle in parole semplici e organizzarle in una forma chiara e sintetica.

Il discorso di Stephen ha avuto da subito notevole risonanza mettendo in evidenza una crescente attenzione da parte dell'opinione pubblica inglese rispetto al tema della codificazione. Nel novembre del 1872, la stampa periodica inglese dedicherà molte pagine di commento al contributo di Stephen esprimendo, nella maggior parte dei casi, giudizi molto positivi circa l'idea di procedere alla codificazione di alcuni settori del diritto. Seguendo il discorso di Stephen, quasi tutti i contributi fanno riferimento alla facile conoscibilità del diritto della colonia, e indicano nei codici indiani un esempio da seguire per l'Inghilterra. La facile conoscibilità del diritto indiano, la completezza del sistema, il ricorso alle illustrazioni, costituiscono tutti argomenti in favore della codificazione.⁴⁸⁷ In più, l'esempio indiano dimostra in modo incontrovertibile la possibilità di codificare il diritto:

«(...) 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 the purpose of leading cases, leaved nothing to be desired.

⁴⁸⁷ Offre un esempio di tale tendenza un articolo apparso sulle pagine del Morning Post nel novembre 1872. Nell'articolo si legge che è con sentimenti quasi d'invidia, che gli inglesi hanno appreso quanto la conoscenza del diritto è stata facilitata, quanto il diritto è stato reso popolare, semplicemente riunendo l' "intero diritto" relativo ad una data materia, come i contratti, le prove, la procedura criminale, in unico *Act*. Il codice di procedura penale sostituisce 270 leggi e circa 2000 decisioni. L'*Indian Succession Act* contiene il diritto che in Inghilterra è sparso in un'intera biblioteca di *law books*: «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 "caos" and will do their utmost to prevent its reduction into "cosmos"». Il modo in cui Stephen ha mostrato gli elementi a favore della codificazione dovrà convincere tutti che è possibile "semplificare" il diritto: non già intervenire sugli aspetti sostanziali ma migliorarne la forma. A tale fine si rende necessario istituire un "corpo permanente" incaricato della codificazione del diritto, similmente a quanto avvenuto in India. Si veda, *The Morning Post* (London) Wednesday, November 13, 1872, p. 4, che continua: «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 a Ministry in power which will undertake to do for England what has been successfully accomplished in Her Majesty's East India possession». Di tenore del tutto simile è un articolo del Glasgow Herald in cui l'esempio indiano viene presentato come un possibile modello da seguire per l'Inghilterra: il successo della codificazione indiana indica la strada agli inglesi. La codificazione del diritto produrrebbe grandi vantaggi soprattutto in termini di conoscibilità del diritto; inoltre, la codificazione faciliterebbe lo studio del diritto: «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?». Si veda, *Glasgow Herald* (Glasgow), Thursday, November, 14, 1872.

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». ⁴⁸⁸

Proprio l'attenzione dedicata dalla stampa periodica contribuirà a riaccendere il dibattito scientifico circa l'opportunità di procedere alla codificazione del diritto. E' a partire da questi contributi, ad esempio, che Sheldon Amos -autore di un'opera del 1873 dal titolo *An English Code. Its difficulties and the modes of overcoming them. A practical application of the science of jurisprudence*- sostiene che ci sono alcuni sintomi (certain symptoms) di una generale determinazione a procedere con la codificazione del diritto inglese, sintomi che possono essere difficilmente mal interpretati.⁴⁸⁹

In quest'opera del 1873 —che nell'opinione di Mario Piccinini costituisce lo sforzo “più generoso ed accorto” verso la codificazione del diritto inglese—⁴⁹⁰ Amos propone una “nuova” idea di codificazione.⁴⁹¹ Il dato interessante della proposta consiste nel fatto che, nell'analisi di Amos, l'intero corpo del diritto scritto e non scritto deve essere codificato sulla base di un singolo piano uniforme. Nella proposta, l'elemento “codice” viene presentato come un “tutto organico”, comprendente ogni parte del diritto e avente tutte le sue parti nella più stretta relazione con le altre e con il tutto. Anche dal punto di vista metodologico, nel progetto di codificazione il tutto deve precedere le parti.⁴⁹² Al tempo stesso, non tutto il diritto esistente deve essere ricompreso nel codice: ⁴⁹³ il codice deve essere il centro e il nucleo (“center and nucleus”) dell'intero sistema legale del paese.⁴⁹⁴

⁴⁸⁸ *Law Reform*, in «The Times», Thursday, January 2, 1873, p. 5.

⁴⁸⁹ 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.

⁴⁹⁰ M. Piccini, *Tra legge e contratto. Una lettura di Ancient Law di Henry Sumner Maine*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 25.

⁴⁹¹ «The idea of the English Code here presented as distinguishable from all previously attempted Codes elsewhere». S. Amos, *An English Code*, cit. p. 32.

⁴⁹² «Nevertheless, when the conception of the Whole as been once fully grasped and adequately expressed, the careful elaboration of the several Parts will involve much of the very same process of digesting by a number of hands which, prior to a scheme of the Whole being resolved upon and mapped out, is so much waste toil». *Ivi*, pp. 3-4.

⁴⁹³ *Ivi*, pp. 49-50.

⁴⁹⁴ *Ivi*, p.13

Quello che emerge dalla proposta di Amos —e che costituisce di certo uno dei punti più interessanti del lavoro— può essere definito come una continua e totale ricerca di coerenza di sistema: nel codice, ogni termine deve avere un senso definito che deve conservare dalla prima all’ultima pagina; ogni passaggio deve fare riferimento ad ogni altro passaggio e al tutto. Solo in questo modo il codice assumerebbe il ruolo di espressione autoritativa e autentica, in una forma organica e sistematica, del vasto corpo del diritto generale.⁴⁹⁵

Così come Holland, anche Amos ritiene che nella redazione del codice è assolutamente necessario rintracciare un criterio di connessione e affidarsi ai principi di “giurisprudenza scientifica” al fine di evitare eventuali dubbi interpretativi e fornire coerenza al sistema. In più, nell’analisi di Amos, si rende del tutto necessario elaborare regole volte a limitare la creazione di un “nuovo corpo di diritto” fuori dal codice, consistente nell’insieme delle decisioni giudiziali sul linguaggio del codice.⁴⁹⁶ E’ questo un punto interessante dell’analisi di Amos. Nell’opinione di Amos, è necessario limitare il potere interpretativo del giudice.⁴⁹⁷ Allo stesso tempo, è necessario elaborare regole interpretative che anticipino l’ambiguità e l’incertezza nell’uso dei termini del codice. Nell’analisi di Amos, ciò può essere fatto attraverso due processi: quello delle definizioni e quello delle illustrazioni, sulla base dell’esempio fornito dai codici indiani.⁴⁹⁸

Così come sostenuto qualche anno prima da Holland, Amos sostiene che il successo del codice dipenda fortemente dalla predisposizione di un sistema di revisione. Nella parte centrale del suo lavoro, propone dunque un piano decennale per la revisione del codice. La revisione deve essere affidata a due commissioni, una permanente e una temporanea: quest’ultima, nominata alla fine di ogni decennio, avrà il compito di rivedere e di ripubblicare il codice. La commissione permanente, invece, vigilerà sull’operatività del codice in costante

⁴⁹⁵ *Ivi*, p. 12

⁴⁹⁶ *Ivi*, p. 61

⁴⁹⁷ “To leave Judges to interpret Written Law, without any othe restriction than such as is imposed by their own honesty of purpose and idiosyncrasy of taste, is to inaugurate a reign of disorder and confusion. *Ivi*, p. 62.

⁴⁹⁸ «An excellent specimen of the use of both processes is supplied by the recent Indian Codes». *Ivi*, p. 65. Nell’analisi di Amos, però, ci sono però alcuni pericoli legati all’uso delle illustrazioni e delle definizioni: se una definizione è troppo vaga è inutile; se è troppo precisa, limita (feters) ingiustamente la discrezionalità del giudice, e restringendo (narrowing) l’applicazione del diritto così come scritto nel testo del codice, lo sostituisce.

collaborazione con un'ulteriore commissione, una *judicial committee* formata da tutti i giudici delle giurisdizioni superiori.⁴⁹⁹ L'istituzione della *judicial committee* chiama in causa direttamente il ruolo delle decisioni giudiziali all'interno del "sistema" di diritto: tale commissione avrà il compito di accertare "the true impact and compass" di ogni singola decisione sul significato di ogni passaggio del codice; dovrà altresì individuare eventuali lacune codicistiche, distinguendole da quelle che sono il mero frutto della discrezionalità giudiziale. Infine, la commissione permanente avrà il compito di registrare tutte le decisioni che ritiene debbano essere prese in considerazione al momento della revisione decennale.

Dalle opere di Holland e di Amos si evince come entrambi gli autori, nel proporre uno schema generale di codificazione, tengano in forte considerazione due delle caratteristiche peculiari dell'esperienza codificatoria indiana ed in particolare dell'*Indian Penal Code*. Ed infatti sia Holland che Amos, partendo da posizioni simili, rispondono alle obiezioni generalmente opposte alla codificazione del diritto (flessibilità del *common law* contro l'inelasticità del codice; incapacità del linguaggio di esprimere la ricchezza del diritto inglese) attingendo direttamente alle caratteristiche del codice penale indiano: le illustrazioni, da un lato, il sistema di revisione, dall'altro lato, forniscono un valido strumento interpretativo che utilizza le stesse regole che governano il *case law* e consentono un costante aggiornamento del corpo del diritto in conformità con gli sviluppi della giurisprudenza.

Ma se nell'analisi di Holland i codici indiani costituiscono un vero e proprio modello di riferimento, secondo Amos la codificazione indiana è difficilmente paragonabile ai tentativi di codificazione del diritto inglese. Questo per due motivi. Anzitutto, lo scopo della codificazione in Inghilterra differisce del tutto da quello che ha governato l'esperienza coloniale. In India la codificazione serviva a produrre un'unità che non c'era. In Inghilterra la codificazione serve a preservare, rinforzare, sviluppare un'unità già presente. In secondo luogo, i codificatori indiani sono stati inizialmente più occupati con la «legislazione politica» che con la codificazione vera e propria: gli amministratori coloniali si sono sentiti liberi di decidere quali erano i migliori tipi di leggi da fare per i nativi e per la popolazione britannica

⁴⁹⁹ Propone altresì l'istituzione di una Corte d'Appello che rappresenti tutti i giudici delle corti superiori con una generale giurisdizione d'appello su tutte le *suits e actions* e dotata un peculiare carattere autoritativo (peculiarly authoritative character). *Ivi*, p. 75.

in India. Nell'analisi di Amos, il legislatore ha avuto una varietà di problemi totalmente assenti in Inghilterra e ha avuto una libertà assoluta nel concepire soluzioni ai problemi.

3. *Stephen e Pollock: la codificazione del diritto "in dettaglio"*

Tra gli anni sessanta e settanta dell'Ottocento, ulteriori tentativi di riforma interessarono alcuni importanti ambiti del diritto penale. In particolare, nel 1864 venne istituita la *Royal Commission on Capital Punishment* con il compito di indagare sull'operatività della sanzione capitale e di indicare eventuali modifiche alle leggi vigenti che impongono tale pena. Nelle prime pagine del *report* -pubblicato nel 1866- la commissione si sofferma a lungo sul reato di *murder* -unico reato insieme al *treason* a comportare la pena capitale- manifestando non poca insofferenza verso la dottrina della *constructive liability*.⁵⁰⁰ Proprio per evitare un'estensione ipertrofica della definizione di *murder* -conseguenza delle costruzioni giurisprudenziali- la commissione proponeva due ipotesi di riforma: ridefinire il reato di *murder* in modo tale da comprendervi solo le ipotesi di «felonious homicides of great enormity», ricomprendendo tutte le altre ipotesi nella definizione di *manslaughter*; dividere il *murder* in due gradi prevedendo la sanzione capitale solo per il grado più alto.⁵⁰¹

Tra le proposte prese in considerazione dalla *Royal Commission* circa la ridefinizione del *murder* -proposte provenienti dagli esponenti della scienza giuridica inglese interrogati dalla commissione- compare quella di James Fitzjames Stephen: dato assai interessante, in questa

⁵⁰⁰ Come spiegato dalla commissione, il diritto criminale inglese definisce il reato di *murder* come l'uccisione di un uomo avvenuta con dolo deliberato (*malice aforethought*). Attraverso la dottrina della *malice in fact*, la giurisprudenza inglese ha esteso la definizione del *murder* ben oltre i limiti fino a ricomprendere i casi in cui un uomo nel commettere un felony uccide un altro uomo sebbene non ci fosse nessuna intenzione o premeditazione.

⁵⁰¹ *Report of the Capital Punishment Commission; together with the minutes of evidence and appendix*, 1866, p. xlix.

sede Stephen proponeva di utilizzare la definizione di omicidio contenuta nell'*Indian Penal Code*.⁵⁰²

Nessuna delle ipotesi di riforma avanzate dalla commissione venne portata avanti. Ma negli anni settanta continuano i tentativi di modifica della legislazione sull'omicidio. In particolare, nel maggio 1874 venne introdotto presso la Camera dei Comuni l'*Homicide Law Amendment Bill*, una proposta di legge preparata da Stephen su richiesta di Russell Gurney, *recorder* della città di Londra.⁵⁰³ Il *bill* —che offriva una definizione statutaria di omicidio e proponeva l'abolizione della regola del *felony-murder*— venne riferito ad una *Select Committee*.⁵⁰⁴ La misura incontrò l'opposizione del potere giudiziario e la commissione espresse, per vari motivi, parere negativo circa la sua entrata in vigore.⁵⁰⁵

Negli anni settanta dell'Ottocento, Stephen riprenderà il suo discorso sulla codificazione pubblicando, tra il 1876 e il 1877, due lavori dal carattere fortemente innovativo che produrranno, ciascuno per motivi diversi, risultati pratici di grande rilevanza. Riprendendo il materiale utilizzato per la redazione del *bill* del 1872, Stephen pubblicherà, nel 1876, *A Digest of the Law of Evidence*.⁵⁰⁶ Nell'analisi di Stephen, la pubblicazione di quest'opera -che costituisce un'esposizione sistematica del diritto sulle prove- produrrà effetti positivi: anzitutto, il *Digest* favorirà lo studio sistematico del diritto. Nell'opera, la materia delle prove è separata da ogni altra materia processuale, ridotta in una forma sistematica secondo uno schema prestabilito. Proprio in virtù di queste caratteristiche, il *Digest* differisce sensibilmente dai tradizionali *law books* inglesi: questi trattati —che spesso si estendono per quasi duemila pagine e fanno riferimento a centinaia di statutes e migliaia di *cases*— rendono

⁵⁰² *Ivi*, p. 279.

⁵⁰³ Il *bill* fu preparato e introdotto per la prima volta in parlamento già nel 1872. In merito, P.R., Glazebrook, *Criminal Law Reform. 2. England*, in S.H. Kadish (ed. in chief), *Encyclopedia of Crime and Justice* (4 Vol.), New York, The Free Press, 1983, Vol. 2, pp. 490-500.

⁵⁰⁴ La *Select Committee* ricevette la proposta di legge il 14 maggio 1874.

⁵⁰⁵ In particolare, Alexander Cockburn, *Lord Chief Justice* dal 1875 al 1880, definì la proposta di legge come un tentativo «imperfetto e parziale» di codificazione. Nell'analisi di Cockburn, «(...) any attempt at codification which is either partial or incomplete can only be productive of confusion and mischief». Citato in A. H. Manchester, *Simplifying the Sources of the Law*, cit., p. 542.

⁵⁰⁶ J. F. Stephen, *A Digest of the Law of Evidence*, London, Macmillan and Co., 1876.

impossibile lo studio sistematico del diritto.⁵⁰⁷ In più, il *Digest* esprime in maniera coerente —attraverso regole precise e definite, illustrazioni, esempi— tutto il diritto contenuto in centinaia di casi e *statutes* e può pertanto costituire un importante lavoro preparatorio alla produzione di un 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».⁵⁰⁸

La pubblicazione del *Digest* ha avuto notevole risonanza nell'universo scientifico inglese. Poco dopo la pubblicazione di quest'opera, Frederick Pollock pubblicò il suo *Digest of the Law of Partnership*.⁵⁰⁹ Nell'analisi dell'autore, il *Digest* costituisce un lavoro necessario per supplire all'assenza di uno studio conciso e sistematico sulla materia, preparato sulla base dell'esempio offerto da Stephen nel suo *Digest of the Law of Evidence*. Nell'introduzione dell'opera, Pollock sostiene la necessità di modificare l'intero sistema giuridico britannico, ridefinendo il ruolo delle fonti del diritto e affermando la centralità del legislatore nel processo di produzione normativa. In più, secondo un discorso che si ritrova nell'opera di Stephen, Pollock si sofferma sulla necessità di modificare i criteri e lo stile della produzione scientifica al fine di migliorare la conoscibilità e lo studio sistematico del diritto.

Nell'analisi di Pollock, il sistema di diritto britannico —formato principalmente dalla “branca” del *case law* e da quella dello *statute law*— è un sistema frammentario sospeso tra gli estremi dell'astrattezza delle previsioni legislative e l'eccessivo particolarismo delle

⁵⁰⁷ Nell'analisi di Stephen, il *Digest* costituisce una forte innovazione rispetto agli esistenti trattati sulla materia: i tradizionali *law books* inglesi -che spesso si estendono per quasi duemila pagine e fanno riferimento a centinaia di *statutes* e migliaia di *cases*- rendono impossibile lo studio sistematico del diritto: «The enormous mass of detail and illustration which they contain, and the habit into which thier 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*, p. v-vi.

⁵⁰⁸ *Ivi*, p. viii.

⁵⁰⁹ F. Pollock, *A Digest of the Law of Partnership*, St. Louis, F. H. Thomas and Company, 1878.

decisioni giudiziarie. Il *case law*, anzitutto, fornisce esempi particolari dai quali possono essere dedotti regole generali applicabili, attraverso analogia, a casi simili. Ma l'impianto (*frame-work*) del *case law* soffre molti limiti: questo consiste nell'esposizione di un gran numero di gruppi di fatti e dei risultati legali che è stato deciso di derivare da questi, ma non ci sono regole generali che consentono di esporre il diritto in una "forma connessa": tale assenza viene supplita attraverso un processo di discussione, deduzione e commento portato avanti dai giudici e in generale dagli studiosi di diritto (*text-writers*). Nell'analisi di Pollock, tale branca del diritto ha di certo il vantaggio di essere molto dettagliata, ricca di memoria storica delle soluzioni adottate in casi concreti della realtà. Ma in assenza di regole generali non c'è garanzia di completezza né di coerenza. Anche il sistema di "graduate authority" che regola l'attività delle corti -che rende la decisione di una Corte d'Appello vincolante su tutte le corti al di sotto di essa, e la decisione della corte di appello finale vincolante su tutte le altre Corti e su se stessa- non previene la coesistenza di decisioni contrastanti. In più il sistema di *case law* è accessibile solo agli esperti. Il sistema di *statute law*, d'altro canto, fornisce soltanto proposizioni generali in termini definiti senza fornire esempi particolari e tale lacuna viene riempita successivamente dalle decisioni giudiziali.

Dato assai interessante, Pollock vede nei codici indiani e nella tecnica normativa in essi adottata un esempio da seguire per esporre il diritto inglese. Nell'introduzione del *Digest*, Pollock si sofferma a lungo sul modello del codice penale indiano esprimendo forte consenso sulla tecnica seguita nella sua redazione: nell'analisi di Pollock, il metodo di esporre il diritto attraverso proposizioni generali accompagnate da illustrazioni -caratteristica dell'*Indian Penal Code* e dell'*Indian Succession Act*- costituisce il principale progresso che è stato fatto nei tempi moderni nell'arte del *law-making*. Questo approccio ha una portata fortemente innovativa: «It is an instrument of a new constructive power, enabling the legislator to combine the good points of statute-law and and case-law, such as they have hitherto been, while avoiding almost all their respective drawbacks». ⁵¹⁰

⁵¹⁰ *Ivi*, p. v.

Nell'analisi di Pollock, dunque, l'adozione del metodo seguito dai codici indiani —attraverso il quale vengono combinate le previsioni generali con decisioni specifiche in un unico testo— risolverebbe la frammentarietà del sistema di diritto. Elemento centrale del metodo indiano è di certo costituito dalle illustrazioni: queste hanno la stessa autorità del testo e orientano l'interpretazione e l'applicazione delle norme. L'importanza della tecnica delle “illustrazioni autoritative” appare in tutta la sua evidenza attraverso l'esempio francese: in Francia il diritto è facilmente conoscibile rispetto a questioni di semplice soluzione essendoci il codice. Rispetto alle questioni complicate -quelle cioè che possono far sorgere contrasti interpretativi- il diritto è molto meno conoscibile che in Inghilterra: esiste un gran numero di corti con uguale giurisdizione e le decisioni giudiziali non vincolano il giudice. «(...) 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».⁵¹¹

In più, attraverso la tecnica delle illustrazioni viene specificamente riconosciuto il ruolo del *case law*, i cui risultati vengono incorporati nel codice e diventano parte di esso e del diritto: nelle revisioni del codice successive alla sua prima entrata in vigore (attività fondamentale per il buon funzionamento del codice) non solo vengono eliminati i difetti che l'esperienza della sua amministrazione ha svelato, ma possono essere inseriti, a partire da nuovi casi, i risultati delle decisioni giudiziali sotto forma di illustrazioni. Nella parte finale di questa lunga introduzione, Pollock spiega i suoi tentativi di esprimere il diritto in un linguaggio semplice e naturale, privo di tecnicismi, e di mostrare le differenti parti della materia “nelle loro relazioni naturali”. E ciò al fine di rendere questa branca del diritto sufficientemente intellegibile anche a coloro che non sono giuristi. L'assunto bentamiano espresso nei *Papers on Codification* («Che ogni uomo sia suo proprio giurista») non è realizzabile in un paese di antica civiltà; ma è di certo possibile consentire che ognuno abbia una conoscenza chiara ed esatta, sebbene non completa, delle leggi che regolano la sua vita e i suoi affari quotidiani. Una vera codificazione comporta modifiche del diritto: se venisse formata una commissione per la codificazione del

⁵¹¹ *Ivi*, p. ix.

diritto questa dovrebbe avere il potere di proporre modifiche del diritto. E' questa una questione prematura da trattare. Nel frattempo, l'espressione del diritto così come è ma in una forma codificata produrrebbe grandi vantaggi nell'amministrazione della giustizia e farebbe focalizzare l'attenzione sui punti da modificare. Anche lo studio del diritto verrebbe facilitato: i *text-books* diverrebbero dei commentari del codice, con grande vantaggio per scrittori e lettori:

«A good deal of the space which is now perforce devoted to a laborious and often barren collection of authorities would be left free for rational explanation, and especially - though this hope may seem too sanguine- for a comparative and historical treatment which might be a powerful instrument of training in exact thought, and might raise the study of the law to somethings like its former rank as part of a liberal education. We might even cease to regard "jurisprudence as a kind of mysterious knowledge, so hopelessly separated from the law of England as to require a distinct course of reading».⁵¹²

Come si è visto, un elemento comune tanto al discorso di Stephen che a quello di Pollock consiste nella constatazione che il "corpo" del diritto inglese —composto dagli *statutes*, dai principi di diritto consuetudinario (*common law*) e dal *case law*— si trova in una forma insoddisfacente che ne previene la coerente applicazione e lo studio sistematico. Nell'analisi dei due autori, una delle possibili soluzioni a tale ordine di problemi consiste nel ri-esprimere il diritto in una forma sistematica, attraverso l'individuazione di un criterio di connessione che ne renda coerente la sistematizzazione. E' questo un discorso che i due autori sembrano rivolgere direttamente ai giuristi: in assenza di un'iniziativa legislativa spetta alla scienza giuridica il compito di promuovere una riforma volta a rendere il diritto più facilmente conoscibile, cercando di combinare per quanto possibile i risultati dello *statute* e del *case law*. Intanto Stephen continua nella sua opera divulgativa pubblicando, nel 1877, un saggio dal titolo *A Penal Code*. E' questo un contributo particolarmente interessante, apparso sulle

⁵¹² *Ivi*, p. xxv.

pagine della *Fortnightly Review*, attraverso il quale Stephen intende dimostrare la facile realizzabilità di un codice penale, indicando altresì un procedimento metodologico da seguire.⁵¹³ Nell'analisi di Stephen, il primo passo necessario per preparare un codice consiste nell'estrarre le "autorità" sulla base delle quali vengono composti i *text books* (tra tutti, il famoso *Russell on Crimes* che, nell'analisi di Stephen, costituisce un testo imprescindibile per giudici e giuristi) e ridurle a una estensione contenuta per ottenere i «risultati netti». Due operazioni sono necessari alla fase preliminare: estrarre i principi dai *decided cases* e dai *books of authorities* e ridurre il diritto statutario in una forma chiara e breve. Rispetto alla prima operazione: sebbene sia difficile individuare ed estrarre i principi che i *decided cases* stabiliscono è questa un'operazione necessaria: una volta terminata tale fase, «you get in half-a-dozen lines the net result of perhaps hundreds of pages».⁵¹⁴ E' necessario poi ridurre l'estensione degli *statutes*, evitare la ripetizione di termini che potrebbero rientrare in una categoria generale, portare il lettore ad individuarne il risultato netto.

Nell'articolo in esame Stephen annuncia la pubblicazione di un'altra opera dal titolo *A Digest of the Criminal Law. Crimes and Punishment*,⁵¹⁵ —che costituisce il secondo lavoro di sistematizzazione— presentando tale lavoro come un'operazione preparatoria alla codificazione del diritto penale. Ed infatti, nell'analisi di Stephen, tale opera prova la possibilità di codificare il diritto criminale facilitandone altresì il lavoro. Il libro consiste in una sistemazione organica e tendenzialmente completa del diritto penale inglese: il lavoro

⁵¹³ *Ivi*, p. 362. Ma la codificazione del diritto implica, come attività preliminare e necessaria, la definizione del "campo" che si deve codificare. E' questo un punto interessante del contributo di Stephen che rivela la sua concezione del crimine e della sfera del penale. Nell'analisi di Stephen, un crimine è un atto sanzionato dalla legge; affinché un atto possa essere punito dalla legge, è necessario che tale atto sia vietato e che la sua commissione sia dimostrata in giudizio. La prima distinzione da operare è dunque tra diritto penale e procedura criminale: da un lato, il diritto criminale definisce i crimini e li ricollega a sanzioni; dall'altro il diritto processuale stabilisce come bisogna agire dopo la commissione del fatto e come giudicare i soggetti accusati. Il risultato della codificazione del diritto penale consiste nella produzione di due codici: un codice penale e un codice di procedura penale. Un'altra distinzione si rende necessaria. Nessun codice penale deve mirare a definire tutti gli atti suscettibili, in astratto, di punizione legale; se così fosse, il codice conterrebbe tutto il diritto relativo a tutte le materie («the whole law on all subjects»). Da un certo punto di vista, tutto il diritto può essere considerato diritto criminale: il diritto è un comando indirizzato a una o più persone, e ogni comando comporta una sanzione quando viene violato. Di conseguenza il "corpo" del diritto criminale deve limitarsi a disciplinare gli atti che sono considerati come da prevenire attraverso la minaccia della sanzione, perché ritenuti pericolosi o dannosi per il pubblico o per gli individui. Pp. 364, ss.

⁵¹⁴ *Ivi*, p. 367.

⁵¹⁵ Stephen J. F., *A Digest of the Criminal Law, Crimes and Punishments*, London, Macmillan and Co., 1877. L'edizione da me consultata è la III (1883).

inizia con la definizione delle diverse sanzioni e delle condizioni generali di criminalità (*general condition of criminality*). Segue la descrizione delle cause che, sotto alcune circostanze, escludono la criminalità dell'atto; descrive il concorso di persone nel reato e le ipotesi di delitto tentato.⁵¹⁶ Queste questioni preliminari sono seguite dalle definizioni delle diverse classi di crimine: a partire dai crimini contro l'ordine pubblico, crimini che concernono la pubblica autorità compreso i crimini contro l'amministrazione della giustizia, reati che consistono in atti dannosi o pericolosi per il pubblico (ad esempio contro la salute pubblica). Infine, i reati contro gli individui, divisi nelle due classi dei reati contro la persona e reati contro la proprietà.⁵¹⁷

Come è evidente, a tale lavoro viene affidato un importante compito divulgativo: dopo il fallimento dei tentativi di codificare il diritto relativo all'omicidio —fallimento imputabile in buona misura all'opposizione del potere giudiziario— Stephen tenta di dimostrare la possibilità di ridurre l'intera disciplina penalistica in appena trecento pagine, sistamarla secondo criteri di coordinamento che ne rendano coerente la struttura, enunciare i principi generali che regolano tale disciplina. In questo sta il grande merito del lavoro:

“(...) this 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”.⁵¹⁸

4. *Un codice penale per l'Inghilterra*

⁵¹⁶ *Ivi*, p. 371.

⁵¹⁷ Infine, alcuni casi in cui la violazione del contratto viene considerato un reato.

⁵¹⁸ Quest'opera costituisce dunque una breve, sistematica e intellegibile espressione del diritto, preparata sulla base del diritto esistente. Tuttavia, nell'analisi di Stephen sarebbe un grave errore renderlo legge: il diritto criminale inglese necessita di notevoli cambiamenti, nella forma come nella sostanza, volti ad eliminare molti elementi obsoleti e gli eccessivi tecnicismi. *Ivi*, p. 373

Gli sforzi di Stephen produrranno presto risultati di rilievo. Un anno dopo la pubblicazione di *A Digest of the Criminal Law*, Lord Cairns, *Lord Chancellor*, incaricò Stephen di preparare due proposte di legge: un codice penale e un codice di procedura penale. Il primo venne introdotto in parlamento nel maggio 1878 e venne rimesso ad una commissione composta da Lord Blackburn, Mr. Justice Barry, Lord Justice Lush, e Stephen. La commissione — incaricata di analizzare la bozza di codice penale e di proporre eventuali modifiche— ha lavorato dal novembre 1878 al maggio 1879, presentando, nel 1879, un *report* di commento sul *Draft Code*.

L'influenza dell'opera di Stephen sui lavori della commissione è evidente. Nel *report* del 1879 —decisamente favorevole all'approvazione della bozza— i commissari attingono a piene mani alle argomentazioni offerte da Stephen in favore della codificazione nei suoi numerosi contributi dedicati al tema. Tali argomentazioni —che spaziano 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— trovano spazio nel *report* e segnalano un forte intreccio tra “l'opera scientifica” —a cui Stephen e altri autori avevano affidato un importante funzione divulgativa— e la vicenda istituzionale della codificazione del diritto inglese. In più, dato assai interessante, queste argomentazioni possono essere considerate come l'elaborazione più matura delle tesi di Stephen in favore della codificazione e saranno tutte inserite, qualche anno più tardi, nel capitolo dell'opera di Stephen *A History of the Criminal Law of England*.⁵¹⁹

Il primo punto messo in luce dalla commissione riguarda il significato del termine “codificazione”: generalmente si ritiene che l'oggetto della codificazione sia di ridurre in forma scritta l'intero diritto relativo ad un determinato soggetto in modo tale che quando il codice diventa legge qualsiasi questione legale che possa sorgere sarà prevista e ricompresa nel suo “linguaggio espresso”. Si ritiene poi che sebbene tale *standard* venisse raggiunto, il

⁵¹⁹ J.F. Stephen, *A History of Criminal Law of England*, 3 Vol. London, Macmillan and Co, 1883. Vol. III, pp. 347-367.

diritto verrebbe privato della sua “elasticità”. Nell’analisi dei Commissari, è opinione comune che il diritto inglese

«is 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».⁵²⁰

Tuttavia, non sono questi i cambiamenti che produrrebbe il processo di codificazione: questo processo consiste semplicemente nella riduzione del diritto esistente ad un «ordinato sistema scritto, libero da inutili tecnicismi, oscurità e altri difetti che l’esperienza della sua amministrazione ha rivelato».⁵²¹ Molti esempi dimostrano come la codificazione del diritto penale costituisca un’operazione ad un tempo possibile e utile:

«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?».⁵²²

Nell’analisi della Commissione, l’elasticità del *common law* è minore di quanto generalmente si ritenga: fin quando il codice rappresenterà i risultati dei *cases* e dei principi di *common law*, «it takes from the judges nothing which they posses at present».⁵²³ Per fare un esempio, in

⁵²⁰ *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, p. 6.

⁵²¹ *Ibidem*.

⁵²² *Ivi*, p. 7.

⁵²³ *Ivi*, p. 8.

Inghilterra un giudice non ha alcuna discrezionalità nel determinare quali siano gli elementi del reato di *murder*: in breve, ciò che comunemente viene indicato come “elasticità” è soltanto un sinonimo di “incertezza”.⁵²⁴ La “vera” caratteristica del diritto criminale inglese consiste nella ricchezza di regole e principi incorporati nelle decisioni giudiziali e il codice preserverebbe tali qualità: «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».⁵²⁵

Il *bill* del 1878 propone alcune significative modifiche del diritto criminale inglese. Nel *Criminal Code Bill* viene abolita la tradizionale distinzione tra *felony* e *misdemeanor*. Rispetto alla fattispecie di *murder*, il codice propone una soluzione che avvicina il sistema criminale inglese all'*Indian Penal Code*: abolita l'espressione *malice aforethought*, la distinzione tra *murder* e *culpable homicide* dipende strettamente dall'intenzione criminale dell'agente.⁵²⁶

Una delle principali innovazioni del *Draft* è costituita dalle previsioni della sez. V. la quale stabilisce che i criminali potranno essere perseguiti soltanto per i reati previsti dal codice o da altri statuti ma non *at common law*:

“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 (...)”.

⁵²⁴ Ed anzi l'espressione “elasticità” è forse inappropriata rispetto al diritto inglese: rispetto al diritto penale, branca estremamente dettagliata ed esplicita, al giudice è lasciata ben poca discrezionalità. La commissione spiega questo punto attraverso un esempio: il diritto criminale francese è fondato sul codice penale, ma le decisioni delle corti che interpretano il codice non sono vincolanti. Di conseguenza le corti francesi possono decidere in conformità alla loro visione della giustizia nei limiti tracciati dalle parole del codice. Nell'esercizio di questa discrezionalità sono guidate, sebbene non vincolate, dalle decisioni precedenti. Il risultato è che il diritto penale francese è di molto più elastico di quello inglese sebbene quest'ultimo sia fondato su definizioni e principi non scritti.

⁵²⁵ *Ivi*, p. 8.

⁵²⁶ A. H. Manchester, *Simplifying the Sources of the Law*, cit., pp. 534-535.

Nell'analisi della Commissione, è questa una previsione necessaria ad eliminare il potere dei giudici di creare nuovi reati sulla base dei principi di *common law*. Secondo la storiografia, tradizionalmente la definizione di alcuni reati non avveniva a livello statutario ma attraverso la “tradizione giudiziale” supportata dai *books of authorities*: i giudici avevano il potere di classificare una condotta come *misdemeanor* e punire con la gogna, la fustigazione, la detenzione e la multa ogni comportamento considerato immorale o antisociale. Per classificare una condotta come *felony*, era invece necessario il supporto di un *Act* ovvero dell' *immemorial custom*.⁵²⁷ Nell'analisi della Commissione, quando, nei secoli passati, l'attività legislativa era insufficiente (*scanty and rare*) l'esercizio di tale potere è stato per certi versi utile: la Camera stellata prima e il *King's Bench* poi, hanno svolto per lungo tempo le funzioni di *custos mores* dei sudditi di sua maestà. Tale potere non trova più alcuna giustificazione:

“Parliament is regular in its sittings and active in its labours; 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”.⁵²⁸

Il codice nulla dispone circa le cause di giustificazione del reato rinviando ai principi di *common law* che regolano la materia: nell'opinione della Commissione, tali principi sono fondati su “sense and justice” e racchiuderli nel testo del codice non sarebbe conveniente.

Il *Draft Code* subì forti critiche da parte di *Lord Chief Justice Cockburn*. In una lettera inviata 12 giugno 1879 all'*attorney general*, Cockburn sosteneva che —sebbene la codificazione del diritto penale fosse necessaria e possibile— la bozza proposta dalla Commissione non doveva diventare legge:⁵²⁹ è questa una proposta di codificazione «imperfetta e incompleta», la cui

⁵²⁷ Si veda, P.R. Glazebrook, , *Criminal Law Reform. 2. England*, cit. p. 492.

⁵²⁸ *Criminal Code Bill Commission*, cit. p. 10

⁵²⁹ 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.

emanazione produrrebbe effetti tutt'altro che positivi rispetto all'amministrazione della giustizia. Trattandosi del primo vero tentativo di codificazione del diritto penale, l'entrata in vigore della bozza avrebbe generato sfiducia nei confronti della codificazione e ne avrebbe ritardato ogni futuro tentativo. Il codice presenta numerosi difetti:

« Not only is there much room for improvement as regards arrangement and classification, but the language used is not always perspicuous, or happily chosen, while the use of provisoes, an objectionable mode of legislation, is carried to an unusual excess, nor is the intention always clear; and what is still more important, the law is in many instances, left in doubt, and I am bound to say, in my opinion, not always correctly stated». ⁵³⁰

Cockburn è molto critico rispetto alla sez. V della bozza: un codice penale integrato dagli *statutes*, non potrebbe dirsi completo. Per poter raggiungere lo standard della completezza, il codice deve incorporare l'intero sistema di diritto criminale, sia statutario che di *common law*:

«After a careful study of the law, as exhibited in the proposed code, a person whould 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?». ⁵³¹

Stephen rispose alle critiche di Cockburn attraverso la pubblicazione di un saggio dal titolo *The Criminal Code*. Attraverso questo contributo, apparso nel 1880 sulla rivista *The Nineteenth Century*, Stephen difendeva il lavoro della commissione: ⁵³² in Inghilterra, il

⁵³⁰ *Ivi*, p. 2.

⁵³¹ *Ivi*, p. 6.

⁵³² J.F. Stephen, *The Criminal Code (1879)*, *The Nineteenth Century*, Vol. VII, January-June 1880, pp.136-160. Nell'analisi di 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.

codice di diritto penale deve necessariamente essere “incompleto”.⁵³³ Per la preparazione di un codice di diritto che sia in parte statutario e in parte di *common law* esiste un unico procedimento da seguire: consolidare gli *statutes* con costante riferimento alla loro storia. Codificare il *common law*, rendendo i risultati delle decisioni giudiziali in forma sistematica e avendo sempre cura di non ridurre la discrezionalità giudiziale nei casi in cui è necessaria. Gli autori del codice hanno tenuto nella debita considerazione tali necessità: nel corso degli anni il Parlamento ha criminalizzato vari atti in considerazione di particolari contingenze storiche; non è possibile inserire nel codice tutti gli *statutes* in vigore separando così «la parte che crea l’offesa» dall’elemento storico che conferisce significato alla legge. Molti *statutes* costituiscono dei veri e propri «monumenti storici delle lotte politiche e religiose» più che vere e proprie parti del diritto criminale. Tenendo in considerazione queste circostanze, si può affermare che —con riferimento ai reati statutari— il codice è completo: «(...) 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». ⁵³⁴ Anche le previsioni contenute nella sezione V della bozza costituiscono delle innovazioni necessarie per il buon funzionamento della giustizia inglese. La soluzione adottata dal legislatore —che esclude la perseguibilità di un reato *at common law* facendo salvi i principi di *common law* relativi alle cause di giustificazione— non può che produrre buoni risultati:

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

⁵³³ Anche il fatto che il codice è imperfetto non costituisce un motivo sufficiente per un suo rigetto: i dettagli suscettibili di critica potrebbero essere facilmente corretti durante l’*iter* parlamentare ovvero dopo che l’utilizzo pratico del codice e l’attività giurisprudenziale ne mettano in luce i difetti. Nell’analisi di Stephen, il diritto di ogni paese si è formato per gradi, i suoi elementi hanno una storia, ed è impossibile ridurlo ad un “esatto sistema simmetrico”: non è possibile dare “ad un antico corpo di diritto la completezza simmetrica che dovrebbe essere forse raggiunta nel legiferare per un nuovo paese”. Dato assai interessante, Stephen difende 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.

⁵³⁴ *Ivi*, p. 150

from preserving the common law as to justification and excuse is, that a man morally innocent, not otherwise protected, may avoid punishment”.⁵³⁵

Tuttavia, è necessario che il giudice conservi un certo grado di discrezionalità. Il diritto di una nazione che vive e cresce non può mai dirsi completo e sarebbe un errore se i codificatori cercassero di fermare lo sviluppo giurisprudenziale:⁵³⁶ esistono materie che possono essere trattate solo con riferimento al caso concreto e non in via preventiva dal legislatore; materie la cui decisione deve essere rimessa ai principi generali e all’analogia; materie che sono troppo indefinite per essere espresse in forma di «proposizioni categoriche».

5. I “codici parziali” dell’Inghilterra

La stampa professionale britannica registrerà questo dibattito tra Stephen e Cockburn, mostrandosi in alcuni casi particolarmente critica rispetto alle argomentazioni del saggio *The Criminal Code*. Ne offre un esempio un articolo dal titolo *The Apology for the Code*, apparso sulla rivista *The Irish Law Times* nel gennaio 1880. Secondo l’*Irish Law Times*, insistere sull’impossibilità di codificare i principi di *common law* relativi alle cause di giustificazione - a partire dal presupposto che questo settore del diritto penale deve necessariamente essere lasciato alla discrezionalità del giudice- conduce ad un forte paradosso: «To this extent 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».⁵³⁷

⁵³⁵ Nell’analisi di Stephen, lasciare che i giudici abbiano il potere di creare nuovi reati a partire dai principi di *common law* è pericoloso per i sudditi e per l’amministrazione della giustizia: come già avvenuto in passato, i giudici potrebbero esprimere la loro disapprovazione, rispetto a condotte che considerano meritevoli di punizione sulla base di valutazioni morali, dichiarandole reati. *Ivi*, p. 154

⁵³⁶ *Ivi*, p. 155

⁵³⁷ «The Irish Law Time and Solicitor’s Journal», January 17, Vol. XIV, N. 677.

Un articolo della rivista *American Law Review* saluta, invece, con favore la proposta, esprimendo però vivo scetticismo sull'entrata in vigore del codice: dopo tutto, negli ultimi cinquant'anni più di un tentativo di codificazione è risultato inefficace:

«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 Massachussets Penal Code, made, as the learned commissioners remarked, with "an immensity of labours", and completed in 1844 but never enacted; and the Indian Penal Code, prepared 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». ⁵³⁸

In effetti il codice penale non entrerà mai in vigore. Il *Criminal Code Bill* ha avuto le due prime letture presso la *House of Commons* nell'aprile e nel maggio 1879 ma non c'è stata una terza lettura. La bozza venne reintrodotta nel febbraio 1880 ma venne presto accantonata. ⁵³⁹

Sul versante della scienza giuridica, continua negli anni ottanta il dibattito sul tema della codificazione. Nel terzo volume della *History of Criminal Law of England*, Stephen riprende il discorso portato avanti nel corso del decennio precedente per cercare di sovvertire gli argomenti generalmente portati contro la codificazione. ⁵⁴⁰ Ma l'argomento secondo cui il *common law* di Inghilterra è di fatto "incodificabile" è ancora fortemente sostenuto da una parte della scienza giuridica: in un saggio del 1882 dal titolo *The Codification of the Law*, Archibald Craig insiste sull'impossibilità di codificare un corpo del diritto che, come il

⁵³⁸ L'articolo si trova, in estratto, su «The Irish Law Time and Solicitor's Journal», January 31, 1880, p. 59, Vol. XIV, N. 679.

⁵³⁹ E' probabile che proprio l'avversione di Cockburn all'approvazione del codice abbia costituito una delle cause del fallimento del *Criminal Code Bill*. Di certo il fallimento del tentativo di codificazione è addebitabile ad una pluralità di elementi. E' quanto sostiene un articolo della *Pall Mall Gazette* pubblicato nell'aprile 1880: il principale ostacolo alla codificazione del diritto è costituito -in India come in Inghilterra o in America- da un lato «dalla cieca gelosia dei pratici che si sono abituati al disordine esistente fino a pensarlo naturale e il vago dispiacere del cambiamento che esprime il confuso scetticismo del senso comune, dall'altro dal raffinato scetticismo» della scienza giuridica.

⁵⁴⁰ J.F. Stephen, *A History of Criminal Law of England*, 3 Vol. London, Macmillan and Co, 1883. Vol. III, pp.

common law, abbia un legame inscindibile con la storia del paese.⁵⁴¹ Craig riprende l'argomento espresso da Savigny nell'opera *Della vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza*: il diritto è il prodotto della storia e della vita, dei costumi, delle istituzioni, della nazione; qualsiasi proposta di codificazione deve necessariamente tenere in considerazione, in Germania come in Inghilterra, le origini del diritto, la sua crescita, le circostanze particolari del suo sviluppo.⁵⁴² Il *common law* è in uno stato di impercettibile ma costante modificazione, in linea con il movimento perpetuo degli *standard* e dei costumi nazionali: «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».⁵⁴³

Nell'analisi di una parte della dottrina tardo ottocentesca, il migliore procedimento da seguire per rendere il *common law*, ad un tempo, maggiormente intellegibile e suscettibile di applicazione coerente è costituito dalla codificazione “per settori” del diritto. E'quanto sostiene George Spencer Bower in un saggio dal titolo *Codification of English Law. A Retrospect and a Prospect.*, pubblicato sulla *Westminster Review*.⁵⁴⁴ Bower offre un'analisi storica del processo di codificazione del diritto inglese, a partire dal periodo medievale: il primo tentativo di esprimere il diritto in forma ordinata è costituito dal lavoro di Glauville *On the Law and Customs of the Kingdom of England* composto sotto il regno di Enrico II (1189).⁵⁴⁵ L'articolo di Bower è del 1884 e abbraccia anche l'esperienza del *Criminal Code*

⁵⁴¹ A. Craig, *The Codification of the Law*, in «The Journal of Jurisprudence», Vol. XXVI, N. CCCVII, 1882, pp. 337-348.

⁵⁴² *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”.

⁵⁴³ *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.

⁵⁴⁴ G.S. Bower, *Codification of English Law. A Retrospect and a Prospect*, in «The Westminster Review», 65 (1884), pp. 450-495.

⁵⁴⁵ Questo lavoro è stato seguito da un trattato di Brecton dal titolo quasi identico (1265-67 circa) e da un altro lavoro chiamato Fleta perchè scritto presso la Fleet Prison. Questi lavori -che non sono in alcun modo distinguibili da un codice vero e proprio- fornivano una distribuzione ordinata delle varie parti del diritto, volta a renderlo “pubblico” e conoscibile. Questo, nell'analisi di Bower, il segno distintivo di un “vero codice”: spiegare la giurisprudenza esistente attraverso un piccolo numero di proposizioni generali volte ad abbracciare “the whole law and nothing but the law on the given topic”.

Bill del 1879, passando per le proposte di codificazione di Holland e Amos.⁵⁴⁶ Bower insiste sull'importanza della codificazione "per settori" del diritto: il metodo di esporre una branca particolare del diritto attraverso proposizioni coordinate, seguite da esempi e illustrazioni che mostrano *the law in action* («but from which is rigidly excluded the mass of historical and argumentative matter which forms the intollerable padding of the old style of treatise») sta rapidamente divenendo popolare.⁵⁴⁷ Come dimostrano i *Digest* di Stephen e Pollock, anche le codificazioni "parziali" preparate da privati hanno 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».⁵⁴⁸

Il maggior successo del metodo della codificazione per settori del diritto deve essere cercato in India: in colonia, passo dopo passo, «vast tracts and impenetrable jungles of unmethodized English jurisprudence and native customs have been reclaimed, cultivated, and forced into order under the spell of its magic *divide et impera*».⁵⁴⁹ Nell'analisi di Bower, la legislazione anglo-indiana dimostra, senza dubbio, la possibilità di codificare il *common law*: «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?».⁵⁵⁰ In questo

⁵⁴⁶ Nell'opinione di Bower il terreno teorico del *Criminal Code Bill* è stato preparato da alcuni codici amatoriali come la proposta di codificazione di Bentham, la proposta di Antony Hammond del 1825, il testo di John Disney del 1826 *The Outline of the Penal Code on the Basis of the Law of England*. L'importanza pratica di questi testi è evidente: ciascuna di queste opere ha dimostrato la praticabilità della sistemazione del diritto in forma codicistica.

⁵⁴⁷ Ne è prova l'opera di Frederick Pollock *Digest of the Law of Partnership*, un'opera che nell'intenzione dell'autore possiede uno specifico valore educativo e che può stimolare altri a cimentarsi con la codificazione di altri settori del diritto.

⁵⁴⁸ *Ivi*, p. 490

⁵⁴⁹ *Ivi*, p. 491.

⁵⁵⁰ *Ibidem*. Tuttavia, la codificazione indiana si colloca su un piano del tutto differente rispetto a quella inglese: «(...) the object there being not (as here) to reconstruct and render explicit as a perspicuous, accessible unity, in such a way that there should be neither more nor less in the product than in the factors,-but to make one and intelligible whatever is manifold and contradictory in substance, however different the outcome may be from the matter operated upon, and whatever means it may be necessary to use in order to cut the Gordian knot». *Ivi*, p. 492.

saggio Bower esamina criticamente la proposta di codificazione avanzata da Sheldon Amos: nonostante la colonia abbia soltanto “codici parziali” e non un codice omnicomprensivo, il “campione” indiano costituisce, per la madrepatria, un esempio da seguire:

«This caution (...) 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». ⁵⁵¹

Sebbene i tentativi inglesi tardo ottocenteschi di produrre un codice di diritto penale siano falliti —un codice penale sul modello dell’*Indian Penal Code* o dei codici continentali non verrà mai emanato— alcuni settori del diritto inglese subiranno, negli anni successivi al fallimento del *Criminal Code Bill*, un processo di consolidazione: tra gli ottanta e gli anni novanta dell’Ottocento, sono stati 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, indicati più volte dalla scienza giuridica come “codici parziali”, costituiscono i più efficaci tentativi di sistematizzazione del diritto inglese.

⁵⁵¹ *Ivi*, p. 492.

CONCLUSIONE

A partire dalla fine del Settecento, la governamentalità coloniale indiana operava secondo imperativi apparentemente contraddittori: «stabilire confini intransitabili per delimitare gli spazi in cui si muovono, nella colonia, i cittadini e i sudditi, gerarchizzare il corpo collettivo apparentemente amorfo composto da questi ultimi, delineare strategie di incorporazione degli stessi sudditi coloniali».⁵⁵² Ma le vicende interne alla dimensione coloniale imposero la ridefinizione del sistema di governo: il principio di non interferenza con la materia religiosa venne costantemente bilanciato con le esigenze dell'amministrazione coloniale.⁵⁵³ Il controllo della criminalità europea nelle aree rurali impose l'adozione di un sistema di giustizia unico e contribuì ad accelerare il processo di codificazione del diritto. Infine, le illegalità commesse dalla polizia coloniale e dagli ufficiali di giustizia europei di basso rango minarono il luogo retorico dell'influenza civilizzatrice della colonizzazione.

Parallelamente all'elaborazione di un sistema di governo coloniale incompatibile con le forme politiche della madrepatria, la dottrina inglese elaborava un discorso di legittimazione dell'espansione coloniale. Tale discorso -che trovò una coerente sistemazione teorica soltanto nella seconda metà dell'Ottocento grazie ai contributi di Sumner Maine, Stuart Mill, John Seeley- è stato recepito nel contesto italiano di età liberale influenzando la rappresentazione italiana del fenomeno coloniale.

Il rapporto tra l'Inghilterra e la colonia indiana contribuisce a mostrare gli aspetti "dinamici" dell'espansionismo coloniale europeo. Tale rapporto si presenta allo storico del diritto come una vicenda di colonizzazione normativa. Ma le sperimentazioni giuridiche indiane hanno superato i confini della colonia finendo per reagire sulla stessa madrepatria inglese: l'emanazione dell'*Indian Penal Code* ha influenzato il dibattito inglese tardo ottocentesco sulla codificazione del diritto, interferendo con la riforma del sistema giuridico della madrepatria, e ha favorito la preparazione del *Criminal Code Bill* del 1878.⁵⁵⁴

⁵⁵² S. Mezzadra, E. Rigo, *Diritti d'Europa*, cit. p. 178.

⁵⁵³ Cfr. J.F. Stephen, *Liberty, Equality, Fraternity*, Edited by R.J. White, Cambridge University Press, 1967, pp. 89-91.

⁵⁵⁴ 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», vol. 6, n. 3 (giugno 1857), pp. 401-417.

BIBLIOGRAFIA

LETTERATURA

Acharyya, B.K., *Codification in British India*, Calcutta, S.K. Banerji & Sons, 1914.

Anand R.P., *Development of modern international law and India*, Baden-Baden, 2005.

A. Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the making of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

Anderson, M.R., *Legal Scholarship and the Politics of Islam in British India*, in *Perspectives on Islamic Law, Justice, and Society*, edited by R.S. Khare, Lanham, Rowman & Littlefield Publishers, 1999, pp. 61-91.

Are G., *La scoperta dell'imperialismo: il dibattito nella cultura italiana del primo Novecento*, Roma, Lavoro, 1985.

Ascione, G. *A sud di nessun Sud. Postcolonialismo, movimenti antisistemici e studi decoloniali*, Bologna, Emil, 2009.

Baker, J.H., *Criminal Courts and Procedure at Common Law 1550-1800*, in J.S. Cockburn (edited by), *Crime in England 1550-1800*, Methuen & Co., London, 1977, pp.15-48.

Bayly, C. A. *La nascita del mondo moderno. 1780-1914*, Torino, Einaudi, 2007

Banerjee, T.K., *Background to Indian Criminal Law*, Calcutta, Cambay & Co., 1990.

Beard, C.A., *Justice of the Peace in England in its Origin and Development*, Burt Franklin Research and Source Works Series #24, Originally published, New York, 1904.

Borsa, G. *L'India moderna nella storiografia britannica ed in quella nazionalista indiana*, in «Nuova Rivista Storica», Gennaio-Aprile 1964, fasc. I-II, pp. 119-143

Bose, V. The migration of the Common Law. 5. India, *The Law Quarterly Review*, 76 (1960) pp. 59-63

Buckingham J., "To make the precedent fit the crime": British legal responsis to sati in early nineteenth-century north India, in Godfrey B.S., Dunstall G. (edited by), *Crime and Empire 1840-1940. Criminal Justice in local and global context*, Portland, Willan Publishing, 2005.

Capogrossi Colognesi L., Sir Henry S. Maine e l'Ancient Law, in *Quaderni Fiorentini* vol. 10, 1981.

Cazzetta, G., Predestinazione geografica e colonie degli europei. Il contributo di Attilio Brunialti, in *Quaderni fiorentini*, 2004/2005

Chatterji, B., The Darogah and the Countryside: The Imposition of Police Control in Bengal and its Impact (1793-1837), *Indian Economic and Social History Review*, 1981, XVIII, 1, pp. 19-42.

Cianferotti G., *Giuristi e mondo accademico di fronte all'impresa di Tripoli*, Milano, Giuffrè, 1984.

Costa P., *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, vol. 3, *La civiltà liberale*, Roma- Bari, Laterza, 2001.

Costa P., *Il fardello della civilizzazione. Metamorfosi della sovranità nella giuscolonialistica italiana*, in *Quaderni fiorentini*, vol.33/34, 2004/2005.

Cocks R.C.J., *Sir Henry Maine, A Study in Victorian Jurisprudence*, Cambridge University Press, 1988.

Cohn B., *Colonialism and its Forms of Knowledge*, Oxford University Press, Delhi 1997.

Cowell, *History and Constitution of the Courts and Legislative Authorities in India*, Calcutta, 1936.

Cross, R. *The Making of English Criminal Law. (5) Macaulay*, in *The Criminal Law Review*, 1978, pp. 519-528

Desika Char, S.V., *Centralized legislation. A History of the Legislative system of British India from 1834 to 1861*, University of Delhi, 1963.

Farmer, L. *Reconstructing the English Codification Debate: The Criminal Law Commissioners, 1833-45*, «Law and History Review»

Filesi T., *Trasformazione e fine del colonialismo*, Roma, Istituto italiano per l'Africa, 1955.

Fisch, J., *Cheap lives and dear limbs, The british transformation of the Bengal Criminal Law 1769-1817*, Wiesbaden, Franz Steiner Verlag, 1983.

Galanter M., *Law and Society in Modern India*, Oxford University Press, Delhi 1989.

Glazebrook, P.R., *Criminal Law Reform. 2. England*, in S.H. Kadish (ed. in chief), *Encyclopedia of Crime and Justice* (4 Vol.), New York, The Free Press, 1983, Vol. 2, pp. 490-500.

Gong G. W., *The standard of civilization in International society*, Oxford, Clarendon Press, 1984.

Govindarajulu, S. (editor), in *Essays on the Indian Penal Code. Published on the occasion of the centenary of the indian penal code*, Bombay, 1962.

Griffo, M. *Politica e istituzioni nell'India tardo-coloniale. Un'introduzione al dibattito storiografico*, in «Nuova Rivista Storica», anno CVII, fasc. I, pp. 68-90.

Guha, R. Spivak, G. C. *Subaltern Studies. Modernità e (post) colonialismo*, ombre corte, 2002

Guaha, R., *Dominance without Hegemony. History and Power in Colonial India*, Cambridge (Massachussets), London, Harvard University Press, 1997

Holdsworth, *History of the Law of England*, Methuen & co, London, 1938.

Kolsky, E. *Codification and the Rule of Colonial Difference: Criminal Procedure in British India*, in «Law and History Review» Fall 2005, Vol. 23, N. 3, pp. 631-683.

Koschenniemi M., *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

Kumar Giri A., Il “governo della legge” e la società indiana dal colonialismo al postcolonialismo, in P. Costa, D. Zolo (a cura di), *Lo stato di diritto. Storia, teoria e critica*, Milano, Feltrinelli, 2002

Lau, M., *The reception of Common Law in India*, in *La reception Des Systemes Juridiques: Implantation at Destin. Textes presentes au premier colloque international du Centre international de la common law en français (CICLEF)*, Bruylant, Bruxelles, 1994

Labanca N., *Oltremare. Storia dell'espansione coloniale italiana*, Bologna, Il Mulino, 2002.

Lieberman, D. *The Province of Legislation Determined: Legal Theory in Eighteenth-Century Britain*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.

Manchester, A. H., *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. 527-550

Mannoni S., *Potenza e ragione. La scienza del diritto internazionale nella crisi dell'equilibrio europeo*, Milano, Giuffrè, 1999.

Mazzacane A. (a cura di), *Oltremare. Diritto e istituzioni dal colonialismo all'età postcoloniale*, Napoli, Cuen, 2006.

S. Mezzadra, *La condizione postcoloniale. Storia e politica nel presente globale*, Verona, ombre corte, 2008

Minattur, J., *Legal Systems in British Indian Settlements*, in *Journal of the Indian Law Institute*, 1973, XV, 4, pp. 582-593.

Nuzzo L., Dal colonialismo al post-colonialismo, tempi e avventure del soggetto indigeno, in Quaderni fiorentini, 2004/2005.

Nuzzo L., Il linguaggio giuridico della conquista. Strategie di controllo nelle Indie spagnole, Napoli, Jovene, 2004.

Nuzzo L., Un mondo senza nemici. La costruzione del diritto internazionale e il controllo delle differenze, in «Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 38 (2009)

Onuma Y., When Was the Law of International Society Born?, in Journal of the History of International Law, 2, 2000.

Owen N., *British Progressives and Civil Society in India, 1905-1914*, in J. Harris (edited by), *Civil Society in British History. Ideas, Identities, Institutions*, Oxford University Press, 2003.pp.149-175.

Parlato G., Nazionalismo italiano e colonialismo, in «Nuova storia contemporanea», II, 1998, 3.

Pathak, A. *Law, strategies, ideologies. Legislating forest in colonial India*, Oxford University Press, 2002

Peers, D.M. *Torture, the Police, and the Coloniale State in the Madras Presidency, 1816-55*, in «Criminal Justice History», (12) 1991, pp. 29-56

Piccini, M. *Tra legge e contratto. Una lettura di Ancient Law di Henry Sumner Maine*, Milano, Giuffrè, 2003

Philips, C.H. (edited by), *Historians of India, Pakistan and Ceylon*, London, Oxford University Press, 1961

Radzinowicz, L., *Sir James Fitzjames Stephen 1829-1894 and his contribution to the development of the criminal law*, Selden Society Lecture delivered in the Senate House of the University of London 30th July 1957 during the 80th Annual Bar Association, London, Bernard Quaritch, 1957.

Rao, A. *Problems of Violence, States of Terror. Torture in Colonial India*, in «Economic and Political Weekly», v.36, n. 43, pp. 4125-4133.

Raman, K.K., *Utilitarianism and the Criminal Law in Colonial India: A Study of the Practical Limits of Utilitarian Jurisprudence*, in «Modern Asian Studies» 28, 4, (1994), pp. 739-791

Sagù M., *Alle origini della scienza del diritto coloniale in Italia*, in «Clio», 24, 1988.

Seal, A. *Imperialism end Nationalism in India*, in «Modern Asian Studies», 1973, VII, (2), pp. 321-347.

Setalvad, M.C., *The Common Law in India*, London, Stevens & Sons, 1960

Singha, R., *A Despotism of Law. Crime and Justice in Early Colonial India*, Delhi, Oxford University Press, 1998.

Singha, R. *The privilege of taking life: Some “anomalies” in the law of homicide in the Bengal Presidency*, in «The Indian Economic and Social History Review», 30, 2 (1993), pp. 181-214.

Skuy, D. *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*, 32, 3 (1998), pp. 513-557.

Smith, K.J.M. *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

Spivak G.CH., *A critique of Postcolonial Reason*, Cambridge, 1999.

Stallion M., Wall D.S., *The British Police. Police Forces and Chief Officers 1829-2000*, *The Police History Society*, 1999.

Stokes E., *The English Utilitarians and India*, Oxford University Press, Delhi 1982.

Torri, M. *Colonialismo e nazionalismo in India: il modello interpretativo della scuola di Cambridge*, in «*Rivista Storica Italiana*»

Torri, M., Bari-Roma, *Storia dell'India*, Laterza, 2000.

Thomas, N. *Colonialism's Culture. Anthropology, Travel and Government*, Princeton, Princeton University Press, 1994

Triulzi A., *La colonia come spazio di esclusione*, in *Quaderni fiorentini*, vol. 34/35, 2004/2005 cit. p. 477 ss.

Triulzi A., *La costruzione dell'immagine dell'Africa e degli africani nell'Italia coloniale*, in A. Burgio (a cura di), *Nel nome della razza. Il razzismo nella storia d'Italia 1870/1945*, Bologna, Il Mulino, 1999.

Wolpert S., Storia dell'India, Milano, Bompiani, 2009.

Young, R.J.K. *Introduzione al postcolonialismo*, Roma, Meltemi, 2005.

FONTI

Autori:

Amos, S., *An English Code. Its difficulties and the modes of overcoming them. A practical application of the science of jurisprudence*, Strahan & co., London, 1873.

Baden Powell, B.H., *The land-systems of British India, being a manual of the land-tenures and of the systems of land-revenue administration prevalent in the several provinces*, Delhi, Oriental Publishers, 1974.

Boccardo, G., *Le colonie e l'Italia*, Tipografia scolastica di Seb. Franco e figli, Torino, 1864.

Bottoni, A., *I nostri commerci coll'estremo Oriente*, in «Rivista Europea. Rivista internazionale», Firenze, Carlo Pancrazj Editore. Anno IX, Vol. X, Fasc. II. 16 novembre 1878;

Bottoni, A., *Bombay*, «Nuova Antologia di scienze, lettere ed arti», Seconda serie, Vol. V (della raccolta Vol. XXXV), Firenze, 1877, pp. 147-189.

Bower, G.S., *Codification of English Law. A Retrospect and a Prospect*, in «The Westminster Review», 65 (1884), pp. 450-495

Branchi, G., *Il sistema coloniale inglese studiato da un italiano in Australia*, in «Nuova Antologia», Vol. XII, Firenze, 1872

Brunialti, A., *Le colonie degli italiani*, in Biblioteca di Scienze politiche e amministrative, Seconda serie, Vol. IX, Torino, Utet, 1897

Brunialti, A., *L'Inghilterra nell'Africa australe*, in «Nuova Antologia», Vol. XIV, Roma, 1879

Brunialti, A., *La questione dei possedimenti coloniali. La Gran Bretagna*, in «Nuova Antologia», seconda serie, Vol. XL, Roma, 1883

Brunialti, A., *Assab. La prima colonia italiana*, in Nuova Antologia, seconda serie, Vol. XXXIV, Roma, 1882, pp. 124-146.

Catellani, E., *Le colonie e la conferenza di Berlino*, Torino, Utet, 1885.

Catellani, E., *La dottrina italiana del diritto internazionale nel secolo XIX*, Roma, An. Romana Editoriale, 1935.

Cerruti, C.E., *La questione delle colonie considerata in rapporto alle attuali condizioni dell'Italia*, Torino, Stamperia Gazzetta del Popolo, 1872.

Chevers, N., *A Manual of Medical Jurisprudence for Bengal and the North-Western Provinces*, Calcutta, F. Carberry, 1856.

Contuzzi, P. *Diritto internazionale pubblico*, Hoepli, Milano, 1905, II ed.

Cowell, H., *History and Constitution of the Court and Legislative Authority in India*, Calcutta, Thacker, Spink, 1872 .

Craig, A., *The Codification of the Law*, in «The Journal of Jurisprudence», Vol. XXVI, N. CCCVII, 1882, pp. 337-348.

Creasy, E.S., *First Platform of International Law*, London, John Van Voorst, 1876

Garelli Della Morea, E.M., *L'Illegittimità della conquista fra i popoli civili*, Carlo Clausen, Torino-Palermo, 1891.

Holland, T.E., *Essays upon the form of the Law*, London, Butterworths, 1870

Ilbert, C.P., *Sir James Stephen as a Legislator*, «The Law Quarterly Review», July 1894, X, 34, pp. 222-227.

Ilbert, C.P., *Indian Codification*, «The Law Quarterly Review», October 1889, V, 20, 347-369.

Lawrence, T.J., *The Principles of International Law*, London, Rothman, 1895.

Louis, G., *II. M. Georges Louis annonce en ces termes la présentation d'un projet the 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

Lyall, A.C., *Etudes sur les moeurs religieuses et sociales de l'extreme-orient*, Paris, Ernest Thorin, 1885

Maine, H.S., *The Effects Of Observation Of India On Modern European Thought*, in A. Cassani, *Società primitiva e diritto antico. Scritti di Henry Sumner Maine*, Faenza, Faenza editrice, 1986.

Mancini, P. S., *Della Nazionalità come fondamento del Diritto delle Genti. Prelazione al corso di diritto internazionale e marittimo pronunciata nella R. Università di Torino, nel dì 22 gennaio 1851*, in P. S. Mancini, *Diritto internazionale. Prelazioni con un saggio sul Machiavelli di P. S. Mancini*, Napoli, Giuseppe Marghieri editore, 1873

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

Maine, H.S., *International Law*, Elibron Classic series, 2003, ristampa dell'edizione pubblicata a Londra da John Murray nel 1888; .

Maine H. S., *Speeches of Sir Hanry Maine*, , raccolti da W. Stokes in *Sir Henry Maine. A brief memoir of his life, with some of his Indian speeches and minutes*, J. & J. Harper Editions, Londra, 1892. *Weeping*, 17, February, 1864 pp.120-26; *Abolition of Gran Juries*, November 18, 1864 pp.179-192; *Divorce*, December 24, 1862: January 14, 1863: February 26, 1869 pp.91-114; *Re-Marriage of native converts*, November 4, 1864 pp.164.

Maine H. S., *Ancient Law: Its Connection With The Early History Of Society And Its Relation To Modern Ideas*, London, 1861.

Maine H. S., *The Effects Of Observation Of India On Modern European Thought* (1875), in *Village Communities In The East And West. With Other Lectures, Addresses, An Essays*, III ed., London, 187.

Miceli, V., *Il trattato italo-etiopeico e il diritto pubblico italiano*, Perugia, Tipografia di Vincenzo Santucci, 1890, p.10

Miller, J., *On the Administration of Justice in the British Colonies in the East-Indies*, London, Parbury, Allen, and Co., 1828.

Morgan, W., Macpherson, A.G., *The Indian Penal Code (Act. XLV of 1860) with notes*, Calcutta, G.C Hay & Co., 1863.

Oppenheim, L., *International Law: a Treatise*, Longmans, Green & Co., 1912.

Palma, L., *L'odierno regime parlamentare nelle colonie inglesi*, in «Nuova Antologia», seconda serie, Vol. XXXIV, Roma 1882;

Phillimore, R., *Commentaries upon International Law*, III ed. London, Butterworths, 1879. In particolare Vol.I.

Pollock, F., *A Digest of the Law of Partnership*, St. Louis, F. H. Thomas and Company, 1878.

Prinsep, H.T., *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.

Santangelo Spoto, I., *Colonia*, in *Digesto italiano*, Vol. VII, parte II, Torino, 1897-1902

Seeley, J.R. *L'espansione dell'Inghilterra*, traduzione italiana a cura di G. Falco, Bari, Laterza, 1928.

Silvagni, U., *Le colonie e l'avvenire dell'Italia*, parte V, in «Rivista europea. Rivista internazionale». Anno XI, Vol. XXI, Fasc. IV, 16 ottobre 1880.

Stefanoni, L., *La colonizzazione dell'Africa*, Corriere della Sera, Milano, 17-18 gennaio 1885.

Stephen, J.F., *A General view of the Criminal Law of England*, Londra, Macmillan & co., 1863.

Stephen, J.F. *A History of Criminal Law of England*, 3 Vol. London, Macmillan and Co, 1883.

Stephen, J.F., *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)

Stephen, J.F., *The Criminal Code* (1879), *The Nineteenth Century*, Vol. VII, January-June 1880, pp.136-160.

Stephen J. F., *A Digest of the Criminal Law, Crimes and Punishments*, London, Macmillan and Co., 1877.

Stokes, W., *The Anglo-Indian Codes*, Vol. II, *Adjective Law*, Oxford University Press, 1888.
Printed sources.

Tagliabue, L.C., *Gli inglesi nell'India*, in «Nuova Antologia di scienze, lettere ed arti», Terza serie, Volume XXXIX, Roma, Direzione della Nuova Antologia, 1892.

Westlake, J., *Chapters on the Principles of International Law*, Elibron Classics, ristampa dell'edizione pubblicata da The University Press, Cambridge, 1894.

Wheaton, H., *Elements of International Law*, Care, Lea and Blanchard, Philadelphia, 1836

House of Commons Parliamentary Papers

1. Regulations:

Papers relating to East India Affairs. Regulation passed by the Governmets of Bengal, Fort St. George, and Bombay in the year 1813. PP, Vol. 7, N. 39, 1814-15, p.175-231.

Papers relating to East India Affairs. Regulation passed by the Governmets of Bengal, Fort St. George, and Bombay in the year 1814. PP, Vol. 10, N. 121, 1816, p. 229-348.

Papers relating to East India Affairs. Regulation passed by the Governmets of Bengal, Fort St. George, and Bombay in the year 1815. PP, Vol. 11, N. 65, 1818, p. 335.

Papers relating to East India Affairs. Regulation passed by the Governmets of Bengal, Fort St. George, and Bombay in the year 1816. PP, Vol. 13, N. 38, 1819, p.165.

Papers relating to East India Affairs. Regulation passed by the Governmets of Bengal, Fort St. George, and Bombay, in the year 1817. PP, Vol. 13, N. 583, 1819, p. 347.

Papers relating to East India Affairs. Regulation passed by the Governmets of Bengal, Fort St. George, and Bombay, in the year 1818. PP, Vol. 18, N. 59, 1821, p. 107.

Papers relating to East India Affairs. Regulation passed by the Governmets of Bengal, Fort St. George, and Bombay, in the year 1819. PP, Vol. 18, N. 158, 1821, p. 195.

Papers relating to East India Affairs. Regulation passed by the Governmets of Bengal, Fort St. George, and Bombay, in the year 1820. PP, Vol. 18, N. 147, 1822, p. 705.

Papers relating to East India Affairs. Regulation passed by the Governmets of Bengal, Fort St. George, and Bombay, in the year 1821. PP, 1822, 629.

Papers relating to East India Affairs. Regulation passed by the Governmets of Bengal, Fort St. George, and Bombay, in the year 1822. PP, Vol. 23, N. 114, p. 97.

Papers relating to East India Affairs. Regulation passed by the Governmets of Bengal, Fort St. George, and Bombay, in the years 1823 and 1824. PP, N. 158, 1826

Papers relating to East India Affairs. Regulation passed by the Governmets of Bengal, Fort St. George, and Bombay, in the years 1825 and 1826. PP, Vol. 23, N. 129, 1828, p. 351.

Papers relating to East India Affairs. Regulation passed by the Governmets of Bengal, Fort St. George, and Bombay, in the year 1827. PP, Vol. 23, N. 201, 1829, p. 195.

Papers relating to East India Affairs. Regulation passed by the Governmets of Bengal, Fort St. George, and Bombay, in the year 1828. PP, Vol. 28, N. 60, 1830, p. 637.

Papers relating to East India Affairs. Regulation passed by the Governmets of Bengal, Fort St. George, and Bombay, in the year 1829. PP, Vol. 28, N. 682, 1830, p. 687.

Papers relating to East India Affairs. Regulation passed by the Governmets of Bengal, Fort St. George, and Bombay, in the year 1831. PP, Vol. 25, N. 277, 1833, p. 289.

Papers relating to East India Affairs. Regulation passed by the Governmets of Bengal, Fort St. George, and Bombay, in the year 1830. PP, Vol. 25, N. 754, 1833, p. 245.

Papers relating to East India Affairs. Regulation passed by the Governmets of Bengal, Fort St. George, and Bombay, in the year 1832. PP, Vol. 25, N. 755, 1833, p. 341.

Papers relating to East India Affairs. Regulation passed by the Governmets of Bengal, Fort St. George, and Bombay, in the years 1832 to 1836. PP, Vol. 41, N. 156, p. 59.

2. Reports:

The fifth report from the Select Committee on the Affairs of the East India Company. PP, Vol. 7, N. 377, 1812.

Copy of the 15th and 35th interrogatories; proposed, by the Governor General in Council of Bengal, to the judges of circuit, and the Zillah judges, in 1801:--with, the answers of the said judges to those interrogatories. PP, Vol. 8, N. 166, 1812-13.

East India affairs. Papers relating to the police, and civil and criminal justice under the respective governments of Bengal, Fort Saint George, and Bombay; from 1810 to the present time. PP, Vol. 13, N. 533, 1819.

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. PP, Vol. 12, N. 735-IV, 1831-32.

Indian law. A copy of the penal code prepared by the Indian Law Commissioners, and published by command of the Governor-General of India in council. PP, Vol. 41, N. 673, 1837-38.

1847-48 (19) East India. (Indian Law Commission.) Copies of the special reports of the Indian Law Commissioners. PP, Vol. 28, N. 19, 1847-48.

Indian Law Commission. Copies of the special reports of the Indian Law Commissioners. PP, Vol. 28, N. 330, 1847-48.

Report from the Select Committee of the House of Lords, appointed to inquire into the operation of the act 3 & 4 Will. 4, c. 85, for the better government of Her Majesty's Indian territories; and to report their observations thereon to the House; and to whom were referred the petitions of G. J. Gordon, respecting education in India, and of C. H. Cameron, respecting the establishment of universities in India; and to whom were also referred several papers and documents relative to the subject-matter of the inquiry; together with the minutes of evidence, and an appendix and index thereto. PP, Vol. 30, N.41, 1852-53.

First report of Her Majesty's commissioners appointed to consider the reform of the judicial establishments, judicial procedure, and laws of India, &c. Vol. 25, N. 2035, 1856.

Second report of Her Majesty's commissioners appointed to consider the reform of the judicial establishments, judicial procedure, and laws of India, &c. Vol. 25, N. 2036, 1856.

Third report of Her Majesty's commissioners appointed to consider the reform of the judicial establishments, judicial procedure, and laws of India, &c. Vol. 25, N. 2097, 1856.

Fourth report of Her Majesty's commissioners appointed to consider the reform of the judicial establishments, judicial procedure, and laws of India, &c. Vol. 25, N. 2098, 1856.

East India. Statement exhibiting the moral and material progress and condition of India, during the year 1859-60. PP, Vol. 47, N. 265-I, 1861.

First report of Her Majesty's commissioners appointed to prepare a body of substantive law for India, &c. PP, Vol. 16, N. 3312, 1864.

East India (prison discipline). Copy of the report to Marquis of Salisbury by Miss Mary Carpenter on prison discipline, and on female education in India. PP, Vol. 63, N. 185, 1877.

Copy of a despatch from the President of the council of India in council, dated 18 April 1855, as to an alleged case of torture in India (in continuation of Parliamentary Paper, no. 183, of session 1855). PP, Vol. 40, N. 346, 1854-55.

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 Settember 1855; togheter with a copy of instructions issued by the Court of Directors of the East India Company on the same subject. PP, Vol. 29 No. 117, 1857 (2).

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, Vol. 40, n. 183, 1854-55.

First report of Her Majesty's commissioners appointed to consider the reform of the judicial establishments, judicial procedure, and laws of India, & c. PP, Vol. 25, N. 2035, 1856.

Papers relaing 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. PP, N. 533, Vol. 13, 1819,

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, N. 735-IV, Vol. 12, 1831-32.

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. PP, Vol. 40, N. 420, 1854-55.

East India (Patna Police). Copy of the report of the commissioner, Mr. E. A. Samuells, on the police of the Patna division, for 1857. PP, Vol. 52, N. 157, 1860.

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. PP, 1831-1832, Vol. 8, n. 734, p. 271.

Copies of the Special Reports of the Indian Law Commissioners. PP, Vol. 37, N. 623, 1844.

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. PP, Vol. 59, N. 232, 1878-79.

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.

First report of Her Majesty's commissioners appointed to prepare a body of substantive law for India, &c. PP, Vo. 16, N. 3312, 1864.

Report of the Capital Punishment Commission; together with the minutes of evidence and appendix, London, printed by G. Edward Eyre and W. Spottiswood, 1866.

-Fonti archivistiche:

India Office Records (IOR)

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, (IOR) F/4/1036/28549 (7).

Memorial of European and Anglo-Indian British subjects of North Bhagalpur (dated 18th April, 1883), (IOR) L/PJ/6/99 File 891.

From Under Secretary to Government, Bombay, to Secretary to Government of India, Legislative Department (N. 2351, dated 5th April, 1833); Memorial of Bombay Chamber of Commerce, (IOR) L/PJ/6/99 File 891.

Notification of alleged use of torture by Bengal Police (8 August 1888), (IOR) L/PJ/6/230, File 1135.