

# JURA GENTIUM

Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale  
Journal of Philosophy of International Law and Global Politics

Vol. VII, n. 2, Anno 2010





# JURA GENTIUM

Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale  
Journal of Philosophy of International Law and Global Politics



## JURA GENTIUM

Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale

Journal of Philosophy of International Law and Global Politics

<http://www.juragentium.unifi.it/>

[Segreteria@juragentium.unifi.it](mailto:Segreteria@juragentium.unifi.it)

ISSN 1826-8269

Vol. VII, n. 2, Anno 2010

### Redazione

Luca Baccelli, Nicolò Bellanca, Pablo Eiroa, Orsetta Giolo, Leonardo Marchettoni (segretario organizzativo), Juan Manuel Otero, Renata Pepicelli, Paola Persano, Stefano Pietropaoli, Katia Poneti, Lucia Re (vicedirettore), Filippo Ruschi (segretario di redazione), Emilio Santoro, Francesco Vertova (webmaster), Silvia Vida, Danilo Zolo (direttore)

### Comitato scientifico

Margot Badran, Raja Bahlul, Richard Bellamy, Franco Cassano, Alessandro Colombo, Giovanni Andrea Cornia, Pietro Costa, Alessandro Dal Lago, Alessandra Facchi, Richard Falk, Luigi Ferrajoli, Gustavo Gozzi, Ali El Kenz, Predrag Matvejević, Tecla Mazzaresse, Abdullahi Ahmed An-Na'im, Giuseppe Palmisano, Geminello Preterossi, Eduardo Rabenhorst, Hamadi Redissi, Marco Revelli, Armando Salvatore, Giuseppe Tosi, Wang Zhenmin

# Indice

|  |           |
|--|-----------|
| <b>SAGGI</b>   | <b>6</b>  |
| <b>LA INMIGRACIÓN ISLÁMICA EN ESPAÑA</b><br>MARGARITA LEMA TOMÉ                          | <b>7</b>  |
| <b>LA FRANCIA E L'ISLAMOFOBIA</b><br>ALESSANDRA MARCHI                                   | <b>15</b> |
| <b>RECENTI MODIFICHE DELLO STATUTO PERSONALE IN EGITTO</b><br>COSTANTINO PAONESSA        | <b>29</b> |
| <b>CÁRCERE E DEMOCRACIA NO BRASIL</b><br>ADRIANA DIAS VIEIRA                             | <b>44</b> |
| <b>UNA BREVE INTRODUZIONE ALL'ECONOMIA INFORMALE</b><br>NICOLÒ BELLANCA                  | <b>56</b> |
| <b>BRINGING STATE INSTITUTIONS BACK TO THE LIMELIGHT?</b><br>SIMONE BERTOLI, ELISA TICCI | <b>69</b> |
| <b>EL USO DEL VELO ISLÁMICO EN EL SISTEMA EDUCATIVO ESPAÑOL</b><br>RAQUEL TEJÓN SÁNCHEZ  | <b>84</b> |
| <b>LETTURE</b>   | <b>95</b> |
| <b>ISLAM IN EUROPA/ISLAM IN ITALIA</b><br>A CURA DI ORSETTA GIOLO                        | <b>96</b> |

# SAGGI

# La inmigración islámica en España

## Cuestiones de actualidad

Margarita Lema Tomé

### 1. España como país receptor de inmigración

España se convierte en país de inmigración en las dos últimas décadas del S.XX. Se han señalado diferentes elementos (1) que han colaborado a esta consolidación de España como país receptor: la llegada de la democracia tras el fin de la dictadura franquista, el significativo crecimiento económico a partir de los ochenta (“milagro español”), la consolidación de mercados de trabajo segmentados, y la proximidad geográfica y vínculos históricos con los países emisores de emigrantes, entre otros (2).

Lo cierto es que el número de extranjeros en España ha experimentado un aumento constante e importante en los últimos años. Si tenemos en cuenta que el número de extranjeros en 1985 rondaba los 250.000 (3) y que según el Avance del Padrón Municipal en 2010 la cifra de extranjeros alcanza los 5’7 millones (4), podemos hacernos una idea de la magnitud del fenómeno migratorio hacia España, aunque el incremento más notorio se ha producido a partir del año 2000 (de casi 1 millón de extranjeros a superar los 3 millones a partir de 2005 y a situarse cerca de los 6 millones en el año actual).

Una característica a subrayar de la inmigración española es su heterogeneidad: los colectivos de extranjeros con mayor presencia en España son, en la actualidad, los procedentes de Rumania (más de 800.000), seguidos por Marruecos (en torno a 750.000), Ecuador (casi 400.000), Reino Unido (aproximadamente 387.000) y Colombia (cerca de los 290.000) (5). Esto significa que casi 2’5 millones de extranjeros pertenecen a la UE de los 27 (siendo los más numerosos los rumanos, británicos y alemanes) y entre los extranjeros extracomunitarios (casi 3’5 millones en total) destacan los marroquíes, ecuatorianos y colombianos.

### 2. La inmigración islámica en España

La influencia y las aportaciones realizadas por los musulmanes han sido de suma importancia en la historia de España. En la contemporaneidad, y tal y como muestran los datos sociológicos antes citados, se puede afirmar que la inmigración islámica ha venido abanderada tradicionalmente en España por el colectivo marroquí (6). Marruecos ha sido uno de los colectivos más numerosos de inmigrantes en el ámbito estatal desde la configuración de España como destino migratorio y el inmigrante prototípico se ha identificado con un nacional marroquí (7).

A pesar de la continua presencia histórica de los musulmanes en España y de aportación cultural del Islam a la propia idiosincrasia española, la inmigración marroquí aparece inexorablemente ligada a una inmigración cuya característica más sobresaliente es la religión que portan los inmigrantes, la islámica, y no tanto la procedencia geográfica (Magreb). Esta nota distingue radicalmente a la inmigración marroquí del resto de los colectivos de inmigrantes, asociados fundamentalmente al lugar de origen (Latinoamérica, Europa del Este, Asia).



No obstante, en la actualidad es muy difícil cuantificar una cifra aproximada de personas que profesan la religión islámica en España. Tal y como indica el Prof. J.A. RODRÍGUEZ GARCÍA (8), la falta de datos estadísticos se fundamenta en el art. 16.2 de la Constitución Española (“Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias”) y en el artículo 7 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (relativo a datos especialmente protegidos). Algunas fuentes apuntan a que más de 1 millón de personas profesarían la religión islámica en España en la actualidad, siendo la mayoría inmigrantes (con un número de españoles conversos que se estimaría en unos 50.000), aunque como meras conjeturas (9).

La inmigración islámica, de todas formas, se sitúa en el punto de mira de la opinión pública debido a los debates que se han venido produciendo en torno a la integración de estos colectivos en las sociedades europeas. En este breve ensayo me voy a limitar únicamente a uno de los debates vigentes a día de hoy y que ha producido agrias polémicas en otros países de Europa, como Francia, Inglaterra y Holanda (10). Me refiero a la “cuestión del velo”.

## **2.1. La cuestión del velo islámico (hiyab) en España**

En 2002 el debate en torno al velo en la escuela pública española saltaba a primer plano cuando a la niña marroquí Fátima Elidrisi, de 13 años, le fue negada la asistencia a clase en el colegio público Juan de Herrera, en la localidad madrileña de San Lorenzo de El Escorial, mientras usara el pañuelo islámico. La dirección del centro alegó que el uso de la prenda islámica era “anticonstitucional” y vulneraba “la dignidad de la mujer”. Previamente le había sido negada la asistencia al centro concertado religioso que le había sido asignado en un primer momento. Ante la negativa del centro público, el padre de la menor, el inmigrante marroquí Alí Ledrisi, residente en España desde 1989, apoyó a su hija y se negó a su vez a que fuera escolarizada hasta que no le dejaran portar el “hiyab” (11). Esta controversia se prolongó varios meses, hasta que la Consejería de Educación de la Comunidad de Madrid obligó a escolarizar a la menor a pesar del pañuelo, haciendo prevalecer el derecho a la educación de la joven (12).

Durante el tiempo que duró la controversia las opiniones vertidas por los representantes políticos fueron diversas. La Ministra de Educación a la fecha, del Partido Popular, Pilar del Castillo, mantuvo que “la niña tendrá que ir con las mismas características que las niñas de ese colegio”, es decir, sin el pañuelo. El Ministro de Trabajo (13) llegó a comparar el uso del hiyab con la práctica de la ablación del clítoris, llegando a calificar ambas prácticas de “costumbres inaceptables”, y apoyando la decisión de la dirección del centro. En el partido de la oposición las opiniones también difirieron, y mientras algunos representantes apoyaron la decisión de la Consejería de Educación respaldando la prioridad de la escolarización de la menor, otros se decantaron por apoyar la postura del centro (14). El punto de coincidencia de todas las posiciones políticas fue el reconocimiento de la necesidad de una normativa posterior en relación a los derechos y deberes de los alumnos.

En 2007 el debate se reabría y esta vez en Cataluña (Girona). Una alumna musulmana de origen marroquí y que entonces contaba con 9 años, Shaima Saidani, fue expulsada del centro “Escuela Anexa Joan Puigvert” por negarse a quitarse el hiyab para asistir a



clase. La dirección del centro educativo esgrimió para justificar la expulsión de la alumna el reglamento interno del centro, que prohibía prendas que cubrieran la cabeza. En este caso, la Conselleria de Educació de la Generalitat de Catalunya tomó la decisión en un plazo de una semana, obligando al centro a escolarizar a la menor aunque llevara el velo. Como sucedió en el caso de Fátima Elidrissi, se primó el derecho a la educación de la menor.

Durante 2007 también, y pocos meses después del caso de Shaima Saidani, dos alumnas musulmanas, Nawal Amar y Nahid Mohamed, ambas estudiantes (2º y 3º ESO) en el centro educativo “Severo Ochoa” de la ciudad de Ceuta, fueron expulsadas durante tres días como consecuencia del nuevo reglamento del centro, que restringía el uso ciertas prendas entre las que se encontraba el hiyab. También en esta ocasión y obligado por el Ministerio de Educación, el centro volvió a escolarizar a las menores.

El caso más reciente se ha producido este mismo año y otra vez ha sido la Comunidad de Madrid el escenario del debate en torno al velo en el aula: en abril de 2010, Najwa Malha, de 16 años, fue expulsada del Instituto “Camilo José Cela” en la localidad madrileña de Pozuelo de Alarcón, por negarse a quitarse el velo. El reglamento interno del centro prohibía cubrirse la cabeza. La solución, sin embargo, ha sido diferente y marca un cambio con respecto a todos los casos anteriores: la Consejería de Educación de la Comunidad de Madrid decidió en esta ocasión trasladar a la alumna a otro centro que no tuviera una prohibición semejante en el reglamento interno. En un primer momento, Najwa fue derivada al centro San Juan de la Cruz, pero éste decidió cambiar el reglamento para prohibir el uso del hiyab. Finalmente, la estudiante fue matriculada en el Instituto “Gerardo Diego” de la misma localidad y en el que retomó las clases.

## **2.2. Cuestiones para el debate**

En los sucesivos casos que han dado lugar en España al debate del hiyab en las aulas, se han esgrimido, por un lado, el derecho de libertad religiosa (art.16.1 CE) y el derecho a la educación (art.27 CE) para justificar la presencia del pañuelo islámico por parte del alumnado, y por otro la autonomía de los centros educativos para imponer restricciones a la vestimenta de los/as estudiantes. Sin embargo, quedan abiertas, a nuestro juicio, dos cuestiones en las que profundizar:

1. ¿Cuál es la posición que ocupa el derecho de libertad religiosa a la hora de su ejercicio en la esfera pública, especialmente cuando hay otro derecho fundamental en juego, como el derecho a la educación?
2. ¿Cuál es la importancia y el correspondiente tratamiento de ciertos aspectos culturales que porta la inmigración a la hora de afrontar el proceso de integración?

En relación a la primera cuestión hemos de clarificar que al tratarse de dos derechos fundamentales (el derecho a la educación y el derecho a la libertad religiosa), no es posible establecer una jerarquía entre ellos, de tal forma que uno quede sacrificado completamente en aras del otro (15). En el caso de que el porte del pañuelo islámico fuese considerado como una manifestación externa del derecho de libertad religiosa, creemos que ambos no son necesariamente incompatibles (16), sino que el uso del velo únicamente debería quedar restringido en tanto en cuanto supusiera una alteración del



orden público escolar (17), alteración que impidiera, por tanto, el ejercicio efectivo del otro derecho en juego, el derecho a la educación y la convivencia pacífica en el centro.

No obstante, también es posible considerar que el uso del hiyab constituya la expresión de una parte de la identidad de la persona vinculada al derecho a la propia imagen, y no sea en todos los casos una necesaria manifestación externa del derecho de libertad religiosa (18). En este sentido parece bastante razonable la solución que había dado el Consejo de Estado francés en el año 1989 (doctrina previa a la publicación del Informe Stasi y a la Ley para la Defensa de la Laicidad de 2004 (19)), consistente en dejar que la ponderación fuese realizada por los órganos de gobierno del centro educativo atendiendo principalmente a la intención del porte del velo: si la intención de llevar esta prenda por las alumnas estuviese guiada por motivos belicosos, ostentativos o sectarios que supusieran una clara alteración del orden público y una ruptura del principio de tolerancia, sólo en este caso estaría legitimada la prohibición del uso del velo. En el resto de los casos, al tratarse de una afirmación de la propia identidad a través del vestido (derecho a la propia imagen), el porte del velo constituiría un derecho a respetar (20).

De esta forma, el uso del pañuelo islámico en un centro docente público por parte de las alumnas musulmanas que así lo quisieran no sólo no sería contrario a la Constitución (21), sino que sería expresión del derecho a la propia imagen, en cuanto el porte de esta prenda, reiteramos, no causara una alteración del orden público que impidiera el ejercicio del derecho a la educación y los valores democráticos de convivencia.

En cuanto a la segunda cuestión que planteábamos, consideramos que ésta es de suma importancia, debido a la tendencia a vincular las diferencias culturales con la posibilidad o imposibilidad del proceso de integración. La integración de los inmigrantes puede ser definida como el proceso tendente a la equiparación de derechos y deberes, que se plasma en una progresiva participación en la vida social, económica y también política de la comunidad. En este proceso, el ejercicio del derecho de libertad de conciencia en la inmigración requiere la armonización de sus manifestaciones (sean religiosas o de otra índole) con los Derechos Fundamentales y los principios superiores del ordenamiento jurídico que configuran los mínimos consensuados que permiten la paz social y el libre desarrollo de la propia personalidad.

Tal y como indica PAJARES, queda fuera de duda el hecho de que “los aspectos culturales merecen cierta consideración”, puesto que “los inmigrantes traen consigo aspectos a veces novedosos, que en unos casos se convierten en aportaciones muy positivas para nuestra sociedad, en la medida en que amplían nuestras opciones culturales en muchos terrenos, y en otros chocan con ciertos avances en materia de derechos humanos (...)”. Lo que no es conveniente es la asunción de “un choque entre nuestra cultura y la de los inmigrantes”, puesto que “la diversidad cultural entre la inmigración que estamos recibiendo es muy amplia, incluso entre la de procedencia musulmana. Si nos parásemos a analizar el asunto del pañuelo de las niñas musulmanas, veríamos que la mayoría de ellas no lo llevan, lo que indica que la importancia que los musulmanes dan a este asunto es variada, y que respecto a sus hijas, lo que la mayor parte de los padres desea es que saquen sus estudios adelante y que logren un lugar reconocido en esta sociedad” (22).



Cuestión distinta, aunque no menor en relación al debate y de total actualidad, constituyen las diferentes iniciativas de algunos ayuntamientos españoles (concretamente en Cataluña y entre los que destacan Lleida, el primero, y Barcelona) y la moción aprobada por el Senado en España el pasado 23 de junio para prohibir el uso del burka en instalaciones y edificios públicos. Hay que subrayar que prendas como el burka o el niqab, denominadas “velo integral”, no son vestimentas islámicas ni están recogidas en el Corán, aunque sean defendidas por sectores muy minoritarios y extremistas (como cuando el burka fue impuesto como vestimenta obligatoria en Afganistán durante el régimen talibán, entre 1996-2001). El debate en torno al “velo integral” ha adquirido, en España, tintes electoralistas y no responde a una situación o problema acuciante dados los contados casos de mujeres que utilizan burka en todo el país y además tampoco se ha dado ningún caso en el ámbito escolar.

### 3. Conclusión

En definitiva, los contenidos culturales que sean manifiestamente contrarios a los Derechos Fundamentales constitucionalmente consagrados han de ser superados, y por lo tanto, repelidos por el ordenamiento jurídico. Sin embargo es necesario extremar la precaución ante determinadas señas culturales, como es el caso del hiyab, cuyas connotaciones en el contexto inmigratorio pueden y suelen ser una manifestación de la propia identidad cultural y/o religiosa, y por lo tanto del derecho a la propia imagen y/o del derecho de libertad religiosa en su manifestación externa, especialmente si se respetan en su ejercicio el resto de los Derechos Fundamentales, como el derecho a la educación.

Esta precaución cumple además una segunda función, que consistiría en no desviar el foco de atención del verdadero tema que suele encontrarse detrás de la utilización mediática de cuestiones como el asunto del velo: constatar el grado de cumplimiento alcanzado en el proceso de integración por parte de la sociedad de acogida y no sólo de los inmigrantes (23).

### Notas

1. Vid. LÓPEZ SALA, A.M., *Inmigrantes y Estados: la respuesta política ante la cuestión migratoria*, Anthropos, Barcelona, 2005, p. 171; CACHÓN, L., *Los acuerdos bilaterales celebrados por España con Ecuador y Colombia*, en GERONIMI, E., CACHÓN, L., y TEXIDÓ, E., *Acuerdos bilaterales de migración de mano de obra: Estudio de casos*, Colección de Estudios sobre Migraciones Internacionales nº 66, OIT, Ginebra, 2004. p. 23.
2. Indudablemente no sólo pesa la proximidad geográfica y cultural de los países emisores de emigrantes, sino la situación económica y social de los mismos: crisis económicas, restricción de derechos y libertades, etc. Quizás no está de más reiterar que la inmigración se produce en España (y en general en Europa) fundamentalmente por motivos económicos, y que los inmigrantes vienen buscando un horizonte de posibilidades que no es satisfecho en su país de origen.
3. Vid. LÓPEZ SALA, A.M., *Inmigrantes y Estados...*, ob.cit., p. 172.
4. Vid. [Instituto Nacional de Estadística](#) (INE).



5. Los datos del Avance del Padrón Municipal del INE 2010 sitúan, como nacionalidades más numerosas tras las cinco citadas, las siguientes: Bolivia, Alemania, Bulgaria, Italia, China, Portugal, Perú, Argentina, Francia, Brasil, República Dominicana, Paraguay, Polonia, Ucrania y Senegal.

6. Otros colectivos de inmigrantes con presencia en España y que proceden de países donde la religión musulmana es mayoritaria son Senegal, Argelia, Pakistán, etc.

7. En las encuestas realizadas en España en los últimos años, el colectivo marroquí aparece como la población que más se asocia cuando se habla de inmigración, sobre todo entre los jóvenes, y el que peor valoración tiene por la opinión pública española. En el barómetro de 2000 del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), el 58% de las 2.443 personas encuestadas a partir de 18 años señalaban que cuando se habla de inmigrantes extranjeros que viven en España piensan en marroquíes; Cfr. CEA D'ANCONA, M<sup>a</sup> A., *La activación de la xenofobia en España*, CIS, colección “monografías” n<sup>o</sup> 210, Madrid, 2004, pp. 100 y 101.

8. RODRÍGUEZ GARCÍA, J.A.; *La inmigración islámica en España*, Dilex, Madrid, 2007, p.18.

9. Vid. [WebIslam](#) (conferencia impartida en la Universidad de Alicante el 18 de julio de 2008 por Abdennur Prado).

10. Vid. CAÑAMARES ARRIBAS, S., *Libertad Religiosa, Simbología y Laicidad del Estado*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005; MOTILLA, A; *El problema del velo islámico en Europa y en España*, Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, n<sup>o</sup> 20, 2004, pp. 87-130; LEMA TOMÉ, M. *Laicidad e integración de los inmigrantes*, Marcial Pons, 2007. Para un estudio detallado de la utilización de signos religiosos en el Derecho norteamericano, Vid. CASTRO JOVER, A., *La utilización de signos de identidad religiosa en las relaciones de trabajo en el derecho de Estados Unidos*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2005.

11. El término “hiyab” se emplea como sinónimo de “velo”, a pesar de que su traducción literal significa “cortina” y su origen se remonta a una experiencia del Profeta Mahoma con motivo de su matrimonio con su esposa Zaynab, que tuvo como objetivo introducir una separación (hiyab) entre lo público y lo privado, a pesar de su posterior evolución hacia una segregación de los sexos. Vid. MERNISSI, F., *El hiyab, el velo*, en [WebIslam](#) n<sup>o</sup> 159, 2 de febrero de 2002.

12. Vid. El País, 17 de febrero de 2002. El consejero de Educación de la Comunidad de Madrid en aquel momento, Carlos Mayor Oreja, del Partido Popular (PP), declaraba lo siguiente: “*Que vaya con pañuelo o sin pañuelo es secundario. Entendemos que el derecho a la educación de la joven prevalece sobre cualquier otra cuestión*”.

13. Juan Carlos Aparicio, del PP.

14. Carmen Chacón, responsable de Educación de la ejecutiva del PSOE a la fecha declaraba, en la línea de Mayor Oreja, que “*es una prioridad la garantía de escolarización de todos los menores*”, mientras que Rafael Simancas, secretario general de la Federación Socialista de Madrid decía “*entender*” la postura del centro y afirmó que el pañuelo islámico “*no se trata de un simple adorno y tiene sus connotaciones*”. Vid. El País, 17 de febrero de 2002.



15. Tal y como ha establecido el Tribunal Constitucional, en su clarificadora sentencia STC 320/1994 de 28 de noviembre de 1994, en el FJ 2: *“Queda así, como en otros tantos casos parecidos sometidos a este Tribunal, planteado otra vez el problema de la colisión o encuentro entre derechos y libertades fundamentales. La solución consistirá en otorgar la preferencia de su respeto a uno de ellos, justamente aquel que lo merezca, tanto por su propia naturaleza, como por las circunstancias concurrentes en su ejercicio. No se trata, sin embargo, de establecer jerarquías de derechos ni prevalencias a priori, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca, para terminar decidiendo y dar preeminencia al que se ajuste más al sentido y finalidad que la Constitución señala (...)”*.

16. Tampoco consideramos que supusiera una quiebra al principio de laicidad que ha de regir en la escuela pública, puesto que el porte del hiyab por las alumnas musulmanas que optaran por él y aún en el caso de que fuera por razones religiosas únicamente, encontraría su apoyatura también en el art. 27. 2 CE, que establece que el objeto de la educación es el pleno desarrollo de la personalidad humana *“en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”*; entre esos principios democráticos se pueden señalar el pluralismo, la tolerancia e incluso el *“derecho a la diferencia”*. Lo dicho no podría extrapolarse en el supuesto de que la persona que optara por el uso del velo fuese una docente de la escuela pública, funcionaria del Estado, puesto que en el desempeño de sus funciones estaría representando al Estado y éste sí que está vinculado por el principio de laicidad, especialmente en su vertiente de neutralidad.

17. Art.3.1 Ley Orgánica de Libertad Religiosa (LOLR): *“El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derechos de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la ley en el ámbito de una sociedad democrática”*.

18. Vid. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la libertad de conciencia*, vol.II, Civitas, Madrid, 2002, pp. 38-41.

19. Popularmente conocida como *“Ley del velo”*, la Ley para la Defensa de la Laicidad prohibió el uso de símbolos religiosos *“ostensibles”* en la escuela pública francesa.

20. Ídem.

21. Destacamos la necesidad de apuntar que el porte del velo en las situaciones de inmigración suele estar motivado por razones de identidad cultural, y no necesariamente por razones religiosas que a su vez amparen necesariamente una discriminación por razón de género.

22. Cfr. PAJARES, M., *El pañuelo de las musulmanas y la vorágine culturalista*, en El País, 20 de febrero de 2002.

23. Tal y como magistralmente expone PAJARES, *“(…) la integración de las personas inmigradas en nuestra sociedad tiene poco que ver con los aspectos culturales. Son otros los que determinan las posibilidades de integración. Y cuando se dice que los*



## JURA GENTIUM



*inmigrantes no se integran por causa de su cultura, lo único que se hace es camuflar las condiciones de inserción social y laboral a las que esta sociedad los está sometiendo. La integración social no es un asunto de adaptación cultural, es ante todo un proceso de equiparación de derechos y deberes, de desarrollo de la igualdad de oportunidades y de trato, de alcance de un estatus laboral y social normalizado y de acceso en los cauces participativos con los que la sociedad cuenta. Lo que se opone a la integración social es una política de inmigración que canaliza su entrada por vías irregulares; que mantiene a una parte de esta inmigración en situación de irregularidad impidiendo la normal contratación laboral y favoreciendo la exclusión social; que no dedica los esfuerzos necesarios a la lucha contra la discriminación racial; que no desarrolla las políticas sociales que una sociedad de inmigración debe desarrollar. Es en las condiciones legales y socio-laborales en las que se hallan los inmigrantes donde hay que buscar la clave de muchos de los problemas de integración y de convivencia que se están produciendo, incluso de aquellos relacionados directamente con el comportamiento de los inmigrantes. Ciertos comportamientos, que aparecen como contrarios a la convivencia (hacinamiento, guetización, etcétera), responden a una determinada situación social y tienen que ver muy poco, o nada, con las pautas culturales de origen”. Cfr. Ibídem.*

# La Francia e l'islamofobia

Alessandra Marchi

## Introduzione. La costruzione dell'alterità islamica

Se l'islamofobia può essere sinteticamente descritta come la paura dell'islam (e di conseguenza dei musulmani o cosiddetti islamici), non altrettanto agile risulta sintetizzare il processo e le dinamiche di costruzione di questo "sentimento" e delle sue manifestazioni.

Assistiamo oggi in diversi paesi europei ad un'evidente preoccupazione nei confronti dell'islam, di norma visto come un tutto indifferenziato e come una minaccia al proprio paese e alla propria identità. Un po' ovunque l'immigrazione sta diventando un problema prima che una risorsa. Nel periodo della globalizzazione le frontiere tornano ad innalzarsi e le differenze ad essere evidenziate spesso in negativo. In tal modo il pregiudizio resta il principale metro di conoscenza dell'altro, quindi dell'islam.

Una breve premessa storica va fatta per ricordare come l'intolleranza e i pregiudizi contro l'islam e i musulmani risalgano a tempi ben lontani; possiamo rimontare almeno all'epoca medievale, quando nella frammentata Europa cristiana, il bisogno di maggior uniformità comportò la creazione dell'islam quale nemico comune (Bausani 2000; Scaraffia 2002; Daniel 1993). Le lotte intestine tra imperi rivali, compreso il papato, contrastavano con un'immagine pacata o comunque veritiera e realista della religione e delle potenze islamiche, che invece si volevano combattere, anche attraverso il sapere. Non vanno però dimenticati i contributi a una miglior conoscenza dell'islam dati dall'umanesimo e dal rinascimento, che mostrarono grande interesse per le opere di autori arabi e musulmani. Pensiamo all'opera di traduzione di autori greci e latini da parte degli arabi; all'averroismo che ebbe una grande diffusione in Italia; all'orientalismo che ribaltò in parte gli stereotipi sul mondo islamico (pur aggiungendone talvolta di nuovi). Nonostante ciò, la diffidenza verso l'islam non è mai venuta meno. La conoscenza promossa dai primi orientalisti e dai primi studiosi specialisti dell'islam (molti dei quali lavoravano per gli imperi coloniali) è progressivamente cresciuta e migliorata, pur restando sin'ora concentrata nei ristretti ambiti accademici e intellettuali.

La ricerca stenta ancora a far valere i suoi risultati e ad influenzare l'opinione pubblica nei paesi europei, dove la paura dell'islam non viene diminuita da una maggior conoscenza del mondo islamico. Al contrario, ci si continua a chiedere se esista, e in che misura, l'islamofobia, termine che per molti appare inappropriato o inadeguato a descrivere certe realtà. Eppure gli atti islamofobici di aggressione e violenza (verbale come fisica) sono frequenti, sebbene siano poco o niente messi in evidenza, nascosti o negati, soprattutto dai media. È in particolare dopo gli attentati dell'11 settembre 2001 che le manifestazioni islamofobiche aumentano e che i paesi europei cominciano a interessarsene in modo più sistematico, anzitutto attraverso il lavoro dell'Osservatorio europeo su razzismo e xenofobia (dal 2007 Agenzia per i diritti fondamentali). In generale, gli osservatori nazionali ed europei sui fatti religiosi ci mostrano un quadro poco incoraggiante di intolleranza e persistenza dei pregiudizi e delle discriminazioni contro i musulmani, soprattutto immigrati.



L'islam resta perlopiù misconosciuto, mentre sono i musulmani (spesso arabi) ad essere bersaglio di discriminazioni, pregiudizi ed aggressioni, delle forme di razzismo dunque, normalmente a partire dal dato esteriore: la fisionomia (colore della pelle) e i codici vestimentari in particolare sembrano veicolare una percezione dell'altro come arabo/immigrato/musulmano. E tale percezione - avvallata da pregiudizi ormai consolidati - giustificherebbe i frequenti fenomeni di esclusione, paura, discriminazione ecc.

La costruzione sociale e politica di un nemico, ai fini della propria identificazione - e differenziazione - rispetto agli altri, non è certo un fenomeno nuovo. Si tratta anzi di meccanismi e dinamiche che si mantengono costanti nel tempo, anche se non mancano delle trasformazioni nelle modalità di espressione di tale costruzione. Una constatazione banale che però fa preoccupare, dal momento poi che lo studio di questi fenomeni sembra dimostrarsi inefficace a fronte di politiche e dinamiche sociali che giustificano, legittimano e banalizzano quel che chiamiamo islamofobia.

Ma a parte gli atti quotidiani di discriminazione, esiste una sorta di islamofobia veicolata dall'alto, definita anche islamofobia istituzionale, che vede coinvolta la politica e che ricade sulla più generale eterofobia, intrecciandosi con essa ed in particolare con un'islamofobia "popolare" se così la possiamo chiamare. E così la paura dell'altro diventa strutturale.

È necessario riflettere allora sugli effetti dell'islamofobia, e interrogarsi su come agisca anche in ambiti che si dicono lontani da questo tipo di sentimenti, idee e pregiudizi. Come si esplica l'islamofobia nel terreno della laicità e nel campo delle scienze umane e sociali? Vorrei prendere in esame alcuni casi riguardanti la Francia, per cercare di evidenziare alcune problematiche che hanno fatto molto discutere recentemente.

Come è noto, è in corso un importante dibattito a livello nazionale sull'uso del *burqa*, sollevato dalla richiesta del deputato comunista (PCF) André Gerin che il 17 giugno 2009 aveva depositato una proposta per creare una commissione d'inchiesta parlamentare sull'uso del *burqa* e del *niqab* nel territorio francese da parte di alcune donne musulmane. Commissione avviata pochi mesi dopo e conclusasi - come vedremo - a gennaio con un rapporto finale e con una successiva proposta di legge, consultabili in internet.

L'altro caso di cui vorrei parlare riguarda il sociologo Vincent Geisser, che forse per primo ha sollevato la questione dell'islamofobia col suo lavoro di ricerca e con i suoi scritti: in particolare col libro *La nouvelle islamophobie*, pubblicato a Parigi nel 2003 e che ha suscitato numerosi attacchi, specie da parte dell'estrema destra francese.

La descrizione di questi due casi è utile per capire l'attitudine francese nei confronti della religione e dell'islam in particolare, così come è utile a scopo comparativo rispetto ad altre realtà europee. L'islam in Francia è spesso oggetto di dibattiti accesi e di molta ricerca nelle scienze sociali, anzitutto in relazione alla laicità, che sappiamo essere valore costitutivo della nazione sin dai tempi della Rivoluzione francese (con l'abolizione dei privilegi ecclesiastici), e affermatosi con la legge del 1905 che segnò la definitiva separazione tra Stato e Chiese (1).

L'applicazione della laicità non manca ancor oggi di essere controversa anche nei paesi che più fortemente si richiamano ad essa; da un lato è un principio unificante della



Repubblica, dall'altro tende a negare il diritto alla differenza, cioè alla libertà individuale. Tra queste due tensioni si inseriscono le varie voci favorevoli o contrarie all'interdizione dell'uso del velo e di ogni segno di appartenenza religiosa.

### **La giurisprudenza francese di fronte al “velo islamico”**

Le istanze avanzate dal mondo islamico pongono degli interrogativi e delle problematiche molto interessanti per le nostre società, suscitati dalla presenza di milioni di musulmani che vi abitano, lavorano, studiano. La sempre maggior visibilità di certi simboli “islamici” nel territorio francese, ha portato a sollevare da più parti la questione del velo integrale e dell'opportunità di legiferare per proibirne l'uso, una proposta che se non va tacciata immediatamente in termini discriminatori e islamofobici, conferma che anche in Francia l'islam sia *la* religione che fa problema. Un esempio si è già avuto con la legge del 2004 (2) che proibisce di ostentare i segni religiosi a scuola: legge che è stata immediatamente ribattezzata legge sul velo. Non è tanto la croce a porre problema, quanto il foulard islamico, quanto l'islam come religione e come religione della diversità.

Nonostante, come nota Geisser, l'islam stia diventando una religione in via di francesizzazione, essa è al contempo un problema nazionale, poiché marcherebbe la differenza tra “noi” (laici) e “loro” (musulmani). Così, secondo il sociologo francese, l'islamofobia indica non solo una trasposizione del diffuso razzismo anti-arabo, anti-magrebino e anti-giovani di *banlieues*; ma è anche religiofobia, è paura della religione, proprio per il carattere pronunciato della *laïcité* francese.

Oggi non si invoca solo la difesa della laicità nel dibattito sul *burqa*, ma anche la volontà di combattere un simbolo di alterità totale rispetto alla tradizione occidentale. Il deputato André Gérin ha sollevato la necessità di fare una sorta di ricognizione sull'uso del velo integrale e di ciò che rappresenta rispetto all'ordine pubblico, alla libertà, alla laicità e ai diritti della donna. A tal fine, è stata istituita una commissione di informazione che ha proceduto, tra luglio e dicembre 2009, a una serie di audizioni di sindaci, di associazioni di difesa dei diritti delle donne, di religiosi, di specialisti dell'islam, sociologi, giuristi ecc. Tra le premesse del [rapporto scaturito dalla commissione](#), viene in particolare sottolineata la questione dei diritti delle donne e dell'importazione in Francia di tradizioni culturali o d'ideologie che tentano di imporre un rapporto uomo-donna fondato sulla dominazione, la pressione e anche la minaccia: tutto ciò che la Repubblica non può accettare (benché accada anche nella Repubblica)...

Secondo uno studio del Ministero dell'Interno menzionato nel rapporto, si stimano in 1900 le donne col velo integrale (specie il *niqab*) presenti in Francia, ed il fenomeno sembrerebbe in aumento, anche se il ministero sembra non disporre di alcuna segnalazione sulla presenza di donne col *burqa*. Si constata invece l'aumento di giovani che indossano il velo semplice. Nel rapporto si evidenzia inoltre come la pratica del velo integrale sia priva di ogni fondamento religioso, e perciò rifiutata da molti esponenti musulmani stessi: il Consiglio francese del culto musulmano (CFCM), presieduto da M. Moussaoui, per esempio, lo considera una pratica minoritaria ma non religiosa.

Pur trattandosi di un fenomeno realmente minoritario, il velo integrale è considerato dunque tra le “condotte inaccettabili” che si teme avranno come finalità di imporre le



norme supposte autentiche della religione musulmana, prima ai musulmani stessi, poi all'insieme della comunità nazionale. Una prospettiva - che possiamo considerare islamofobica - che si ritiene valida in diversi contesti europei, al punto che certe società si sentirebbero messe in discussione nella loro identità e nelle loro libertà dall'uso del velo.

Per argomentare la contrarietà al velo integrale si sposta inoltre l'accento sulla dignità umana, non solo della donna, che verrebbe oltraggiata. Questo implica anche l'affermazione di un punto di vista che si vuole neutrale e non discriminatorio nei confronti dell'islam, anche se si combatte un'usanza comunque attribuita ai musulmani.

Così, nella terza parte del rapporto, intitolata "Liberare la donna dall'influenza del velo", si suggeriscono i metodi per convincere e mediare nell'affermazione dei valori - considerati universali - della repubblica, per combattere i pregiudizi e le imposizioni alle donne e alle minori soprattutto. Tra le proposte avanzate vi sarebbero sanzioni ai predicatori che incitano all'uso del velo integrale o delle misure per ostacolare l'acquisizione del permesso di soggiorno e della nazionalità a chi indossa questo tipo di velo.

Nel rapporto si vuol dimostrare il carattere coercitivo e repressivo di questa pratica, e, d'altro canto, quando si riconosce un'autonomia decisionale alla donna, la sua scelta di portare il velo integrale viene letta come *servitù volontaria*, tesi ormai in auge tra le analisi mediatriche: non più semplicemente sottomissione, ma "sfida" ai valori repubblicani da parte di giovani e meno giovani, perlopiù cittadine francesi [Geisser 2003: 31].

Le conclusioni del rapporto non convergono sull'adozione di una legge, ma si è optato per una proposta di risoluzione che "riafferma la preminenza dei valori repubblicani sulle pratiche comunitarie e condanni l'uso del velo integrale come contrario a questi valori" (p.207). Lo strumento giuridico della risoluzione è indicato come più appropriato, perché permette al Parlamento di pronunciarsi su un determinato soggetto ed in tempi rapidi, ma emettendo piuttosto dei consigli, non avendo la risoluzione contenuto normativo come una legge, che comunque è da più parti auspicata, prima o poi.

Diversi deputati (Jean-François Copé, Nicole Ameline, François Baroin, M. Jean-Louis Masson) hanno infatti presentato delle proposte di legge per impedire l'uso di tenute o accessori che abbiano come effetto di dissimulare il volto nei luoghi aperti al pubblico. Nella proposta n.2520 (maggio 2010) (3) è stato sottolineato come la risoluzione votata dall'Assemblea sia uno strumento a forte valenza simbolica, ma non sufficiente a far regredire delle pratiche pericolose per l'ordine sociale (così l'uso del *burqa*). Perciò si auspica ora l'adozione di misure repressive attraverso una legge.

La risoluzione prevedeva un'azione pedagogica da svolgersi in una prima fase di interdizione del velo integrale nello spazio pubblico: nei servizi pubblici come amministrazioni, scuole, ospedali, ma anche nei mezzi di trasporto comuni, nei parchi o nei caffè, escludendo misure penali nel caso di violazione. Tra le misure previste invece dal successivo progetto di legge, si distinguono due casi di figura: l'imposizione dell'uso di un abito che dissimuli il volto da parte di altre persone - nel qual caso sono previste sanzioni penali (carcere o multa sino a 15.000 euro) - e l'uso stesso di tale



tenuta da parte delle persone, nel qual caso è prevista una semplice multa (stimata in 150 euro).

Sarà interessante seguire le modalità con le quali le misure previste verranno attuate e soprattutto come reagirà la popolazione musulmana: c'è da dubitare che le donne musulmane salutino un nuovo divieto come un modo di proteggere la dignità femminile e umana e la loro libertà di affermare credenze e pratiche - considerate anche impropriamente - religiose. Delle misure restrittive potranno avere come effetto un'ulteriore discriminazione della donna, ma non sembra che questo timore faccia più dubitare sull'opportunità di una legge.

### **Lo spettro dell'invasione**

Un'integrazione tra le esigenze della giurisprudenza e le prospettive delle scienze sociali sarebbe fondamentale nella ricerca di una soluzione alla questione molto complessa e certo delicata dell'uso del velo integrale.

L'interpretazione del velo come simbolo identitario, di affiliazione, di rivendicazione, di scelta o imposizione, è variabile e sempre relativa. Proprio per questo, bisognerebbe mostrarsi molto più cauti nell'attribuire significati che sono comunque molteplici, interconnessi, e che anche a livello giuridico implicano notevoli difficoltà. Eppure si tende in genere a prediligere una visione univoca sul velo, insistendo sull'idea della sottomissione, imposizione e repressione della femminilità e della persona, spesso impedendo una lettura più pacata che non cada però in un semplicistico relativismo culturale.

Nei vari dibattiti che ricorrono nei media, l'islam è diventato una griglia di lettura applicata ai presunti musulmani/e, anticipando persino quelle che sono considerate le "loro battaglie": per la libertà, per l'emancipazione femminile o contro l'oscurantismo degli "imam", figure immaginate come terribili predicatori o leaders che condizionano le masse (normalmente senza conoscere nemmeno il significato della parola). D'altronde sono le stesse letture che possiamo ritrovare in vari contesti, dalla destra alla sinistra, fra intellettuali e giornalisti, in Italia come in Francia (4). In questo modo, si traveste il timore dell'islam da solidarietà e comprensione di una condizione che viene interpretata in termini di debolezza e sottomissione, spesso senza tener conto delle persone interessate, innanzitutto le donne.

L'islamofobia continua ad essere nutrita da un'idea diffusa benché vaga di islam (specialmente di un islam politico e perlopiù maschile), fenomeno di frequente distorto, evidenziato e sovra rappresentato dai media, come da analisti di ogni genere, che mostrano la mancanza di una distanza critica che permetta di discernere, analiticamente, tra dato politico, religioso, culturale e sociale.

V. Geisser osservava nel suo libro del 2003 le manifestazioni di un'ossessione securitaria della minaccia islamica e/o del terrorismo detto islamico (paventata dai media anche tramite i convertiti francesi che sarebbero completamente manipolati da reti islamo-terroriste). Il timore dell'invasione islamica e della minaccia culturale che rappresenterebbe l'islam - di fronte ai valori o alle radici del cristianesimo ritrovati all'occasione - sono ormai formule correnti in Europa. I mass media continuano a riprodurre - banalizzandole - tutta una serie di immagini veicolate dall'alto, che fissano



delle rappresentazioni sociali diffuse o già radicate nell'opinione pubblica (Bruno 2008).

L'estrema destra guadagna sempre più consensi in Europa, e spesso il tema islam (più di altri argomenti) fa da collante nella distinzione tra noi e loro. Tra gli esempi più recenti possiamo ricordare le elezioni in Olanda, vinte dallo xenofobo e anti-islamico Partito per la Libertà, *Partij Voor Vrijheid* (PVV) dell'on. Geert Wilders a Rotterdam, ribattezzata "Eurabia" per l'alta densità di stranieri e governata da un sindaco di origine marocchina. Il PVV ha ottenuto il suo massimo risultato diventando il primo partito e confermando quanto l'islamofobia si stia radicando anche in contesti che sino a ieri avremmo considerato più aperti alla diversità. Wilders è il realizzatore del contestato documentario *Fitna*, ed è anche un ammiratore della scrittrice Oriana Fallaci (5), come lui stesso ha affermato in un discorso tenuto a Roma presso l'associazione "una via per Oriana" (altro esempio di razzismo islamofobo presente in internet), in cui dà la sua definizione dell'islam con formule che farebbero invidia ai vari Borghezio (6) di casa nostra.

Nel paventare lo spettro dell'invasione islamica, si inserisce, oltre al messaggio dei media, quello di molti politici europei: ovvero quell'islamofobia "istituzionale" osservata da più parti. Il rapporto dell'Assemblea francese sembra confermarlo in larga misura. Anche se le sue modalità di attuazione nella società francese sono in parte cambiate, la rappresentazione dell'islam come totalmente altro resta quasi intatta nella sua essenza (un termine non casuale quando si parla di islam).

Ai musulmani (presunti prima che reali, poiché pregiudizialmente assimilati agli arabi, o considerati musulmani sulla base della provenienza geografica, a prescindere dalla loro appartenenza religiosa) viene attribuito un surplus di religiosità e identificazione con la loro religione che sembrerebbe determinare gli individui per il solo fatto di provenire da dei paesi a maggioranza islamica, dando per scontate un'affiliazione ed una pratica religiose totalizzanti. La differenza che viene sottolineata rispetto ai valori occidentali e alla laicità, porta a considerare il velo integrale nel testo dell'A.N. come un' "intrusione violenta e difficilmente sopportabile nella nostra Repubblica", poiché esprimerebbe per sua propria natura un rifiuto dei valori repubblicani di fratellanza e uguaglianza, ed un loro attacco permanente.

### **Il velo: simbolo religioso o strumento politico?**

Se il velo non fosse così "provocatorio e intrusivo", costituirebbe comunque l'oggetto di una campagna pronunciata contro la dignità umana?

Si dice non sia il caso del semplice velo, dell'*hijab*. Nel rapporto viene infatti sottolineata la differenza con l'uso del velo semplice, per il quale era necessaria una legge come la n. 2004-228 del 15 marzo 2004 per inquadrare l'uso dei segni o delle tenute ostentatori di un'appartenenza religiosa. Però si afferma come la legge del 2004 "non abbia messo fine al fenomeno dell'uso del velo, *poiché non era questo il suo obiettivo* [corsivo nostro], ma era quello di preservare la neutralità dell'insegnamento pubblico. In questo l'Assemblea vede un successo". Viene da chiedersi sino a che punto si sia spinta questa ideale neutralità, se un certo numero di ragazze sono state in diversi modi escluse dall'insegnamento pubblico, che perciò stesso ha mancato al suo principale obiettivo: la scolarizzazione pubblica per tutti i giovani.



Nel 2004 il Ministero dell'Interno aveva recensito 1250 studentesse velate (ci furono 150 contenziosi nel 2003, contro 300 nel 1994). Se l'83% delle studentesse velate non suscitava problema, significa che la quasi totalità delle situazioni è stata occultata dai media, a differenza dei rari contenziosi nati dall'uso del velo nelle scuole. Non c'è stata copertura mediatica delle esclusioni definitive dalla scuola, a parte le prime (48 nel gennaio 2005 e più di 60 dimissioni), che quindi non sembrano costituire un problema agli occhi di stampa e tv.

Si tratta per il sociologo Tévanian, autore nel 2005 di *Le voile médiatique. Un fait débat : " l'affaire du foulard islamique "*, di un partito preso dei media, anche se non proclamato, oltre che di una scelta politica alla base dell'affaire, presto seguita dall'opinione pubblica. Certo in questo caso, come nel dibattito attuale, le ragazze e le donne interessate non sono state molto ascoltate: nemmeno una donna che indossa il *burqa* è presente nelle audizioni, oppure, al contrario, le posizioni anti-proibizioniste più ascoltate sono quelle delle donne velate o dei religiosi, ma quasi mai le voci laiche contrarie all'interdizione del velo.

Tévanian parlava della costruzione di un monologo proibizionista alla base di quel che è divenuto un problema nazionale che ha presto superato i confini francesi, ricordando che la commissione dei diritti dell'uomo all'ONU aveva denunciato il 25 marzo 2004 il clima d'islamofobia vigente in Francia. Nello stesso anno è stato creato in Francia il Collettivo contro l'islamofobia in Francia (CCIF), che pubblica sul suo sito internet numerosi articoli e rapporti, come quello che commenta la commissione d'informazione parlamentare (7).

Un altro serio problema si pone in merito alla questione del velo. Nelle parole di Tévanian: "c'est lorsque les adolescentes et les femmes voilées se sont affirmées comme des égales, en apparaissant dans l'espace public, à l'école, à l'université et dans le monde associatif, que leur foulard est devenu insupportable : celui des mères au foyer n'a jamais suscité de telles phobies" (8). Ovvero, l'esistenza di queste donne nello spazio pubblico, che implica la fruizione dei diritti di cittadinanza, rimanda ai problemi della disoccupazione, della precarietà e della discriminazione, che però vengono in buona parte dissimulati, imponendo e privilegiando in vari paesi una griglia di lettura etnicista o culturalista più che socio-economica e politica. E contribuendo a dividere la società, a creare un nemico esterno che funga da linea di confine ancora una volta tra noi e loro, mentre si tende a occultare le fratture interne alla società.

Il rispetto del principio di laicità che ha ispirato la legge del 2004, non è ritenuto valido per ispirare una nuova legiferazione sul velo integrale, indossato e volontariamente, da donne adulte, ma si evoca un'apertura che è più teorica che reale; giuridicamente, è detto nel rapporto, le persone devono restare libere di manifestare il loro credo attraverso i simboli da loro riconosciuti. Si sottolinea che lottare contro l'uso del velo integrale significa fare opera di liberazione, ed allo stesso tempo che la libertà di vestirsi non è assoluta (p.95).

È molto frequente identificare delle "vittime" dell'islam e farsi portatori di una battaglia al posto degli altri: "dobbiamo aiutare le donne a liberarsi del velo perché possano dirsi libere e non più sottomesse". Pensiamo a quante volte frasi di questo genere sono pronunciate soprattutto nei confronti delle donne musulmane - e qui sposterei l'accento su una prospettiva di genere per indagare meglio sulla questione - perché non sono mai



percepite come persone capaci di scelte autonome e motivate, o quando succede, come per la decisione di indossare il velo, si addita il motivo della rivendicazione e quindi della provocazione dei valori repubblicani, dello stato di diritto, della democrazia...

Ma la scelta del *niqab* (rispetto alla sua imposizione), può essere assunta come una discriminante nella lotta per l'affermazione della dignità umana? L'aspetto della volontarietà nell'indossare il velo, e soprattutto il velo integrale, non è sufficientemente esplorato nelle sue implicazioni, così come andrebbe approfondita la dimensione di genere nei dibattiti sul velo: se sono alcuni simboli "religiosi" a scandalizzare, essi lo sono ancor di più quando indossati dalle donne, che verranno ulteriormente discriminate nell'adozione di soluzioni comunque repressive.

Tévanian aveva già cercato di spingere oltre il ragionamento: se si considera che l'uso del velo è un'aggressione fatta a tutte le donne, perché proibirlo solamente nella scuola? Perché accettarlo nella strada? Mi sembra che siamo vicini allo stesso ragionamento sul *burqa*, che viene accettato nelle pareti domestiche o di un'impresa privata, mentre non deve esser tollerato in pubblico.

Così, la generalità della legge del 2004 su tutti i segni religiosi, o della proposta di legge contro la dissimulazione del volto, già chiamata legge sul *burqa*, è avanzata per provarne il carattere non razzista, che sembra sparire però a vantaggio di un discorso centrato sul velo, al fine di dimostrare o far sentire la necessità della legge.

Il velo continua a far parlare in Francia, che si tratti di un velo integrale o di un semplice foulard. Pensiamo ancora alla recente candidatura alle elezioni regionali nella Vaucluse della giovane Ilham Moussaïd, la militante velata del Nouveau Parti Anticapitaliste (NPA), che ha suscitato scandalo tra più parti politiche e sociali e tra i media col suo foulard (Le Monde parla di una regressione del partito anticapitalista proprio quando migliaia di donne arabe o afgane "lottano per emanciparsi" ...).

Si tratta di uno scontro sul terreno politico, che è spesso camuffato, così come avviene purtroppo anche nella ricerca. In Francia sembrerebbero esservi nell'ambito delle scienze sociali dei ricercatori più e meno islamofili, impressione che si legge anche in diverse domande formulate durante le audizioni dell'Assemblée. Lo studioso Olivier Roy ha parlato di attacco sistematico verso i ricercatori che rifiutano i clichés sull'islam e che per questo sono considerati islamofili.

### **L'Affaire Vincent Geisser: islamofilia e islamofobia nel CNRS**

E interessante, a questo proposito, il caso di Geisser che ha subito a giugno 2009 una sanzione disciplinare da parte di un funzionario ministeriale incaricato della sicurezza e difesa (Joseph Illand), colui che autorizza ad esempio gli ordini di missione per i ricercatori CNRS nei paesi detti "sensibili" e ufficialmente controlla o vigila sul patrimonio scientifico.

Il 4 aprile 2009 Geisser inviò un'email privata al comitato di sostegno di una studentessa assegnataria di ricerca a cui il CNRS aveva appena soppresso la borsa di studio per il fatto che indossava il velo. Nel comunicato diffuso dal comitato emerge chiaramente come il funzionario sia intervenuto nel non far rinnovare la borsa di studio alla ragazza, e Geisser lo critica apertamente (facendo un paragone coi metodi usati contro gli ebrei) in una sua email confidenziale, che però verrà diffusa senza il suo



consenso. E sarà questo il motivo della sua convocazione davanti al consiglio disciplinare del CNRS.

“L’Affaire Geisser” si iscrive sul lungo periodo (2004-2009), durante il quale i suoi scritti e il suo pensiero scientifico sarebbero stati oggetto quantomeno di un’attitudine di sospetti e di pratiche di sorveglianza.. Il 7 giugno 2009, un’email comincia a circolare anche tra gli studenti. È intitolata: *Affaire Vincent GEISSER / Fonctionnaire sécurité de défense du CNRS : 5 ans de harcèlement sécuritaire.*

Vincent Geisser è ricercatore al CNRS dal 1999 e presidente del Centro d’informazione e studi sulle migrazioni internazionali (CIEMI), affiliato all’Institut de recherches et d’études sur le monde arabe et musulman (IREMAM) a Aix-en-Provence. Precedentemente aveva svolto delle missioni per il Ministero degli Esteri (MAE: 1995-1999), in qualità di ricercatore all’Istituto di ricerca sul Maghreb contemporaneo (IRMC) di Tunisi, dove dirigeva un programma scientifico euro-magrebino sulle migrazioni studentesche e intellettuali nel bacino mediterraneo. Nel 2003-2004 chiese, presso il CNRS, un “ Aide à projet nouveau ”(ottenuto per 20.000 euro), per continuare questa ricerca tra l’Europa e il Maghreb, interessandosi ora ai ricercatori magrebini o d’origine magrebina che lavorano per le istituzioni pubbliche francesi (università, CNRS e INSERM). L’obiettivo era di valutare scientificamente il contributo dei ricercatori e universitari magrebini allo sviluppo della ricerca francese nel mondo, privilegiando le scienze fondamentali. Così la ricerca quantitativa fu lanciata nell’aprile 2005, cominciando però sotto un clima pesante. Come autore del testo *La Nouvelle islamophobie*, che ebbe una certa mediatizzazione (10.000 copie vendute), Geisser subì numerosi attacchi e probabilmente esiste un legame con la sorveglianza di cui fu oggetto.

Nel settembre 2004 il Fonctionnaire de sécurité de défense del CNRS manda un’email al direttore della sua unità di ricerca (l’IREMAM), chiedendo di regolarizzare la sua indagine presso la CNIL (Commission nationale informatique et liberté), apparentemente in termini tecnici o giuridici. Inoltre il funzionario precisa nell’email che l’IREMAM sarà presto classificato come “ *établissement sensible* ” e che il direttore dovrà fornire mensilmente la lista degli stranieri non comunitari (quella che è diventata una prassi nei laboratori CNRS). All’inizio non si fece alcun legame tra l’indagine e il clima di sicurezza che si stava ormai diffondendo, soprattutto intorno a chi lavora sull’islam e il mondo arabo.

A partire da settembre 2004, il funzionario comincia a fare pressioni sulle istanze locali, regionali e nazionali del CNRS per limitare il ricercatore nelle sue attività scientifiche e intellettuali, sino a pretendere delle sanzioni. Il 2 febbraio 2006 si reca a Aix-en-Provence per un’ispezione di tipo tecnico, volta a finalizzare la messa a conformità dell’inchiesta di Geisser con le esigenze della CNIL. Solo che il Funzionario lo ha interrogato sul contenuto di un certo numero di suoi scritti, conferenze e dichiarazioni rilasciate alla stampa e anche all’estero, dimostrando di conoscere bene le sue attività pubbliche. Gli ha chiesto spiegazioni per esempio sulle sue critiche all’associazione “ Ni Putes, Ni Soumises ” (9), si è dimostrato contrariato rispetto ad alcune petizioni firmate da altri ricercatori, chiedendo perciò al direttore di unità di non far aggiungere il nome del CNRS.



Dopo che il dossier di regolarizzazione dell'inchiesta è stato completato, si è scoperto che non fu mai trasmesso alla CNIL. Nel marzo 2007, l'équipe di Geisser ricevette una richiesta ufficiale del CNRS, non motivata (se non in senso giuridico), di "procedere alla distruzione di tutti gli elementi raccolti nel quadro della ricerca". Ma nessuno fu informato del fatto che la CNIL non avesse ricevuto il dossier, confermando per Geisser il fatto che si voleva soffocare l'indagine scientifica sotto pretesto che il suo autore sarebbe sospettato di islamofilia o di forti legami con gli ambienti musulmani. Ipotesi confermata oralmente da un collega, che sarebbe stato consultato dal Ministero della Difesa sull'indagine di Geisser in merito al rischio di costituzione di una "lobby arabo-musulmana" all'interno del CNRS. Molti colleghi hanno allora suggerito di rendere pubblico l'affare (10). I motivi della procedura disciplinare contro Geisser verranno infine ridotti ad un affare di diffamazione per rispondere delle "pubbliche ingiurie" rivolte al funzionario, mentre si tratta per Geisser di una sorveglianza di tipo ideologico.

Questa vicenda ed il modo in cui Geisser l'ha esposta, col sostegno di tantissimi ricercatori, mostrano un quadro poco idilliaco della ricerca, lasciando emergere un carattere politico e ideologico che continua a discriminare l'islam sotto vari aspetti. Il CNRS è ricorso a delle procedure poco democratiche, che possono dar luogo a delle derive pericolose per la ricerca stessa. Con questi metodi, l'indipendenza della ricerca rischia di diventare una conquista più che un presupposto, ed è purtroppo complicato difenderla, specialmente se gli organismi di ricerca come il CNRS - attraversato, c'è da aggiungere, da una seria crisi istituzionale e ristrutturazione interna - si lasciano influenzare da orientamenti politici magari camuffati da logiche di sicurezza interna.

### **Negare l'islamofobia, banalizzare le discriminazioni**

Difficile affermare con certezza quanto e come l'islamofobia si intrecci con la produzione scientifica. Forse non è un caso che la bibliografia esistente in merito non abbondi, anzi. Il dibattito è recente e ancora poco esplorato, e senz'altro gli si accorda poco risalto : di islamofobia non si parla, non si accetta l'accusa, mentre il problema è posto sempre dalla parte dell'islam. O al più, si accusano alcuni ricercatori di islamofilia, ribaltando il discorso con varie strategie.

Per esempio, si è creato il paravento che porta molti a rafforzare la propria posizione di chiusura - anche in ambienti progressisti e non necessariamente di estrema destra - affermando che da noi sia impossibile criticare l'islam e i musulmani per i rischi che ogni volta derivano di esser definiti come antimusulmani o islamofobici, dunque razzisti.

Un altro esempio di inversione del discorso consiste nel denunciare un razzismo anti-francese. Le vere vittime diventano i Francesi d'origine - e gli europei in generale - aggrediti nella loro identità nazionale dall'islamizzazione galoppante. Questa analisi che Geisser propose nei primi anni 2000 è tutt'ora attuale e generalizzabile, e la prova viene offerta anche dal rapporto dell'Assemblea che vede nel velo integrale un elemento di aggressione alla repubblica francese ed ai suoi valori fondanti. Allo stesso modo, un'infelice analisi di Giovanni Sartori nel suo *Pluralismo, multiculturalismo ed estranei* (Rizzoli 2000), dove afferma che " il vero razzismo è di chi provoca il razzismo ", mostra un atteggiamento che corrisponde alla negazione frequente del razzismo *chez soi*. Ancora oggi, dalle fila del *Corriere della Sera*, Sartori parla di " integrabilità



dell'islamico". Si chiede " se la storia ci racconti di casi, dal 630 d.C. in poi, di integrazione degli islamici, o comunque di una loro riuscita incorporazione etico-politica (nei valori del sistema politico), in società non islamiche. La risposta è sconsigliata: no " (art. 20/12/2009).

Se cerchiamo di decostruire un discorso dettato dalla paura dell'islam, ancora una volta osserviamo come il problema non siamo noi, ma gli altri, i diversi, che col loro modo di fare e pensare " provocano " intolleranza. Ciò validerebbe anche un certo pensiero comune in merito alla fruizione dei diritti di cittadinanza dei musulmani, che non meriterebbero appieno proprio a causa della loro appartenenza religiosa. Li accusiamo di non volersi integrare, ma nei fatti succede più spesso che lo Stato o la società neghino il pieno godimento dei loro diritti trattando anche i propri cittadini musulmani come *altri*. Lo scarto è riscontrabile, non solo in Francia, nel campo dell'accesso al lavoro innanzitutto, o alla casa, o alla scolarità se si indossa il velo o si hanno origini arabe per esempio.

Ovviamente ci sono anche molti musulmani che fanno il gioco di un'islamofobia istituzionale. In molti, assieme o parallelamente a politici, intellettuali o giornalisti, da destra a sinistra, sembrano promuovere la difesa delle minoranze musulmane *minacciate* dall'interno: donne magrebine sottomesse, musulmani laici, ecc.

Allora si fa appello ai cosiddetti musulmani moderati - quelli che condannano pubblicamente le manifestazioni religiose conservatrici ed il terrorismo - dimostrando al contempo un'apertura verso l'altro... Se è forse normale considerare un qualsiasi cittadino contro il terrorismo, ai cittadini musulmani è richiesto di pronunciarsi esplicitamente contro il terrorismo internazionale per dimostrare l'attaccamento al paese ed ai suoi valori. Pensiamo all'appello del Movimento dei musulmani laici di Francia, nel 2003 (*Pas en notre nom! Appel national des citoyens musulmans et républicains de France*), o in Italia, al *Manifesto contro il terrorismo e per la vita*, che l'Ucoii non firmò e fu come al solito accusato di adesione ideologica col fondamentalismo islamico (altra categoria imprecisa). Il fondamentalismo islamico sarebbe l'opposto dell'islam " moderato "?

Indubbiamente la creazione di questa categoria di musulmani genera perplessità e le deduzioni sono imprecise quanto la terminologia impiegata attualmente. Fondamentalismo, terrorismo, islamismo, sono spesso usati come sinonimi, pur essendo dei termini che indicano realtà differenti e complesse, che vanno da forme di riflessione e attivismo sul piano religioso, politico e sociale, sino ad azioni di terrorismo internazionale. Oggi esiste un'ampia bibliografia su questi temi, ma si fa ancora molta fatica a chiarire e distinguere la terminologia relativa alla sfera politica del mondo islamico.

La mancanza di analisi serie che possano contrastare l'islamofobia e le sue derive, le discriminazioni e i pregiudizi, conducono alla loro ulteriore banalizzazione e legittimizzazione, spesso in nome della " libertà di opinione " che porta a esprimersi nei toni più intolleranti nei confronti dei musulmani, senza destare troppo scandalo. Il ruolo dei media nel riprodurre irresponsabilmente stereotipi e analisi preconfezionate è senza dubbio importante, ed andrebbe approfondito da parte delle scienze sociali. Non è raro assistere a discorsi sull'islam che dimostrano notevole ignoranza della religione e del variegato mondo musulmano, da parte dei non musulmani come dei musulmani stessi. E



gli esperti non sono certo privilegiati quando si vuole offrire un'analisi di alcune realtà del mondo islamico.

L'illustrazione di questi pochi esempi non è certo esaustiva del quadro di islamofobia vigente nelle nostre società, ma solleva importanti problematiche e riflessioni. C'è da auspicare la continuità della ricerca, senza interventi che ne limitino l'autonomia, così come c'è da auspicare che della ricerca e della corretta informazione possano agevolarsi le istituzioni e l'opinione pubblica. Ma è ancor prima necessario riportare l'attenzione sulle dinamiche plurali che generano l'islamofobia, che toccano anzitutto la società nel suo complesso, le questioni economiche, politiche e culturali che determinano la marginalizzazione di alcuni gruppi o categorie di individui, nel nostro caso i musulmani e le musulmane, che fungono spesso da capro espiatorio, con la compiacenza dell'establishment politico.

## Note

1. A partire dalla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1798, che sancisce la libertà di coscienza, e dunque anche la libertà di esprimere il proprio credo religioso, la società francese conoscerà un processo di disecolarizzazione sempre più marcato. A livello giuridico la laicità si afferma principalmente tramite l'introduzione dell'istruzione pubblica obbligatoria (legge J. Ferry del 1882), la legge del 9 dicembre 1905 sulla separazione tra lo Stato e le organizzazioni religiose (che abolisce dunque il Concordato del 1801 con la Chiesa cattolica), e la Costituzione del 1958 che indica la laicità tra i valori fondanti della Repubblica, C'è da notare però che una deroga è concessa per esempio alla regione Alsace-Moselle, ancora sotto regime concordatario. Questo è solo uno dei casi che mantengono aperto il dibattito sulla laicità francese, che incarna nobili valori ma anche diverse contraddizioni.

2. La Legge 2004-228 del 15/3/2004 inquadra - in applicazione del principio di laicità - l'uso di segni o tenute manifestanti un'appartenenza religiosa nelle scuole pubbliche. Cfr. [Legifrance](#).

3. “ [Projet de loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public. Etude d'impact](#) ”.

4. Pensiamo a testi come *Il prezzo del velo* (Feltrinelli 2008), di Giuliana Sgrena, o al suo blog *Islamismo* sul quotidiano *Il Manifesto*. O ancora alle diverse giornaliste o politiche che si fanno porta parola di altre donne musulmane, da Lilli Gruber a Daniela Santanché, pur avendo appartenenze politiche ed opinioni anche molto diverse tra loro.

5. Scrittrice e giornalista italiana che, particolarmente in seguito agli attentati alle torri gemelle di New York nel settembre 2001, si è scagliata contro l'islam e i musulmani. Nei suoi libri *La rabbia e l'orgoglio* (Rizzoli 2001) e *La forza del pregiudizio* (Rizzoli 2004), la Fallaci esprime il suo pensiero contro quello che giudica il fanatismo islamico e l'invasione islamica dell'Occidente.

6. Mario Borghezio, membro della Lega Nord, è deputato al Parlamento europeo dal 2001, nonostante sia noto per le sue dichiarazioni razziste e islamofobiche.

7. Cfr. [Collectif contre l'Islamophobie en France](#).

8. “E’ quando le adolescenti e le donne velate si sono affermate come eguali, apparendo nello spazio pubblico, a scuola, all'università e nel mondo associativo, che il loro



foulard è diventato insopportabile: quello delle madri in casa non ha mai suscitato tali fobie”: traduzione da Tévanian Pierre, 2005, *Le voile médiatique. Un fait débat : “ l’affaire du foulard islamique ”*, Raison d’agir, Paris, p.131.

9. Si tratta di un’associazione nata nel 2003 in seguito alla morte di una diciassettenne bruciata viva dal suo ex ragazzo di 19 anni in una cité della regione parigina. Il movimento si pone come femminista e milita contro il degrado delle periferie, che colpisce soprattutto le donne, spesso di origine straniera e spesso vittime di violenze maschili. Dopo la sua grande mediatizzazione, l’associazione ha conosciuto diverse critiche e crisi interne negli ultimi anni.

10. Nel 2008, la direttrice SHS (Sciences Humaines et Sociales) del CNRS, Marie-Françoise Courel, fa sapere che il Funzionario di Sicurezza e Difesa voleva ottenere delle sanzioni per gli scritti d’opinione di Geisser e si propone mediatrice.

### **Bibliografia**

Bausani Alessandro, 2000, “Breve storia dei pregiudizi anti-islamici in Europa”, in *Il “pazzo sacro” nell’islam. Saggi di storia estetica, letteraria e religiosa*, edito da Maurizio Pisto, Luni Editrice, Milano, pp. 83-100.

Bruno Marco, 2008, *L’Islam immaginato. Rappresentazioni e stereotipi nei media italiani*, Guerini & Associati, Milano.

Cardini Franco, 2002, *Europe et Islam. Histoire d’un malentendu*, Editions du Seuil, Paris.

Daniel Norman, 1993, *Islam et Occident*, Institut dominicain des Etudes Orientales du Caire, Cerf, Paris (ed. or. 1960 *Islam and the West. The making of an image*, Edimbourg).

Dakhliya Joselyne, 2005, *Islamicités*, PUF, Paris.

Dassetto Felice, 1996, *La construction de l’islam européen. Approche socio-anthropologique*, L’Harmattan, Paris.

- (a cura di), 2001, *Paroles d’islam. Individus, sociétés et discours dans l’islam européen contemporain*, Maisonneuve & Larose, Paris.

Geisser Vincent, 2003, *La nouvelle islamophobie*, La Découverte, Paris.

Gritti Roberto, 2004, *La politica del sacro. Laicità, religione, fondamentalismi nel mondo globalizzato*, Guerini e Associati.

Kilani Monder, 1997, *L’invenzione dell’altro*, ed. Dedalo, Bari.

Massari Monica, 2006, *Islamofobia. La paura e l’islam*, Laterza, Roma-Bari.

Pace Enzo, 1999, *Sociologia dell’islam. Fenomeni religiosi e logiche sociali*, Carocci, Roma.

- 2004, *L’islam in Europa: modelli di integrazione*, Carocci, Roma.

Rodinson Maxime, 1993, *La fascination de l’Islam*, Ed. La Découverte, Paris.

Sartori Giovanni, 2000, *Pluralismo, multiculturalismo ed estranei*, Rizzoli.



## JURA GENTIUM



Scaraffia Lucetta, 2002, *Rinnegati. Per una storia dell'identità occidentale*, Laterza, Bari Roma.

Sgrena Giuliana, 2008, *Il prezzo del velo*, Feltrinelli.

Tévanian Pierre, 2004 (Febbraio), “ [Une loi antilaïque, antiféministe et antisociale](#) ”, *Le Monde Diplomatique*.

- 2005, *Le voile médiatique. Un fait débat : “ l'affaire du foulard islamique ”*, Raisons d'agir, Paris.

# Recenti modifiche dello Statuto Personale in Egitto

Costantino Paonessa

Nell'ultimo decennio il parlamento egiziano ha introdotto una serie di riforme delle leggi concernenti lo "Statuto Personale". Nel gennaio 2000 venne promulgata la legge No. 1 che all'articolo 20 dà la possibilità alle donne di porre fine unilateralmente al matrimonio in cambio della rinuncia ai propri diritti patrimoniali (procedura meglio conosciuta in diritto musulmano con il nome di *kul'*) (1) e all'art. 17, comma 2, permette ai congiunti di divorziare anche se il loro contratto di matrimonio non era stato ufficialmente registrato (matrimonio detto "consuetudinario" o '*urft*') (2).

Nel 2004 lo "Statuto Personale" ha subito due ulteriori modifiche. La prima attraverso l'approvazione della legge No. 10 che introduce un tribunale specializzato per le sole questioni familiari con lo scopo di accelerare le procedure giuridiche nei processi inerenti lo statuto personale e di regolare tutti i conflitti coniugali al fine di diminuire i casi di divorzio. La seconda modifica è avvenuta ad opera della legge No. 11 che avvia la fondazione di un Fondo di assicurazione familiare, chiamato Banca Nasser, per il mantenimento della donna e dei figli in caso di divorzio.

Infine, la Legge No. 4 del 2005 concede alla donna divorziata la custodia dei bambini fino all'età di 15 anni.

Si tratta, è evidente, di un graduale processo di modifica del diritto di famiglia che evidenzia un prudente tentativo da parte delle istituzioni di far fronte alle esigenze di miglioramento delle condizioni dei diritti delle donne e, quindi, alla necessità di ammodernamento di quella che è considerata la legge fondamentale della società nella maggior parte dei paesi musulmani e non solo (3). Non a caso, proprio perché la funzione primaria della famiglia è di riprodurre la società da un punto di vista biologico e socio - culturale è naturale che lo scontro tra modernisti e conservatori relativamente a questo soggetto raggiungesse livelli molto aspri (4). La maggior parte delle argomentazioni promosse dall'una e dall'altra parte si collocarono in merito alla questione della conformità o meno delle leggi presentate ai precetti sciaraitici (5). Dal canto riformista, il problema essendo rappresentato dalla difficoltà di trovare un'autonoma giustificazione all'interno della dottrina islamica tradizionale che negava alle ultime generazioni il diritto di ricorrere al ragionamento indipendente (6).

Ora, senza entrare nei dettagli di un argomento abbondantemente discusso, tutti gli autori che si sono occupati di storia del diritto musulmano sono stati unanimi nel sostenere che l'azione dei riformisti nel corso del secolo passato non aveva alcuna intenzione di contraddire o di andare al di fuori della Legge islamica, quanto piuttosto di apportare qualche necessario cambiamento in modo tale che essa potesse rispondere ai bisogni della società. Anche se i metodi utilizzati per ottenere questo scopo hanno evidenziato come -perfino nel diritto di famiglia- la dottrina del *taqlīd* (7) non era divenuta nient'altro che una semplice finzione, una adesione puramente formale e superficiale ai principi stabiliti dal diritto tradizionale.



In questo contesto la legge 1/2000 pur inscrivendosi in quel lungo processo di aggiramento della dottrina islamica messo in atto dal legislatore egiziano lungo tutto l'arco di un secolo ha comportato notevoli novità metodologiche e di contenuto che meritano essere esplicate.

### **Il divorzio *kul'* nella Šarī'a islamica**

Tra i vari modi che la Šarī'a islamica ha formulato per risolvere il matrimonio è annoverato il divorzio per mutuo consenso degli sposi "*kul'*" attraverso il quale la donna rende al marito un qualsiasi compenso - per consuetudine la dote ricevuta al momento del matrimonio- in modo tale che quest'ultimo consenta a ripudiarla. Questa indennità o equivalente viene chiamata *'iwad* (8) e non è richiesto l'intervento del giudice (9). Il fondamento scritturale dell'istituto si trova principalmente nel versetto 229 della *Sūra al-Baqara*: "A meno che ambedue non temano di non poter osservare le leggi di Dio, ché se temono di non poter osservare le leggi di Dio, non sarà peccato se la moglie si riscatterà pagando una somma" (10) e in un *hadīc* (11) presente in molteplici collezioni che riporta la vicenda della sposa di Cābit bin Qayis (12).

La pratica, tuttavia, risale all'epoca pre-islamica e continuava ad esistere ai tempi del Profeta. La prassi dell'Arabia voleva che la donna rendesse al marito la sua dote, o qualche altro tipo di pagamento per indurlo a concederle la libertà. Esso aveva forma di un accordo amichevole tra lo sposo e il padre della sposa, dove quest'ultimo restituiva la dote e riprendeva indietro sua figlia. In questo modo il contratto di matrimonio veniva cancellato definitivamente poiché quanto dato dal marito per ottenere i suoi diritti coniugali gli veniva restituito. Per la logica inversa, qualora il marito non accettava di vivere lontano da sua moglie e di prendere la sua dote, ella non godeva di libertà in ragione dell'esistenza del vincolo contrattuale (13).

Il termine stesso *kul'* la cui radice è *kala'a* "ritirare, levare dolcemente una cosa da sopra un'altra" ma anche "levare i propri abiti, svestirsi" è da mettere in relazione all'azione del marito che si spoglia, in un certo qual modo, della sua propria autorità maritale. D'altronde a questo preciso senso fa riferimento anche il Corano nel versetto 187 della *Sūra al-Baqara* (14).

In linea con la tradizione tutte le scuole giuridiche sono concordi nel considerare il *kul'* come un contratto sinallagmatico, o più precisamente, un contratto a prestazione reciproca (*mu'āwada*), dove il marito rinuncia ai diritti che il matrimonio gli dà sulla persona di sua moglie e quest'ultima rinuncia ad esigere un qualche credito che poteva aver maturato nei confronti del marito o, più raramente, gli paga direttamente un'indennità (15). Se questa è la regola generale, è vero altresì che esistono delle profonde divergenze tra gli hanafiti e le altre tre scuole giuridiche (16) in merito soprattutto alle conseguenze di questo genere di ripudio che meritano di essere quanto meno accennate.

Per ciò che concerne i cosiddetti "pilastri del *kul'*" o "*arkān al-kul'*" i giuristi contemporanei ne elencano cinque: 1) accettazione o *qābil* (impegno a dare corrispettivo); 2) offerta o *mūğab* (il marito o il suo tutore); 3) compenso o *'iwād* (cosa con cui il marito si ricompensa); 4) contraccambio o *mu'awad* (libertà sessuale della sposa); 5) formula o *sīğa* (17).



Perché il *kul'* sia effettivo è assolutamente necessaria la pronuncia della formula (*sīga al-kul'*), e infatti il divorzio non è valido con la sola donazione (*lā yasihhi 'l-mu'āsā*), come nel caso in cui la moglie dona al proprio marito dei beni ed esce dalla sua casa senza che quest'ultimo pronunci le parole: “divorzio da te per 100 dinar” (*iktali 'ī 'alā mā'a dīnār*) o “divorzio da te in cambio di questo” (*iktali 'ī nafsaki 'alā kixā*) (18). Mentre per quanto riguarda l'accettazione della donna - assolutamente indispensabile - i giuristi sono concordi nel legarla alla stessa formulazione del divorzio da parte del marito. Infatti, nei casi sopra citati essa dovrebbe essere implicita alla stessa esclamazione. Tuttavia, il marito può anche utilizzare un'altro tipo di formula dal tono più categorico: “Ho divorziato da te” (*kala 'tuki*).

In base a quanto abbiamo appena detto si possono elencare tre tipi differenti di *sīga al-kul'*: la prima in cui l'espressione del marito non richiede l'accettazione della sposa (*lā taqtadī bi-nafsihā qabūl al-zawġa*) e non fa alcun riferimento al compenso. In questo caso si tratta di un *talāq* vero e proprio se il marito aveva intenzione di divorziare (*in nawā bi-haxihi al-'ibāra al-talāq*), senza dipendere dall'accettazione della sposa. Al contrario, se manca l'intenzione non si tratta di un divorzio definitivo (*lam yakūn talāqan asalan*); la seconda in cui l'espressione del marito non richiede l'accettazione della sposa ma cita esplicitamente il compenso finanziario. Si tratta di un divorzio dipendente dalla condizione che lei accetti o meno quanto proposto dal marito per compenso; la terza in cui l'espressione del marito contiene una formula che implica l'accettazione della donna e il consequenziale verificarsi del divorzio sia se il marito cita il compenso finanziario, sia se egli fa ricadere l'azione del *kul'* sulla moglie con un frase del tipo: “*iktali 'ī*” o “*kāli 'īnī*” (lett. “divorziati” o “lasciami tranquillo”). Tuttavia, se la donna non accetta o non dice nulla il divorzio non può aver luogo.

Secondo i malikiti affinché la *sīga* sia valida è necessario che siano rispettati tre principi: 1) che vi sia un'espressione (*an yakūn lafza*) e che siano pronunciate delle parole che indichino il divorzio (*bi-kalma dālla 'alā talāq*), sia nel caso della formula esplicita (*tarīh*) che nel caso della formula figurata (*kināya*) (19). Tuttavia qualora siano compiuti dei gesti che indichino (*yadullu 'alā*) il *talāq*, senza che vi sia alcuna locuzione (*nutq*), il divorzio non diviene effettivo a meno che quell'atto non sia espressione di una consuetudine (*illā idā ġarā bihi al-'urf*) (20). Dello stesso parere sono anche gli šafiiti che parlano della *sīga al-kul'* negli stessi termini. 2) Che l'accettazione sia contestuale nella stessa seduta (*maġlīs*) se non quando il marito è affetto da malattia o impossibilità; altrimenti l'accettazione è concomitante alla dichiarazione dell'uomo in quanto emergente dalle sue stesse parole. 3) Che tra l'offerta e l'accettazione ci sia accordo sul valore della donazione (*anna yakūn bayn al-iġāb wa al-qubūl tawāfaqa fī māl*).

Le condizioni che il marito deve rispettare affinché il *kul'* sia valido sono le stesse di quelle esatte per il ripudio senza accordo, poiché, da parte sua il *kul'* è essenzialmente un ripudio (21). Tuttavia, le regole che il *fiqh* ha stabilito concernenti il ripudio pronunciato da un individuo affetto da malattia mortale o sul punto di morire, non sono più valide nel caso del *kul'* perchè in quest'ultimo caso l'istituto prevede una compensazione. Inoltre, ma solo per i malikiti, la moglie non sarà esclusa dalla successione in caso di morte dello sposo per la malattia.



Ben più numerose sono, invece, le regole che concernono la donna. In considerazione del fatto che il *kul'* implica sempre per lei una alienazione di patrimonio, la donna deve essere capace di obbligarsi. Non possono, pertanto, concludere questo particolare istituto giuridico: 1) la folle e la minore, in quanto non possono in nessun caso disporre dei propri beni (22); secondo la scuola malikita, il padre ha il diritto di negoziare un ripudio per conto della propria figlia soggetta a costrizione, il compenso essendo prelevato sui beni dello stesso genitore. 2) la donna inabilitata per prodigalità (*safīha*); 3) la donna insolvente 4) la donna affetta da una malattia mortale (23).

Le cose non sono così chiare presso i giuristi se si prende in considerazione l'azione del marito, per il quale il *kul'* non è nient'altro che una maniera di rompere i legami con la sua propria consorte. Il che rimanda alla questione accennata in apertura di questo paragrafo in merito alla natura della dissoluzione che scaturisce dal divorzio *kul'* e nello specifico se si tratta di una separazione "*fask*" oppure di un vero e proprio ripudio (*talāq*).

E' cosa risaputa che nel *fiqh* solo il marito ha il diritto di ricorrere al ripudio per risolvere il matrimonio attraverso la pronuncia di una formula che sia verbale, scritta o anche tramite gesti e azioni, secondo la consuetudine. Il numero delle formule di ripudio è di tre e in base ad esse il divorzio può essere revocabile (*rağ'*) o definitivo (*bā'in*), a sua volta suddiviso in ripudio imperfetto o ripudio perfetto.

Opposto al *talāq*, che ingloba tutte le possibili forme di ripudio è il *fask*, forma di risoluzione o rescissione, comune a tutti gli atti giuridici, compreso il matrimonio. Come ha fatto notare Linant de Bellefond, i criteri che differenziano l'uno dall'altro sono molto sottili e soprattutto basati sui loro effetti secondari: 1) ogni dissoluzione associata a una risoluzione sarà sempre definitiva, mentre il ripudio può essere revocabile o irrevocabile; 2) Ogni rottura del legame coniugale considerata come *fask* può essere rinnovata, senza contare il minimo delle tre volte, a meno che non sussista qualche altro impedimento che interdice il matrimonio (24).

Ritornando al tema della natura del *kul'*, la dottrina delle scuole si è schierata per l'una o per l'altra delle differenti categorie. Per gli hanafiti, i malikiti, e gli šafīiti senza alcun dubbio il divorzio *kul'* è da considerare come *bā'in*. Gli hanbaliti, dal canto loro, non sono così categorici esprimendo delle perplessità sul fatto che il *kul'* sia un vero e proprio *talāq* e generalmente vengono annoverati come i soli sostenitori della teoria contraria.

## Il compenso

Le opere di *fiqh* hanno tutte contribuito a diffondere e radicare presso l'opinione pubblica l'assunto secondo cui il *kul'* necessita, per essere valido, di un compenso, chiamato *'iwad* o *badal*. Ragion per cui i *fuqahā'* (lett. *giuristi, dotti*) delle diverse scuole hanno concentrato l'attenzione su questo compenso contribuendo a farne, in qualche modo, il pilastro principale dell'intero istituto.

Si legge nella Mudawwana (25): "Che cosa pensi (26) qualora la moglie rifiuti di obbedire al marito, è lecito per l'uomo di prendere da lei ciò che lei gli dà per ottenere il divorzio?" Risposta: "Sì, qualora ella sia consenziente, è non vi sia da parte del marito nessuna costrizione". [...] "Che cosa pensi qualora il divorzio è richiesto dalla donna che ha paura dell'avversione da parte del marito?" Risposta: "Non è lecito per il marito



di prendere qualcosa da lei in cambio del suo divorzio. Tuttavia è lecito che lui prenda qualcosa per lasciarla libera o che lui le dia - di comune accordo- una parte dei suoi propri averi accettando di vivere insieme in questa condizione, dividendo la sua presenza e i suoi averi. Questo è l'accordo di cui ha parlato Allāh: "Ma se ambedue temono di non poter osservare le leggi di Dio, non sarà peccato se la moglie si riscatterà pagando una somma" (27). Secondo il rito hanafita è necessario che il compenso del *kul'* rispetti determinati principi: 1) che siano dati al marito dei beni di valore (non è lecito il *kul'* di una piccola quantità); 2) che sia un bene da cui è lecito trarre beneficio. Non è lecito il vino, il maiale o il sangue perchè queste cose non hanno valore nella *Šarī'a* islamica. E' lecito il *kul'* con dei beni, siano essi denaro o materiali, o la dote, o la *nafaqa* dell' *'idda*, o spese dell'allattamento, o della custodia (*hadana*), o altro ancora, secondo le particolarità delle *maxāhib* (28).

In base a quanto detto finora non sarebbe sbagliato se si pensasse che secondo i giuristi il pagamento di un compenso da parte della donna è la particolarità che caratterizza il *kul'* distinguendolo dal semplice ripudio. Ciononostante, due scuole - la hanafita, la malikita ma anche numerosi hanbaliti - non vedono in ciò un elemento indispensabile alla formazione della convenzione, anche se si tratta di pure speculazioni teoriche laddove nella pratica l'assenza di compenso è fenomeno sconosciuto. Gli šafiiti sono i soli nel mondo sunnita (29) a dichiarare, senza ambiguità, che ogni ripudio ove è impiegato il termine *kul'*, dal momento che la donna abbia accettato o l'abbia essa stessa sollecitato, comporta necessariamente a carico di quest'ultima il pagamento di un compenso. Se i due congiunti hanno semplicemente omesso il compenso, il divorzio viene considerato come valido, ma la moglie deve a suo marito una dote di equivalenza (*mahr micl*) (30). Diametralmente opposta è la tesi della scuola malikita, la quale oltre a permettere ai due coniugi divorziati per mezzo del *kul'* di risposarsi, esenta la donna da ogni obbligo, tanto meno finanziario, qualora i due abbiano omesso di parlare del compenso.

La questione diventa tanto più complicata nella scuola hanafita a causa dei pareri discordi dei giuristi. L'ampio dibattito sul tema non può essere oggetto del nostro studio, per cui si rimanda all'eccellente articolo di Linant de Bellefond "*Le kul' sans compensation en droit hanafite*". Basti solo sapere che in merito al *kul'* senza compenso si è raggiunto l'accordo su due principi di base: 1) E' possibile ottenere un divorzio un *kul'*, grazie all'impiego di una formula appropriata e senza menzionare il compenso (per i malikiti considerato un divorzio definitivo minore). 2) Il *kul'* così ottenuto avrà per la donna delle conseguenze finanziarie (31).

## **Il consenso**

Nonostante la consuetudine abbia fatto del *kul'* una separazione definitiva, concordata tra gli sposi mediante un compenso pagato dalla donna, le scuole malikita e hanafita, nonché numerosi giuristi hanbaliti si sono posti la questione di sapere quali sono gli effetti di un divorzio, concluso nei termini del *kul'*, dove le parti non menzionano o escludono espressamente la compensazione.

Il primo problema che si pone riguarda la formulazione dell'istituto. In effetti, tramite quest'ultima deve apparire in maniera molto netta il carattere contrattuale dell'operazione soprattutto per quanto concerne l'accettazione da parte della donna.



Non che questa sia meno importante di quella che si pretende nel *kul'* con compenso ma bisogna ricordare che in quest'ultimo caso il pagamento da parte della donna -di quanto a lei richiesto dal marito o da ella stessa proposto- presuppone un'accettazione formale (*qabūl sarīh*) e implicita da parte del marito nel momento stesso in cui questo prende il bene offertogli. Di conseguenza, in assenza di compenso, non solo la risposta all'offerta deve essere obbligatoria, in quanto elemento che permette di distinguere che si tratta di un *kul'* e non di un *talāq*, ma la stessa proposta deve rispettare delle precise regole di formulazione. Proprio per questo, non è più sufficiente che sia usata la radice *k- l- ' -* da cui la parola *kul'* nelle sue varie forme. Si esige che il verbo *kala'a* sia usato in maniera imperativa; o che la donna ripudiante se stessa utilizzi durante la sua accettazione il termine *kul'*, in modo tale che non vi possano essere equivoci; o che il marito utilizzi la terza forma del verbo, *kāla'a*, che secondo i grammatici arabi indica l'intenzione da cui si attende una risposta dalla persona a cui ci si rivolge (32).

Se ne deduce che condizione imprescindibile del *kul'* non risulta essere tanto la presenza o meno di una compensazione, quanto piuttosto che vi sia un accordo e dunque un'accettazione tra le due parti in causa (33). Le scuole giuridiche su questo punto sono unanimi nonostante esista una divergenza tra quanto detto nel Corano e quanto riportato nella Sunna (34). Divergenza che, vedremo, sarà alla base della riforma del diritto di famiglia egiziano del 2000.

Come precedentemente detto il *kul'* trova la sua conferma scritturale, oltre che nel Corano anche nella vicenda di Habība bint Sahl sposa di Cābit bin Qays bin Šammās, riportata in quattro differenti collezioni di *hadīc* (35).

Al-Bukārī riporta una tradizione sotto l'autorità di Ibn 'Abbās secondo cui "la moglie di Cābit bin Qays si recò dal Profeta e gli disse: "O Inviato di Dio, io non ho nulla da rimproverare a Cābit bin Qays nè per il carattere nè per la religione, ma ho paura di venire meno ai doveri dell'Islam (sott. restando con lui)! Disse il Profeta: Vuoi restituirgli il suo giardino? (*ataruddīna 'alayhi hadīqatahu*). Disse la donna: Sì (*na'am*). Allora disse il Profeta di Dio a Cābit: "Prendi il giardino e ripudiala" (*iqbali al-hadīqa wa talliqha tattīqatin*) (36).

La collezione di al-Nasā'ī cita le medesime parole (37).

La stessa storia è riportata in maniera leggermente differente da Abū Dāwūd, il quale sotto l'autorità di 'Ā'īša racconta che "Habība bint Sahl era sposata con Cābit bin Qays bin Šammās, il quale la battè e le ruppe qualche parte del corpo. Dopo l'alba (*ba'd al-subh*) la donna si recò dall'Inviato di Dio, il quale mandò a chiamare Cābit. Quindi gli disse: "Prendi una parte dei suoi beni e separati da lei" (*kuxba'dmālihā wa fāriqhā*). Chiese: "Ciò è lecito, o Inviato di Dio?" (*yasluhxālika yā Rasūlu Allāh*) Disse: "Sì" (*na'am*). Allora disse Cābit: "Le ho dato come dote due giardini che sono nelle sue mani (38)" (*asdqtuḥā hadīqatayn wa humā bi-yadihā*). Disse il Profeta: "Prendili e separati da lei" (*kuxhumā wa fāriqhā*) (39).

In queste due differenti versioni del *hadīc* vi sono tre elementi comuni: il primo è la compensazione, o più precisamente la dote che la donna deve consegnare per riscattarsi; il secondo, è la formulazione da parte del Profeta di un ordine categorico, come dimostrato dall'utilizzo del verbo all'imperativo; il terzo, è che in nessuna delle due versioni si fa riferimento a una qualche forma di consenso del marito. Se ne deduce che



la *Sunna* è in aperta contraddizione con il Corano, laddove quest'ultimo parla chiaramente di un accordo congiunto dei due coniugi: “*fa-lā ġunāh ‘alayhimā fīmā aftadat bihi*”.

Un importante aiuto alla comprensione dell'istituto del *kul'* è dato dalla lettura della *Mudawwana*.

“Nel *kul'* e' permesso all'uomo di prendere da sua moglie più di quanto egli le aveva dato?” Risponde Malīk: “Sì”. “Ho sempre sentito dalle persone sapienti -e su questo punto vi è pieno accordo tra di noi- che se l'uomo non costringe sua moglie, non le fa del male o non la forza ma ella accetta di buon grado la sua separazione, è lecito che lui prenda ciò che ella gli ha offerto. Questo è quanto ha fatto il Profeta con la moglie di Cābit bin Qays bin Šammās quando ella si recò dal Profeta e gli disse: “Io non voglio che Cābit resti mio marito”, “O Inviato di Dio tutto ciò che egli mi ha dato io restituisco”. Disse il Profeta a Cābit: “Prendi ciò che ti dà” (*kuxminhā*). Egli prese (da lei) e partì (40).

Si noterà che il contenuto di questa narrazione rispetta alla lettera quanto riportato negli *hadīccitati* precedentemente. Medesima cosa per quel che riguarda un secondo *hadīc* riportato nel testo immediatamente dopo e messo sotto l'autorità di Abū Sa'īd al-Kudrī. Quest'ultimo aveva una sorella sposata con un uomo. Tra di loro regnava la discordia e l'odio quando raccontarono ciò all'Inviato di Dio. Egli disse: “Vuoi rendere a lui il suo giardino”. Ella rispose: “Sì e ho aggiunto dell'altro”. Quindi il Profeta ripeté ciò altre tre volte e alla quarta disse: “Rendi a lui il suo giardino e dell'altro in più”.

Anche in questi due casi esiste un imperativo categorico da parte del Profeta che non dà alcuna importanza alla volontà o meno del marito. Postulato il pagamento di una compensazione non serve nient'altro perchè la donna sia libera.

Nonostante ciò qualche rigo più giù è sempre Malīk a ridire: “Non ho sentito alcuna autorità essere contro il fatto che la donna paghi di più di quanto ricevuto per dote”, aggiungendo, “ha detto Allāh: *fa-lā ġunāh ‘alayhimā fīmā aftadat bihi* (a meno che ambedue non temono di non poter osservare le leggi di Dio, perché se temono di non poter osservare le leggi di Dio, non sarà peccato se la moglie si riscatterà pagando una somma)” (41).

Da ciò si potrebbe dedurre che la scelta adottata da Malīk e più in generale da tutte le scuole giuridiche di fare del *kul'* un istituto basato sull'accordo delle due parti, sia partita dall'esigenza di conformarsi alle prescrizioni coraniche, scartando quanto detto e fatto dal Profeta in maniera molto chiara semplicemente perchè ciò era contrario alla Parola di Dio. Si proverà a dimostrare che questa spiegazione, seppur valida almeno dal punto di vista del metodo, non risulta essere assolutamente convincente se non completamente errata sotto diversi aspetti.

Un'osservazione preliminare ma del tutto personale riguarda il contenuto delle Tradizioni profetiche. Sebbene le parole di Muhammad riportate dalla tradizione siano categoriche e tengano conto del volere dello sposo è anche vero che quest'ultimo non dimostra affatto la sua contrarietà né con parole, né con gesti. Anzi, il fatto stesso che egli abbia reso la dote denota una certa sua accondiscendenza all'operazione piuttosto che una sua contrarietà. Tanto più che, così come sono formulate, le Tradizioni sembrano riferirsi più alla necessità che nel *kul'* vi sia un scambio reciproco che al fatto



di esservi o meno un consenso del marito, cosa evidentemente del tutto secondaria, come si denota chiaramente dalla lettura del *Tafsīr* (lett. *intepretazione*) di Tabarī il quale cita una serie di tradizioni, di cui quattro narranti la vicenda di Habība, per spiegare vari elementi del *kul'* senza, tuttavia, mai affrontare la questione dell'autorizzazione del marito (42).

Un'altra considerazione, invece, concerne un aspetto di storia del diritto musulmano. Arabi dopo aver riportato gli "*hadīci* di Habība" si accorge del problema della scelta della prescrizione coranica da parte dei giuristi, nonostante "la indeterminatezza, se non contraddizione" con quanto detto nella Sunna (43) e avanza una tesi "puramente logica", secondo cui i giuristi musulmani non "dovevano sottoporre al Corano la struttura legale del *kul'* proposta dal Profeta". Ciò in base al fatto che l'imām Šāfi'ī considerava come acquisito che il Corano non solo non contraddiceva le tradizioni provenienti dal Profeta ma che quest'ultime spiegavano lo stesso Libro. Ragion per cui bisognava interpretare il Corano alla luce delle Tradizioni e non all'inverso.

In verità, se si tiene conto che solo a partire dal II secolo dell'Egira i cosiddetti "tradizionalisti" cominciarono a far prevalere la teoria della superiorità della Sunna del Profeta sulla "pratica sunnatica (44)", l'atteggiamento dei giuristi anziani non dovrebbe affatto stupire. D'altronde, sempre in merito alla Mudawwana, Calder ha scritto che "presenta precisamente le caratteristiche che J. Schacht voleva individuare come pertinenti alla fase anziana del pensiero giuridico Musulmano" (45). Autorità dominanti sono, infatti, i giuristi Medinesi della vecchia generazione, e tra loro Malīk stesso. La forma di dialogo con cui vengono esposte le teorie è appositamente concepita per esaltare la figura del maestro così come si fa un uso abbondante di numerose tradizioni riguardanti i Compagni del Profeta e delle opinioni delle autorità medinesi (nel caso specifico punto di riferimento è Ibn Wahb, m. 197). In mezzo a loro è citato lo stesso Profeta, anche se gli *hadīc*che lo riguardano sono molto pochi, giocano una parte secondaria o in molti casi sono delle vere e proprie aggiunte posteriori (46). Del resto essendo stata postulata l'autorità profetica in materia di diritto in un'epoca abbastanza tardiva (a partire dal III secolo), nessuno dei giuristi anziani, compresi quelli dello stesso secondo secolo, poteva isolare quanto detto nella Tradizione profetica come se fosse un *corpus* a se stante.

In ogni modo anche qualora si volesse mettere da parte quanto detto ora, l'utilizzo delle Tradizioni profetiche nella Mudawwana è finalizzato alla specificazione delle modalità con cui si può concludere il *kul'*; in particolare la liceità o meno del compenso per l'uomo e il valore che questo deve avere in rapporto alla dote. Tanto era la prassi consolidata che non ci si chiede neppure se il marito debba o meno dare il suo assenso, perchè -è stato già detto- questo viene direttamente dall'accettazione del compenso.

## Conclusioni

In seguito all'approvazione delle due Camere, la legge 1/2000 - comunemente chiamata *qānūn al-kul'* (legge del *kul'*) passò al vaglio dell'Alta Corte Costituzionale (*al-mahkama al-dustūriyya al-'ulyā*) a causa del ricorso di incostituzionalità intentato da uno sposo la cui consorte aveva utilizzato la nuova procedura di divorzio.

In verità, la legislazione egiziana riconosce la procedura di divorzio (*kul'*) già dagli anni cinquanta, sebbene fossero state previste delle norme fortemente discriminanti



all'esercizio del diritto da parte della donna in linea con quanto prescritto dalla *Š arī'a*. Non era previsto l'intervento diretto del giudice - l'intera procedura svolgendosi di fronte al *ma'xūn*- e soprattutto si richiedeva- con valore vincolante - il consenso del marito. Per cui solo se quest' ultimo accettava di ripudiare la sua sposa in cambio di un controvalore finanziario - per consuetudine rappresentato dalla dote- o della rinuncia alla pensione alimentare, ambedue potevano recarsi presso l'ufficiale giudiziario per registrare l'avvenuto divorzio.

La legge n. 1 del 2000 all'articolo 20 modifica profondamente tali procedure in quanto autorizza la donna a rivolgersi al un giudice per ottenere lo scioglimento del matrimonio senza giustificare la propria richiesta e senza l'autorizzazione del marito, essendo sufficiente la sola dichiarazione di "offendere i principi di Dio" in caso di prosecuzione della vita comune. Viene disposta anche una procedura di riconciliazione tra le due parti, durante un periodo massimo di tre mesi, attuata da due mediatori nominati dagli sposi e comunque appartenenti alle rispettive famiglie. Al termine del suddetto lasso di tempo e posto che la donna mantenga costante la sua decisione fino alla fine, allora il divorzio diventerebbe definitivo, irrevocabile e la decisione del giudice non ricorribile in appello. Per controparte, la donna dovrà rendere la dote o in caso rinunciare alla parte non versata e perderà il diritto a ricevere la pensione alimentare (*nafaqa*) o il compenso finanziario (*mut'a*) Tuttavia non è tenuta a rimborsare né i regali, né i gioielli offerti durante il fidanzamento poiché essi non hanno un legame diretto con il matrimonio. In ultimo, potrà ottenere la custodia dei figli e di conseguenza il diritto a occupare il domicilio coniugale fino al compimento della maggiore età e la pensione alimentare per la loro crescita.

Proprio in considerazione di quanto detto, il ricorso presentato alla Corte costituzionale non poteva che essere basato sulla presunta violazione dell'articolo 2 della Costituzione egiziana che definisce i principi della *Š arī'a* come "la fonte principale della legislazione" (*mabādi' al-šarī'a al-islāmiyya al-masdar al-rā'īsīli-l-tašrī'*). Oltre alla presunta irregolarità del fatto che la decisione di un giudice dello statuto personale potesse avere valore definitivo. La risposta della Corte, a tali obiezioni, fu un modello esemplare di abilità giuridica che s'inscrive nella prudente tradizione delle riforme egiziane sempre attente a non allontanarsi troppo dal rispetto delle norme intangibili della legge islamica.

In base a quanto detto nelle pagine precedenti i dettagli dell'organizzazione del *kul'* non sono stati fissati in maniera assoluta tra i giuristi anziani (47) trattandosi, dunque, di un settore dove era necessario uno sforzo di interpretazione. In questo senso, la legittimazione della legge è giustificata dal giudice costituzionale come frutto di un *processus* interno di rinnovamento e rispettante la gerarchia delle fonti normative dello Stato.

La cosa chiara è che nella pratica l'introduzione del diritto al divorzio per la donna musulmana era una cosa molto difficile da giustificare al di fuori dal contesto d'evoluzione delle condizioni sociali e almeno negli stessi termini del legislatore egiziano, cioè, in maniera unilaterale e senza l'accordo del marito come esigono le quattro scuole sunnite (48).

Tenuto presente ciò, proprio in considerazione del fatto che la *Š arī'a* islamica è la fonte principale della legislazione egiziana, il riferimento scritturale della legge sul *kul'*- come



negli altri paesi arabi che hanno regolamentato questa procedura nelle rispettive leggi sullo statuto personale (49) - è data, naturalmente, dalla Sura 2 (*Baqara*) versetto 229, insieme al *hadīc* del Profeta narrante la vicenda di Habība b. Sahl. Per di più, il legislatore riconosceva apertamente di essersi ispirato a delle soluzioni ammesse dalle altre scuole (oltre alla hanafita) e notamente alla scuola malikita (50). Anche se, nonostante questo rinvio dottrinale, è esplicito il fatto che nel caso del *kul'* il legislatore non ha esitato a “giocare con i testi” per ottenere lo scopo di accrescere i diritti della donna.

In effetti, se la dottrina malikita fornisce dei principi ben definiti sulla compensazione e l'irrevocabilità del divorzio, è un po' meno precisa quanto all'obbligo dell'accordo dello sposo nell'attuazione del *kul'*. Anche se, si è visto nelle pagine precedenti, non dovrebbe persistere alcun dubbio che i giuristi malikiti considerino ciò come assolutamente necessario (51). Pertanto in considerazione del consenso unanime tra le quattro scuole sulla obbligatorietà del consenso del marito, il legislatore egiziano è stato obbligato a basarsi sull'autorità proveniente dagli *hadīc* del Profeta non potendo ricorrere - come apertamente fatto nel passato- agli espedienti giuridici del *talfīq*, né a quello del *takayyur*. Si tratta di una vera e propria rivoluzione nella formulazione della legge.

Saranno messe da parte le opinioni degli anziani giuristi per formulare una nuova teoria personale a partire dalla Sunna, la quale verrà considerata a sua volta come un *corpus* autonomo dal Corano. In tal maniera i giuristi e i giudici della Corte Costituzionale attraverso la “legge del *kul'*” renderanno esplicita la loro volontà di interpretare i testi sacri (Corano e Sunna), in conformità con la Costituzione, facendo ricorso a una propria interpretazione e nei fatti praticando un vero e proprio *ig̃tihād* (*sforzo interpretativo*). Quello che potrebbe sembrare un mezzo per la costruzione di una legislazione islamica in ragione del ritorno alle “radici originali del diritto”, in realtà dà la possibilità di passare il muro delle differenti interpretazioni lasciando autonomia alla scelta del legislatore o del giudice.

E tuttavia, proprio tale atteggiamento mette in evidenza come nella legislazione dello Stato così come nella giurisprudenza dell'Alta Corte Costituzionale egiziana, inevitabilmente portate a disporsi nel campo del diritto islamico a causa dell'art. 2 della Costituzione, diritto positivo e *Š arī'a* evolvono verso una situazione di aumentata interrelazione. “La loro coesistenza - sostiene Baudouin Dupret - non sembra più potersi analizzare in termini di parallelismo quanto in termini di interrelazione” (52). Se il diritto positivo rappresenta un *corpus* di regole costrittive applicabile in un luogo e in un momento dato, esso è anche il frutto di un processo di formalizzazione. In questo senso, una norma trovante il suo fondamento nella *Šarī'a* può ben adeguarsi al processo di “positivizzazione”. Inversamente, la caratteristica di un ordine normativo di ispirazione religiosa è di fornire un quadro che è interdetto oltrepassare a causa del suo referente trascendentale. Di conseguenza è molto possibile che un sistema di diritto positivo si trovi islamizzato (53). Fenomeno tanto più interessante in quanto è il legislatore o il giudice a essere protagonista di questa operazione.

In effetti, almeno in linea di principio, il diritto musulmano in politica come in altre questioni si basa sulla rivelazione e quindi non è soggetto a cambiamenti. Esso non ha mai concesso potere assoluto al sovrano, né, salvo poche eccezioni, i sovrani musulmani



sono stati in grado di esercitare un tale potere a lungo. L'autorità del sovrano, anche se suprema, è soggetta a una limitazione molto importante che deriva, come sottolineato da B. Lewis, dal concetto musulmano di legge (54). Nella concezione musulmana tradizionale, lo Stato non crea la legge, ma è esso stesso creato e mantenuto da questa, che proviene da Dio ma è interpretata e amministrata da chi ha competenze a riguardo. In effetti, la cosiddetta "vulgata giuridica islamica" divide la storia del diritto musulmano in quattro periodi, il primo dei quali è quello della Rivelazione coranica e l'ultima quello del *taqlīd*. Quest'ultimo è il "conformismo" giuridico, l'obbligo di seguire gli insegnamenti dei predecessori che pesa su tutti quelli che sono chiamati a formulare la regola giuridica. Il che significa, in termini pratici, che il giudice deve, anche attualmente, applicare la legge così come essa è stata applicata dai primi successori dei fondatori delle scuole; così come il sovrano (califfo, sultano o governo) incaricato dell'amministrazione della giustizia non può modificare le disposizioni del *fiqh* o a maggior ragione abrogarle. Ora, il fatto che il legislatore egiziano e l'Alta Corte Costituzionale nella riforma del 2000 facciano a meno del parere dei giuristi anziani andando a interpretare direttamente i diversi *hadīc* presenti nelle più autorevoli raccolte, senza nemmeno consultare i commentari coranici, rappresenta un evidente tentativo di apertura delle porte dell'*iğtihād* e di legittimazione, *a fortiori*, di una propria legge attraverso il riferimento alla legge islamica.

E' evidente che scegliendo l'interpretazione della *Šarī'a* che più confà alle sue proprie esigenze, lo Stato egiziano ha affermato il suo controllo sulla società ponendosi come centro unico di decisione e solo abilitato alla promulgazione del diritto, sebbene la conformità all'art. 2 della Costituzione testimoni il riconoscimento da parte dello Stato dell'autorità dell'ordine religioso, con le evidenti limitazioni che ciò comporta. Proprio quest'ultima nota mette in evidenza quel processo noto con il nome di "islamizzazione del diritto positivo" che ha preso forma in maniera nitida proprio con la legge del 2000.

In conclusione e al di là dell'utilizzazione del diritto come veicolo di cambiamento, si pone la questione della messa in opera effettiva delle riforme quando queste devono subire la concorrenza di altre norme, religiose e sociali, che regolano allo stesso modo i comportamenti individuali. Il legislatore è cioè riuscito a cambiare la prassi? (55)

## Note

1. *Journal officiel* du 29 février 2000, n.4 bis, p. 2 et s. La legge è entrata in vigore il 1 marzo 2000. Esiste sul tema una vasta letteratura in lingua francese: M. BERNARD - MOURIGNON, " *Quelques développements récents dans le droit du Statut personnel en Égypte* ", *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2004, n°2, p. 89 - 120; inoltre, dello stesso autore, " *Normes et pratiques en matière de statut personnel: la loi sur le "khul" en Égypte* ", *Maghreb - Machrek*, n°182, Hiver 2004 - 2005, p. 77 - 98 e ancora " *Dissolution du mariage et résolution non juridictionnelle des conflits conjugaux en Égypte* ", *Égypte/Monde Arabe* n°1, 2005. Vedere in lingua inglese: O. ARABI, " *Studies in Modern Islamic Law and Jurisprudence* ", Kluwer Law International, London/New York, 2001. E inoltre: B. DUPRET, M. BERNARD - MOURIGNON, " *Twenty years of personal status Law in Egypt* ", *Recht van de Islam*, n°19, p. 1 - 19.



2. Sul matrimonio detto *'urū* (di costume), vedi: N. HAMAM, “*Zawāğ'urfībayn al-šarīOa wa al- qânūn*”, al-'Asr li-l-Tabā'a, Cairo, 2008 e M. 'ŪZAMĪ, “*al-Zawāğal-'Urfi*”, Dār al-Fikr al-Ġāmi'ī, Alessandria, 1995.
3. M. CHARFI, “*L'influence de la religion dans le droit international privé des pays musulmans*”, Académie de droit international, III, 203, 1987, p. 326.
4. Cfr. M. BERNARD - MOURIGNON, 2004, p. 83 - 87 et J. N. FERRIÈ et B. DOUPRET, “*Préférences et pertinences: analyse praxéologique des figure du compromis en contexte parlementaire. A propos d'un débat égyptien*”, Information sur les Sciences sociales, vol. 43, n°2, 2004, p. 263 - 290.
5. Cfr. H.A.R. GIBB, “*Les tendances modernes de l'Islam*”, Librairie Orientale et Américaine, Paris, 1949, p. 121 - 122.
6. Cfr. J. SCHACHT, “*Introduzione al diritto musulmano* “ ed. Fondazione Goivanni Agnelli, Torino, 1995, pagg. 108 - 109. (ed. or. “*A introduction to Islamic Law*”, Clarendon Press, Oxford, 1964)
7. La parola significa “imitare”, “seguire”, “obbedire a qualcuno”, Nella dottrina giuridica islamica il termine indica la semplice accettazione passiva delle regole delle scuole o l'obbligo a di seguire l'insegnamento dei predecessori negando di fatto il ricorso all' *iğtihād*.
8. Rifacendoci alla maggior parte dei manuali di diritto arabi o occidentali si è scelto di dare una definizione di *kul'* incompleta perché concernente uno solo dei due modi con cui si può effettuare questo genere di divorzio, così come si vedrà in seguito.
9. Cfr. E. FAGNAN, “*Mariage et Répudiation*”, Adolphe Jourdan, 1909, Alger. Traduzione dell'opera di KALĪL Ibn IŠ'ĀK, “*al-Muktasar*”.
10. Per la traduzione dei versetti del Corano si è utilizzata l'edizione di Alessandro Bausani. Cfr. A. BAUSANI, “*Il Corano*”, BUR, Milano, XVI ed., 2005.
11. Letteralmente traducibile con: “racconto”, “narrazione”. Quando la parola è utilizzata con l'articolo designa la Tradizione riportante gli atti e le parole del Profeta, e il suo “tacito consenso” di parole o atti effettuati in sua presenza. Essi sono composti da due parti: il testo della tradizione (*matn*) e l'*isnād*, cioè la serie o catena di testimoni mediante i quali si è trasmesso il racconto e che si articolano all'indietro in serie continua.
12. Vedi dopo.
13. Cfr. Cfr. W. R. SMITH, “*Kinship and Marriage in Early Arabia*”, Cambridge at the University Press, Cambridge, 1903, pagg. 112 - 114. Vedi anche annessa bibliografia.
14. Vedi dopo.
15. Y. LINANT DE BELLEFONDS, “*Traité de Droit Musulman Comparé*”, Mouton & Co, Paris, 1965, pagg, 425.
16. Nell'ambito dell'ortodossia islamica quattro scuole (altre hanno finito per scomparire nel tempo) ufficialmente riconosciute come ortodosse: i quattro *maxhab*: *Hanafita*, *Malikita*, *Šafi'ita*, *Hanbalita*.



17. Cfr. MALĪK BIN ANAS, “*al-Mudawwana al-Kubrā*”, trasmesso da Sahnūn bin Sa’īd, Dār al-Nasr li’l-tibā’a al-islamiyya, Cairo, s.d. pagg. 157 - 158, nota 2

18. Si è scelto di riportare le diverse forme con cui il marito può utilizzare la radice *kl* ‘ in modo tale da rendere effettivo il divorzio.

19. Vedi oltre.

20. Per esempio, se lo sposo taglia una corda che è retta insieme alla moglie per i capi, si ritiene avvenuto il divorzio, qualora la consuetudine del luogo ammette un tal significato a quegli atti. Stessa cosa se la moglie, per esempio, togliendosi il braccialetto, lo consegna al marito ed esce di casa, senza che il marito faccia atto di trattenerla. Cfr. D. SANTILLANA, *op. cit.*, 1938, pagg. 274 il quale riprende gli esempi dalla Mudawwana di Malīk.

21. Cfr. Y. LINANT DE BELLEFONDS, *op. cit.*, 1965, pagg. 430 e D. SANTILLANA, “*Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*”, voll.I, Istituto per l’Oriente, Roma, 1938, pagg. 273.

22. Le scuole sono tutte concordi sebbene la scuola hanafita abbia postulato una differenza tra la minore dotata di discernimento e quella sprovvistane che comporta degli effetti diversi sulla conclusione del divorzio. Cfr. Y. LINANT DE BELLEFONDS, *op. cit.*, 1965.

23. Cfr. *Ibidem*, pagg. 430 - 433.

24. Cfr. Y. LINANT DE BELLEFONDS, *op. cit.*, 1965, pagg. 307.

25. Tale opera è una compilazione pareri giuridici della scuola di Medina pronunciati dal fondatore Mālīk ibn Anas e raccolte dopo la sua morte. Il termine è oggi impiegato in Marocco con il senso di codice.

26. Le domande sono rivolte a Malīk bin Anas dal suo allievo Sahnūn. L’intera opera è strutturata sotto forma di dialogo.

27. Cfr. MALĪK BIN ANAS, *op. cit.*, pagg. 157.

28. Cfr. ‘ABD RAHMAN AL-ĠAZĪRĪ, *op. cit.*, s. d., voll. 1 pagg. 407. Per esempio, Kalīl Ibn Iš’āq, annovera anche: lo schiavo, il figlio dello schiavo, animali, colture e prodotti agricoli. Cfr. E. FAGNAN, *op. cit.*, 1909, pagg. 100.

29. Gli Sciiti insegnano che non si può avere *kul’* senza compenso.

30. Cfr. Y. LINANT de BELLEFONDS, “*Le kul’ sans compensation en droit hanafite*”, *Studia Islamica*, No° 31, 1970, pagg. 186

31. Cfr. *Ibidem*, pagg. 187.

32. Cfr. *Ibidem*, pagg. 188.

33. L’utilizzo della parola “parti” al posto di “coniugi o sposi” deriva dal fatto che alcuni giuristi hanno formulato anche la possibilità che una terza persona del tutto esterna alla famiglia della sposa possa pagare un’indennità al marito al fine di provocare il ripudio di quest’ultimo. Cfr. Y. LINANT de BELLEFONDS, *op. cit.*, 1965, pagg. 429 con annessa bibliografia di autori arabi.



34. Concetto appartenente alla tradizione araba pre-islamica che giocherà un ruolo di importanza crescente nel corso dei primi secoli dell'Islam. Poco tempo dopo gli inizi dell'espansione dell'Islam, il termine *sunna* venne designando una norma generalmente riconosciuta o una pratica approvata dal Profeta nonché dai primi musulmani. Su istigazione degli šafi'iti la sunna del Profeta si vide accordare il rango di seconda fonte (*asl*) del diritto islamico, dopo il Corano.
35. Ci si riferisce ad al-Bukārī, Abū Dāwūd, al-Nasā'i (sono le collezioni da noi consultate), Ibn Māğā.
36. Cfr. Abū 'A. al-BUKARĪ, *al-Sahīh*, Cairo, 1985. *Kitāb al-talāq*, No. 4971/4973.
37. Cfr. Abū 'A. al-R. al-NISĀ'Ī, "*Sunna al-Nisā'ī*", Dār Sahnūn, Istanbul, *Kitāb al-talāq*/ 9461.
38. "Sono di sua proprietà" [N.d.T]
39. Cfr. S. Abū DĀWD, "*al-Sunan*", *Kitāb al-talāq*/ 2227, Istanbul, 1992.
40. Il hadīc è tratto dalla "*Muwatta'*", *Kitāb al-talāq*, No.13. [N.d.A.]. Cfr. MALĪK IBN ANAS, *op. cit.*, s.d. pagg. 178 - 179.
41. O. ARABI, nel suo articolo sulla riforma egiziana del 2000 cita a proposito un altro *hadīc* - riportato sotto l'autorità di Sa'īd ibn al-Musayyib (giurista medinese m. 94)-narrante la storia di Habība presente in un commentario della Mudawwana ad opera di Ibn Rušd (*Kitāb al-Muqiddimāt li Bayān mā Iqtadathu Rusūm al-Mudawwana al-Šar'iyyāt*) ove il consenso del marito è esplicitamente richiesto dal Profeta. Cfr. O. ARABI, *op. cit.*, 2001, pagg. 166 - 167. Per la traduzione cfr. A. BAUSANI, "*Il Corano*", Sansoni, Firenze, 1978
42. Cfr. Abū Ğ. M. bin ĞARĪR al-TABARĪ, "*Tafsīr al-Tabarī*", Dār al-ma'ārif bi-masr, Voll. 4, pagg. 549 - 563, *Tafsīr Sūra al-Baqara*.
43. "A certain indeterminacy, if not contradiction". Cfr. *Ibidem*, pag. 183.
44. Sul concetto di Sunna si veda la seconda parte di questo lavoro. In ogni caso si consiglia la lettura di W. B. HALLAQ, "*The Origin and Evolution of Islamic Law*", Cambridge University Press, 1955.
45. Cfr. N. CALDER, "*Studies in Early Muslim Jurisprudence*", Clarendon Press, Oxford, 1993.
46. A tal proposito si consigliano gli esempi riportati da Calder, *Ibidem*, pag. 1- 19.
47. Cfr. O. ARABI, *op. cit.*, p. 175 - 182. Sulle discordie giuridiche in merito al *kul'* senza compensazione vedi: Y. LINANT de BELLEFOND, "*Le kul' sans compensation en droit hanafite*", *Studia Islamica*, 31/1970.
48. Cfr. O. ARABI, *op. Cit.*, p. 175 et s.
49. I paesi in questione sono la Siria (art. 95 a 104), il Marocco (art. 61 a 65), l'Iraq (art. 46), la Giordania (art. 102 a 112), il Koweit (art. 111 a 119), il Sudan (art. 142 a 150), lo Yemen (art. 72 a 74) e l'Oman (art. 94 a 97). Cfr. J. J. NASIR, *op. cit.*, 2002, pagg. 115 e s.



50. Questo ultimo processo non rappresenta una novità. Durante le precedenti riforme dello statuto personale (1920 e 1929) la legislazione egiziana adatterà la dottrina malikita per trattare il divorzio della donna. Del resto le disposizioni in materia, nella riforma ottomana del 1917 erano fondate sull'autorità malikita e hanbalita. Per i dettagli vedere: N. J. COULSON, *op. cit.*, 1995. p.178 - 180; N. ANDERSON, *op. cit.*, 1976, p.39.

51. Vedi A. OSSAMA, *op. cit.*, p. 177.

52. Cfr. B. DUPRET, *op. cit.*, 1995, pagg. 107.

53. Cfr. *Ibidem*

54. Cfr. B. LEWIS, "Il linguaggio politico dell'Islām", ed. Laterza, Roma - Bari, 2005, pagg. 36 - 37. Titolo originale "*The Political Language of Islam*", University of Chicago, 1988.

55. Cfr. SONNEVAL S., "*Six Years of Khul: The Local Impact of Egypt's New Divorce Law in Cairo*", Documento presentato al meeting "*The Law and Society Association*", TBA, Berlin, Germany, Jul 25, 2007.

# **Cárcere e democracia no Brasil**

## **Notas para um debate**

**Adriana Dias Vieira**

### **1. Introdução**

Nos últimos vinte anos, o Brasil vive um processo particularmente importante de consolidação da democracia constitucional, cujo marco legal é a Constituição Federal de 1988 que inaugura, pelo menos do ponto de vista jurídico, uma ampliação do leque dos direitos fundamentais. Entretanto, neste mesmo período, verifica-se o acirramento da relação entre a lei e a ordem, com um recrudescimento das políticas penais e um aumento significativo da percepção da violência urbana no Brasil.

No que diz respeito ao sistema penitenciário brasileiro, dados oficiais do Estado mostram que a população penitenciária no Brasil, nos últimos vinte anos, quase quadruplicou (1). Em 1992, o Brasil tinha 114.377 presos, dos quais quase 40% presos provisórios, ou seja, aqueles que aguardam a sentença judicial sob custódia do Estado. Em junho de 2009, a população penitenciária brasileira cresceu e chegou a 469.546 presos. Em 1992, em relação à população brasileira, a taxa de encarceramento era de 74 presos, em função de 100.000 habitantes. Em junho de 2009, a taxa de encarceramento subiu para 247 e o número de presos provisórios subiu para 150.000 pessoas, o que equivale a 42% das pessoas presas.

Longe de ser um fenômeno isolado, a partir da década de oitenta do séc. XX, verifica-se o aumento do número de pessoas encarceradas em quase todos os Estados ocidentais modernos, e este fenômeno, conhecido como fenômeno do encarceramento em massa, tem consequências que constituem verdadeiros desafios às democracias ocidentais.

### **2. Democracia, desigualdade e pobreza**

A democracia, dentro da tipologia das formas de governo, designa “a forma de governo na qual o poder político é exercido pelo povo” (2) e, na acepção moderna do termo, a noção de democracia está ligada à formação dos Estados modernos, e, conseqüentemente, à noção de Estado de Direito que, para Bobbio “significa querer que as instituições políticas e os aparelhos jurídicos tenham rigorosamente por finalidade a garantia dos direitos subjetivos” (3).

O estado liberal é o pressuposto não só histórico, mas jurídico do estado democrático. Estado liberal e Estado democrático são interdependentes em dois modos: na direção que vai do liberalismo à democracia, no sentido de que são necessárias certas liberdades para o exercício correto do poder democrático, e na direção oposta que vai da democracia ao liberalismo, no sentido de que é necessário o poder democrático para garantir a existência e a persistência das liberdades fundamentais. Em outras palavras: é pouco provável que um Estado não liberal possa assegurar um correto funcionamento da democracia, e de outra parte é pouco provável que um Estado não democrático seja capaz de garantir as liberdades fundamentais. A prova histórica



## JURA GENTIUM



desta interdependência está no fato de que Estado liberal e Estado democrático, quando caem, caem juntos. (4)

Entendida como o “conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos” (5), a definição mínima de democracia proposta por Bobbio impõe três condições: 1. a atribuição, a um elevado número de pessoas, de participar da tomada de decisões coletivas; 2. existência de regras de procedimento; 3. a garantia dos direitos de liberdade, que asseguram que aqueles que são chamados a decidir ou a eleger os que deverão decidir sejam colocados diante de alternativas reais e postos em condição de poder escolher entre uma e outra.

Em *O futuro da democracia*, Norberto Bobbio analisa o estado dos regimes democráticos em meados da década de oitenta do séc. XX e analisa, em número de seis, as promessas não cumpridas pela democracia européia inaugurada no séc. XVIII. São elas: 1. nascimento da sociedade pluralista, em contraponto ao individualismo instituído no plano político-jurídico; 2. Revanche dos interesses; 3. Persistência das oligarquias; 4. Espaço limitado; 5. Poder invisível; 6. O cidadão não educado para a cidadania. Para ele, muitos são os obstáculos que marcam distância entre os ideais democráticos e a democracia real, entre eles o aumento do aparato burocrático, a multiplicação de reivindicações e do custo da democracia e, por fim, a ameaça da tecnocracia.

A tarefa de transpor o pensamento bobbiano para a realidade brasileira é, ao mesmo tempo, instigante e desafiadora, sob vários aspectos. A primeira delas diz respeito à formação do Estado brasileiro no séc. XIX que, como os demais países latino-americanos, se deu no “contexto não apenas da bem conhecida revolta contra a metrópole colonial, mas também do genocídio dos nativos americanos; a noção de Estado de Direito conviveu longamente com a escravidão dos negros africanos e, depois, com a discriminação racial” (6). Para Carlos Aguirre, neste contexto histórico, as prisões tiveram um papel importante, ainda que não central, na implementação dos mecanismos de dominação no período colonial.

Os mecanismos coloniais de castigo e controle social não incluíam as prisões como um de seus principais elementos. O castigo, de fato, se aplicava muito mais frequentemente por meio de vários outros mecanismos típicos das sociedades do Antigo Regime, tais como execuções públicas, marcas, açoites, trabalhos públicos e desterros. (7)

O panorama brasileiro é marcado pelo subdesenvolvimento e pelas desigualdades sociais resultantes de um passado de dependência econômica aos centros de poder do Norte desenvolvido. A principal consequência desse estado de desorganização e dependência estruturais é a fragilização da democracia.

Neste sentido, Florestan Fernandes demonstra a dificuldade de se superar o quadro de concentração de poder:

O Brasil se constituiu em Nação, econômica, cultural e socialmente, em condições altamente desfavoráveis à difusão de ideais democráticos de vida política. A organização da sociedade colonial e imperial pressupunha uma complicada engrenagem (...), os laços de



## JURA GENTIUM



solidariedade eram muito intensos no seio das parentelas (...) e a dominação patriarcal se inseriu em uma sociedade em que o direito de mandar e o dever de obedecer se achavam rigidamente confinados, concentrando o poder na mão de um número restrito de cabeças de parentelas” (8).

Historicamente, o Brasil adota uma cidadania excludente e, até 1888, mantivemos, no plano jurídico, institucionalizada a escravidão dos negros, sendo um dos últimos países a abolir a escravidão. Em contrapartida, pode-se observar que o círculo vicioso envolvendo baixos níveis de distribuição de renda e de acesso limitado a um sistema educacional de qualidade é, em grande medida, reflexo da formação da sociedade brasileira, que, desde os primórdios, se baseou na idéia de *cordialidade* definida por Sérgio Buarque de Holanda. O comportamento cordial do brasileiro fazia confundir as fronteiras das esferas ‘pública’ e ‘privada’, sempre em benefício dos mais próximos (9). Esse padrão, até os dias de hoje, atribui níveis de cidadania diferenciados aos brasileiros e, em parte, explica porquê, historicamente, a política criminal brasileira teve grande discricionariedade, buscando criminalizar a pele negra e a pobreza (10).

Neste sentido, Roberto da Matta questiona a legitimidade da noção de cidadania no Brasil, a colocar em evidência o problema fundamental da hierarquia dos indivíduos na sociedade brasileira: “o papel de cidadão e a noção política de cidadania podem ser diferentemente acoplados em sociedades diferentes e até mesmo num só sistema social. Mas o que o caso brasileiro inegavelmente revela é que a noção de cidadania sofre uma espécie de desvio, seja para baixo, seja para cima, que a impede de assumir integralmente seu significado político universalista e nivelador” (11).

No final do séc. XIX, com a proclamação da República e sob o eco das teses que sobre os ‘modernos’ modelos punitivos europeus e estadunidenses, pode-se dizer que “o modelo penitenciário cativou a imaginação de um grupo relativamente pequeno de autoridades do Estado na América Latina, ansiosas por imitar padrões sociais das metrópoles como uma maneira tanto de abraçar a ‘modernidade’ como de ensaiar mecanismos de controle ‘exitosos’ sobre as massas indisciplinadas” (12). No Brasil, a modernidade não rompeu, mas conviveu com a escravidão, o paternalismo e o racismo. Neste panorama, o cárcere brasileiro é observado como uma continuação da senzala, servindo apenas para a produção de uma violência legitimada, mas não pelo direito iluminista. Vera Malaguti Batista observa que remonta à criação da Guarda Real da Polícia, em 1809, a imensa discricionariedade das polícias brasileiras que trabalham de acordo com uma política criminal seletiva e racista. Analisando os dados da população carcerária do Rio de Janeiro (então capital da Colônia e sede da Coroa portuguesa) apontados por Holloway, ela afirma:

Com relação aos padrões de detenção, as pesquisas de 1810 a 1821 demonstram o critério de cor. São pouquíssimos os brancos presos. No Rio de Janeiro da época (quase metade da população era negra), 80% dos julgados eram escravos, 95% nascidos na África, 19% ex-escravos e somente 1% livre. No sistema penal dirigido à escravidão, os principais motivos para a prisão eram a fuga de escravos ou prática de capoeira. As ofensas à ordem somadas à fuga consistiam 60% das detenções e 30% por furto de roupas e alimentos. (13)



## JURA GENTIUM



Neste sentido, Luciano Oliveira entende a atualidade da observação uma vez que “nada exemplifica melhor essa permanência do que a continuidade existente entre os castigos físicos que qualquer cidadão-do-mato aplicava antigamente aos negros fujões e as torturas (às vezes chamadas eufemisticamente de “maus-tratos”) que qualquer comissário de polícia aplica ainda hoje, sem maiores consequências, a qualquer ladrão pé-de-chinelo”. (14)

O modelo penitenciário brasileiro causa estranhamento, tanto em relação à teoria clássica do direito penal, uma vez que este não foi instalado para ‘moldar cidadãos com direitos civis iguais aos demais’, mas para reforçar os mecanismos de controle e encarceramento nas estruturas sociais vigentes, resultado da criminalização da cultura negra. Já em relação à tese defendida pela escola revisionista, os cárceres brasileiros dificilmente se enquadram na categoria de instituição total disciplinadora, já que relatórios oficiais, como aquele produzido pelo relator Especial sobre a Tortura, da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, Nigel Rodley, sobre a tortura no Brasil, em 2000 (15), demonstram que, grande parte de nossas delegacias e penitenciárias, ainda funcionam segundo uma lógica absolutista do Ancien Regime, superlotadas, violentas e pobres. O princípio da *less eligibility*, trabalhado por Rusche e Kirchheimer, contribui para entender as razões que levam a este fenômeno no Brasil, enquanto país periférico.

A partir da década de oitenta do séc. XX, a institucionalização da democracia constitucional brasileira no final do séc. XX tem sido acompanhada de uma lenta e gradual melhoria dos indicadores sociais.

Utilizando o Índice de Desenvolvimento Humano - IDH (16), criado pelas Nações Unidas, e calculado pelo PNUD em parceria com a Fundação João Pinheiro e o Ipea, fica evidente uma melhoria lenta e gradual do indicador, cujo conceito de *desenvolvimento* que este artigo toma por referência é aquele que transborda a sua noção econômica pura e alcança outros aspectos da organização da sociedade, tais como o seu acesso à renda, à educação, à saúde.

Apesar da necessidade de analisar com cautela séries históricas do índice de desenvolvimento humano (IDH) de um país, já que a metodologia utilizada a cada ano obedece a critérios diferentes, ela ainda assim serve de referência para identificar as tendências de mudanças na renda, na longevidade e na educação em países em desenvolvimento. Esse desempenho é o vetor resultante de acertos pontuais (e de natureza mais quantitativa do que qualitativa) de políticas públicas em face de problemas profundamente enraizados na organização excludente da sociedade brasileira.

| Ano  | IDH   |
|------|-------|
| 1985 | 0,700 |
| 1990 | 0,723 |
| 1995 | 0,753 |
| 2000 | 0,789 |



|      |       |
|------|-------|
| 2005 | 0,800 |
|------|-------|

Em *Desigualdade e pobreza no Brasil*, publicação do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA, Ricardo Paes Barros analisa a estabilidade inaceitável entre a desigualdade e a pobreza no Brasil. Nos últimos vinte anos, a percentagem de pobres manteve relativa estabilidade nas últimas duas décadas, 53 milhões de pobres (17).

No que diz respeito ao índice que mede a desigualdade social - GINI - observa-se uma discreta melhora de distribuição de renda. Em 1991, o índice GINI Brasil era de 0,60, já em 2007 o índice caiu para 0,53.

Para presidente do IPEA, Márcio Pochmann, o patamar do Brasil está longe do razoável. “Todo país que tem um índice de Gini acima de 0,4 não tem uma distribuição civilizada da renda. Tínhamos, em 1990, índice de 0,6, um padrão muito primitivo. Em 2007, o Gini está em 0,53, melhorou bastante, mas ainda estamos longe de uma distribuição civilizada” (18), constata. Para ele, a tênue melhora tem várias razões: o aumento do salário mínimo, e a diminuição do salário real dos trabalhadores com empregos de maior qualidade no país, bem como políticas públicas de redistribuição de renda.

Já através do Pnad, produzido pelo IBGE, também se observam avanços no que diz respeito à condição de vida média do brasileiro, com a diminuição da taxa de analfabetismo que, 1991, era de 20,1% e no ano 2000 caiu para 13%.

### 3. Violência e prisão no Brasil

Os avanços dos indicadores sociais não estão sendo acompanhados por uma diminuição das tensões sociais, mas, ao contrário, dados revelam um aumento das tensões sociais. Para Luís Flávio Saporì, “as duas décadas de democracia assistiram a uma considerável deterioração da capacidade do poder público para controlar a criminalidade e a violência” (19). A taxa de homicídio era de 12 pessoas assassinadas em 100.000 habitantes em 1980. Esse número subiu para 27 em 2004. Sobre o assunto, alerta Adorno:

Os conflitos sociais tornaram-se mais acentuados. Neste contexto, a sociedade brasileira vem conhecendo crescimento das taxas de violência nas suas mais distintas modalidades: crime comum, violência fatal conectada com o crime organizado, graves violações de direitos humanos, explosão de conflitos nas relações pessoais e intersubjetivas. Em especial, a emergência do narcotráfico, promovendo a desorganização das formas tradicionais de socialidade entre as classes populares urbanas, estimulando o medo das classes médias e altas e enfraquecendo a capacidade do poder público em aplicar lei e ordem, tem grande parte de sua responsabilidade na construção do cenário de insegurança coletiva (20).

Trabalhando a relação entre democracia e violência, Angelina Peralva entende que esta relação envolve um paradoxo: o paradoxo brasileiro. Se de um lado, observa-se uma gradual melhoria dos indicadores sociais, de outro, o acirramento da relação entre a lei e a ordem, com o recrudescimento das políticas penais e o encarceramento em massa



(21). Longe de ser uma exceção, o Brasil segue, a seu modo, a política penal em vigor nos Estados do Norte, vivenciando hoje os problemas decorrentes desta política.

O panorama estadunidense é, neste sentido, paradigmático. Loïc Wacquant compreende os dados da maior população penitenciária do mundo - são mais de duas milhões de pessoas presas - através da análise das mudanças sofridas pelos Estados Unidos na imposição de 'políticas públicas'. Para ele, deu-se uma mudança de orientação política ao se consolidar, nos Estados Unidos, a política criminal da Tolerância Zero, baseada na teoria da *Broken Windows*, proposta por J. Wilson e G. Kelling (22).

Para Wacquant, a destruição deliberada do Estado Social e a hipertrofia súbita do Estado Penal estadunidense são dois processos concomitantes e complementares. Para ele, neste processo o cárcere tem um papel essencial, já que se traduz em severa imposição de tutela e controle. Neste sentido, afirma que:

Desenha-se a figura de um novo tipo de formação política, espécie de "Estado-centauro", dotado de uma cabeça liberal que aplica a doutrina do 'laissez-faire, laissez-passer' em relação às causas das desigualdades sociais, e de um corpo autoritário que se revela brutalmente paternalista e punitivo quando se trata de assumir as consequências dessas desigualdades (WACQUANT, 2003).

Na Europa, Emilio Santoro observa a influência da globalização e a crise do Welfare State como um quadro de referência para o estudo das novas políticas públicas. Para tanto, utiliza-se dos estudos de Zygmunt Bauman sobre a globalização para entender este progressivo enfraquecimento dos Estados modernos frente à globalização da economia e à reestruturação produtiva (23).

Neste sentido, em leitura foucaultiana, Santoro defende que as novas políticas penais são resultado de uma profunda crise de paradigma sobre o qual se baseava a relação entre o indivíduo e o Estado, na segunda metade do séc. XX, nas sociedades européias. Ele defende que, para explicar a crise da penologia das últimas décadas, é preciso analisar os processos através dos quais a ordem política se reproduz e estabiliza. As formas punitivas têm um papel fundamental, já que representam um dos processos de 'construção' do indivíduo democrático (SANTORO: 2006, p. 162).

Analisando o fenômeno na Europa, afirma que:

Estamos então diante de uma "crise histórica-política". O cárcere deixa de ser a instituição disciplinar e soube redesenhar imediatamente a sua função, adaptando-se à crise até se transformar no fundamento da ordem. O alargamento dos grandes fenômenos migratórios fez com que, nos últimos anos, a função política demandada do cárcere seja completamente alterada. Não se pede mais que o cárcere produza 'bons cidadãos' que a Justiça e comportamento se possa confiar, e proteger, que o Welfare State do qual se proclama está em declínio irreversível. A ele se pede fixar os limites da cidadania social, de criar barreiras que definam o universo dos 'cidadãos consumidores'. E o cárcere está prontamente encarregado de responder a esta demanda. (24)



## JURA GENTIUM



Neste sentido, o fenômeno do encarceramento em massa na Europa demonstra a passagem do governo da população, que construía o ‘cidadão democrático’ através das instituições totais, ao governo da cidadania excludente, em que o cárcere é instrumento da ditadura democrática da classe satisfeita. Neste sentido, a ideia de democracia contrapõe-se à ideia de Estado de Direito.

Atualmente, portanto, a questão da compreensão das causas regionais de encarceramento e de incorporação do discurso estadunidense de tolerância zero se faz necessária para desvendar as razões do encarceramento em massa no Brasil globalizado, tendo em vista a advertência de Loïc Wacquant, quando nota introdutória aos leitores brasileiros de *Prisões da Miséria* de que a implementação desta política de tolerância zero em países de tradição democrática frágil é perigosa, uma vez que pode gerar um fenômeno particular: que estes países, como é o caso do Brasil, deixem as ditaduras militares que marcaram o período do pós-guerra e permitam a introdução de uma nova ditadura, desta vez, contra os pobres.

Como sugere Fernando Lessa, a partir da década de noventa, modificou-se de tal forma o perfil do preso e da violência nos cárceres brasileiros que “nos últimos dez anos, têm sido comuns as rebeliões nas prisões brasileiras que deixam um sangrento rastro de mortes entre os presos”, denunciam as condições desumanas de encarceramento, mas também revelam uma baixa capacidade do Estado em controlar a dinâmica prisional.

(...) o acentuado incremento da população encarcerada no Brasil na década de 1990 e particularmente um vertiginoso aumento no início dos anos 2000. Isto trouxe o agravamento das condições de vida nas prisões, e seus principais componentes são: a superlotação de muitos estabelecimentos, a manutenção de práticas de torturas e maus tratos, a eclosão de rebeliões, a exigüidade dos serviços prisionais (alimentação, asseio e higiene pessoais, vestuário, assistência jurídica, programas de reabilitação, etc.), além da presença cada vez mais intensa de grupos criminosos no interior das prisões (Adorno, 1991 e Salla, 2001). (25)

No primeiro semestre de 2009 (26), dos 469.546 mil presos, temos 42% de presos provisórios sobre os quais o sistema não disponibiliza informação sobre o tipo de crime. Dos 58% de presos que cumprem pena no sistema penitenciário brasileiro (estadual e federal), tem-se que apenas 12,5% dos presos são apenados por crime contra a pessoa, enquanto que 52% deles estão ali por crime contra o patrimônio, dos quais 30% por furto (simples ou qualificado). Apenados pelo art. 12 da antiga lei de tóxicos, a lei 6.368/76 e pelo art. 33 da Lei 11.343/06 em vigor, que disciplina o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, são mais de 21% dos presos.

Na transição da ditadura para a “democracia” (1978-1988), com o deslocamento do inimigo interno para o criminoso comum, e com o auxílio luxuoso da mídia, permitiu-se que se mantivesse intacta a estrutura de controle social, com mais e mais investimentos na ‘luta contra o crime’. E, o que é pior, com as campanhas maciças de pânico social, permitiu-se um avanço sem precedentes na internacionalização do autoritarismo (...) o ‘mito da droga’ se estabelece nesse período de transição da ditadura, a partir dos anos setenta. Há uma determinação



estrutural regulada por leis de oferta e de demanda concomitante a uma carga ideológica e emocional disseminada pela mídia e acolhida pelo imaginário social a partir de uma estratégia dos países capitalistas centrais. (27)

Obviamente que esta questão é central na medida em que constitui a chave de compreensão da dinâmica - e por que não dizer na função? - do sistema prisional brasileiro. Tomando como ponto de referência apenas população penitenciária feminina no primeiro trimestre de 2009, observa-se um dado que merece estudo aprofundado, mas que demarca a relação existente entre o fenômeno do encarceramento em massa e a política brasileira de criminalização do tráfico de drogas: do universo de pouco mais de 24.068 mulheres presas (incluídas aí as presas provisórias), 11.629 delas estão presas por tráfico de drogas (28).

Cruzando os dados que dizem respeito à tipologia dos crimes da população penitenciária e a classificação dos presos brasileiros em função do grau de instrução, observa-se que 7% são analfabetos, 12% são caracterizados como ‘alfabetizados’, 45% têm ensino fundamental incompleto e apenas 11% têm ensino fundamental completo. Somando estes valores, tem-se que 77% da população penitenciária brasileira tem até o ensino fundamental completo, o que demonstra claramente que a prisão continua a funcionar como um instrumento de contenção da pobreza.

Analisando historicamente a legislação brasileira sobre drogas, Salo de Carvalho critica o uso abusivo, por parte dos legisladores, de normas penais em branco que legitimam a arbitrariedade e a violação sistemática de direitos humanos (29). O art. 12 da lei federal 6.368/76 criminalizava o tráfico de drogas:

Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;  
Pena - Reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

Analisando a relação entre ‘o mito das drogas’ e a juventude pobre no Rio de Janeiro, Vera Malaguti observa que, a partir da década de setenta, “a disseminação do uso da cocaína trouxe como contrapartida o recrutamento da mão-de-obra jovem para a sua venda ilegal” e, de outro lado, aplicou-se “aos jovens de classe média que a consumiam o esteriótipo médico, e aos jovens pobres que a comercializavam o esteriótipo criminal” (30). Para ela, a superlotação do sistema de atendimento aos adolescentes infratores no Rio de Janeiro deve-se, em grande medida, à “visão seletiva do sistema penal para adolescentes infratores e a diferenciação no tratamento dado aos jovens pobres e aos jovens ricos, ao lado da aceitação social que existe quanto ao consumo de drogas (...) permite dizer que o problema do sistema não é a droga em si, mas o controle específico daquela parcela da juventude considerada perigosa” (31).



Com a publicação da Lei 11.434/2006, que instituiu o Sistema Nacional de Políticas sobre as Drogas, manteve-se a tipificação o tráfico de drogas (art. 33) e, com o art. 45, veio a inovação.

Art. 45. É isento de pena o agente que, em razão da dependência, ou sob o efeito, proveniente de caso fortuito ou força maior, de droga, era, ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Parágrafo único. Quando absolver o agente, reconhecendo, por força pericial, que este apresentava, à época do fato previsto neste artigo, as condições referidas no caput deste artigo, poderá determinar o juiz, na sentença, o seu encaminhamento para tratamento médico adequado.

O legislador não descriminalizou, mas isentou de pena de prisão o dependente químico, ou aquele que, sob o efeito da droga, pratica infração penal, sendo inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com este entendimento. Entretanto, nos demais artigos, a lei mantém a linha dura de enfrentamento do tráfico de drogas no Brasil, impulsionando a economia da droga e potencializando a violência urbana e o processo de encarceramento em massa, tendo em vista a precária eficácia que tem a ferramenta do direito penal para reprimir atividades lucrativas, como foi o caso da criminalização da bebida alcoólica, nos Estados Unidos, na década de vinte, apenas para citar um exemplo.

Embora extrapole os objetivos deste artigo, já que exigiria um estudo de campo para tanto, é importante analisar as razões implícitas nos discursos judiciais que justificam a arbitrariedade dos agentes do sistema judicial quando da tipificação da conduta, como o fez Vera Malaguti, bem como a análise da íntima relação entre o bilionário mercado das drogas ilícitas e do não menos lucrativo mercado das armas de fogo. Este ensaio se contenta com a análise dos dados oficiais do Ministério da Justiça sobre a população penitenciária, na medida em que evidenciam as razões ‘ocultas’ que justificam o ‘tabu’ em torno da necessária discussão sobre a política criminal, o cárcere e o que se quer significar quando se fala em democracia no Brasil.

#### **4. Conclusões**

Se são muitos os desafios que se apresentam à democracia brasileira, e em vários níveis de complexidade, certamente um deles diz respeito à questão da gestão do sistema prisional e da relação entre o cárcere e a democracia.

Se, historicamente, o Brasil nasce como um Estado fraco e dependente dos Estados do Norte, e marcado pela desigualdade social que, quinhentos anos depois, continua a determinar a identidade do Brasil como um dos países mais desiguais do mundo, com altos padrões de concentração de renda, os estudos realizados sobre o cárcere e a globalização sugerem uma mudança no papel do cárcere na sociedade brasileira.

Nos últimos vinte anos, observa-se que a implementação de uma política criminal voltada para a criminalização da droga, quase que sob o argumento de uma “guerra à droga”, utilizado como justificativa para o encarceramento em massa, modificou significativamente a composição da população penitenciária, e potencializou a violência urbana, acirrando significativamente a relação entre direito e ordem. Como pano de



fundo da reflexão está a grande questão em torno do tráfico de drogas ilícitas e de armas de fogo. A questão é saber como melhor lidar com o bilionário mundo das drogas ilícitas, quase sempre aliado ao vultuoso mercado de armas de fogo, e qual a razão - e principalmente as consequências - de se utilizar da ferramenta do direito penal como mecanismo de combate.

Neste sentido, a sua maneira, o Brasil adotou a política de tolerância zero, relacionada a uma continuidade da criminalização da pobreza, adicionada a uma política penal de criminalização do tráfico de drogas, que em grande parte explica o fenômeno da violência urbana e das taxas de homicídio no Brasil, uma vez que Estado não tem uma agenda de políticas públicas estruturada pela *vontade geral*, mas sim pelos interesses dos grupos de apoio ao governo estabelecido, buscam-se soluções setoriais e focadas nos desarranjos mais evidentes na sociedade, com o custo menor possível, dentre os quais o combate ao crime.

Neste cenário, o estudo acerca do papel do cárcere na sociedade brasileira exige uma reflexão acerca do paradigma da democracia e do Estado de Direito aplicadas à realidade de um país periférico, tradicionalmente frágil frente ao capital internacional, muito antes do que Bauman convencionou chamar de 'enfraquecimento do Estado'. O estudo acerca do fenômeno do encarceramento em massa hoje pode ajudar a elucidar o que Peralva chama de 'paradoxo brasileiro'. A questão repousa, para utilizar as lições de Alessandro Baratta, sobre a necessidade de consolidação de uma política integral de direitos humanos, ou seja, a uma releitura das necessidades e de todas as emergências, através do sistema dos direitos fundamentais e da arquitetura normativa da Constituição, não se tratando, portanto, de redesenhar o direito penal na Constituição, mas sim redefinir a política segundo um desenho constitucional, como política de realização dos direitos.

## Notas

1. Fonte: Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN.
2. N. BOBBIO, *Estado, Governo e Sociedade: para uma teoria geral da política*, 3 ed., Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1990, p. 135.
3. D. ZOLO, "Teoria e crítica do Estado de Direito", in P. COSTA, D. ZOLO (orgs.), *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*, São Paulo, Martins Fontes, 2006, p. 05.
4. N. BOBBIO, *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1997, p. 20.
5. N. BOBBIO, *op. cit. ult.*, p. 18.
6. D. ZOLO, "Teoria e crítica do Estado de Direito", cit.
7. C. AGUIRRE, "Castigo e Prisões: da era colonial aos novos Estados-Nação", in *História das prisões no Brasil*, vol. 1, Rio de Janeiro, Rocco, 2009, p. 38.
8. F. FERNANDES, *Mudanças Sociais no Brasil*, 3.ed. São Paulo, Difel, 1979, p. 99.
9. S.B. HOLANDA, *Raízes do Brasil*, 26 ed., São Paulo, Companhia das Letras, 1995.
10. Sobre o assunto, ver V.M. BATISTA, *O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história*, Rio de Janeiro, Revan, 2003; S. ADORNO, "Insegurança



versus direitos humanos: entre a lei e a ordem. Tempo Social”, in *Revista de Sociologia da USP*, 11 (2000), 2, pp. 129-153.

11. R. MATTA, *A casa & a rua: espaço, cidadania, morte e mulher no Brasil*, 5 ed., Rio de Janeiro, Rocco, 1997. pp. 75-76.

12. C. AGUIRRE, “Castigo e Prisões: da era colonial aos novos Estados-Nação”, cit., p. 40.

13. V.M. BATISTA, *O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história partida*, cit., p. 142.

14. L. OLIVEIRA, *Do nunca mais ao eterno retorno: uma reflexão sobre a tortura*, São Paulo, Brasiliense, 1994, p. 10.

15. Relatório em Missão, 20/8 a 12/9/2000 E/CN.4/2001/66/Add 2.

16. O IDH compreende três faixas de desenvolvimento. Abaixo de 0,50, o IDH indica países com baixo grau de desenvolvimento humano. Entre 0,50 e 0,79, o IDH indica os países de médio de desenvolvimento humano. Acima de 0,80, o IDH indica países com alto grau de desenvolvimento humano.

17. É importante ressaltar que as estatísticas de pobreza nem sempre são comparáveis, pois parâmetros utilizados para definir se um indivíduo é ou não pobre podem ser diferentes.

18. [“Também sou favorável a reduzir o gasto público, mas o gasto com juros”, diz o presidente do Ipea](#), 2008.

19. L.F. SAPORI, *Segurança pública no Brasil: desafios e perspectivas*, Rio de Janeiro, FGV, 2007, p. 98.

20. S. ADORNO, [“Exclusão socioeconômica e violência urbana”](#), in *Sociologias*, (2002), 8.

21. A. PERALVA, *Democracia e violência: o paradoxo brasileiro*, São Paulo, Paz e Terra, 2002.

22. L. WACQUANT, “A ascensão do Estado penal nos EUA”, in *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, 7 (2003), 11.

23. E. SANTORO, *Carcere e società liberale*, 2 ed., Torino, Giappichelli, 2004.

24. E. SANTORO, “Políticas penais ‘democráticas’ e respeito aos direitos humanos: o cárcere como instrumento de ditadura da classe privilegiada”, in *Verba Juris: Anuário da Pós-Graduação em Direito*, 5 (2006), 5, 2006, p. 191.

25. F. SALLA, [“As rebeliões nas prisões: novos significados a partir da experiência brasileira”](#), in *Sociologias*. 8 (2006), 16.

26. Fonte: Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN.

27. V.M. BATISTA, *Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, Revan, 2003, p. 134.

28. Fonte: Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN.

29. S. CARVALHO, in V.M. BATISTA, *Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*, cit., p. 83.



## JURA GENTIUM



30. Idem, p. 134.

31. Ibidem.

# Una breve introduzione all'economia informale

Nicolò Bellanca

## 1. Sulle concezioni dell'economia informale

“Vi sono quasi più definizioni del settore informale di quanti siano gli scritti ad esso dedicati” [Xaba *et al.* 2002, 10]. Provando tuttavia a sintetizzare, il dibattito intorno all'economia informale ha presentato, dall'inizio degli anni 1970 ad oggi, cinque principali posizioni. Richiameremo subito le prime quattro, lasciando la discussione dell'ultima al paragrafo 3.

Si inizia con un approccio “dualistico”, per il quale siamo davanti ad attività marginali, residuali e destinate a prosperare soltanto finché il settore industriale non si dispiega adeguatamente. Qui, anziché di “economia informale”, si parla a rigore del “settore informale”, concepito come la parte dell'economia urbana dei paesi meno sviluppati composta da imprese individuali, familiari o di piccole dimensioni (meno di 10 lavoratori). Esso provvede la fonte maggiore di occupazione nelle città, con salari inferiori al livello minimo previsto dalla legge e con processi produttivi che presentano un'elevata intensità di lavoro, pochi macchinari, ridotti investimenti e basse barriere all'entrata. Le attività del settore, gran parte delle quali non vengono registrate nelle statistiche ufficiali, includono “artigiani, lavoratori a domicilio, piccoli commercianti, gestori di chioschi, venditori ambulanti, lustrascarpe, intrattenitori di strada, raccoglitori di rifiuti, autisti di pulmini, tassisti non autorizzati, riparatori di macchine e tanti altri lavoratori autonomi, talvolta con un seguito di apprendisti, collaboratori familiari ed impiegati” [Nafziger 2006, 118].

In secondo luogo, l'impostazione “strutturalista” tende a considerare il settore informale come un insieme di modi e forme di produzione subalterne al capitalismo, utile, con i beni e servizi a basso costo che offre, per elevare i saggi di guadagno delle imprese moderne. È questa una connotazione che procede per differenza rispetto ai requisiti attribuiti ad un'economia moderna: “sono informali tutte le situazioni caratterizzate dall'assenza di: (1) una chiara separazione tra capitale e lavoro; (2) una relazione contrattuale tra i due; (3) una forza-lavoro retribuita col salario e le cui condizioni lavorative e di pagamento sono regolate legalmente. Così definito, il settore informale è strutturalmente eterogeneo e include dalle attività per la diretta sussistenza, alla produzione e commercio su piccola scala, fino ai subcontratti ad imprese semiclandestine e familiari” [Portes-Sassen 1987, 31, corsivo aggiunto]. In una versione più recente, questa tesi fa riferimento non più al capitalismo, bensì ad un assetto istituzionale “compiuto”: l'economia informale è il complesso delle attività generatrici di reddito che non sono istituzionalizzate, entro un contesto sociale e legale nel quale attività simili sono istituzionalmente regolate [Portes-Hallen 2005]. (1)

In terzo luogo, la “scuola legalista” attribuisce l'informalità ai costi eccessivi della registrazione: uno stato più efficiente e meno invasivo lascerebbe i mercati autoregolarsi, e perciò stesso ridurrebbe i vantaggi dei comportamenti contrari o estranei alle norme.(2) “Il settore informale è un luogo in cui si cerca rifugio quando i costi del rispetto della legge superano i vantaggi. [...] I poveri non sono il problema ma la



soluzione. [...] Ciò che manca ai poveri è un sistema di proprietà legalmente integrato che possa convertire il loro lavoro e i loro risparmi in capitale” [De Soto 2000, 96 e 246-247].

La quarta posizione rimprovera alle altre tesi il vizio del “formalmorfismo”: come proiettiamo le nostre motivazioni e i nostri comportamenti sugli animali – definendo ad esempio un cane “buono” oppure “cattivo” –, così tendiamo a leggere l’informale come se fosse il non-formale, il mero “negativo” dell’economia ufficiale, regolata, legale e quindi “positiva” [Cross 2000a, 43-44]. Essa documenta che i processi d’informalizzazione dell’economia sono estremamente robusti, dinamici e pervasivi, al punto da coinvolgere il Nord oltre al Sud del pianeta, le industrie di punta oltre a quelle della mera sussistenza [Losby *et al.* 2002]. Una ragione di questo fenomeno sta nell’incapacità dei sistemi economici di creare adeguati flussi di nuovi lavori formali: nel Sud ciò avviene per la debolezza della crescita, nel Nord perché la crescita tende, sulla base del progresso tecnologico, a diventare *jobless*. Un’altra causa risiede negli “aggiustamenti strutturali” al Sud, nelle “transizioni” del blocco ex-socialista e nella “ristrutturazione/privatizzazione” al Nord: tutti processi lungo cui si perdono posti nel settore pubblico ed in quello privato formale. Infine, ma forse soprattutto, va enfatizzato il ruolo della globalizzazione. Essa rende più mobile il capitale e, di conseguenza, più stringente l’esigenza, da parte di un certo territorio, di incentivarne l’investimento [Carr–Chen 2002, 2]. È un percorso che, “con le sue combinazioni di lavoro flessibile, subcontratti e delocalizzazione, risale dalle imprese supplementari e subordinate a quelle grandi. Non appena le *companies* vanno alla ricerca del lavoro a basso costo, i paesi competono per diminuire le obbligazioni allo stato (tasse) e il benessere dei lavoratori (sicurezza, pensioni), rendendo legittime pratiche prima illecite o evitate. [...] Alcuni governi stanno oggi provando a contrastare le conseguenze dell’informalizzazione globale, con un ruolo ambivalente, in quanto facilitano nuove forme d’informalizzazione nel mentre tentano di non farle strabordare” [Light 2004, 717-8].

In questo quadro analitico più ampio è la stessa nozione di economia informale a essere ridefinita. L’attenzione si sposta “dalle *imprese* che non sono regolarmente registrate ai *rapporti occupazionali* che non sono legalmente regolati o protetti” [Chen 2006, 76]. Gli impieghi privi di contratti formali (ossia coperti da una legislazione del lavoro), di benefici per i lavoratori o protezione sociale, interni o esterni ad imprese informali, rientrano in due ampie categorie: gli impieghi autonomi, svolti in piccole imprese non registrate, e gli impieghi salariati, effettuati in condizioni insicure e senza tutela. A loro volta, gli impiegati autonomi si articolano in impiegati assunti, operatori per proprio conto e familiari non retribuiti; mentre gli impiegati salariati si distinguono in occupati delle imprese informali, in quelli che producono a domicilio, in lavoratori giornalieri e in quelli part-time. Mentre in precedenza il formale e l’informale erano trattati come modi di produzione, distribuzione ed impiego distinti e reciprocamente impermeabili, adesso si delinea un *continuum* che porta lavoratori ed imprese a spostarsi con relativa facilità dall’un modo all’altro: si pensi alle tante imprese informali che forniscono input, beni e servizi alle imprese formali, direttamente o mediante transazioni e subcontratti; alle imprese formali che assumono salariati sotto condizioni informali; al lavoratore autonomo informale che produce sia per conto proprio, sia come dipendente a domicilio per un’impresa formale; al *workshop* sulla strada che può avere il permesso ma non pagare le tasse, o pagare le tasse ma non avere un contratto legale con i suoi dipendenti;



ai tanti prodotti formali che vengono venduti, nelle aree piú disagiate, soltanto grazie agli esercizi informali; alle attività e ai beni che sono legali in un paese e illegali in quello accanto, e cosí via. La dizione di “settore informale” viene definitivamente abbandonata: “mentre tale nozione implicava l’esistenza di un settore separato, il concetto di economia informale abbraccia ogni tipo di relazione informale d’impiego, si svolga essa in imprese formali o informali. Grazie a questa definizione l’ILO *combina le visioni dei dualisti e degli strutturalisti*, poich  fa riferimento tanto ai lavori autonomi [che i dualisti concepivano come l’ambito pre-moderno e residuale di un’economia in via di sviluppo], quanto alle occupazioni informali nel settore formale [che per gli strutturalisti segnalano la subalternit  di altri modi di produzione al capitalismo]” [Rogel *et al.* 2006, 14-15, corsivi e parentesi aggiunti].

Un riassunto efficace dei termini del dibattito   nelle tabelle seguenti. La prima coppia (tabelle 1 e 2) riporta le caratteristiche che, nell’ambito dei tre filoni tradizionali, contrappongono il settore formale e quello informale. Un’altra coppia (tabelle 3 e 4) espone la tesi della continuit  tra formale ed informale.

**Tabella 1**

| <b>Caratteristiche di un sistema economico con un settore formale ed uno informale</b> |   |                                |
|--|---|--------------------------------|
| Caratteristiche  | Settore formale                         | Settore informale              |
| <b>Tecnologia</b>  | Capital intensive                       | Labor intensive                |
| <i>Organizzazione</i>  | Burocratica                             | Basata sulla famiglia          |
| <i>Capitale</i>  | Abbondante                              | Scarso                         |
| <i>Orario di lavoro</i>  | Regolare                                | Irregolare                     |
| <i>Salario</i>   | Normale                                 | Irregolare; raro               |
| <i>Scorte di magazzino</i>   | Regolari                                | Piccole; di scarsa qualit      |
| <i>Prezzi</i>  | Spesso fissi                            | Spesso negoziabili             |
| <i>Credito</i>   | Da banche e simili istituzioni          | Da familiari e amici           |
| <i>Profitti</i>  | Aumentano al crescere del giro d’affari | Bassi su ridotti giri d’affari |
| <i>Relazioni con la clientela</i>  | Impersonali                             | Personalizzate                 |
| <i>Costi fissi</i>   | Elevati                                 | Trascurabili                   |
| <i>Pubblicit </i>  | Necessaria                              | Poca o nulla                   |
| <i>Riciclaggio dei beni</i>  | Nessuno; spreco di risorse              | Frequente riuso                |



|                               |                                       |              |
|-------------------------------|---------------------------------------|--------------|
| <i>Spese generali</i>         | Indispensabili                        | Evitabili    |
| <i>Aiuti statali</i>          | Ampi                                  | Quasi nulli  |
| <i>Dipendenza dall'estero</i> | Grande; spesso <i>export-oriented</i> | Poca o nulla |
| Fonte: Santos (1979)          |                                       |              |

**Tabella 2**

| Caratteristiche del settore formale                                     | Caratteristiche del settore informale             |
|---|---|
| Difficoltà di entrata   | Facilità di entrata                               |
| Ricorso frequente a risorse esterne                                     | Ricorso a risorse locali                          |
| Proprietà societaria delle imprese                                      | Proprietà familiare delle imprese                 |
| Larga scala delle operazioni  | Piccola scala delle operazioni                    |
| <i>Capital intensive</i> e spesso tecnologia importata                  | <i>Labor intensive</i> e tecnologia appropriata   |
| Competenze acquisite formalmente, spesso dall'estero                    | Competenze acquisite fuori dal sistema scolastico |
| Mercati protetti mediante tariffe, quote, licenze commerciali, brevetti | Mercati non regolati e competitivi                |
| Fonti: ILO (1972); Bromley (1979)                                       |   |

**Tabella 3**

Caratteristiche per cui l'economia informale entra nell'economia *mainstream*

| Economia informale marginale                  | Economia <i>mainstream</i> informalizzata     |
|---|---|
| 1. Mezzi illegali o quasi legali              | 1. Mezzi illegali o quasi legali              |
| 2. Un radicamento nei reticoli sociali        | 2. Un radicamento nei reticoli sociali        |
| 3. Un contesto istituzionale restrittivo      | 3. Un contesto istituzionale di sostegno      |
| 4. Lavoro personale, informale                | 4. Lavoro personale, informale                |
| 5. Pagamento a prestazione                    | 5. Pagamento a prestazione                    |
| 6. Presenza di scambi regolati da reciprocità | 6. Presenza di scambi regolati da reciprocità |
| 7. Imprenditorialità                          | 7. Fallimenti imprenditoriali e false         |



|                     |   |
|---------------------|---|
|                     | partenze tollerati<br>8. Flessibilità organizzativa e<br><i>networking</i> incoraggiati |
| Fonte: Light (2004) |   |

**Tabella 4**

| La vecchia concezione   | La nuova visione   |
|---|--|
| Il settore informale è l'economia tradizionale che sparirà con la crescita industriale moderna                              | L'economia informale è "qui per restare" e si espande con la crescita industriale moderna  |
| Esso è solo marginalmente produttivo  | Essa è una delle maggiori fonti di occupazione, di beni e di servizi per i gruppi a basso reddito  |
| Esiste separatamente dall'economia formale  | Essa contribuisce significativamente al PNL  |
| Costituisce un esercito di riserva di forza lavoro  | È legata all'economia formale, per la quale produce, con cui commercia, per cui distribuisce e a cui fornisce servizi  |
| È composto principalmente da venditori ambulanti e produttori di microdimensioni  | Gran parte del recente aumento dell'occupazione informale è dovuto al declino di quella formale o all'informalizzazione di rapporti di lavoro che erano formali  |
| Nel settore, gli imprenditori avviano in prevalenza imprese illegali e non registrate, per evadere regolazione e tassazione | È composta da un ampio spettro di occupazioni, tanto da "antiche forme resilienti", quanto da impieghi casuali giornalieri, nel settore edilizio e in agricoltura ma pure nei lavori "emergenti", come le mansioni temporanee e part-time da svolgere a casa per le industrie <i>high tech</i> |



Il lavoro nell'economia informale include specialmente attività per la sopravvivenza e non è quindi un oggetto della politica economica

Include sia lavoratori salariati non standard, sia imprenditori e persone auto-impiegate che producono beni e servizi legali, sebbene mediante mezzi irregolari o non regolati. La maggioranza degli imprenditori e dei *self-employed* cercano di ridurre le barriere alla registrazione e alla regolazione, per fruire dei relativi vantaggi, anche in termini di costi di transazione; gran parte dei salariati si impegnano per occupazioni più stabili e per diritti certi.

Le imprese informali, oltre alle attività per la sussistenza, comprendono anche aziende stabili e dinamiche, mentre l'occupazione informale include non solo il *self-employment* ma pure l'impiego salariato. Tutte le forme di occupazione informale sono influenzate da parecchie (se non da tutte) le decisioni di politica economica.

Fonte: Chen (2006)

## 2. Definizioni statistiche e misurazioni dell'economia informale

Nel 1993, il XV Congresso internazionale degli statistici del lavoro definisce il settore informale in termini delle caratteristiche delle imprese (unità produttive) in cui si svolgono le attività, piuttosto che rispetto ai connotati delle persone coinvolte o dei loro lavori. Le imprese informali si collocano tra quelle che non si costituiscono come entità legali indipendenti dai singoli o dalle famiglie che le possiedono. Le imprese informali presentano inoltre uno o più dei seguenti tratti: i) mancata registrazione, nell'ambito della legislazione nazionale; ii) piccola dimensione in termini occupazionali (inclusi l'imprenditore, i soci d'affari, i dipendenti occasionali e i familiari che lavorano nell'impresa); iii) mancata registrazione dei lavoratori (e quindi assenza di contratti che impegnino l'imprenditore a rispettare gli standard della legislazione del lavoro, nonché a versare contributi sociali per i suoi dipendenti) [Bangasser 2000, *annex 3*]. Negli ultimi anni la precedente impostazione viene allargata, poiché, in aggiunta alle caratteristiche dell'impresa, l'informalità economica si riferisce altresì alle relazioni d'impiego lavorativo che non sono protette o legalmente regolate: ne abbiamo trattato poco sopra [per tutti: Chen–Vanek–Carr 2004]. Tuttavia, questi protocolli definitivi non sono, com'è ovvio, neutrali nei riguardi delle quattro posizioni richiamate nel paragrafo 1; anzi è facile constatare che essi si barcamenano ambiguamente tra schemi teorici poco conciliabili.



“Esistono fondamentalmente due modi differenti ma interrelati di concepire e definire il settore informale. Un approccio guarda alle imprese in relazione alla cornice legale ed amministrativa applicata, definendo il settore come composto da imprese non conformi, in qualche maniera, a tale quadro. Esso assume un nesso intrinseco tra non-registrazione e nozione d’informalità. Il secondo approccio vede il settore informale come un particolare modo di produzione, e lo connota secondo le procedure con cui le imprese si organizzano e compiono la loro attività. Coloro che lo sostengono, sottolineano che il settore informale non combacia con quello non-registrato [...], ed inoltre rimarcano le difficoltà che un criterio centrato sulla registrazione pone per la comparabilità delle statistiche tra paesi, tra aree entro un paese, e tra periodi. Essi menzionano anche gli ostacoli pratici ad ottenere informazioni sulla registrazione o meno delle imprese, dato che gli imprenditori sono riluttanti a fornirle e gli occupati o altre figure possono essere incapaci o impossibilitati a farlo. Essi considerano la non registrazione come un aspetto del settore informale, anziché come un criterio per definirlo. Nel XV Congresso degli statistici del lavoro non vi fu accordo su quale fosse l’approccio preferibile. Così, la definizione adottata incorporò entrambe le impostazioni, nel senso che essa consente di ricorrere alla non-registrazione e/o alla dimensione dell’impresa quali criteri per distinguere le imprese del settore informale dalle restanti *household unincorporated enterprises*” [OECD 2002, 164].

È anche sulla scorta di annotazioni critiche come quelle appena evocate, che dal prossimo paragrafo avvieremo una linea di riflessione più radicale e, sperabilmente, più coerente. Chiudiamo intanto questo paragrafo riportando alcune tra le più recenti e attendibili misurazioni dell’economia informale mondiale. La tabella 5 si basa su un’accezione ristretta del fenomeno, visto come il complesso delle attività che contribuiscono al PNL ufficialmente calcolato senza essere tassate o registrate, e che in prevalenza vengono denominate lavoro “nero” o clandestino [Schneider–Enste 2000, 78-79]. Essa compara stime generate da alcuni tra i principali metodi – approcci diretti, indiretti e di modello [Schneider–Klinglmair 2004, appendice] – scegliendo dodici paesi che nei vari continenti hanno tra le più elevate aliquote di economia informale nel loro PNL. La tabella 6, piuttosto, include sia gli impieghi autonomi informali non agricoli, sia gli impieghi salariati informali. (3)

**Tabella 5**

| <i>Paesi</i> | PNL ai prezzi di mercato (miliardi di dollari correnti) 2000 | Economia informale in % del PNL 1999/2000 | Economia informale (miliardi di dollari correnti) 2000 | Economia informale PNL per capita | Popolazione con età 15-64, totale (migliaia) 2000 | Popolazione, totale (migliaia) 2000 |
|--------------|--|---|--|-----------------------------------|---|-------------------------------------|
| Ghana        | 48,3   | 38,4                                      | 18,5   | 126,7                             | 10778   | 19306                               |



|   |         |      |        |        |       |       |
|---|---------|------|--------|--------|-------|-------|
| Tanzania  | 89,8    | 58,3 | 52,4   | 157,4  | 17714 | 33696 |
| Philippines   | 793,2   | 43,4 | 344,2  | 451,4  | 44545 | 75580 |
| Sri Lanka   | 160,0   | 44,6 | 71,4   | 379,1  | 13055 | 19359 |
| Bolivia   | 80,6    | 67,1 | 54,1   | 664,3  | 4695  | 8329  |
| Panama  | 93,7    | 64,1 | 60,1   | 2089,7 | 1804  | 2856  |
| Azerbaijan  | 49,2    | 60,6 | 29,8   | 363,6  | 5170  | 8049  |
| Georgia   | 30,5    | 67,3 | 20,5   | 424,0  | 3347  | 5024  |
| Greece  | 1151,1  | 28,6 | 329,2  | 3420,6 | 7116  | 10560 |
| Italy   | 10667,2 | 27,0 | 2880,1 | 5443,2 | 39026 | 57690 |
| Canada  | 6713,5  | 16,4 | 1101,0 | 3465,3 | 20995 | 30750 |
| Australia   | 3791,5  | 15,3 | 580,1  | 3096,7 | 12895 | 19182 |
| Fonte: Schneider (2002); Schneider-Klingmair (2004) |         |      |        |        |       |       |

Tabella 6

| REGIONI             | <i>Self-employment</i> come percentuale dell'occupazione informale non-agricola |       |     | Lavoro salariato come percentuale dell'occupazione informale non-agricola |       |     |
|---------------------|---|-------|-----|---|-------|-----|
|                     | Total   | Women | Men | Total   | Women | Men |
| Nord Africa         | 62  | 72    | 60  | 38  | 28    | 40  |
| Africa subsahariana | 70  | 71    | 70  | 30  | 29    | 30  |
| America Latina      | 60  | 58    | 61  | 40  | 42    | 39  |
| Asia                | 59  | 63    | 55  | 41  | 37    | 45  |
| Fonte: ILO (2002)   |   |       |     |   |       |     |

### 3. Borderlands: alla ricerca della “forma economica”

Veniamo infine alla quinta posizione del dibattito corrente: un approccio appena abbozzato, che proviamo qui a formulare esplicitamente. (4) La sua mossa teorica è radicale e, a nostro avviso, convincente. Si tratta di trarsi fuori dalla dicotomia

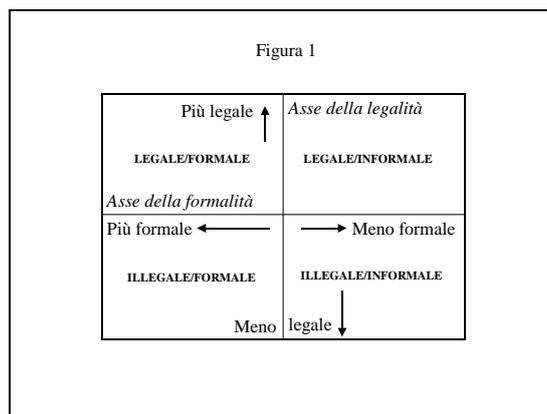


forma/non-forma, ammettendo che l'intera vita economica è, nel suo dipanarsi, la ricerca di qualche forma invariante nella variabilità e volubilità delle contingenze. Al riguardo Karl Polanyi [1977] si riferiva all'esigenza di stabilizzare un nucleo di riproducibilità individuale e collettivo, dentro il caos e l'incertezza, e chiamava tale nucleo il "sostentamento" (*livelihood*). In un sistema economico più "ricco" e con maggiore controllo sull'ambiente, il nucleo può essere costituito da complessi di bisogni "relativi" o "superiori". Rimane tuttavia la ricerca del nucleo invariante: in tal senso l'economia consiste in una rete di percorsi di "messa in forma" ovvero di "formalizzazione". Relativamente a tali percorsi, è lo sguardo dell'osservatore a stabilire quali sono adeguatamente "formati" e quali rimangono qui ed ora "da formare": così ad esempio – nota Keith Hart [2006], l'antropologo inglese che, vivendo negli anni 1960 nel quartiere-mercato di Nima, ad Accra, giunse ad elaborare il termine stesso di "economia informale" – quando scorgiamo un gruppo che indossa vestiti *casual*, possiamo o meno riconoscere che, nell'eludere un insieme di regole sociali, esso sta effettuando un "rituale pubblico" e quindi definendo un set alternativo di forme (la nozione di "rituale pubblico" sarà esaminata più oltre). Il punto *teorico* è che mentre può variare il nostro criterio valutativo – che conferisce a quel gruppo l'etichetta di "formale" o di "informale" –, non viene mai meno il carattere del processo economico: i membri del gruppo sono sempre e comunque impegnati nella ricerca della "forma invariante" per loro più appropriata; a noi spetta l'interpretazione della direzione, della dimensione, delle connessioni interne ed esterne, del grado di coerenza di quella ricerca.

A rigore, questa posizione comporta un cambiamento dell'oggetto stesso d'indagine: anziché concentrarsi su differenze e interdipendenze della sfera formale e di quella informale dell'economia, occorre adesso dedicarsi allo studio delle *borderlands*, delle "terre di nessuno": le contaminazioni, le ibridazioni, o più esattamente le "creolizzazioni",<sup>(5)</sup> "danno luogo ad un terreno, anziché ad un *borderline*, ad una linea divisoria" [Sassen 1994, 2291; 2001, 17]. È uno stile di analisi che scaturisce con naturalezza dalla quarta tesi, quella che afferma la continuità tra formale ed informale, se ne estraiamo fino in fondo le implicazioni. Non appena infatti riconosciamo i tanti momenti che portano l'una modalità a compenetrarsi nell'altra, ogni schema dicotomico o dualistico si disintegra a favore di percorsi che sono *ab origine* misti o "sul confine". Al punto che quel confine, anziché un bordo tagliente, diventa un terreno vasto e ramificato nel quale si svolgono parecchi dei processi più innovativi dell'economia. Si consideri, come mero esempio, un mercato del lavoro "duale" – ossia separato in un settore "formale" (alti salari, sicurezza del posto, tutela sociale) ed uno "informale" –, a sua volta suddiviso in un'area legale ed una illegale: lo raffiguriamo nella Figura 1 [Cross 2000b, 104].



## JURA GENTIUM



Immaginiamo poi di aumentare le coordinate fino a sei: legale, formale, stabile, urbano, maschile e adulto *versus* illegale, informale, occasionale, rurale, femminile, di minore età. Le combinazioni delle dodici variabili introdotte diventano talmente numerose ed intricate, da togliere ogni capacità esplicativa e predittiva allo schema. Si richiede pertanto un cambio di oggetto. Invece di studiare gli intrecci di categorie inizialmente opposte, esaminiamo i percorsi lungo i quali un'unica attività – la ricerca della forma economica – di caso in caso, di luogo in luogo, si dispiega. L'analisi è dedicata alla disamina di come, nello specifico contesto odierno di un paese del Sud del pianeta, possa svolgersi la messa in forma della vita economica.(6)

### Note

1. Nella sua versione più estremista, questa tesi sostiene che l'economia informale, proprio in quanto scaturisce dalla subalternità del suo modo di produrre a quello dominante, "è un museo vivente dello sfruttamento umano" [Davis 2006, 166].
2. Nelle conclusioni di uno tra i più sistematici studi statistici in argomento, leggiamo: "i settori economici non ufficiali appaiono più ridotti in paesi con una più bassa "zavorra" regolatoria sull'impresa, minore corruzione, un migliore Stato di diritto e un più elevato gettito fiscale. [...] I nostri risultati indicano con vigore che un'iper-regolazione spinge gli affari a diventare "sommersi", minando così il rendimento governativo e la fornitura di beni pubblici che contribuiscano a innalzare la produttività" [Friedman *et al.* 2000, 481].
3. Come osserva Vito Tanzi [1999, F339], "le stime dell'economia sommersa, ottenute applicando differenti metodi allo stesso paese hanno continuato ad essere imbarazzantemente divergenti. Di fatto, anziché ridursi, il *range* di queste stime è aumentato". Per una disamina recente, rimandiamo a Chong-Gradstein [2007].
4. Un'avvertenza va a questo punto segnalata. Poiché stiamo ricordando le varie tesi sull'economia informale in maniera molto schematica, preferiamo non schiacciare alcuno studioso su qualcuna di esse: in particolare, le prime tre possono, senza eccessiva tensione logica e interpretativa, convivere, e non di rado convivono, perfino in uno stesso scritto. Va aggiunto che i migliori studiosi, ovviamente, cambiano le proprie idee davanti a nuovi problemi: così, ad esempio, Keith Hart e Saskia Sassen vengono di



solito collocati quali esponenti, rispettivamente, della prima tesi (“dualistica”) e della seconda tesi (“strutturalista”); entrambi tuttavia in anni recenti, come stiamo per vedere, sono tra coloro che hanno più nitidamente formulato il quinto approccio.

5. Com'è noto, quando in una comunità si parlano lingue non intercomprensibili, può formarsi un *pidgin*, un idioma provvisorio e rudimentale, una lingua franca, che semplificando regole, lessico e pronuncia viene usato da tutti i locutori. Nei casi in cui il *pidgin* evolve secondo una propria logica interna, arricchendosi di una sintassi ed una morfologia proprie, diventa una *lingua creola*. Per “creolizzazione” possiamo quindi estensivamente intendere un percorso di ibridazione che si manifesta come un adattamento attivo lungo cui culture e forme di vita non occidentali mutuano elementi della cultura dominante e li trasformano in base alle proprie tradizioni. Ad esempio, i fenomeni neotradizionalisti vanno spesso interpretati come processi di reinvenzione di una cultura locale per scopi politici, miscelandola efficacemente con l'uso delle tecnologie più sofisticate e dei mass media [Genovese 2005].

6. Per un tentativo in tale direzione, si rinvia a Bellanca (2008).

## Bibliografia

Bangasser, Paul E. (2000), *The ILO and the informal sector: an institutional history*, Geneva, International Labour Office.

Bellanca, Nicolò (2008), “Le forme dell'economia informale. Percorsi di costruzione sociale dell'attività economica”, in M.Pavanello – N.Bellanca – M.Biggeri – R.Libanora, *Le forme in economia e l'economia informale*, Editori Riuniti, Roma, 2008.

Bromley, Ray (1979), editor, *The urban informal sector: critical perspective on employment and housing policies*, London, Pergamon Press Ltd.

Carr, Marilyn - Chen, Martha Alter (2002), “Globalization and the informal economy: how global trade and investment impact on the working poor”, Geneva, International Labour Office, Employment Sector.

Chen, Martha Alter - Vanek, Joann - Carr, Marilyn (2004), *Mainstreaming informal employment and gender in poverty reduction*, London, Commonwealth Secretariat.

Chen, Martha Alter (2006), “Rethinking the informal economy: linkages with the formal economy and the formal regulatory environment”, in Guha-Khasnobis *et al.* (2006).

Chong, Alberto - Gradstein, Mark (2007), “Inequality and informality”, *Journal of public economics*, 91, 159-179.

Cross, John C. (2000a), “Street vendors, modernity and postmodernity: conflict and compromise in the global economy”, *International journal of sociology and social policy*, 20(1-2), 30-52.

Cross, John C. (2000b), “Expanding dual labor market theory: crack dealers and the informal sector”, *International journal of sociology and social policy*, 20(1-2), 98-136.

Davis, Mike (2006), *Il pianeta degli slum*, Milano, Feltrinelli.

De Soto, Hernando (2000), *Il mistero del capitale*, Milano: Garzanti, 2001.



Friedman, Eric – Johnson, Simon – Kaufmann, Daniel – Zoido-Lobatón, Pablo (2000), “Dodging the grabbing hand: the determinants of unofficial activity in 69 countries”, *Journal of public economics*, 76, 459-493.

Genovese, Rino (2005), *Convivenze difficili: l'Occidente tra declino e utopia*, Milano, Feltrinelli.

Hart, Keith (2006), “Informality: the problem or the solution?”, *Presentation at the World Bank PSD Forum 2006*, Washington.

ILO (1972), *Employment, incomes and equality: a strategy for increasing productive employment in Kenya*, Geneva, International Labour Office.

ILO (2002), *Women and men in the informal economy: a statistical picture*, Geneva, International Labour Office, Employment sector.

Light, Donald W. (2004), “From migrant enclaves to mainstream: reconceptualizing informal economic behavior”, *Theory and society*, 33, 705-737.

Losby, Jan L. - Else, John F. - Kingslow, Marcia E. - Edgcomb, Elaine L. - Malm, Erika T. - Kao, Vivian (2002), *Informal economy literature review*, Washington, The Aspen Institute.

Nafziger, E. Wayne (2006), *Economic development*, fourth edition, Cambridge, Cambridge University Press.

OECD (2002), *Measuring the non-observed economy: an handbook*, Paris, Organisation for economic co-operation and development.

Polanyi, Karl (1977), *La sussistenza dell'uomo*, Torino, Einaudi, 1983.

Portes, Alejandro - Sassen-Koob, Saskia (1987), “Making it underground: comparative material on the informal sector in western market economies”, *American journal of sociology*, 93(1), 30-61.

Portes, Alejandro – Hallen, William (2005), “Informal economy”, in Smelser, Neil – Swedberg, Richard (eds.), *Handbook of economic sociology*, II ed., New York, Russell Sage Foundation.

Rogel, Guillermo *et al.* (2006), *Forces to change. Informal economy organizations in Africa*, London, War on Want.

Santos, Milton (1979), *The shared space. The two circuits of the urban economy in underdeveloped countries*, London, Meuthen.

Sassen, Saskia (1994), “The informal economy: between new development and old regulation”, *Yale law journal*, 103(8), 2289-2304.

Sassen, Saskia (2001), “The city: between topographic representation and spazialized power projects”, *Art journal*, 60(2), 12-20.

Schneider, Friedrich – Enste, Dominik H. (2000), “Shadow economies: size, causes, and consequences”, *Journal of economic literature*, 38(1), 77-114.

Schneider, Friedrich (2002), “Size and measurement of the informal economy in 100 countries around the world”, mimeo, University of Linz.



Schneider, Friedrich – Klinglmair, Robert (2004), “Shadow economies around the world: what do we know?”, Department of Economics, University of Linz, *working paper* n.0403.

Tanzi, Vito (1999), “Uses and abuses of estimates of the underground economy”, *Economic journal*, 109, F338-F347.

Xaba, Jantjie – Horn, Pat – Motala, Shirin (2002), “The informal sector in sub-saharan Africa”, *working paper on the informal economy*, Geneva, ILO.

# Bringing State Institutions back to the Limelight?

Simone Bertoli, Elisa Ticci

## 1. State Institutions and Development

In the early days of development economics, the state undoubtedly played a pivotal role in driving and shaping the development process, as in the seminal contributions by Rosenstein-Rodan (1943) or Rostow (1959). The neo-classical revolution in economic theory progressively eroded the earlier consensus on the role of the state in the economic system, as its ability to correct market failures was questioned, and the emphasis was shifted on the inefficiencies created by state interventions. The narrower role of the state in the domestic economic system was also matched by a call for a progressive dismantling of any interference with the economic interactions between the country and the rest of the world. The state should have let the forces of globalization to play their role, which - so the reasoning went - would have contributed to promote economic growth, after the failure of state-driven approaches to development.

This long-term neglect or mistrust of the role of the state might be approaching to a turning point, given the increased emphasis on the challenges and risks posed by countries whose state institutions are deemed as fragile. The discourse around fragility is - albeit indirectly - bringing the state back to the limelight, as it opens the door for a broader reflection on the role of state institutions in helping a country to cope with the uncertainties and risk that the interdependence and interconnectedness of a globalized world creates.

## 2. Fragility: A New Developmental Concept

The dominant academic and policy-oriented discourse on economic development has been progressively adopting concepts that had been proposed in different political arenas or academic fields. *Fragility* is one of these concepts, which originally emerged in the national security arena, as the 9/11 terrorist attacks strengthened the perception that countries whose state institutions are unable to control their territory effectively could represent a threat to global security. According to the definition of fragile states provided by the OECD *Principles for Good International Engagement in Fragile States and Situations*, “states are fragile when state structures lack political will and/or capacity to provide the basic functions needed for poverty reduction, development and to safeguard the security and human rights of their populations” (OECD/DAC, 2007).

Robert B. Zoellick, the president of the World Bank, argued that “fragile states are the toughest development challenge of our era” (Zoellick, 2008), and the relevance of this challenge is reflected by the fact that the 2011 edition of the flagship publication of the World Bank, the *World Development Report*, will focus on conflicts and fragility. Fragility is currently moving up fast in the list of priorities in the development arena, but any statement about its relevance can be matched by an equal - or probably higher - number of *caveats* about its fuzziness and indeterminacy, which could undermine its analytical salience and operational value-added. Indeed, “despite its importance as part of the international policy discourse, the idea of state fragility remains an elusive concept” (Carment *et al.*, 2008). This is not surprising, as “[...] there are generally no uniquely correct definitions of concepts drawn from common parlance and then used in



a rather different context” (Brown and Stewart, 2009), as the lengthy process of refinement undergone by the concept of vulnerability shows (Guillaumont, 2009).

A notable dimension of this ambiguity is represented by the fact that either *country* or *state* is interchangeably matched with the label “fragile”. To provide a telling example, we can observe that the World Bank, where the expression *Low-Income Countries Under Stress* (LICUS) had been coined, proposed to adopt, in its own work, the term *fragile state* in order “to facilitate a harmonized approach, and recognizing the increased international use of the term fragile states” (World Bank, 2005), as if the choice of the referring to either a country or a state was immaterial. (1)

Besides the fuzziness that surrounds the definition of fragility, Cammack *et al.*, (2006), observe that:

“the word ‘fragile’ is often substituted without a precise change in meaning by ‘failed’, ‘failing’, ‘crisis’, ‘weak’, ‘rogue’, ‘collapsed’, ‘poorly performing’, ‘ineffective’, or ‘shadow’; a fragile state may also be called a ‘country at risk of instability’ or ‘under stress’, or even a ‘difficult partner’.” (2)

It is also a common practice to refer to the countries in the *Bottom Billion* as fragile countries (for example, Zoellick, 2008), though this list of countries was defined - but not disclosed (3) - by Paul Collier on a set of criteria which are admittedly *unrelated* to any definition of fragility. (4)

The loosely-defined character of the concept of fragility is a disturbing feature from both an academic and from a policy-oriented perspective, as an unwarranted perception of coincidence among rather different approaches which use the same jargon can be highly misleading. The purpose of this paper is thus to review briefly the genesis of the concept of fragility, and the varying nuances that have characterised this word since it became a widely-referred to term in the literature on development studies. Such an effort is crucial, as different understandings of what fragility involves have relevant implications in terms of policy design.

### 3. How Fragility Made Its Way in the Development Discourse

Notwithstanding its recent appearance in the development discourse, the definition of fragility varies substantially across different institutions. (5) We distinguish between three separate groups of definitions, according to the basis on their focus and breadth. The first two sets of definitions relate fragility to state institutions, and differ with respect to the yardstick which is relied upon to assess fragility.

The first set of definitions takes a strong normative stance, identifying a set of core policy objectives, and interpreting fragility as a mis-alignment between these policy objectives and the ones that are actually pursued by state institutions. Hence, this set of definitions opts for an *outcome-based* concept of fragility, in which the outcomes can be either the public policies themselves, or their ensuing consequences in terms of service provision to citizens, and of the authority and legitimacy of state institutions.

The second set of definitions has a more limited normative content, and relates fragility to the social contract, whose content is endogenously determined by the interaction



between the state and society. Here, the *procedural* dimension is predominant as far as the assessment of fragility is concerned.

Finally, the third set of definitions moves beyond the focus on state structures alone, as it emphasises that also non-state actors play a crucial role in shaping the institutional structure of a country, and in determining its fragility. A broad *procedural* dimension is thus crucial even for this set of definition as far as the assessment of fragility is concerned.

### **3.1 Fragility and the relationship with the donor community**

The first set of definitions originates from a debate that is entirely developed outside the developing countries and which was triggered by the shock of the 9/11 attack, on one hand, and by the growing donors' concerns for a group of countries which increasingly appear to be left behind by the prevailing aid allocation systems in the race towards the Millennium Development Goals.

The 1990s and the early 2000s were marked both by a progressive shift away from *project-based* assistance towards budget support, and by an increasing recognition of the role of the policies adopted by the governments in recipient countries in mediating the impact of aid programmes (Chhotray and Hulme, 2009). The combined effect of these two major changes was an increase in aid selectivity, loosely-defined as an attempt to reward the countries which were regarded as good performers with growing aid flows. The flip-side of the coin of a *performance-based* allocation mechanism was that some countries became *aid orphans*, as countries characterised by what was perceived as poor - and not development-oriented - governance recorded sharply declining and volatile aid flows (Levin and Dollar, 2005; Fielding and Mavrotas, 2008). The growing emphasis on aid selectivity, which was reflected in the so-called Monterrey Consensus, and which led to a substantial shift in bilateral aid allocation (Dollar and Levin, 2006), confronted the donors with a hard to solve *Samaritan's Dilemma*. The incentive mechanism which informed aid selectivity came at the high cost of reducing aid where it was most needed, albeit where it was probably least effective.

Such a policy shift on the donors' part also endangered the progress towards the current core targets of the development efforts, namely, the Millennium Development Goals. This set of goals is to be achieved by the year 2015, a time-frame that is too short to allow the incentive mechanism agreed upon in the Monterrey Consensus to bring non-performing countries back on the track of sound, development-oriented, policies. Hence, a strict adherence to the aid selectivity principle could come at the cost of failing to achieve the targets which were set by the United Nations in September 2000.

Two of the most recent editions of the *Global Monitoring Report* by the World Bank (2007, 2009), evidenced that countries with ineffective or poorly-functioning institutions are not progressing towards the achievement of the MDGs, or are even moving backwards. These countries have recently begun to be labelled as *fragile* countries, though - as recalled in the introduction - a rich variety of differently nuanced terms can be found in the literature.

At the same time, the debate on fragile countries has come along with a renewed emphasis on the link between development and security. Countries permeable to



criminal activities and networks, with latent sources of political instability, with a pervasive sense of mistrust or grievance towards state institutions, or with state institutions not responding to the Weberian definition of the monopoly on the legitimate use of physical violence have emerged as an international priority since the mid-1990s. The new interest for these countries is motivated (6), not only by the severe violations of human rights suffered by their people, but also by the possible negative spill-overs to security in other countries. After the terrorist attack of 9/11 which dramatically revealed the weaknesses of global security in the post-Cold War world order, the international community became fully aware of the lack of an adequate operational and conceptual framework to guide international interventions and assistance in these countries which were regarded as potential threat to global security (Châtaigner and Ouarzazi, 2007) (7).

Thus, the growing concern about how to deal with fragile countries “appeared as a political response to an operational issue” (Guillaumont and Guillaumont Jeanneney, 2009), namely, the troubles faced by donor agencies in inter-acting with “countries where there is a lack of political commitment and insufficient capacity to develop and implement pro-poor policies” (OECD/DAC, 2006). (8) This definition provided by the OECD Development Assistance Committee (DAC) evidences that the notion of a fragile country is intrinsically a relational one, as it refers to a mis-alignment between the political will - or its capacity - of a country and the universal priorities set out by the donor community.

The definitions adopted by other international organisations and development agencies have stressed that fragile countries represent difficult partners, and a challenging test for aid effectiveness because of the low capacity or development orientation of their state structures. The World Bank, (9) for instance, relies on the Country Policy and Institutional Assessment (CPIA), a rating system used to assess the quality of the policies in a country and its eligibility for IDA funds according to the *performance-based* allocation (PBA) system. The classification by USAID is also based upon the government’s capacity and willingness, the only difference being that the reference to the core state functions is more explicit. The label “fragile” denotes those states which are unable or unwilling to ensure adequately the provision of security, basic and vital services to significant groups of their populations, where the legitimacy of the government is questioned, weak or non-existent, or where the central government does not exert effective control over its own territory, or where violent conflict is taking place or where there is a high risk of outbreaks of violence (USAID, 2005).

Stewart and Brown (2009) propose an *outcome-based* definition of fragility, which covers “states that are failing, or at risk of failing, with respect to authority, comprehensive service entitlements or legitimacy”. These three dimensions are closely intertwined, as “failure on one of the three dimensions [...] generally predisposes to failure on other(s)”, and the definition has a normative content in so far since it requires the identification of the set of services that the state should be providing to the population. (10)

Despite their differences, these definitions - either implicitly or explicitly - question the political priorities set by a country, or upon its ability to pursue them. Under this perspective, the use of the expression “fragile country” therefore becomes politically sensitive and highly contentious. Paul Collier (2007), for instance, did not initially



disclose the list of countries that form its world-famous *Bottom Billion* as “this is not a company that countries are keen to be in”. The Declaration after the EU-Africa Summit held in Lisbon on 8-9 December 2007 does not contain an explicit reference to fragile countries, although - independently of the various possible definitions and measurements - Sub-Saharan Africa always provides the majority of the countries which are classified under this label. The Declaration, which is meant to lay the foundations for “a new strategic political partnership for the future”, only mentions that “Africa and the EU will also hold a dialogue on the concept of ‘situations of fragility’ aimed at reaching a common understanding and agreeing on steps that could be taken”.

The uneasy feeling associated with being labelled as *fragile* is also clearly connected with the great deal of discretion that any underlying definition involves and with partner countries’ fear of stereotypes and stigmatization which can jeopardize their international image, climate investment, economic and development perspectives (Faria and Ferreira, 2007). The negative reaction to the debate on fragility by these countries is also associated with the meaning that this expression has outside the development arena, where it is used - along with the stronger term *failed* - to designate the countries which could represent a threat to global security. Finally, recipient countries might be concerned about the possible consequences for their sovereignty of international interventions driven by a strong emphasis on the security-development nexus. Some authors, for instance, explicitly call for the adoption of a broader set of tools, including military intervention, to deal with the development challenge that these countries pose (see, for instance, Bourguignon *et al.*, 2008, and Collier, 2009).

### 3.2 Fragility and the relationship between the state and the society

The reluctance by aid recipient countries to accept the label *fragile*, because of its intrinsically normative content and political sensitivity, could hinder the diplomatic dialogue with the donor community. This is why, just a few months after the definition that we recalled above, the OECD Development Assistance Committee began to refer also to *situations of fragility*, broadening the focus from the state alone (OECD/DAC, 2007), and, in its *Principles for Good International Engagement*, made the statement that “a durable exit from poverty and insecurity for the world’s most fragile states will need to be driven by their own leadership and people”. The long-term goal of an engagement in these countries is “to *help national reformers* to build effective, legitimate, and resilient state institutions, capable of engaging productively with their people to promote sustained development” (OECD/DAC, 2007; emphasis added). Even if this shift might not eliminate a country’s perception of being subject to an external discretionary and negative judgement, the reference to national reformers helps to convey the idea that overcoming fragility is a locally-owned process, which should respect people’s right to self-determination, and which can only be marginally influenced by external actors.

One related change in the definition is a shift away from a definition of fragility that - albeit implicitly - focuses on the relationship between a country and the donor community, to definitions turning inwards to domestic dynamics. The Council of the European Union (2007) acknowledged that: “[...] fragility refers to weak or failing structures and to situations where the social contract is broken”.



The reference to the social contract, which is the outcome of a never-ending bargaining process between society and the state, substantially broadens the relevance of the pervasive effects of fragility. A similar approach is pursued by OECD DAC, (2008), which proposes:

“modifying the OECD DAC definition of a fragile state, simply as one unable to meet its population’s expectations or manage changes in expectations and capacity through the political process.”

Such a definition does not take a stance with respect to the actual content of the expectations held by the population, and it introduces an interesting dynamic aspect in the definition, as fragility can be regarded as the inability to manage the perturbations that can affect changes in the expectations, or in the capacity of the state to meet them. Such a focus is in line with the argument by Balianoune-Lutz and McGillivray (2008), who argue that the term “fragile state” should be used just to “delineate states only in terms of their likelihood of breaking-up or vulnerability to downside shocks”, which is precisely what OECD DAC, (2008) does. The break-up of the equilibrium which occurs whenever the mis-alignment between the ability of the state to meet the expectations of the population creates an element of latent instability, which may lead to a conflict, which, in turn, represents the ultimate manifestation of fragility.

This perspective - which conceives state fragility as the risk that state institutions may lose their legitimacy and effectiveness - is close to the definition proposed by Ikpe (2007), who relates fragility to “the capacity of the state to adapt to changed circumstances, protect citizens, absorb shocks and manage conflict without resort to violence”. Moving to the economic sphere, this approach is also close to the one described by Guillaumont and Guillaumont Jeanneney (2009), who portray fragility as the inability of a state to implement appropriate coping policies in the face of adverse shocks.

Following this line of argument, what is fragile, namely, what “can be easily damaged or broken”, as the *Oxford English Dictionary* reads, is the peaceful, though dialectic, inter-action between society, population groups and the state. When this dynamic system is fragile, it is exposed to a high risk of breakdown even in the face of small shocks. As specified in the definition proposed by the Crisis State Research Centre (2006), the opposite of a “fragile state” is a state “where dominant or statutory institutional arrangements appear able to withstand internal and external shocks and contestation remains within the boundaries of reigning institutional arrangements”. State fragility still pivots on state functioning, but is not evaluated in relation to external or international development goals, but in relation to state ability to mediate, to settle, to meet - either converging or conflicting - expectations and claims expressed at different levels of the social structures (families, clans, political parties, multinational and domestic enterprises) regardless of the content of these expectations. These are regarded as being endogenously determined, even though the donor and development community has tried to identify when states are more at risk of failing to fulfil the expectations of its citizens. Thus, the Council of the European Union (2007) suggests that the social contract is most likely to be broken when the state is incapable or unwilling:

“to deal with its basic functions, meet its obligations and responsibilities regarding the rule of law, protection of human rights



and fundamental freedoms, security and safety of its population, poverty reduction, service delivery, the transparent and equitable management of resources and access to power.” (Council of the European Union, 2007)

The Crisis State Research Centre (2006) attempts to detect some typologies of state institutional arrangements that can embody and reproduce conditions of crisis in the economic, social and political domains, such as property rights which re-inforce stagnation or low rates of economic growth, or imply extreme inequalities. Kaplan (2008) pushes this argument further by defining fragile countries upon the basis of some structural features in the design of the state institutions. The author observes that the arbitrariness of the borders drawn in Africa at the time of the colonial rule forced “multiple identity groups with little common history to work together” with the result that the current legal and political systems in Sub-Saharan African countries do not reflect the values, beliefs, and ways of social organisation recognised by the local populations.

### **3.3 Fragility and institutions beyond state structures**

According to the definitions which refer to the social contract and to the expectations held by the population, both society groups and individuals are meant to express their needs, wishes, and also to bring their contestations and to exert checks and balances towards state institutions, which, in turn, are called to respond to their requests. Therefore, this perspective implicitly entails a passive view of citizens, even though they are acknowledged to be last holders of the right to self-governance. Some authors have moved to definitions which attempt to account for the active role of non-state institutions and social groups in shaping a country’s self-governance system. An interesting definition, for instance, is offered by Engberg-Pedersen *et al.*, (2008), who move beyond the exclusive focus on the state, which characterises the definitions that we have reviewed so far, and define a situation of fragility as “institutional instability undermining the predictability, transparency and accountability of public decision processes and the provision of security and social services to the population”. Though OECD DAC (2007) also refers to situations of fragility, it states that donors should “focus on state-building as the central objective”. Conversely, Engberg-Pedersen *et al.* (2008) argue that, “in fragile situations where the state is absent or very weak, non-state authorities often perform state-like functions with respect to the provision of security and social services”. (11)

This interpretation is based upon the recognition that multiple authorities perceived as legitimate and multiple sources of service provision can exist at a level above the state in a given territory. While this is not a cause of instability *per se*, when the inter-actions, interests, and governance forms of these non-state groups and institutions are irreconcilable each other, or beyond the control of the state and in opposition to it, the existing formal and informal institutional arrangements are in a situation of fragility, namely, they run the risk of failing to meet the different sets of expectations and of bringing them into equilibrium.



#### 4. Fragile - or Fragility?

The differences among the alternative sets of definitions could - at first sight - be regarded as terminological disputes whose relevance is solely academic, but they do actually have a salient content also as far as policy design is concerned. The various definitions of fragility hide a further - and possibly more profound - divergence: Is it possible draw a line to separate fragile from non-fragile countries upon the basis of a relevant discontinuity in the factors that are thought to identify a situation of fragility? The answer to such a question is crucial for policy design: the external engagement towards these countries can be reflective of specific priorities or modality of interventions *only* if fragile countries can be credibly singled out. Conversely, even if such a distinction was not grounded solidly, fragility would still be relevant for policy design, as it would emphasise the central role of local institutions in mediating the effects of external engagement towards *any* country.

The definitions pertaining to the first set are more easily susceptible to a quantitative measurement of fragility, and provide an affirmative answer to the question above, by setting a - either relative or absolute - threshold that identifies fragile countries. But such an option is not uncontested in the literature, with arguments that are unrelated to the - admittedly controversial in itself - challenge of operationalising a definition of fragility into some form of measurement (see DIE and UNDP, 2009).

The objection is theoretical, and is based upon the argument that “[...] a rigorous distinction between fragile and non-fragile states seems unsustainable” (Engberg-Pedersen *et al.*, 2008), as there is a spectrum of fragility, which “is found in all but the most developed and institutionalised states” (OECD/DAC, 2008). Such a criticism is not limited to the definitions which focus on the *procedural* dimensions: Baliamoune-Lutz and McGillivray (2008) argue that “if we associate fragility to aid effectiveness, all countries are fragile to the extent that their ability to use aid differs”. In this latter respect, the identification of the existing best practices in aid policies to fragile states by Manor (2007) revealed that:

“we expected that the approaches widely-used by donors in countries that are not fragile states would be inappropriate in the extremely difficult environments examined here. That turned out to be true, but only to a limited extent. Many well-accepted principles and strategies have proved their worth in these countries, although they often need some adjustment.” (Manor, 2007)

Given the current low-rating of the *one size fits all* approaches to the design of development policies, there is little surprise at the fact that interventions in fragile states “need some adjustment”, while what is remarkable here is that well-established patterns of interventions have been found to work well even in countries that are portrayed as the toughest development challenges. Though this argument cannot go all the way to claiming that fragile countries do not pose specific challenges to the engagement of donors, what needs to be emphasised is that this evidence gives rise to a further question: namely, if well-functioning policies need to be context-specific, what do we gain from including some countries under the broadly-defined group of fragile countries?



Several authors argued that the ensuing gain is, indeed, limited. Briscoe (2008) wonders “whether an effective, targeted policy can be derived from an all-encompassing label”, as “there is little to hold state fragility together other than its symptoms: poverty, insecurity, proneness to conflict, corruption”. Chesterman *et al.*, (2004), quoted in Faria and Magalhães Ferreira (2007), extended to the case in question the initial lines of *Anna Karenina* by Leo Tolstoy: “all happy families are happy alike; while every unhappy family is unhappy in its own way”. Fragility is a heterogeneous and multi-faceted phenomenon, no differently from familial unhappiness. The empirical analysis that Stewart and Brown (2009) adopt reveals that most of the countries fail along just one of the three dimensions of state fragility, and none of them fails in all the dimensions, so that every country is fragile in its own way.

## **5. Theoretical and Policy Implications of the Different Definitions of Fragility**

The debate around fragility has, to date, provided a valuable contribution in highlighting the side-effects of *performance-based* aid allocation systems and of the poverty-efficient allocation paradigm which are adopted by the donor community. These can also lead to the paradox that development assistance channels less aid to countries which need it most, though they are possibly the least able to use it effectively. The discourse on fragile countries, therefore, has had an important *advocacy* role. Econometric estimates by Feeny and McGillivray (2009), in particular, find that many fragile countries, identified on the basis of the CPIA score, were under-aided also relative to their capacities to convert aid efficiently into economic growth. The widespread bad neighbour effects due to fragility (Chauvet and Collier, 2004) reinforce the case for increasing aid flows to these countries, in as much as it contributes to increase the chance for a sustained institutional turnaround (Chauvet and Collier, 2008).

Moreover, the literature on fragility has brought back the political dimension to the attention of debate on development and aid policy design. While it is widely recognised that institutions and governance matter to economic development and aid effectiveness, the debate on fragility has stressed that the functioning of the state and, more generally, the functioning of institutions need to be considered in the definition of aid and development assistance modalities and tools.

However, the contribution of the discourse on fragility to the design of development policies could be substantially expanded if the fuzziness around the definition of fragility itself were - at least partly - clarified. This is so because, at present, alternative definitions of fragility have considerably different - and, at times, contrasting - implications when it comes to selecting both the priorities and adequate instruments for intervention.

The first set of definitions emphasises the distinctive traits of a specific group of countries, and it thus supports the case for tailor-made delivery systems, which reflect the specific challenges that fragile countries pose. Supporting their progress towards the MDGs necessarily requires taking the institutional context of the recipient countries as given, because of the achievement of the goals is set for 2015. Pursuing this objective might be in conflict with the long-term goal of strengthening state institutions (OECD/DAC, 2007), as it could call for a channelling of funds outside state institutions,



given their current limited capacity or development-orientation. Hence, aid effectiveness could be improved through tailor-made modalities which need not be consistent with state-building. Aid modalities, such as budget-support, which could contribute to the strengthening of state institutions, face the risk of a limited effectiveness - as far as major development outcomes are concerned - in the short run.

The label of fragile country would thus signal the high priority for the donor community to improve aid effectiveness towards the countries which are defined as such, but it could still be of limited use in pursuing such an improvement. This is so because of the high heterogeneity of fragile countries which was recalled above, which creates the need to adapt modalities of intervention to context-specific priorities, institutional settings and political settlements. This, in turn, indirectly cast doubts on the operational relevance of the concept of the fragility. (12)

The second set of definitions identifies state-building as the central objective of external engagement towards fragile countries. The emphasis on the *procedural* dimensions suggests that the efforts to promote the strengthening of state institutions should not be limited only to what concerns the capacity of state institutions, but also to their perceived legitimacy. Restoring or creating capacity is *per se* insufficient to overcome the fragility which emerges from the relationship between the state capacity and the expectations held by the various social groups. Externally-driven improvements in development outcomes which are not perceived as being the result of state interventions, would produce little to no effect on the legitimacy of state institutions, which should be pursued even at the cost of a lower effectiveness.

The third set of definitions does not actually identify a distinct set of priorities, but instead signals which are the relevant local factors that should be carefully considered by external actors. Engberg-Pedersen *et al.* (2008) argue that a narrow focus on the strengthening of the capacity and legitimacy of the state to abide by the social contract could be ill-founded, due to the crucial role played by non-state actors in situations of fragility.

Along the same lines, González Aimé (2008) criticises the view of societies as “passive victims rather than political actors”, in what she considers the prevailing conceptual and analytical framework applied in the design of international development assistance towards fragile countries. Specifically, “the international response to these states - which are perceived as anomalous spaces - has neglected the possibility that they may be political spaces, in the process of re-organising themselves” (González Aimé, 2008). Indeed, anecdotic evidence suggests that there may be well-functioning institutions which external actors should not ignore once they engage in the country, even in what is a clear case of state collapse. (13) The role of local political actors, which could act either as spoilers or as drivers of change, need to be carefully analysed and understood, in order to understand what the scope of external engagement is, and what its chances of success are.

The definitions of the third group - and some of the second one as well (14) - also imply that the notion of fragility should be used as a dimension, rather than as a categorisation or as a criterion for classification, since it does not allow for the identification of a separate group of countries which are labelled as fragile. Under this perspective, “fragility” could be assessed with reference to all political and socio-economic systems,



and this concept could provide an analytical framework, instead of identifying a group of countries requiring specific tools of interventions, and with specific priorities. This approach could be also consistent with the need for development assistance to be based upon conceptualisation and theoretical constructs accepted by all counterparts, and which do not create a sense of stigmatisation in partner stakeholders.

## 6. Concluding Remarks

This brief overview of the concept of fragility has allowed us to shed some light on the theoretical and policy implications of this notion, on its potential and actual contributions, as well as on its existing weaknesses and ambiguities. In the light of this critical review, we argue that the debate on fragility has led to two main conclusions which deserve further research. On the one hand, the priorities, modalities and tools for aid and development assistance should be informed by the understanding of state functioning and of the sense of trust and legitimacy attributed to institutions. On the other hand, external interventions should be rooted in baseline assessments of - either state or non-state - basic service providers, power-selection mechanisms, public decision-making processes, and existing authorities, acknowledged as legitimate by the populations. This approach is, first and foremost, meant to complement and mutually reinforce humanitarian principles. Though citizenships' expectations are culturally and country's specific, the need to ensure the provision of the basic needs and human rights of the population remains the guiding principle of development assistance. At the same time, the capacity of existing institutions to meet the basic needs of the population and respect its rights constitutes the condition and the primary source of their legitimacy.

The need for a deeply-rooted knowledge of the *political* and *institutional* dimensions of *any* context in which external actors engage themselves is a relevant methodological contribution of the third set of definitions of fragility. This requires accurately respecting and operationalising the first of the OECD DAC principles, which calls for "taking context as the starting point" (OECD/DAC, 2007). If external actors fail to take account of the inherently political character of interventions in situations of fragility, then their engagement may not only be ineffective, but could also even be counter-productive. The road to be travelled is a long and difficult one, as the operationalisation of this principle requires analytical instruments which have not yet been refined, and that often do not pertain to the toolbox of the actors engaged on the ground. Nevertheless, a move in this direction is necessary to bring the tough challenge posed by fragility within reach.<sup>(15)</sup>

## Notes

1. In this paper, the use of either of the two expressions does not reflect its endorsement; instead, it reflects the stances taken by the various definitions to which we refer.
2. Zoellick (2008) recently added, to this - rather long - list, the expression "broken states", but "in most cases, these labels do not have a meaning that is clearly understood far beyond the author who has used them", as Cammack *et al.*, (2006), argue.
3. The list of 58 countries was disclosed by the author in his recent book *Wars, Guns and Votes - Democracy in Dangerous Places*.



4. For instance, landlockedness is one of the four criteria that Collier (2007) refers to when identifying and characterising countries which are classified in the *Bottom Billion*.
5. The overview of definitions of fragility that we provide in this paper is deliberately partial, as this is meant to convey some basic features of the debate around this concept; see DIE and UNDP (2009) for a detailed and exhaustive list of definitions.
6. The centrality of security concerns in the debate on fragile countries is mirrored by distribution of aid flows: in 2007, the two main conflict-settings in the scenario of world politics - Afghanistan and Iraq - and two big players in highly unstable regions - Pakistan and Ethiopia - absorbed half of the aid directed to the countries classified as fragile by OECD (OECD, 2009).
7. It worth underlining that, however, the link between state fragility and trans-national threats does not reflect a shared consensus in the literature; on this topic, see Chandler (2006), Hehir (2007), Newman (2007) and Patrick (2007).
8. “When it appeared clear that countries facing particularly difficult situations could not receive much from the PBA, although they could need more, the answer was then to give them a specific treatment for effectiveness or security reasons. Fragile states were first identified, by one way or another, as countries where the PBA should not apply.” (Guillaumont and Guillaumont Jeanneney, 2009).
9. The World Bank definition is [available online](#).
10. “No matter what the claimed purpose is, the practice of measurement [of fragility] will always contain a normative dimension, and this foundation of values often stems from the producers’ interest.” (DIE and UNDP, 2009).
11. Many examples of non-state systems of provision of security, justice and basic social services in Afghanistan, Burundi, Rwanda, Sierra Leone, Somalia, Sudan, Timor Leste fragile are illustrated by Scheye (2009).
12. A telling example of the limited operational relevance is reflected in the fact that many contributions on fragility introduce further taxonomies of fragile countries or situations of fragility once it comes to choosing from among the alternative strategies of interventions; see, for instance, the discussion about budget support in OECD/DAC (2008).
13. For instance, the provision of law and order in Somalia, the text-book case of state fragility, is ensured by the so-called Islamic courts, and “*shari’a* courts perform an instrumental function in creating legal order [...] under anarchy, dispute resolution is free and speedy by international standards”, as Leeson (2007) observes. The author argues that, though the current condition is far from being ideal, it has, nevertheless, improved, compared to the pre-1991 situation, and this is not limited to the judicial system. The *Human Development Report 2001 - Somalia* observes that, there were more primary schools in the country in the early 2000s than in the late 1980s, and the private sector has been effective also in the provision of water and electricity (UNDP, 2001).
14. See, for instance, Ikpe (2007), and Balamoune-Lutz and McGillivray (2008).
15. The authors are grateful to Luca Alinovi, Stefano Bartolini, Nicolò Bellanca, François Bourguignon, Sara Turchetti and Franco Volpi for their comments on earlier



drafts of this paper, which was prepared for the European Report on Development 2009, *Overcoming Fragility in Africa - Forging a New European Approach*; the usual disclaimers apply.

## References

Baliamoune-Lutz, M., McGillivray, M., 2008, *State Fragility - Concept and Measurement*, Research Paper No. 2008/44, Helsinki, World Institute for Development Economics Research.

Bourguignon, F., Bénassy-Quéré, A., Dercon, S., Estache, A., Gunning, J. W., Kanbur, R., Klasen, S., Maxwell, S., Platteau, J.-P., Spadaro, A., 2008, *Millennium Development Goals at Midpoint: Where Do We Stand and Where Do We Need to Go?*, background paper for the European Report on Development 2009.

Briscoe, I., 2008, The EU response to fragile states, *European Security Review* 42.

Cammack, D., McLeod, D., Rocha Menocal, A., Christiansen, K., 2006, *Donors and the 'Fragile States' Agenda: A Survey of Current Thinking and Practice*, Report submitted to the Japan International Cooperation Agency, London, Overseas Development Institute.

Carment, D., Yiagadeesen, S., Prest, S., 2008, State Fragility and Implications for Aid Allocation: An Empirical Analysis, *Conflict Management and Peace Science* 25, 349-373.

Chandler, D., 2006, *Empire in Denial: The Politics of State-Building*, London: Pluto Press.

Châtaigner, J.M., Ouarzazi, L., 2007, Fragile states and the new international disorder, *FRIDE Comment*, Madrid: Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior.

Chauvet, L., Collier, P., 2008, What are the Preconditions for Turnarounds in Failing States?, *Conflict Management and Peace Science* 25 (4), 332-348.

Chauvet, L., Collier, P., 2004, *Development Effectiveness in Fragile States: Spillovers and Turnarounds*, Center for the Study of African Economies, Department of Economics, Oxford University.

Chesterman, S., Ignatieff, M., Thakur, R., 2004, *Making States Work: From state failure to state-building*, New York, International Peace Academy/ United Nations University,

Chhotray, V., Hulme, D., 2009, Contrasting Visions for Aid and Governance in the 21st Century: The White House Millennium Challenge Account and DFID's Drivers of Change, *World Development* 37 (1), 36-49.

Collier, P., 2009, *Wars, Guns, and Votes*, New York: Harpers Collins Publishers.

Collier, P., 2007, *The Bottom Billion*, Oxford: Oxford University Press.

Council of the European Union, 2007, *Council Conclusions on a EU response to situations of fragility*, 2831st External Relations Council meeting, Brussels, 19-20 November 2007.



- DIE, UNDP, 2009, *Users' Guide on Measuring Fragility*, Bonn: German Development Institute, and Oslo: United Nations Development Programme, Oslo Governance Centre.
- Dollar, D., Levin, V., 2006, The Increasing Selectivity of Foreign Aid, 1984-2003, *World Development* 34 (12), 2034-2046.
- Engberg-Pedersen, L., Andersen, L., Stepputat, F., 2008, *Fragile Situations - Current Debates and Central Dilemmas*, Report No 2008:9, Copenhagen: Danish Institute for International Studies
- Faria, F., Magalhães Ferreira, P., 2007, *Situation of Fragility: Challenges for an European Response Strategy*, Maastricht: European Centre for Development Policy Management.
- Feeny, S., McGillivray, M., 2009, Aid allocation to fragile states: Absorptive capacity constraints, *Journal of International Development* 21 (5), 618-632.
- Fielding, D., Mavrotas, G., 2008, Aid Volatility and Donor-Recipient Characteristics in 'Difficult Partnership Countries', *Economica* 75, 481-494.
- González Aimé, E., 2008, *Fragile states and neoliberalism in Sub-Saharan Africa*, mimeo, Madrid: Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior.
- Guillaumont, P., 2009, *Caught in the Trap. Identifying the Least Developed Countries*, Paris: Economica ,
- Guillaumont, P., Guillaumont Jeanneney, S., 2009, *State fragility and economic vulnerability: what is measured and why?*, background paper for the European Report on Development 2009.
- Hehir, A., 2007, The Myth of the Failed State and the War on Terror: A Challenge to the Conventional Wisdom, *Journal of Intervention and State Building* 1 (3), 307-332.
- Ikpe, E., 2007, Challenging the discourse on fragile states, *Conflict Security & Development* 7 (1), 85-124.
- Kaplan, S., 2008, *Fixing Fragile States: A New Paradigm for Development*, Praeger.
- Leeson, P.T., 2007, Better off stateless: Somalia before and after government collapse, *Journal of Comparative Economics* 35, 689-710.
- Levin, V., Dollar, D., 2005, *The Forgotten States: Aid Volumes and Volatility in Difficult Partnership Countries (1992-2002)*, Summary paper prepared for the DAC Learning and Advisory Process in Difficult Partnership, mimeo.
- Manor, J., 2007, *Aid That Works*, Washington, the World Bank.
- McGillivray, M., 2006, *Aid Allocation and Fragile States*, Research Paper No. 2006/1, Helsinki, World Institute for Development Economics Research.
- Newman, E., 2007, Weak States, State Failure, and Terrorism, *Terrorism and Political Violence* 19 (4), 463-88.
- OECD/DAC, 2008, *Concepts and Dilemmas of State Building in Fragile Situations - From Fragility to Resilience*, Paris.



OECD/DAC, 2007, *Principles for Good International Engagement in Fragile States and Situations*, Paris.

OECD/DAC, 2006, *Fragile States: Policy Commitment and Principles for Good International Engagement in Fragile States and Situations*, DAC Senior Level Meeting, December 5-6.

Patrick, S., 2007, "Failed" States and Global Security: Empirical Questions and Policy Dilemmas, *International Studies Review*, 9: 644-62.

Rosenstein-Rodan, P.N., 1943, Problems of Industrialisation of Eastern and South-Eastern Europe, *The Economic Journal*, 53: 202-211.

Rostow, W.W., 1959, The Stages of Economic Growth, *The Economic History Review*, 12: 1-16.

Scheye, E., 2009, State-Provided Service, Contracting Out, and Non-State Networks: Justice and Security as Public and Private Goods and Services, Discussion Paper, INCAF/PDG, Paris, OECD.

Stewart, F., Brown, G., 2009, *Fragile States*, Working Paper No. 51, Oxford, Centre for Research on Inequality, Human Security and Ethnicity.

UNDP, 2001, *Human Development Report 2001 - Somalia*, New York. USAID, 2005, *Fragile States Strategy*, U.S. Agency for International Development, Washington D.C.

World Bank, 2009, *Global Monitoring Report 2009 - A Development Emergency*, Washington D.C.

World Bank, 2007, *Global Monitoring Report 2007 - Confronting the Challenges of Gender Equality and Fragile States*, Washington D.C.

World Bank, 2005, *Low-Income Countries Under Stress: Update*, Operations Policy and Country Services, Washington D.C.

Zoellick, R.B., 2008, Fragile States: Securing Development, *Survival* 50 (6), 67-84.

# El uso del velo islámico en el sistema educativo español

Raquel Tejón Sánchez

## 1. Introducción

Una de las cuestiones relacionadas con la población musulmana que ha suscitado un debate social más amplio en Europa en los últimos años es la presencia del velo islámico o *hiyab* en el ámbito educativo. España no es una excepción (1). El supuesto que ha acaparado mayoritariamente la atención de los medios de comunicación y la doctrina jurídica es el uso del *hiyab* por alumnas de centros docentes públicos (2).

En un primer momento, los conflictos se referían a la objeción de conciencia planteada por algunas alumnas musulmanas en relación con asignaturas como la educación física, no tanto por el contenido de las mismas, cuanto por las exigencias de vestuario que implicaba cursarlas (3). Pronto, sin embargo, la negativa de algunos centros a que las alumnas portaran este símbolo hizo necesario solucionar la negativa de los padres a escolarizar a las menores sin *hiyab*. En el primer supuesto del que tuvimos noticia, en 2002, el problema se veía agravado porque el centro asignado a la menor era un centro concertado con ideario católico (4). Ante la imposibilidad de alcanzar un acuerdo con los padres y el centro, la Administración educativa (en concreto la Consejería de Educación de la Comunidad de Madrid) decidió asignar un centro de titularidad pública a la niña; sin embargo, este centro público también se negó a permitir el uso del pañuelo islámico, hasta que fue obligado a ello por la Consejería, para evitar que la menor permaneciera sin escolarizar (5).

Desde entonces se han venido sucediendo conflictos de este tipo en distintas Comunidades Autónomas, de los que han dado cuenta puntualmente los medios de comunicación, que han sido resueltos en el ámbito administrativo, generalmente remitiendo la cuestión al Consejo Escolar del centro (6) y las previsiones de su reglamento interno (7). El último caso ha tenido lugar hace unos meses, cuando otro centro madrileño impedía acudir a clase con *hiyab* a una alumna de 16 años que, por cierto, manifestaba llevar el mismo en contra de la opinión de su padre. La medida se adoptaba en aplicación de una disposición de su reglamento interno que impedía llevar la cabeza cubierta (8), si bien se permitió a la menor permanecer en la sala de visitas del centro durante toda la jornada lectiva. Tras considerar la modificación del reglamento, el Consejo Escolar rechazó esta posibilidad, por lo que la Consejería de Educación propuso trasladar a la menor a otro centro cercano al suyo, que no prohibía cubrirse la cabeza. Inmediatamente después, este segundo centro procedió a modificar su normativa interna para establecer esta prohibición, con lo que la alumna fue finalmente trasladada a un tercer centro, tras anunciar la familia su intención de interponer los recursos administrativos y acciones judiciales pertinentes.

A diferencia de lo que sucede en algunos países de nuestro entorno, como Francia (9), en que el problema ha sido regulado legislativamente, en España no existe una solución legal que permita dar respuesta, con carácter general, a esta cuestión. Ni siquiera existen



resoluciones judiciales que hayan intentado poner fin a alguno de los conflictos a los que venimos asistiendo periódicamente en la última década.

La solución debe buscarse, por tanto, en las disposiciones legales vigentes, partiendo, como no puede ser de otra forma, de las previsiones constitucionales, en concreto del respeto a los principios y derechos consagrados en nuestra norma fundamental.

En todo caso, hay que tener presente que el *hiyab* no es el único supuesto posible de uso de símbolos religiosos por alguno de los miembros de la comunidad escolar; piénsese en el hábito de las monjas o la sotana de los sacerdotes católicos, la *kippá* judía o la posibilidad de portar al cuello símbolos más o menos notorios como cruces, estrellas de David, manos de Fátima, etc. La imposibilidad de establecer diferencias por razón de creencias o religión, salvo que exista una justificación razonable para ello (arts. 9.2 y 14 de la Constitución Española (10)), obliga a aplicar la misma solución a todos los supuestos de empleo de símbolos religiosos en las aulas de los centros educativos de titularidad pública, con independencia de la ideología religiosa concreta que el símbolo represente (11).

## 2. *Hiyab* y derechos constitucionales

Como punto de partida para intentar resolver la cuestión, hay que afirmar que el empleo del pañuelo islámico (como el de otros símbolos religiosos) forma parte del ejercicio de dos derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos a toda persona: la libertad de conciencia y el derecho a la propia imagen (12).

El primero de estos derechos, recogido en el art. 16 C.E. bajo la expresión “*libertad ideológica, religiosa y de culto*”, posibilita no sólo adoptar, sino también manifestar y expresar libremente creencias e ideologías (13), mientras que el derecho a la propia imagen del art. 18 C.E. permite a los individuos la libre conformación de su aspecto físico o exterior (14).

En gran parte de los supuestos, este símbolo religioso es, además, un elemento constitutivo de la identidad cultural de la mujer que lo porta (15).

No obstante, el hecho de entender el uso del *hiyab* como manifestación de un derecho fundamental no impide su eventual limitación en determinadas circunstancias. Ningún derecho es ilimitado y los arriba aludidos tampoco.

En el caso de la libertad religiosa, la propia Constitución alude al “*orden público protegido por la ley*” como elemento, el único, cuyo mantenimiento puede justificar el establecimiento de limitaciones en el ejercicio de dicha libertad (art. 16.1 C.E.). Esta previsión constitucional ha sido desarrollada por la Ley Orgánica de Libertad Religiosa (16), afirmando que son elementos constitutivos del orden público “*la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública*” (17).

## 3. La moral pública

Para cierto sector doctrinal, la protección del orden público, y en concreto de la moral pública como elemento integrante del mismo, obliga a limitar el uso de determinados símbolos religiosos, específicamente el *hiyab* de las mujeres musulmanas. Se afirma que se trata de un elemento impuesto a la mujer por los varones de su familia, que además



tiene como objetivo poner de manifiesto la diferencia entre ambos sexos y, en último extremo, la discriminación de la mujer y que, por tanto, resulta contrario a la moralidad pública.

Obviamente, el principio de igualdad, incluida la igualdad por razón de sexo, forma parte de la moral pública, que es entendida por nuestro Tribunal Constitucional como el *mínimum* ético acogido por el Derecho (18). Sin embargo, sin entrar a analizar el origen y significado actual del velo islámico (19), por exceder del objeto de nuestro estudio, no podemos compartir la afirmación de que el mismo es un símbolo impuesto en todo caso. En la mayoría de los supuestos de la única imposición que puede hablarse es de la imposición u obligación de conciencia, es decir, la mujer entiende el *hiyab* como obligatorio desde el punto de vista de sus propias creencias o conciencia individual. Es una “obligación” que no se diferencia en nada de otro tipo de obligaciones impuestas por todas las religiones a sus fieles; las mujeres musulmanas entienden necesario su cumplimiento para comportarse de conformidad con su propia conciencia o su identidad cultural. Por tanto, no puede hablarse de falta de voluntariedad (20).

Estas afirmaciones pueden aplicarse tanto a mayores como a menores de edad, circunstancia esta última que se da en el caso de uso del *hiyab* por alumnas de centros docentes no universitarios. La Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (21) atribuye expresamente a los mismos la titularidad del derecho a la propia imagen (22) y de la libertad de conciencia (23), sin más limitaciones en este caso que las “*prescritas por la Ley y el respeto de los derechos y libertades fundamentales de los demás*” (24). Por su parte la Ley Orgánica del Derecho a la Educación (25) afirma la vigencia en el ámbito educativo tanto del derecho a la identidad, como de la libertad de conciencia (26).

Es posible, y de hecho así sucede, que en algunos supuestos concretos el pañuelo sea un elemento impuesto a la mujer islámica en contra de su voluntad, como símbolo de sumisión al varón. Pero ello no puede llevar a prohibir su uso con carácter general, del mismo modo que el hecho de que algunas culturas impongan el matrimonio concertado a la mujer y el mismo conlleve la absoluta sumisión de ésta al marido no lleva a prohibir el matrimonio con carácter general a las mujeres pertenecientes a estas culturas o religiones. En esos casos, es decir, cuando no sea portado libremente, el uso del *hiyab* excede del ejercicio de la libertad religiosa constitucional y legalmente tutelado, y no solo podrá, sino que deberá ser limitado. No obstante, dicha limitación sólo podrá ser establecida tras verificarse en sede judicial, en atención a las circunstancias concretas del caso, que efectivamente ha sido impuesto por otra persona (27). En ningún caso será posible la aplicación del orden público de forma preventiva (28).

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional español, los límites a los derechos fundamentales deben tener carácter excepcional (29) y ser interpretados de forma restrictiva, en el sentido más favorable a la eficacia y esencia de tales derechos (30). Además, en virtud de lo establecido en el art. 10.2 C.E, que exige interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales de conformidad con los tratados internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, será necesario que los límites a la libertad de conciencia sean determinados de forma expresa por ley, con el fin de proteger los valores, principios y derechos vigentes en el marco de una sociedad democrática (31). Así lo establecen la Declaración Universal de Derechos Humanos



(32), el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (33), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (34) o la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (35).

Este es un elemento a tener en cuenta porque, como ya se ha puesto de manifiesto, en la mayoría de los conflictos que ha planteado en España el uso del *hiyab* por alumnas de centros públicos, se ha dejado la solución en manos de la normativa de régimen interno elaborada por el centro, normativa que en muchos casos prohíbe a los alumnos llevar cubierta la cabeza por razones de orden, y que supone que las alumnas musulmanas puedan portar o no este símbolo religioso en función del centro en que estén escolarizadas. Pues bien, como hemos afirmado, el uso del *hiyab* supone el ejercicio de un derecho constitucionalmente tutelado que, como tal, debe ser protegido en condiciones de igualdad a todos los ciudadanos y solo puede verse restringido por ley o decisión judicial, por lo que no puede quedar en manos del Consejo Escolar del centro (36), ni de su reglamento interno, por mucho que el mismo haya sido dictado en ejercicio de la autonomía organizativa reconocida legalmente a los centros docentes (37).

En nuestra opinión, ni siquiera las Comunidades Autónomas, que actualmente son la instancia competente en materia educativa, podrían limitar legalmente con carácter general el uso del *hiyab* en sus centros educativos (38). La competencia exclusiva para “*la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos*” corresponde al Estado (39), y sólo él, atendiendo a la justificación y proporcionalidad de la medida adoptada en función de los elementos arriba expuestos, podría limitar legalmente el uso de símbolos religiosos.

#### **4. Los derechos de los miembros de la comunidad escolar**

Otro de los elementos que puede justificar la limitación del uso de símbolos religiosos en general, y del *hiyab* en particular, es el respeto a los derechos fundamentales del resto de la comunidad educativa. En este sentido, cuando son las profesoras quienes portan el velo islámico, se afirma que no es admisible su uso en centros públicos en los supuestos en que tenga carácter proselitista o adoctrinador. El empleo de símbolos religiosos por los profesores en estos casos no sólo estarían vulnerando el derechos de los padres a elegir la formación religiosa o moral que deseen para sus hijos (40), sino también el derecho a la libertad de conciencia de los alumnos, incidiendo en la libre formación de la misma.

Lo relevante en estos supuestos es determinar el carácter proselitista del símbolo religioso, y a estos efectos habrá que tener presente nuevamente las circunstancias particulares de cada caso (41).

Obviamente, la capacidad del profesorado de incidir en la libre formación de la conciencia del menor no es la misma en todos los niveles educativos, dado el distinto grado de madurez de los alumnos, por lo que entendemos que esta afirmación no es aplicable a la educación universitaria. Y, por las razones ya expuestas, en nuestra opinión tampoco es posible realizar generalizaciones como la que entiende que el uso del *hiyab* por las profesoras, cualquiera que sea el nivel educativo en que se produzca, tiene en todo caso ese efecto proselitista y transmite valores contrarios a la igualdad de sexos (42). La mayor visibilidad o el carácter ostensible de un símbolo religioso no



significa necesariamente que el mismo sea portado con intención proselitista o de provocación, como parece haber entendido el legislador francés.

La laicidad o neutralidad ideológica que debe presidir necesariamente los centros educativos de titularidad pública impide a los docentes que llevan a cabo su actividad en dichos centros adoctrinar en uno u otro sentido a sus alumnos (43), por lo que cuando el uso del *hiyab* tenga este efecto no puede permitirse su presencia. Pero la neutralidad del centro no implica que la docente deba renunciar a su libertad de conciencia o su identidad en el ejercicio de sus funciones; cuando la manifestación de estas creencias no incida en la libre formación de la conciencia del menor, no puede alegarse dicha neutralidad para impedir el uso de símbolos religiosos, incluido el velo<sup>44</sup>.

Por otro lado, la salvaguarda de bienes jurídicos como la salud o la integridad personal puede justificar, como ha afirmado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que el uso de determinados símbolos sea limitado en atención a las características concretas de las actividades a desarrollar. El ejemplo típico es la prohibición de portar el *hiyab* en laboratorios o durante la clase de educación física (45), o al menos la obligación de que el mismo sea colocado de forma que no ponga en peligro la seguridad de la alumna (46).

## 5. Objeto y fines de la educación

El ámbito concreto al que nos estamos refiriendo, la escuela pública, hace necesario que cualquier solución a adoptar sobre el uso del velo islámico tenga en cuenta las previsiones y principios constitucionales en materia educativa y su desarrollo legislativo.

Así, además del reconocimiento del derecho a la educación y la libertad de enseñanza (que incluye el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones), es imprescindible tomar en consideración los fines que el art. 27.2 C.E. otorga a la educación, al afirmar que la misma “*tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales*”. En el mismo sentido, la L.O.E. enumera, entre los principios que inspiran el sistema educativo español “*la transmisión y puesta en práctica de valores que favorezcan la libertad personal, la responsabilidad, la ciudadanía democrática, la solidaridad, la tolerancia, la igualdad, el respeto y la justicia, así como que ayuden a superar cualquier tipo de discriminación*” (47). Y entre los fines de este sistema educativo se alude a “*la educación en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia, así como en la prevención de conflictos y la resolución pacífica de los mismos*” (48).

Por un lado, las previsiones constitucionales y legales mencionadas obligan a limitar el uso del *hiyab*, tanto a alumnas como profesoras, cuando el mismo incida negativamente en la correcta prestación del servicio público o en la convivencia pacífica entre los miembros de la comunidad escolar (49)

Y por otro lado, la obligada transmisión a través de nuestro sistema educativo de valores y principios democráticos, entre los que se encuentran el pluralismo y la tolerancia, desaconseja la prohibición del pañuelo islámico salvo en los supuestos ya comentados: por ser contrario al orden público, impedir el correcto funcionamiento y convivencia en el centro o vulnerar la libertad de conciencia de otros miembros de la comunidad, en



especial de los alumnos. Fuera de estos casos, los símbolos religiosos que portan los distintos miembros de la comunidad escolar pueden ayudar a transmitir dichos valores y principios, mientras que su prohibición puede afectar negativamente a su comprensión por parte del alumnado. Como ha escrito CASTRO JOVER, hay que plantearse “*qué efecto tendría para el alumnado en formación que se impidiera a una profesora el uso de un signo ostentorio de la religión a la que pertenece siendo una buena profesional y ejerciendo su función docente con absoluto respeto a los derechos de los demás [...], prohibir a las profesoras llevar signos de identidad ostentorios transmite al alumnado que hay religiones buenas y malas y esa educación es contraria a los valores constitucionales por discriminatoria*” (50). El mismo argumento debe aplicarse a los supuestos en que el símbolo religioso sea portado por alumnas.

Hay que tener presente, además, que la prohibición de portar el *hiyab* no consigue en muchos casos el efecto deseado. La imposibilidad de que las alumnas musulmanas usen el mismo en centros públicos puede tener como consecuencia que abandonen el centro público, como ha sucedido en Francia (51), o en el peor de los casos, como ha sucedido en España, que la alumna pase varias semanas en la sala de visitas del centro, apartada de sus compañeros, o incluso que abandone el sistema educativo, con las consecuencias que ello puede tener en su derecho a la educación (52). Este debe ser un motivo de reflexión incluso para quienes ven en el pañuelo islámico un símbolo de discriminación, pues en el último caso al que hemos asistido en España, la negativa del centro a que una alumna musulmana acuda a clase con *hiyab* ha hecho que otras tres alumnas musulmanas, que hasta ese momento no tenían ninguna intención de llevar al pañuelo, decidieran llevarlo en señal de protesta y apoyo a su compañera.

Así lo ha mantenido el Consejo de Europa recientemente, tanto en la Resolución de 23 de junio de 2010 ya citada (53), como en la Recomendación de la misma fecha, en la que pide a los Estados que no establezcan prohibiciones generales en este sentido (54), al tiempo que invita a penalizar las conductas que impliquen imponer coactivamente a las mujeres el uso de este tipo de prendas (55).

## **6. A modo de conclusión**

Lo expuesto hasta aquí nos lleva a abogar por una interpretación restrictiva de los supuestos que justifican la prohibición del *hiyab* como manifestación de la conciencia o identidad individual.

El uso del *hiyab* por alumnas y profesoras forma parte del contenido de dos derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos a todos los individuos, la libertad de conciencia y el derecho a la propia imagen. La tutela de estos derechos y la obligada transmisión a través del sistema educativo del respeto a los principios y valores democráticos exigen que, con carácter general, deba afirmarse la libertad para portar el pañuelo islámico en centros docentes públicos y que, a falta de legislación estatal específica, su limitación o prohibición solo pueda determinarse judicialmente, tras verificar el órgano jurisdiccional, en atención a las circunstancias concretas, la incompatibilidad del símbolo con el orden público, el respeto a los derechos de los demás miembros de la comunidad educativa o el correcto funcionamiento del servicio público.



## Notas

1. Los datos estadísticos sobre la población musulmana en España pueden consultarse en PARDO PRIETO, P.: “[El islamismo español en los acuerdos de 1992](#)”, en *Jura Gentium. Revista de Filosofía del Derecho Internacional y de la Política Global*, vol. VI (2010), pp. 1-3.

2. Cuando aludimos a centros públicos estamos haciendo referencia, en este caso, a centros de titularidad pública. Los centros de titularidad privada financiados con fondos públicos plantean peculiaridades por lo que respecta al tema que nos ocupa, ya que los mismos pueden mantener un ideario o carácter propio. Sobre el sistema educativo español vigente vid. LLAMAZARES FERNANDEZ, D.: *Derecho de la libertad de conciencia II. Libertad de conciencia, identidad personal y solidaridad*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2007, pp. 86-101.

3. CASTRO JOVER, A.: “Inmigración, pluralismo religioso-cultural y educación”, en *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos*, nº 2 (2002), pp. 105-110.

4. Sobre la escolarización de alumnos musulmanes en centros educativos con ideario católico, vid. CASTRO JOVER, A.: “Inmigración, pluralismo religioso-cultural y educación: la utilización de signos de identidad en la escuela” en [Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose](#), diciembre 2004, p. 7.

5. Vid. CAÑAMARES ARRIBAS, S.: “El empleo de simbología religiosa en España”, en [Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose](#), abril 2005, pp. 8-10 y MOTILLA, A.: “El problema del velo islámico en Europa y en España”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XX (2004), pp. 107-109.

6. El Consejo Escolar es el órgano de gobierno de los centros, compuesto por representantes de los distintos sectores de la comunidad educativa: equipo directivo, profesores, padres, alumnos, personal de administración y servicios y Ayuntamiento (art. 126 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación. En adelante L.O.E.). Entre sus funciones, además de aprobar las normas de organización y funcionamiento del centro, la L.O.E. incluye “conocer la resolución de conflictos disciplinarios y velar porque se atengan a la normativa vigente” (art. 127 apartado f) o “proponer medidas e iniciativas que favorezcan la convivencia en el centro, la igualdad entre hombres y mujeres y la resolución pacífica de conflictos en todos los ámbitos de la vida personal, familiar y social” (art. 127 apartado g).

7. De conformidad con el art. 124 L.O.E., las normas de organización y funcionamiento de los centros serán elaboradas por los mismos y “deberán incluir las que garanticen el cumplimiento del plan de convivencia”.

8. El Reglamento de Régimen Interior del I.E.S. Camilo José Cela de Pozuelo de Alarcón, aprobado por el Consejo Escolar el 30 de octubre de 2007, establece en su art. 32, entre las normas de conducta, la necesidad de que los alumnos acudan a clase “correctamente vestidos, con objeto de evitar distracciones a sus compañeros”, afirmando que “en el interior de los edificios no se permitirá el uso de gorras no de ninguna otra prenda que cubra la cabeza”. No obstante, en ningún momento se planteó la necesidad de compatibilizar esta disposición con lo dispuesto en el art. 15 del mismo Reglamento, al recoger, entre los derechos de los alumnos, el derecho a “que se respete



*su identidad*” (apartado a), así como *”su libertad de conciencia, sus convicciones religiosas y sus convicciones morales de acuerdo con la Constitución”* (apartado e).

9. Los aspectos jurídicos, políticos y sociológicos del proceso que llevó en 2004 a la prohibición del velo en la escuela pública francesa pueden consultarse en CHELIN-PONT, B.: “Opinión pública francesa y el velo islámico”, en *Derecho y Religión*, vol. I (2006), pp. 263-284.

10. En adelante C.E.

11. En el mismo sentido se pronuncia JOPPKE al analizar el caso alemán en “Los musulmanes y el velo. Alemania vista a través de la experiencia de Francia”, en *Revista Internacional de Filosofía Política*, nº. 24 (2004), p. 67.

12. Entre los autores que entienden el uso de símbolos religiosos como ejercicio del derecho a la propia imagen vid. ALAEZ CORRAL, B.: “Símbolos religiosos y derechos fundamentales en la relación escolar”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº. 67, (2003), p. 113; ALENDA SALINAS, M.: “Libertad de conciencia del menor y uso de signos de identidad religioso-culturales”, en SOROETA LICERAS, J (ed.): *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. IV, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2002, p. 78; CASTRO JOVER, A: “Símbolos, ceremonias, manifestaciones religiosas y poderes públicos”, en *Jornadas Jurídicas sobre Libertad Religiosa en España*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2008, pp. 798-799 y CONTRERAS MAZARIO, J.M. y CELADOR ANGÓN, O.: *Laicidad, manifestaciones religiosas e instituciones públicas*, Fundación Alternativas, Madrid, 2007, p. 40.

13. Sobre la denominación y contenido del derecho recogido en el art. 16 C.E. vid. LLAMAZARES FERNANDEZ, D.: *Derecho de la libertad de conciencia I. Libertad de conciencia y laicidad*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2007, pp. 310 y ss.

14. Vid. CUERDA RIEZU, A. “El velo islámico y el derecho a la propia imagen”, en *Parlamento y Constitución*, nº 11 (2008), pp. 247-256.

15. Vid. CASTRO JOVER, A: “Símbolos, ceremonias, manifestaciones religiosas...”, *cit.*, pp. 93-95. Sin embargo, esta afirmación no puede emplearse, como se hace en ocasiones, como argumento en contra del *hiyab*, apelando a una errónea identificación entre el uso del mismo y el integrismo islámico, identificado a su vez con el terrorismo tras los sucesos del 11 de septiembre.

16. L.O. 7/1980, de 5 de julio, actualmente en proceso de modificación. En adelante L.O.L.R

17. Art. 3.1.

18. STC 62/1982, de 15 de octubre, FJ5

19. Pese a que hoy es automática la identificación entre el uso del velo y la religión islámica, este símbolo también está presente en la cultura cristiana, como ponen de manifiesto PUZÓN, J. y SANCHEZ RODRIGUEZ, F.: “El velo islámico *-hiyab-* como elemento de debate en torno a los Derechos Fundamentales y la Constitución Europea”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº. 8, octubre 2005, pp. 5-6.



20. Como pone de manifiesto FERRARI, la afirmación de que el *hiyab* debe prohibirse en todo caso por constituir un símbolo de la discriminación femenina parte de una concepción excesivamente proteccionista y paternalista del Estado (“La ragioni del velo”, en *Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose*, noviembre 2004, p.1). RELAÑO y GARAY critican también esta actitud paternalista por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Leyla Sahin vs. Turquía (“Iostemores del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al velo islámico: Leyla Sahin contra Turquía”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº. 12, octubre 2006, pp. 23-24).

21. L.O. 1/1996, de 15 de enero.

22. Art. 4.1

23. Art. 6.1

24. Art. 6.2

25. L.O. 8/1985, de 3 de julio. En adelante L.O.D.E.

26. Art. 6.3, apartados b) y e), de conformidad con la redacción dada a los mismos por la Disposición Final Primera de la L.O.E.

27. También PUZON Y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ afirman la necesidad de que el juez analice *ad casum* individualizadamente la posibilidad de limitar el derecho de libertad religiosa, sin acogerse a reglas preestablecidas (“El velo islámico *-hiyab-* como elemento de debate...”, *cit.*, p. 14).

28. Así lo ha afirmado expresamente el Tribunal Constitucional en STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 11. En el mismo sentido CASTRO JOVER, A.: “Símbolos, ceremonias, manifestaciones religiosas...”, *cit.*, p. 799 y CAÑAMARES, S.: “El empleo de simbología religiosa en España”, *cit.*, p. 7.

29. STC 46/2002, FJ 11.

30. STC 159/86, de 12 de diciembre, FJ 6.

31. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho de la libertad de conciencia I...*, *cit.*, pp. 335-336.

32. Art. 29.2

33. Art. 9.2. Así se afirma expresamente en la Resolución del Consejo de Europa de 23 de junio de 2010, al aludir a la posibilidad de limitar el uso de símbolos religiosos como el *burka* o el *niqab* por parte de las mujeres islámicas. Tras poner de manifiesto que distintos estados europeos están estudiando la posibilidad de incluir en sus legislaciones normas que prohíban el uso de estos símbolos, la resolución recuerda lo siguiente: “Article 9 of the ECHR includes the right of individuals to choose freely to wear or not to wear religious clothing in private or in public. Legal restrictions to this freedom may be justified where necessary in a democratic society, in particular for security purposes or where public or professional functions of individuals require their religious neutrality or that their face can be seen. However, a general prohibition of wearing the burqa and the niqab would deny women, who freely desire to do so, their right to cover their face” (n. 16).



34. Art. 18.3

35. Art. 52

36. Sobre la imposibilidad de que el Consejo Escolar del centro adopte medidas que entren en conflicto con nuestro sistema de derechos vid. ALENDA SALINAS, M.: “Libertad de conciencia del menor...”, *cit.*, p. 64.

37. Vid. arts. 120.2 y 124 L.O.E.

38. ROCA califica de “*dudosa*” la competencia de la Administración autonómica en este sentido (“La jurisprudencia y la doctrina alemana e italiana sobre simbología religiosa en la escuela y los principios de tolerancia y laicidad. Crítica y propuestas para el Derecho español”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*”, vol. XXII, 2007, p. 288).

39. Art. 149.1.1ª C.E.

40. Art. 27.3 C.E.

41. La toma en consideración de las circunstancias concretas del caso deberían haber llevado al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en nuestra opinión, a emitir un fallo distinto en el caso Dahlab contra Suiza (STEDH de 15 de febrero de 2001). No parece que pueda afirmarse sin más que el uso del pañuelo islámico por una profesora de enseñanza primaria incide en la libre formación de la conciencia de sus alumnos y puede transmitir valores contrarios a la igualdad de sexos, cuando dicha profesora venía portando el símbolo en el aula desde hacía varios años, y este hecho nunca había planteado ningún problema para los padres o los alumnos.

42. Llama poderosamente la atención que en algunos casos, quienes mantienen estas afirmaciones no se muestren contrarios a la educación segregada en centros educativos concretados con ideario católico, o afirmen que la presencia de crucifijos en las aulas de los centros públicos posee una significación cultural, que no tiene que afectar necesariamente a la libertad de conciencia de los miembros de la comunidad escolar.

43. STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 9.

44. En contra ALENDA, para quien debe prohibirse a los profesores la posibilidad de portar símbolos religiosos en centros públicos “*en aras de la neutralidad estatal que debe alcanzar al docente*”. “La presencia de símbolos religiosos en las aulas públicas, con especial referencia a la cuestión del velo islámico”, en [\*Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado\*](#), nº. 9, septiembre 2005, p. 25.

45. SSTEDH de 4 de diciembre de 2008, Asuntos Dogru contra Francia y Kervanci contra Francia.

46. Sobre la posibilidad de limitar el uso del velo por su incompatibilidad con la actividad a desarrollar y las soluciones adoptadas por diversos ordenamientos europeos vid. MOTILLA, A.: “El problema del velo islámico en Europa y en España”, *cit.*, pp. 106-107 y 110-111.

47. Art. 1.c

48. Art. 2.1.c



49. CONTRERAS MAZARIO, J.M. y CELADOR ANGÓN, O.: *Laicidad, manifestaciones religiosas e instituciones públicas*, cit., pp. 40-41.

50. CASTRO JOVER, A.: “Símbolos, ceremonias, manifestaciones religiosas...”, cit., pp. 813-814. También ALAEZ CORRAL alude al fomento del pluralismo en el ámbito educativo como elemento que desaconseja la prohibición de símbolos religioso (“Símbolos religiosos y derechos fundamentales...”, cit., pp. 118-121).

51. CUERDA RIEZU, A. “El velo islámico y el derecho a la propia imagen”, cit., p. 254.

52. Vid. FRAILE ORTIZ, M.: “Algunas actuaciones de las autoridades europeas sobre el uso del velo islámico en el ámbito educativo”, en *Cuadernos de Derecho Público*, n° 24 (2005), p. 212. Sobre el papel de la educación en la emancipación de las mujeres musulmanas vid. PEREZ BELTRAN, C.: “Mujer árabe, cambio social e identidad islámica”, en *Derecho y Religión*, vol. I (2006), pp. 247-250.

53. “..., a general prohibition might have the adverse effect of generating family and community pressure on Muslim women to stay at home and confine themselves to contacts with other women. Muslim women could be further excluded if they were to leave educational institutions, stay away from public places and abandon work outside their communities, in order not to break with their family tradition. Therefore, the Assembly calls on member states to develop targeted policies intended to raise awareness of the rights of Muslim women, help them to take part in public life and offer them equal opportunities to pursue a professional life and gain social and economic independence. In this respect, the education of young Muslim women as well as of their parents and families is crucial. It is especially necessary to remove all forms of discrimination against girls and to develop education on gender equality, without stereotypes and at all levels of the education system” (n. 17).

54. “ call on member states not to establish a general ban of the full veiling or other religious or special clothing, but to protect women from all physical and psychological duress as well as their free choice to wear religious or special clothing and ensure equal opportunities for Muslim women to participate in public life and pursue education and professional activities; legal restrictions on this freedom may be justified where necessary in a democratic society, in particular for security purposes or where public or professional functions of individuals require their religious neutrality or that their face can be seen” (n. 3.13).

55. “invite states to guarantee women’s freedom of expression by penalising, on the one hand, all forms of coercion, oppression or violence that compel women to wear the veil or the full veil, and by creating, on the other hand, social and economic conditions enabling women to make informed choices though the promotion of genuine policies on equal opportunities for women and men which embody access to education, training, employment and housing” (n. 3.15)

# LETTURE

# **Islam in Europa/Islam in Italia**

**a cura di Orsetta Giolo**

In questa sezione sono raccolti gli interventi di Paolo Branca, Nicola Fiorita e Orsetta Giolo, relatori al seminario organizzato presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Firenze il 7 aprile 2009, in discussione del volume *Islam in Europa/Islam in Italia. Tra diritto e società*, a cura di Alessandro Ferrari, il Mulino, Bologna 2008, pp. 370.

## **Commento a Islam in Europa/Islam in Italia**

### **Nicola Fiorita**

Dopo alcuni anni in cui si è discusso fin troppo di Islam, questi primi mesi del 2009, così densi di angosce finanziarie e di duelli tra cultura laica e gerarchie cattoliche, sembrano aver cancellato il “problema mussulmano” dall'elenco delle priorità pubbliche. Questa minore attenzione mediatica permette comunque di sganciarsi dalle pressioni dell'attualità e di accostarsi al “tema Islam” con una visione più pacata e più meditata. Il volume curato da Alessandro Ferrari fornisce a chi si voglia cimentare in questa operazione una solidissima base di partenza, non tanto e non solo per le conoscenze e gli approfondimenti che lo connotano ma anche e soprattutto per il modo con cui propone questi elementi al dibattito.

Già nelle primissime pagine del volume viene scandito l'impianto su cui si innestano tutti i contributi che poi si susseguono. Vi è, nitida, l'indicazione di privilegiare nello studio dell'Islam l'interdisciplinarietà, la contaminazione tra saperi e sensibilità, alla ricerca evidentemente di una ricchezza di linguaggio e di metodologia che possa riflettere la ricchezza dell'oggetto studiato. Vi è la condivisibile individuazione dei profili maggiormente problematici dell'Islam che attraversa questi nostri tempi, con la conseguente perimetrazione di tre spazi strategici entro cui far confluire le analisi: la famiglia, la scuola e il problema della rappresentanza, specie nella delicata versione relativa alla scelta e alla formazione degli imam. Vi è, ancora, la consapevolezza che tali profili non possono essere affrontati con lo sguardo miope che si posa solo sulle cose vicine, richiedendo invece una comparazione continua tra le scelte compiute dall'ordinamento giuridico di casa nostra e quelle proprie di altri Stati. E, infine, vi è la richiesta rivolta a tutti gli operatori giuridici, ma principalmente al legislatore, di compiere uno sforzo che consenta di mantenere la questione islamica all'interno di una prospettiva complessiva. Una prospettiva che non può che risultare orientata dai principi costituzionali e che deve accompagnare la riconduzione della regolamentazione dell'Islam nell'alveo del diritto generale, ponendo fine alla tendenza a trattare in forma eccezionale le controversie che riguardino i musulmani e restituendo così assoluta centralità al fondamentale principio di uguaglianza.

La crisi di quest'ultimo principio, che è evidentemente crisi che travalica la questione islamica ma che proprio qui si produce nelle sue forme più manifeste, genera infatti un gravissimo pericolo: il pericolo che per le più diverse motivazioni l'Islam venga



confinato in un angolo buio dell'ordinamento giuridico, in uno scantinato normativo dove i principi generali non valgono più e dove le soluzioni sono cercate caso per caso sull'onda delle emozioni, delle tensioni o comunque di istanze emergenziali.

Un rischio accentuato dallo iato enorme che oramai separa le riflessioni dei giuristi dalle reazioni dell'opinione pubblica e della politica (che peraltro sempre di più finiscono con il divenire indistinguibili). Basti pensare al caso aretino richiamato nelle sue conclusioni da Margiotta Broglio e che ho avuto modo di seguire da vicino. Per quanto incredibile possa sembrare, il rifiuto del Consiglio della circoscrizione di Rigutino di concedere la possibilità ai musulmani di essere seppelliti nel cimitero comunale, in ragione delle regole confessionali che impongono la sepoltura perpetua, ha costretto la giunta aretina ad accantonare le proprie proposte di regolamentazione della materia in spregio a qualsiasi principio giuridico e, direi, a qualsiasi principio di umana ragionevolezza.

Ma è soprattutto la conoscenza della legislazione degli altri ordinamenti, la cui ricostruzione è operata da Felice Dassetto, a dimostrare quanto peculiare sia la difficoltà italiana ad allargare le maglie del proprio diritto fino a farvi rientrare l'Islam. Una difficoltà che ovviamente non è sconosciuta a tutti gli Stati occidentali ma che solo nel nostro Paese sembra progressivamente trasformarsi in una inopinata e pericolosissima indifferenza. Da questo punto di vista, occorre segnalare come la nuova fase apertasi con la legislatura in corso si sia contraddistinta, almeno fino ad ora, per la totale rimozione del problema Islam dall'agenda di governo. Il problema Islam - ovvero quali risposte fornire alle domande scaturenti dalla presenza massiccia nel nostro territorio di fedeli di una confessione religiosa così peculiare, come collocarla all'interno del quadro giuridico che è venuto sin qui delineandosi - è stato semplicemente cancellato, sostituito silenziosamente dal problema delle persone che lo incarnano, ovvero dagli immigrati.

Non si discute più di un'intesa con l'Islam o con una parte dell'Islam, si è accantonata l'idea di una legge generale sulla libertà religiosa che prenda il posto della legge sui culti ammessi e intervenga a regolamentare la vita delle confessioni senza intesa, si è tacitamente affossata la Consulta islamica che pure era stata istituita dalla medesima maggioranza che oggi governa il Paese e finanche la Carta dei Valori sembra miseramente abbandonata al suo destino.

La questione religiosa, con tutti suoi principi costituzionali di riferimento, è sostanzialmente scomparsa e ciò sembra funzionale al contestuale deterioramento della condizione giuridica degli immigrati, attraverso disposizioni allarmanti come quella che istituisce le ronde o quella che dispone la denuncia degli irregolari da parte dei medici o attraverso provvedimenti semplicemente ridicoli come quello che introduce il divieto di consumare kebab all'interno della cinta muraria di Lucca.

Occorre, dunque, restituire visibilità alle esigenze e alle richieste religiose dei musulmani che vivono in Italia e, più in generale (e riprendo qui un passo del contributo di Tariq Ramadan) occorre ridare visibilità all'Islam, immettere l'Islam nel circuito democratico, ovvero creare le condizioni perché i musulmani possano pienamente partecipare alla vita pubblica e così fidarsi dello Stato e la restante popolazione possa sbarazzarsi della diffidenza verso chi non si conosce e così fidarsi del nuovo arrivato.

In questo senso non può non convenirsi con quanto affermato da tutti gli autori che sono intervenuti in questo libro, ovvero che la soluzione del problema Islam passa da una



## JURA GENTIUM



disponibilità reciproca che permetta di coniugare il rispetto dei principi generali con l'accoglienza della diversità islamica, separando dal grande insieme delle tradizioni e delle narrazioni di una esperienza millenaria e plurale ciò che sarà accoglibile da ciò che inevitabilmente non lo potrà essere. Ma, come ricorda Silvio Ferrari, questa opera di selezione non passa necessariamente per la creazione di organi *ad hoc* o per la predisposizione di documenti appositi. Per quanto l'Islam si presenti al nostro ordinamento con una cifra di complessità inedita, la vera sfida è piuttosto quella di sciogliere i nodi senza operare stravolgimenti di fondo del nostro sistema. Il modello italiano di regolamentazione del fenomeno religioso può (e, a mio avviso, deve) resistere a questa tensione, trattandosi semplicemente di predisporre gli adattamenti funzionali a governare le speciali difficoltà indotte dal consolidamento della presenza islamica nel nostro paese.

E venendo proprio alla situazione italiana, estremamente utile mi sembra il lavoro di Stefano Allievi che nel suo contributo procede ad un aggiornamento della struttura organizzativa dell'Islam che agisce nell'ambito dei nostri confini, fornendo materiale di grande interesse per future riflessioni. Ma già da adesso possiamo chiederci se l'affossamento della Consulta islamica e il ridotto fascino sprigionato dalla Carta dei Valori - indipendentemente dal giudizio che ognuno di noi si è formato su queste esperienze - non abbiano scontato in buona parte la recente scelta di isolare l'U.C.O.I.I., ovvero l'organizzazione islamica maggioritaria nel panorama nazionale. La determinazione, chiaramente percepibile nella Relazione sull'Islam predisposta dal Consiglio scientifico nominato dal ministro Amato, di agevolare la formazione di un Islam italiano coeso e malleabile ha inevitabilmente prodotto delle fratture che hanno indebolito la Consulta, organo nato con l'opposto scopo di garantire la rappresentanza più ampia dell'Islam italiano, ma ha anche debilitato la Carta dei valori accentuandone il carattere politico ed escludente rispetto a quello giuridico ed inclusivo. Considerazioni su cui occorrerà ritornare quando, e prima o poi dovrà accadere, anche l'attuale Ministro dell'Interno intenderà abbozzare una sua politica ecclesiastica.

In questo contesto, comunque, è ovvio che la questione dell'intesa - cui pure sono dedicati i due pregevoli saggi di Colaianni e Casuscelli - diviene meno urgente e meno attraente, non apparendo credibile che nell'attuale clima sociale e politico si possa giungere alla stipulazione di un accordo - più o meno esteso, più o meno soddisfacente - tra il Governo e una qualche rappresentanza dell'Islam. Ciò non toglie che la realtà continui a premere e che i lavoratori musulmani rivendichino il diritto di interrompere la propria attività per pregare, che i genitori chiedano che i propri figli possano accedere a menu religiosamente compatibili nelle mense scolastiche, che sorgano qua e là delle scuole islamiche, che giungano in Italia famiglie poligamiche, che i fedeli si riuniscano in qualche garage per esercitare il culto e così via. In questo senso, merita richiamare l'avvertenza contenuta nello scritto di Werner Menski, laddove si rimarca come il semplice disconoscimento di esigenze nuove e specifiche non disinnesci di certo i conflitti, rischiando al contrario di condurre alla predisposizione di un diritto inefficace e di agevolare il confinamento di determinati comportamenti e pratiche nell'invisibilità giuridica, in quegli scantinati di cui parlavo in precedenza dove il diritto non vede e l'ordinamento non duole ma anche là dove non arriva l'integrazione e alligna il rischio che nascano società parallele, ghetti, comunità chiuse e impermeabili alla modernità che



## JURA GENTIUM



sono - come evidenza ancora Margiotta Broglio - il vero rischio che le società europee devono neutralizzare.

Tra le tante questioni aperte ne scelgo due su cui soffermarmi brevemente, quella delle moschee e quella degli imam, ritenendo che esse rappresentino le sfide più urgenti per il nostro ordinamento.

Scrivo nel suo intervento Paolo Branca, che la funzione sociale aggregante e politica, naturalmente propria delle moschee, è destinata a divenire ancora più marcata in terra di emigrazione, per la tendenza di questi luoghi a fungere da principali se non esclusivi punti di riferimento delle neonate comunità locali di immigrati di fede islamica. Se ciò è vero, le moschee si collocano necessariamente al centro di ogni riflessione sull'Islam che vive attorno a noi. E come sempre, quando si parla di Islam occorrerà evitare ogni tipo di forzatura. Non si dovrà cioè negare l'esistenza di problemi connessi a questa dimensione - uno per tutti, che le moschee divengano luogo di reclutamento o comunque di diffusione di un Islam storico e politico - ma allo stesso modo non si dovrà strumentalizzare qualche elemento di criticità per giungere a negare ai musulmani quanto riconosciuto a tutti gli altri, come per l'appunto avviene nelle proposte giuridicamente aberranti di sottoporre all'esperimento di un previo referendum popolare l'apertura di una moschea.

I medesimi problemi, peraltro, si erano presentati con qualche anno di anticipo anche in Francia, eppure oggi - come apprendiamo dall'intervento della Basdevant-Gaudemet - in questo Paese si contano 1.700 luoghi di culto islamici, di cui almeno la metà vere e proprie moschee, la questione è stata al centro di uno studio approfondito da parte di una apposita commissione governativa e le istituzioni cercano di garantire il rispetto delle regole vigenti superando le diffuse resistenze locali. Fatta la tara di tutte le differenze di tempo e di luogo, di tutte le diversità di contesto e di storia, delle specificità nazionali, di eventuali rimasugli di cattiva coscienza coloniale (che pure dovrebbero condizionare anche noi italiani) e di ogni altra circostanza rilevante resta il fatto che in un sistema improntato alla cosiddetta *laïcité de combat* e fermo nel ribadire il divieto di finanziamenti pubblici per la costruzione di edifici di culto le moschee si costruiscono e si aprono, mentre nel nostro sistema improntato al *favor religionis* e alla laicità positiva, prodigo di finanziamenti pubblici per tutto ciò che abbia anche la minima parvenza di religioso, le moschee non si costruiscono e i luoghi di culto islamici si chiudono per l'una o per l'altra ragione.

Quanto agli imam, ancora una volta si tratta di una questione che si propone in tutti gli ordinamenti europei senza che vi siano a disposizione soluzioni magiche o esperienze collaudate. Al contrario, non vi è dubbio che in Europa questa funzione sia attualmente esercitata da un ceto di funzionari religiosi complessivamente inadeguato al ruolo cruciale che la prassi gli consegna, essendo essi chiamati a svolgere una delicatissima attività di mediazione tra la comunità religiosa e le istituzioni pubbliche, a guidare quella medesima comunità in un contesto sociale improntato a valori non islamici, ma anche a traghettare verso sponde ignote un Islam europeo che cambia giorno dopo giorno, assecondandone l'ibridazione permanente o, al contrario, negandone la vitalità. Un ceto che si rivela inadeguato di fronte a sfide così impegnative perché almeno in parte composto da soggetti che non conoscono sufficientemente il sistema giuridico del paese di accoglienza, che a volte ne ignorano addirittura la lingua, che magari non



possono dedicarsi a queste funzioni a tempo pieno dovendo svolgere altre attività lavorative e che in alcune occasioni accedono a questa carica senza una formazione specifica e senza aver maturato in precedenza alcuna esperienza significativa.

Certo, come scrive ancora Paolo Branca, il compito dei poteri pubblici deve essere quello di agevolare la nascita di una nuova generazione di leader religiosi resistendo alla tentazione di plasmare le organizzazioni islamiche e rinunciando alla pretesa che l'Islam si strutturi secondo il nostro modello tradizionale di confessione religiosa, gerarchica e verticistica, ma resta ancora incerto quale possa essere il punto di equilibrio di ogni intervento statale in materia; quali azioni possano essere assunte per favorire la formazione degli imam ed esercitare i controlli che si rivelino necessari sulla loro attività senza ledere l'autonomia confessionale garantita dall'art. 8, secondo comma, della Costituzione.

Come è opportuno che sia, il volume curato da Alessandro Ferrari non fornisce risposte certe e preconfezionate, ma stende sapientemente sul tappeto dell'analisi giuridica tutte le più significative questioni che si agitano intorno all'Islam italiano. Le traiettorie che il nostro ordinamento deciderà di percorrere restano ancora imperscrutabili, ma quelle che assumeranno le ricerche future degli studiosi e le proposte degli specialisti dipenderanno non soltanto dalle risposte che ciascuno maturerà per suo conto quanto piuttosto dalla capacità di porsi e di porre alla comunità scientifica le domande giuste. Che poi è proprio quello che avviene in questo volume.

## **L'islam in occidente: un'egira rovesciata?**

**Paolo Branca**

### **1. Il profondo travaglio di una civiltà**

Nel mondo islamico è in atto da tempo un intenso dibattito circa il rapporto fra tradizione e rinnovamento, all'interno del quale assume un particolare rilievo la questione delle relazioni fra differenti culture. E' infatti innegabile che il più stretto contatto con la civiltà occidentale e gli influssi da essa derivanti abbiano innescato nei paesi musulmani un processo di trasformazione ad ogni livello almeno da un paio di secoli a questa parte. E' però chiaro allo stesso tempo che un simile confronto, per quanto stimolante, non può evitare di produrre anche scompensi e pone la questione cruciale di un giusto equilibrio fra le spinte innovative da un lato e la necessità di mantenere un saldo legame con le proprie radici culturali dall'altro. Le varie proposte che sono state avanzate finora per affrontare tale situazione non si sono dimostrate capaci di risolverla e si è anzi assistito a una polarizzazione fra due posizioni opposte, entrambe rivelatesi inadeguate e per molti aspetti controproducenti. Da un lato c'è chi opta decisamente per la modernizzazione, facendo propria l'impostazione laica e secolarizzata dell'Occidente e sostenendo più o meno esplicitamente la necessità di emanciparsi dalle forme e dalle stesse concezioni proprie del patrimonio musulmano classico. Il limite di questa scelta è quello di prospettare una perdita d'identità e l'uniformazione a un modello esterno, che per di più è percepito come ostile a motivo di vari e pesanti risvolti politici. All'estremo opposto vi è chi invece ribadisce la validità perenne del sistema islamico e attribuisce l'attuale stato di decadenza e arretratezza dei



paesi musulmani non ad una presunta inadeguatezza di tale sistema che necessiterebbe di essere riformato, ma alla sua mancata applicazione in forme sistematiche e coerenti. Il rischio insito in questa seconda opzione è quello di immaginare un impossibile ritorno verso il passato, un passato oltretutto mitico, che non viene cioè rievocato per quello che realmente è stato, ma ricostruito ideologicamente in funzione della situazione presente. L'esito fallimentare di altre strade tentate e un diffuso bisogno di rassicurazione hanno portato quest'ultimo orientamento a guadagnare progressivamente terreno da circa 30 anni in qua all'interno del mondo musulmano. La maggior parte degli intellettuali islamici partecipano al dibattito in corso argomentando in favore di questa o quella opzione, mentre è più difficile imbattersi in pensatori che sappiano affrontare l'argomento da un punto di vista che non riduca la questione alla semplice accettazione o al rifiuto della modernità occidentale, proponendo ipotesi di mediazione capaci di rispondere allo stesso tempo a due esigenze apparentemente contraddittorie, ma in realtà complementari: da un lato quella di evolversi, assumendo positivamente la sfida della modernità senza limitarsi a subirla in modo passivo e subordinato, dall'altro quella di mantenersi fedeli alla propria specificità intesa però non come un ripiegamento difensivo su di sé, quanto come un patrimonio che necessita non soltanto di essere conservato, ma anche rivisitato criticamente, arricchito e valorizzato.

## 2. In partibus infidelium

Si narra che, un giorno, i compagni di Maometto gli abbiano chiesto: “O Inviato di Dio, sarà conquistata prima Roma o Costantinopoli?”. Egli avrebbe risposto: “Prima Costantinopoli”, lasciando intendere che successivamente anche Roma sarebbe passata sotto il dominio dell'islam. L'autenticità del detto è dubbia, come quella di molte altre sentenze attribuite al Profeta, ma ciò non toglie che alcuni - musulmani di nascita o italiani convertiti - vi prestino fede, vagheggiando di diffondere la loro fede nel nostro Paese tanto da assimilarlo al *Dâr al-islâm* (territorio, o casa, dell'islam). Se si trattasse di mero proselitismo, per quanto poco simpatica per la nostra sensibilità, la cosa sarebbe perfettamente legittima. La predicazione della propria fede non è certo un reato. Innumerevoli missionari cristiani hanno per secoli convertito interi popoli... non si vede perché debba scandalizzarci il fatto che alcuni sognino di fare in casa nostra quello che noi abbiamo fatto a lungo in casa altrui. Quello che preoccupa è che, per giungere a tale scopo, qualcuno metta in conto la forza del numero (nuovi immigrati e un maggior numero di figli) e la pretesa di ottenere non soltanto un sacrosanto ‘diritto alla differenza’, ma un'assai meno ragionevole ‘differenza di diritti’, insinuandosi nelle pieghe della legge per arrogarsi spazi, deroghe, trattamenti speciali che preluderebbero a uno stravolgimento dei nostri ordinamenti.

Nei rari casi in cui ciò venga preteso e, purtroppo talvolta concesso, è giusto lanciare l'allarme, anche perché la concessione di ‘zone franche’, già sperimentata altrove, ha dato esiti disastrosi sia per le comunità immigrate che per i paesi ospitanti.

Diffondere invece la paranoica visione di un'Italia destinata a saturarsi di moschee e muezzin è tutt'altro discorso. Non vedo, francamente, l'imminente ‘pericolo’ di assistere alla diffusione di preghiera, digiuno e pellegrinaggio alla Mecca tra masse d'italiani, né tantomeno alla volontaria rinuncia a bere alcolici o a mangiare insaccati per lasciarsi crescere lunghe barbe o indossare veli, chador e burqa ...



E' innegabile, comunque, che la presenza di altre identità religiose - specie se marcate come quella musulmana - sollevi alcuni rilevanti e delicati problemi. Soprattutto quando ci si trova a dover fare i conti non soltanto con immigrati da altri paesi, ma a cittadini italiani (per nascita o per acquisizione) di credo diverso da quello cattolico.

Anche in questo caso, tuttavia, si tratta di una sfida che può comportare qualche serio rischio più a causa della nostra debolezza che non a motivo della (presunta o reale) altrui arroganza e prepotenza. Il fatto che i musulmani siano tanto profondamente radicati in una tradizione religiosa in fondo non molto distante dalla nostra, potrebbe ad esempio rappresentare per noi l'occasione per interpellarci sul ruolo marginale a cui stiamo inconsapevolmente relegando la fede per far spazio ai miti di un progresso che sarà ben poca cosa se non saprà mantenersi in contatto con il proprio passato.

Da parte loro, i musulmani d'Occidente potranno sperimentare i vantaggi di un sistema laico e pluralista che favorisce la partecipazione di tutti, anche delle minoranze e si arricchisce delle differenze.

### **3. Una situazione inedita**

Chi emigra porta con sé la propria lingua, la propria cultura e la propria fede. La prima viene affiancata presto da una conoscenza dell'idioma locale a un livello di semplice sopravvivenza o in modo più approfondito in funzione di molti fattori: propensione personale ad apprendere, tipo di lavoro che ci si trova a svolgere, percorso migratorio che si attraversa, breve 'mordi e fuggi' per taluni, più 'full immersion' per altri...

La seconda è molto più difficile da valutare nella sua persistenza e nelle sue trasformazioni, spesso anche da parte degli stessi interessati che mantengono atteggiamenti, usi e costumi originari ma ne adottano anche di nuovi, in forma più o meno consapevole e convinta, fino a quando magari qualche situazione imprevista, come una figlia che ha flirtato con un ragazzo locale, mette alla prova d'improvviso il grado e la tenuta di nuove concezioni che si sono via via affiancate ma non sostituite a quelle tipiche del paese d'appartenenza originaria.

La terza, che della cultura fa parte, ha modalità ancor più varie d'espressione a seconda del carattere, dei convincimenti e della pratica di ciascuno, più propensa a restare implicita quando gli immigrati sono pochi e isolati, più manifesta invece col passare del tempo e in dimensioni comunitarie, anche in questo caso con un ventaglio di posizioni che vanno dalla semplice riproduzione di luoghi e forme di espressione della religiosità imparata da piccoli nei luoghi d'origine a tentativi di reinterpretarne lo spirito e le applicazioni nel nuovo contesto.

Le nuove generazioni, nate in Italia o arrivateci in tenera età, sono da tutti e tre i punti di vista in una situazione completamente diversa.

Lingua e cultura d'origine sono per loro essenzialmente quelle del posto in cui sono nati, cresciuti e andati a scuola. Anche se in casa e coi parenti rimasti in patria (presso i quali trascorrono periodi di vacanza, più o meno frequenti e lunghi) praticano la lingua dei genitori, l'italiano è l'idioma che conoscono meglio, che approfondiscono e sviluppano nel percorso educativo e del quale si fanno interpreti in varie occasioni verso madri troppo confinate nel ruolo domestico e addirittura rispetto ai padri che ancora sbagliano qualche pronuncia o coniugazione, destando in loro ilarità o imbarazzo.



La cultura, essendo codificata assai meno rigidamente della grammatica, è un campo di mediazione molto più ampio e variabile. In fondo, ogni famiglia anche italiana, ha propri riti, abitudini, persino tabù che restano confinati all'ambito domestico e che i piccoli imparano ad accogliere come un dato di fatto, poco problematico proprio perché condiviso nel piccolo gruppo casalingo, dove l'affetto reciproco incide in modo decisivo sull'accettazione reciproca e sul comune riconoscimento di una way of life che assomiglia molto al 'lessico familiare' magistralmente narrato da Natalia Ginzburg, non privo di asperità ma progressivamente assimilato e persino rimpianto semplicemente perché bagaglio di un'identità collettiva che ci costituisce e resta indelebilmente nostro, qualsiasi siano i luoghi e i percorsi che il destino ci riserva nell'età adulta.

La religione, specie nelle sue manifestazioni esterne, visibili agli altri e riconoscibili, diventa presto per loro qualcosa su cui decidere, una scelta personale, cosa che nel paese originario della famiglia non sarebbe accaduta in quanto essere musulmani è là la condizione normale della maggioranza, per cui si può considerarsi tali dando la cosa per scontata, per tradizione e/o abitudine, magari per molti anni o addirittura per tutta la vita.

Non è una differenza da poco. Anzi, dato il carattere tradizionalista delle società originarie sono proprio le articolazioni e le gerarchie tra individuo e gruppo a rappresentare il punto di maggior distinzione rispetto a un contesto laico, secolarizzato e moderno. Quest'ultimo, pur essendo nello stesso Occidente qualcosa di relativamente recente, è ormai a tal punto sviluppato e consolidato da aver profondamente trasformato concetti quali 'autorità' e 'obbedienza' e forse definitivamente archiviato pratiche conformistiche dipendenti da quello che la gente potrebbe pensare o dire di qualcuno nel caso le sue scelte fossero parzialmente o totalmente in dissonanza da quelle altrui.

### **3.1 C'è chi dice no**

Non tutti e non sempre colgono l'occasione o accettano la sfida. L'opzione di rimanere ancorati a regole e usi del mondo da cui si proviene e al quale si vuol comunque restare fedeli può anche condurre a concepirsi e porsi come alternativi o antagonisti rispetto al contesto. Ma, inevitabilmente, sarà ancora una volta qualcosa da ridecidere e riaffermare ogni volta soprattutto in quanto individui, salvo casi estremi e molto rari di autoconfinamento totale all'interno di gruppi autoreferenziali, vissuti come società parallele o corpi estranei, destinati ad un ruolo residuale e progressivamente all'estinzione. Non si può tuttavia negare che, con il pretesto del rispetto della loro diversità culturale e religiosa, alcuni adulti pretendono non solo di continuare a vivere come se fossero nel villaggio natio, ma addirittura di polemizzare su cose che in patria avrebbero accettato senza discutere. Qualche papà si rifiuta di parlare con insegnati donne, relega la propria moglie a svolgere compiti domestici impedendole di uscire e di imparare la lingua locale che l'aiuterebbe invece ad occuparsi meglio dell'educazione e della salute dei figli, senza restare confinata in un ruolo puramente affettivo che diminuirà gradualmente la sua funzione agli occhi dei ragazzi, iniziati così al maschilismo strafottente e pavido, e a quelli delle stesse ragazze che non potranno evitare di riscontrare nell'esempio materno un modello fallimentare. Tutto ciò rischia di sviluppare nei giovani una doppia morale, in casa formalmente rispettosa di tradizioni ataviche mai messe in discussione, fuori varie forme di compromesso delle quali quelle assimilazioniste non sono sempre necessariamente migliori di quelle conservatrici:



portarsi nella borsa abiti con cui cambiarsi appena fuori dalla portata dello sguardo paterno può preludere a esiti peggiori che un velo autonomamente indossato, per convinzione o per far piacere ai genitori. Anzi, in questo caso, dover affrontare le non poche riserve dei coetanei e dell'ambiente in un'età delicata dove prevale lo spirito del branco e l'acritico uniformarsi all'ultima moda (per quanto idiota possa essere) può perfino produrre effetti positivi sulla formazione di un carattere indipendente più di qualsiasi microgonna portata con falsa naturalezza o con autentica incoscienza. Il coraggio di essere diversi, diversi davvero e per questo magari dileggiati, accettare di essere minoranza (etnica, linguistica, religiosa...) non è cosa da poco: tingersi i capelli di verde, mettersi un piercing chissà dove o tatuarsi come un aborigeno è in fondo molto più semplice.

Non è dunque in atto nessuno scontro di civiltà, non vi sono identità monolitiche irriducibili che si oppongano in alcun clash apocalittico.

Si stanno piuttosto producendo processi di meticcio, di ridefinizione in cui ciascuno avrebbe qualcosa da offrire e qualcosa da imparare. Contribuire a che ciò possa avvenire nelle forme migliori è un impegno difficile e quotidiano, assai poco clamoroso, fatto di pazienza e saggezza. Non rende quanto gridare al lupo né tranquillizza come illudersi che tutto va ben, ma è più utile, come tutte le miriadi di cose banali ma indispensabili che ogni giorno si fanno per educare i figli, tenere in ordine la casa, far bene il proprio lavoro, ottenere buoni risultati nella pratica di uno sport... Vi sembra poco? Il mondo va avanti grazie a questo, infiammandosi di quando in quando per fantasmi evocati o costruiti a bella posta, inutili quando non dannosi, talvolta devastanti.

Naturalmente, nel caso in cui l'alternativa sia non far nulla, lasciare che le cose procedano spontaneamente verso un'automatica composizione, è altrettanto probabile che ne derivino guai difficilmente rimediabili. Ma tra le due vie, quella della demonizzazione e quella dell'ingenua e altrettanto irresponsabile svagatezza - prevalenti ahimé, come spesso sono le posizioni estreme, apparentemente chiare, ma in realtà sterili se non nocive -, dovrebbe esserci quella di una democrazia solida ed efficiente, ispirata a un sano pragmatismo, capace di scoraggiare chi si comporta male soprattutto incentivando le prassi migliori. In questo caso, purtroppo, ci vogliono tempo, risorse, disponibilità a sporcarsi le mani, elasticità, coraggio e prudenza... con interventi concreti che non danno risposte immediate e non possono essere utilizzati per ricavarne facili consensi.

### **3.2 Energie sommerse**

Ma non c'è solo chi cerca di isolarsi. Altri accettano la sfida di vivere consapevolmente un'identità plurima. Nati nel nostro paese, o arrivati molto piccoli, hanno frequentato le nostre scuole e si sentono italiani. Cercano le giuste modalità per restare fedeli al loro credo, senza rinunciare ad essere giovani come gli altri. Ciò significa che sono posti dalla loro stessa età in una posizione intermedia, tra le certezze rassicuranti di quando si è piccoli e dell'ambiente familiare da un lato e dall'altro le inquietudini tipiche di personalità che si stanno ancora formando e le prospettive ancora poco chiare relative al proprio futuro (scelta del corso di studi, sbocchi professionali, costituire una propria famiglia...), il tutto condito con le normali tensioni generazionali che portano sempre gli adolescenti a dover faticosamente trovare un punto d'equilibrio tra il semplice e passivo



recepimento di quanto hanno ricevuto dai genitori e la personale appropriazione e rielaborazione di tale patrimonio. A queste condizioni, che essi condividono con i loro coetanei, si aggiunge il fatto che i principi e i valori della tradizione culturale e religiosa propria delle loro famiglie non corrispondono esattamente a quelli diffusi attorno a loro ed anzi vengono percepiti, se non estranei e incompatibili, almeno come problematici e per di più, specialmente negli ultimi anni, si sono caricati di ulteriori valenze negative in forza di avvenimenti che stanno interessando il mondo intero e che sembrano indirizzarlo pericolosamente verso una prospettiva di scontro. Nessuno sembra in grado di farsi carico delle loro esigenze: il linguaggio e l'atteggiamento di coloro che guidano i centri islamici sono inadeguati a ragazzi nati o comunque cresciuti in Italia, specialmente per quanti di loro hanno frequentato le nostre scuole e si sentono ormai più simili ai propri compagni italiani che ai loro cugini d'oltremare. Seguendo le orme dei padri, essi spesso scelgono specializzazioni di tipo tecnico-scientifico (medicina, ingegneria...) e rimangono pertanto sguarniti sul versante umanistico, il che li rende facili vittime di due fenomeni: un'appartenenza alla cultura italiana da 'parenti poveri' da un lato e dall'altro una scarsa consapevolezza della stessa civiltà islamica, della quale resterebbero paradossalmente i legittimi detentori quanti (spesso altrettanto sprovveduti) che con meno disponibilità, impegno e successo si sono inseriti nel paese che li ospita o che hanno aderito all'islam tardi e talvolta in forma bizzarra. E' evidente da parte di questi giovani una forte esigenza di avere dei punti di riferimento per la propria maturazione, unita a una diversa percezione di sé rispetto agli adulti che restano maggiormente legati a usi, costumi e mentalità del paese d'origine. Altrettanto chiari sono in loro una spiccata necessità di chiarirsi le idee circa alcuni punti caldi del confronto islam-modernità, come la questione femminile, la politica, il rapporto federazione... e il desiderio di svincolarsi da un'immagine marginale e perdente del mondo d'origine, mirando a una piena integrazione come cittadini italiani di fede islamica che possano svolgere un ruolo attivo e positivo nella società (alcuni di loro fanno già volontariato al 118, con gli handicappati e persino negli oratori).

### **3.3 Yalla Italia**

La più recente iniziativa intrapresa insieme a ragazzi del gruppo Giovani Musulmani d'Italia, ma anche con altri che all'associazione non appartengono e con giovani arabi - cristiani e laici - è stata quella di pubblicare, una volta al mese, alcune pagine scritte da loro e ospitate dal settimanale Vita. L'inserito si chiama Yalla Italia (che in arabo significa "Dai, andiamo... Italia!) e il suo scopo è quello di dar voce a questa nuova generazione che ha tanto da raccontare ma non sa come farsi sentire. Il primo numero è stato dedicato all'umorismo, di cui sembrerebbe totalmente priva una cultura che invece ne offre infiniti e spassosi esempi. "Sorridi al mondo e il mondo ti sorriderà!". Chi mai direbbe che si tratta di un proverbio arabo? E quell'altro, beffardo, che dice: "Tienti distante dal male e fagli le boccacce"? Gli sguardi ottusi dei fondamentalisti, l'implacabile durezza con cui rozzamente sentenziano, la disumana ferocia con cui tagliano mani, teste e lanciano pietre contro il malcapitato di turno stanno pericolosamente diffondendo l'immagine di un intero mondo incapace di leggerezza e d'ironia. Immagine quanto mai irrealistica, che cozza contro la straboccante umanità dei villaggi e delle metropoli del Medio Oriente o del Nordafrica in cui molti di noi hanno potuto soggiornare, anche se solo per pochi giorni. Figli di un'antica civiltà centrata sulla 'parola' - come e forse persino più di altri - gli arabi col linguaggio amano giocare



e divertirsi. Le filastrocche dei bambini, i detti popolari, le barzellette sono da sempre il modo con cui gli umili si prendono almeno qualche rivincita sui prepotenti, sfiorando spesso e talvolta oltrepassando i limiti che altrimenti il buonsenso, la decenza e finanche i dettami delle leggi religiose riterrebbero insormontabili. La strumentalizzazione, da una parte e dall'altra, delle vignette danesi su Maometto non deve trarci in inganno. E' purtroppo vero che i Talebani hanno distrutto a colpi d'artiglieria la statua del Buddha di Bamyán, ma gli egiziani - musulmani ancor prima di loro - convivono da secoli con i simulacri delle divinità faraoniche senza troppi problemi. Non è dunque con una cultura iconoclasta a oltranza che abbiamo a che fare. Certamente esistono differenti sensibilità, ma non si tratta soltanto di religione. Un mondo ancora sostanzialmente tradizionale conserva gerarchie, priorità, persino tabù che la modernità ha infranto in nome di una libertà individuale esasperata, tanto che 'nuovo' e 'diverso' son diventati aggettivi senz'altro positivi, abbondantemente utilizzati negli spot pubblicitari che non avrebbero incontrato altrettanto favore presso i nostri nonni e forse nemmeno presso i nostri genitori. "Scherza pure coi fanti, ma lascia stare i santi" è un detto ben noto della nostra tradizione che non risale proprio al Medioevo. Eppure, quando l'esasperazione ci fa perdere le staffe, in Oriente come in Occidente, è proprio sulle cose sacre, o semplicemente nei campi semantici solitamente interdetti, che il linguaggio ci fa sconfinare. I bisogni fisiologici, la sessualità e persino la religione, più o meno esplicitamente, finiscono così per fungere da valvola di sfogo. "La madocina" è un modo di evocare Maria senza nominarla esplicitamente, "Diamine" addirittura abbina il diavolo e... l'acqua santa (Domine). L'arabo non fa eccezione quando, per mandare qualcuno a quel paese, gli si augura: "Che la tua religione vada all'inferno!", il che significa che mi hai fatto talmente uscire dai gangheri che sputo su quanto vi è di più sacro. Tutti, dunque, tiriamo giù i Santi dal Paradiso, qualunque esso sia, ma quando qualcuno si permette di farlo con quelli altrui cominciano i problemi: "Della mia mamma (o della squadra del cuore) parlo male solo io", pronto a difenderla come una bandiera se solo l'avversario si permette di metterne in dubbio l'onorabilità. Contraddizioni e paradossi del linguaggio che, nel bene e nel male, ci distingue dagli animali e ci permette di fare qualcosa che a loro è assolutamente impossibile: ridere, soprattutto sorridere di noi stessi, dei nostri limiti e dell'assurdità dell'esistenza, meraviglioso dono che ha sempre almeno due facce, di cui quella nascosta ogni tanto si mostra per coglierci di sorpresa, per mettere un po' di sale nella minestra che volenti o nolenti ci tocca mangiare, per prendersi gioco delle nostre false sicurezze e rimetterci in discussione... insomma per ricordarci, come dice un altro proverbio arabo: "La vita è così: un giorno dolce come il miele, un altro aspra come una cipolla!"

Il secondo numero è stato invece dedicato ai rapporti tra padri e figli, che hanno inevitabilmente visioni e approcci differenti rispetto alle medesime questioni. Quando una ragazzina di Milano, figlia di un'egiziana e di un italiano, si è sentita proporre di seguire un corso di arabo a scuola ha replicato un po' stizzita: "Non sono mica un'extracomunitaria!" Altri son stati ben contenti di frequentare questi corsi, ma si trattava principalmente di bambini delle elementari o di ragazzi delle superiori. Nell'età delle medie, si sa, gli adolescenti evitano accuratamente qualsiasi cosa li possa far percepire come dei diversi dai compagni... E' un periodo delicato, tra l'infanzia e un'età più matura e consapevole. Ciò significa che il problema dell'identità ha a che fare con molte variabili, come l'ambiente, la fase di crescita che si sta attraversando, i rapporti



con la famiglia e il gruppo d'origine da un lato e quello sociale in cui si è inseriti dall'altro. Insomma, come tutte le questioni umane, non si tratta di applicare principi o teorie, ma di accompagnare un processo evolutivo complesso e talvolta contraddittorio, in continuo cambiamento, gravido di rischi non meno che di sorprendenti potenzialità. Ad occuparsene sono soprattutto le famiglie, spesso disorientate, e la scuola, già carica di una notevole e problematica mole di lavoro e ben di rado supportata da orientamenti e mezzi idonei ad affrontare adeguatamente la sfida. Ciò significa che la nostra società è già un grande laboratorio, dove è in atto una continua mediazione fra tradizioni culturali e religiose diverse che non vanno concepite come entità rigide, chiuse e predeterminate, ma elementi intrecciati di cui ciascuno di noi è il luogo di una personalissima e irripetibile sintesi. Non siamo esponenti di un'etnia o di una fede come pezzi fatti in serie, prodotti da chissà quale diabolica o sofisticata catena di montaggio. Siamo persone, vale a dire straordinarie e allo stesso tempo misere creature, dotate di sensibilità e intelligenza, cariche certo di un passato ma anche costantemente aperte al futuro. Il contesto nel quale siamo chiamati ad affrontare un simile compito non è purtroppo tra i più favorevoli. C'è infatti il rischio che su entrambi i fronti prevalgano gli aspetti meno nobili e più effimeri della massificazione che caratterizza questo nostro grigio tempo. Agli europei la parte un po' svilente dei benestanti, preoccupati soprattutto che i parenti poveri non siano troppo molesti, disponibili a sopportarli purché disposti a svolgere le mansioni più umili e faticose e a condividere almeno qualche rito collettivo, calcistico o televisivo, per dimostrare di non essere del tutto incivili. Agli immigrati, specie se musulmani, quella dei retrogradi ancorati a una visione del mondo medievale, teocratica e sessista, da rimuovere al più presto per dimostrare di poter diventare presto simili a noi. La realtà è già ben oltre questo tipo di semplificazioni. Ci sono ormai tra noi figli di immigrati di seconda e di terza generazione, alcuni di loro parlano meglio l'italiano che non l'arabo o le altre lingue dei loro genitori. Con questi ultimi e con le loro origini essi stanno sviluppando un silenzioso ma decisivo confronto, giocato nel campo delle scelte quotidiane e della condivisione della difficile e straordinaria avventura che porta dei giovani a diventare uomini e donne maturi.

Il terzo numero ha invece trattato delle vacanze. Per molti ragazzi della seconda generazione di arabi immigrati in Italia si tratta di una sorta di appuntamento fisso col paese d'origine dei loro genitori. Là ci sono i nonni, un più o meno sterminato numero di parenti, usi e costumi diversi, curiosi, talvolta bizzarri, ma sempre mediati dall'affetto che fin da piccoli è stato instillato loro per una terra a cui ciascuno di essi ha il suo proprio modo di appartenere. Quante volte hanno sentito mamma e papà, o almeno uno di loro, raccontare qualcosa di "laggiù", sempre con un velo di malinconia, spesso con un taglio tra il favoloso e l'esotico, come spesso accade ai ricordi che vengono filtrati dal cuore prima di giungere al cervello per sfociare infine sulle labbra? Eccoli dunque a confrontarsi con un passato che non si sono scelti, che fa parte di un bagaglio ingombrante ma di cui andare anche talvolta orgogliosi, spaesati sia da questa che da quella parte del Mediterraneo, troppo arabi per essere completamente italiani, troppo italiani per essere pienamente arabi. Gli odori, il cibo, gli orari insieme alle feste e alle abitudini, la stessa lingua inevitabilmente più ricca di quella che praticano con i compaesani che, come loro, stanno in occidente per la maggior parte dell'anno... sono



altrettante sfide di adattamento, ogni volta, un piccolo esame a proposito della loro identità plurima e problematica.

Come l'affrontano? Nel modo più antico e sapiente: barcamenandosi, evitando gli spigoli e sgusciando da troppo aperti ed aspri confronti. Dove sta scritto che si debba decidere una volta per tutte, fare una scelta di campo: o di qua o di là? Non capita sovente anche a noi? I parenti uno non se li può selezionare a suo piacimento. Non avete pure voi una zia invadente, un cugino spaccone, quello che vi fa sempre il regalo sbagliato o che non sa dissimulare il suo disappunto per avere in famiglia un tipo come voi? Eppure, alle feste comandate o in occasione di qualche compleanno, guai a mancare, a dimenticarsi degli auguri, a scordare che quel vestito o quell'argomento vanno assolutamente evitati!

Col passare degli anni finiamo tutti per rimpiangere le tavolate attorno alle quali abbiamo passato forse le ore più noiose della nostra vita. Lo zio turchio o megalomane diventa quel gran simpaticone, forse un po' logorroico, ma che in fondo in fondo non merita di esser poi tanto disprezzato. Con i coetanei è tutta un'altra cosa. Lì si va sul serio: rapporti tra ragazzi e ragazze, fidanzamenti più o meno combinati o contrastati, progetti per il futuro riguardo agli studi o al lavoro... Quanta indipendenza? Quanta obbedienza? L'alchimia non è semplice: quante e quali bugie sono ammissibili per poter fare liberamente i propri sbagli? E poi il linguaggio, le buone maniere: ma come fanno a non ribellarsi, non gli scappa proprio mai una parolaccia, sentono ancora persino la gerarchia che li sottomette al fratello maggiore? L'Occidente che hanno in mente, poi, come diavolo han fatto a immaginarselo tanto strampalato? Qualcosa si può dire, molto altro rimane un po' nascosto. Le idee non sono ancora abbastanza chiare, c'è tutta una vita davanti. Di esami, almeno durante le vacanze, è meglio non parlarne. E' preferibile cercare di divertirsi e rilassarsi un po': almeno per questo, i ritmi lenti d'Oriente sono decisamente più propizi, a settembre si ricomincia.

I numeri successivi continuano sulla stessa linea, partendo dalle loro esperienze concrete e dalle loro riflessioni, per giungere a temi di attualità, anche impregnativi e spinosi, ma sempre con leggerezza e, fin dove possibile, col sorriso sulle labbra. Labbra che hanno tanto da dire e che cercano soprattutto orecchi disposti ad ascoltare.

#### **4. Riformare o rinnovare?**

La situazione è dunque totalmente diversa rispetto da quella di venti o trent'anni fa, quando ai miei primi e timidi approcci nelle moschee della mia zona, zelanti ma poco idonei leader (spesso italiani convertiti o immigrati che pretendevano di continuare a vivere come se fossero nel loro paese d'origine) accoglievano con sorrisi di compatimento o aperto rifiuto le mie proposte di "dialogo". La pazienza e la speranza che hanno sorretto una lunga e operosa attesa non sono andate deluse.

Non sono mancati riconoscimenti e soddisfazioni: varie istituzioni si sono mosse ed hanno appoggiato progetti innovativi, anche se in molti altri casi si sono confermate inerzie e timori da parte di è stato solamente a guardare o ha voltato la faccia dall'altra parte.

Dove potrà condurci il cammino intrapreso? Evitare questa domanda sarebbe forse prudente, ma è proprio dell'essere umano chiedersi che cosa riserva il futuro, specie



## JURA GENTIUM



quando si sente impegnato responsabilmente in qualcosa che percepisce come decisivo non soltanto per sé, ma per tutti.

Non ho affatto la pretesa di essere tra i protagonisti di chissà che cosa, ma la situazione di stallo ormai quasi totale di molti paesi a maggioranza musulmana mi induce a credere che quella che si sta giocando da noi è una partita decisiva anche per le future sorti di una grande tradizione religiosa che qui potrebbe cogliere opportunità inedite per la sua evoluzione.

Anche e soprattutto per questo non so rallegrarmi nel constatare che il clima generale che si respira nel nostro Paese è ben lontano dal favorire qualsiasi sviluppo in tal senso.

Basti il caso di Magdi Allam, protagonista di una assai mediatizzata conversione, il quale - dopo aver a lungo ambiguamente approfittato di un suo presunto ruolo guida dei 'musulmani moderati' - ha infine gettato la maschera, non solo presentando la sua adesione al cattolicesimo soprattutto come sprezzante distacco dalla sua fede precedente, ma non si è astenuto da utilizzare in una recente lettera aperta al Papa espressioni nelle quali senza mezzi termini definisce il Profeta dell'islam un personaggio "abietto e criminale" e il credo da lui predicato "una falsa religione, ispirata non da Dio ma dal demonio". Il corollario che ne consegue è agghiacciante: "Con i musulmani moderati, partendo dal rispetto dei diritti fondamentali dell'uomo e dalla condivisione dei valori non negoziabili della nostra umanità, si può dialogare e operare per favorire la civile convivenza. Ma dobbiamo affrancarci dall'errore diffuso che immagina che per poter amare i musulmani si debba amare l'islam, che per rapportarsi in modo dignitoso con i musulmani si debba attribuire pari dignità all'islam". Un po' come dire: ti amo, ma mi fanno schifo tua madre, la tua famiglia e la tua religione. Non rispetto nulla di tutto ciò, in quanto privo di ogni dignità, sei un poveretto che non ha avuto la fortuna di nascere dalla parte giusta. Resta un mistero come una persona appena approdata alla fede in Cristo possa concepire ed esprimersi in questi termini.

Soprattutto sbalordisce che un uomo che tanta importanza dà evidentemente alla religione possa ipotizzare qualche possibile base di dialogo senza salvare nulla della dimensione spirituale di una grande tradizione religiosa, per di più insultandola e delegittimandola senza appello.

A parte questi elementi di 'contorno', che comunque la dicono lunga sulla nostra propensione a collaborare affinché l'opportunità che abbiamo di vivere più a stretto contatto coi musulmani non sia - una volta di più - un'occasione perduta, resta da chiedersi quali dinamiche potranno maturare e consolidarsi attraverso questi giovani.

Un primo dato già certo è che essi hanno deciso, almeno finora, di rimanere credenti e praticanti. Prima ancora di considerare ciò che questo significhi e le forme in cui si esprime, ci conforta sapere che la strada prescelta non sia stata quella di secolarizzarsi, divenendo indifferenti o addirittura contrari all'idea di appartenere a una fede religiosa, né di confinarla nello stretto limite della propria intimità. Più di mille lezioni di catechismo e di qualsiasi predicazzo, per molti dei nostri giovani constatare che loro coetanei fanno quotidianamente questa scelta può costituire una sana provocazione per non declassare la propria identità cristiana a questione privata, soprattutto se con questo termine si intenda qualcosa di marginale, accessorio e ininfluenza.



Non c'è poi neppure bisogno di sottolineare che si tratta anche di una precondizione indispensabile affinché il ruolo di questi giovani musulmani, all'interno delle stesse comunità di appartenenza, abbia un qualche spessore.

Ma c'è molto di più. Al di là dei tecnicismi che interessano gli esperti di diritto religioso, anche e forse soprattutto i semplici credenti musulmani che vivono in Occidente stanno riflettendo su una questione di capitale importanza: col mutare delle condizioni sociali e culturali quale parte della tradizione islamica e delle sue istituzioni classiche vanno considerate ancor valide e quindi mantenute a qualsiasi prezzo? Quali aspetti sono invece modificabili e attraverso quali procedure? Per rispondere a queste domande è necessaria una riconsiderazione del processo evolutivo che nei primi secoli della storia dell'islam ha condotto alla formazione delle sue dottrine e delle sue strutture fondamentali per poter riprendere, in forme adatte ai nostri tempi, il fecondo lavoro di quelle prime generazioni di fedeli. E' anche salutare prendere coscienza delle forme plurali in cui la propria fede si è espressa nel tempo e di quanto siano varie le pratiche tutt'oggi nelle varie latitudini. E' proprio nei centri islamici d'Europa che i giovani musulmani imparano a conoscere loro correligionari di alta etnia, talvolta di terre lontane, persino di differente orientamento religioso, come nel caso degli sciiti. Nella prassi quotidiana sono già in atto molteplici mediazioni tra usi e costumi dei genitori e sensibilità di chi è nato in Occidente che non di rado investono anche la dimensione della religiosità.

Del resto, non è stato così anche per noi? Ricordo scuole cattoliche e oratori rigidamente divisi per sesso, ricordo la messa in latino, il catechismo a domande e risposte da imparare a memoria, la necessità di essere digiuni dalla mezzanotte del giorno prima per potersi accostare all'eucarestia, ricordo donne sedute da un lato della chiesa e uomini dall'altro, mia sorella che non poteva entrare in chiesa coi pantaloni, donne che fino a 40 giorni dopo il parto erano considerate 'impure'... per non parlare di digiuni, fioretti e processioni.

Tutte queste cose non fanno più parte della nostra comune religiosità, alcune sono ormai molto distanti dalla nostra sensibilità, ma diremmo per questo che siamo meno credenti e praticanti? Forse qualcosa abbiamo tralasciato troppo in fretta e andrebbe recuperato, ma ci abbiamo guadagnato in maturità: una fede meno formale per un'adesione più convinta e profonda.

Possiamo escludere che ad altri possa succedere qualcosa di analogo?

L'islam di popolo, così come il cristianesimo delle masse, si sono espressi a lungo soprattutto in forme di devozione legate a personaggi e a luoghi accostati con un senso magico-sacrale proprio di società ancora arcaiche, rurali, poco istruite e inclini a pratiche spurie, dove la dimensione della superstizione non era del tutto assente.

Quello dei dotti si è da tempo schlerotizzato in formulazioni canoniche che la perversa commistione con interessi politici rende praticamente immutabile.

Tra gli immigrati sussiste dunque la possibilità che l'uno e l'altro vengano superati, senza per questo negarne i valori e le funzioni, ma all'interno di una prospettiva finalmente liberata.



Un'immensa ricchezza resta dunque da valorizzare, nella latitanza da parte di istituzioni e mass-media distratti o malati di sensazionalismo, incapaci di investire nella formazione perché ossessionati da risultati immediati e ad effetto che garantiscano una qualche forma di visibilità e di consenso, spesso in prospettiva 'sicuritaria', senza essere in grado di comprendere che il miglior antidoto alla marginalizzazione di interi gruppi sociali è proprio l'inclusione positiva delle nuove generazioni.

## **Educare ai diritti, tutelare i diritti, negare i diritti. Quale destino per i migranti di fede islamica?**

### **Orsetta Giolo**

Il volume curato da Alessandro Ferrari ha il pregio, a mio parere, di aiutare il lettore a de-mitizzare l'Islam. L'approccio che caratterizza, in modo trasversale, i diversi saggi contenuti nella raccolta mira infatti a relativizzare e contestualizzare molte delle questioni che tradizionalmente si affrontano con riferimento alla religione islamica. Vi sono alcuni termini che ritornano spesso in tutto il volume: de-mitizzare, de-islamizzare, de-eccezionalizzare.

L'intento, estremamente salutare, probabilmente risiede nello svelamento, e nello svuotamento, delle retoriche sul mondo islamico che ormai sembrano essersi "calcificate". Si tratta, a mio avviso, di una prospettiva assolutamente condivisibile.

Molte sono le questioni interessanti approfondite dai diversi autori (il matrimonio, la scuola, le vicende europee) ma due sono in particolare i temi che vorrei, seppur brevemente, affrontare: l'esperienza della Consulta per l'Islam italiano e la tutela dei diritti dei musulmani *migranti*.

### **1. La Consulta per l'Islam italiano e la Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione**

Mi chiedo: non è possibile professare l'Islam al di fuori della diretta gestione statale? E' davvero necessario che anche in Italia, come avviene del resto in tutti i paesi a maggioranza musulmana, sia lo Stato a dover decidere "chi sta dentro" e "chi sta fuori", "chi è buono" e "chi è cattivo"? La Consulta per l'Islam italiano ha prodotto come suo primo, e forse unico, effetto, quello di dividere in meritevoli e non meritevoli i membri della Consulta stessa, scatenando una durissima polemica attorno alla presenza e alle dichiarazioni dell'UCOII. Mi pare che fino ad ora la Consulta, dunque, abbia saputo solo stigmatizzare ulteriormente comportamenti e posizioni, ignorando, come ricorda Allievi, "la maggioranza silenziosa dei musulmani" che non si riconosce in nessuno dei membri nominati dal Ministro dell'Interno. Forse i musulmani silenziosi non interessano allo Stato italiano? Non pongono problemi? Sono da considerare "integrati"?

Mi chiedo, ancora: è possibile che la Carta dei valori, redatta in seno alla Consulta, debba essere considerata una carta *utile* per l'integrazione? Questo documento non istituisce piuttosto, come ricorda Stefano Allievi nel suo saggio, un trattamento differenziato per le comunità islamiche, sancendo, nemmeno in modo tanto implicito, l'esistenza di una presunzione di colpevolezza collettiva di tutti i cittadini di fede



musulmana? Ironicamente, il titolo completo della Carta dei valori è “Carta dei valori della cittadinanza e dell’integrazione”. Ma non è chiaro in che senso si usi il termine “integrazione”, poiché se l’intento della Carta è quello di imporre l’adesione ad un sistema di diritti e principi considerati fondamentali, va quantomeno sottolineato il fatto che poi, tuttavia, questi stessi diritti e principi non sono applicati e rispettati *universalmente* nei confronti di tutti i musulmani che, in Italia, sono per lo più migranti.

## 2. I musulmani “migranti”

L’analisi di Felice Dassetto sulle mutazioni della presenza “musulmana” in Europa è estremamente interessante, ed è innegabile che in Italia questa sia aumentata esponenzialmente negli ultimi anni, con la crescita dell’immigrazione verso il nostro paese. Ciò comporta che oggi, in Italia, ci sia una *coincidenza* tra soggetti che produce effetti dirompenti. Per ora, nel nostro paese, il musulmano è ancora *il migrante*, ed è cosa nota che la legislazione italiana vigente in tema di immigrazione sia fortemente lesiva di molti diritti fondamentali, riconosciuti a livello nazionale (la Corte Costituzionale è già intervenuta più volte sul Testo Unico sull’immigrazione) e internazionale (penso alle ultime sentenze della Corte europea di Strasburgo in tema di espulsioni). Quali cortocircuiti può creare un progetto che chiede a qualcuno di aderire ad un sistema dal quale poi dovrà rimanere sistematicamente escluso?

Il saggio di Letizia Mancini contiene alcuni accenni importanti a questo tema: l’autrice cita il caso delle donne provenienti da paesi musulmani grazie ad un provvedimento di ricongiungimento familiare. Queste, come tutte le donne migranti, in caso di divorzio, non possono convertire il permesso per ricongiungimento in un altro titolo di soggiorno *ad hoc*, in ragione della vigente legislazione italiana sull’immigrazione - di chiara impronta famigliocentrica -, e non in base alla religione islamica!

Allora, quale “integrazione” delle donne musulmane si va predicando? Poniamo il caso di una donna migrante di fede islamica che subisce maltrattamenti ad opera del coniuge: se questa riesce in qualche modo a sfuggire al marito-aguzzino, casomai portando con sé i figli, non troverà alcun tipo di sostegno specifico sul piano giuridico. Questa donna *integrata* rispetto ai c.d. “nostri valori” (o piuttosto alle nostre “retoriche”, visto che la violenza sulle donne è una pratica transculturale e i dati in Italia sull’argomento sono sconcertanti) non troverà il modo di ottenere un permesso di soggiorno in cui convertire quello avuto con il ricongiungimento familiare e dovrà, entro sei mesi, necessariamente, trovare un lavoro (ma chi ci potrà riuscire? Casomai nemmeno parlando bene l’italiano, essendo sempre rimasta a casa, avendo dei figli da badare, essendo arrivata da poco in Italia...), altrimenti riceverà l’espulsione. Si tratta di un caso paradigmatico poiché da anni esiste questa lacuna legislativa evidente, e da anni nessuno provvede a colmarla.

E’ chiaro che in tal modo si finisce per costruire programmaticamente l’esclusione, scatenando reazioni identitarie dagli effetti imprevedibili. La politica delle identità l’ha ben spiegato: se tu sei il mio oppressore, io non vorrò assomigliare in nulla a te che mi opprimi, e chi vorrà adeguarsi al modello culturale dominante dovrà essere considerato un collaborazionista.



### 3. Diritti condivisi, diritti negati

Vale la pena citare, a questo punto, i bellissimi e significativi documenti prodotti di recente dalle organizzazioni non governative indipendenti del Nord Africa in materia di immigrazione.

Sono documenti che sfatano clamorosamente quell'immagine stereotipata che la xenofobia europea, in alleanza alla c.d. "vulgata islamica" (quella, secondo alcuni autori, dettata dall'Islam globale, standardizzato, semplificato attorno a pochi dogmi indiscutibili), concorre a dare dei cittadini di fede islamica, dipingendoli come una massa di rozzi, analfabeti, violenti.

Le società civili nordafricane si esprimono da tempo in decine di documenti molto significativi sui temi dello *jus migrandi*, delle politiche repressive europee, della prassi dell'esternalizzazione dei controlli.

Ciò che più colpisce di questi testi è il ricorso a quel linguaggio dei diritti che ormai l'opinione prevalente considera di esclusivo dominio occidentale. Non solo si utilizzano le stesse parole e gli stessi concetti, che del resto appartengono al diritto internazionale, ma si ripropongono gli stessi dibattiti che abitualmente si ritengono confinati esclusivamente in occidente. Il consenso sui diritti, stando a simili documenti, sembrerebbe appartenere trasversalmente alle culture, e a Sud il problema principale risiederebbe nelle violazioni dei diritti fondamentali che i migranti patiscono ad opera dei governi nazionali (europei e nord-africani) e della comunità internazionale, che ancora non riconosce il diritto di immigrare. Vale la pena riportare, a titolo esemplificativo, il *Manifeste non gouvernemental euro-africain sur les migrations, les droits fondamentaux et la liberté de circulation* (Rabat, 1 luglio 2006), l'appello "*Face à la directive de la honte, le mutisme coupable des dirigeants maghrébins!*", il *Rapport relatif au naufrage de migrants au large des côtes d'Al-Hoceima dans la nuit du 28 au 29 mars 2008*, e il Rapporto del 14 maggio 2008 dell'*Association des amis et des familles des victimes de l'immigration clandestines* (documenti consultabili sul sito web [e-Joussour](#)).

Anche in tema di immigrazione e di integrazione-inclusione occorre allora "de-islamizzare" il dibattito, relativizzando la componente religiosa e sottolineando la dimensione umana del migrante.

Se vogliamo discutere attorno ai diritti e ai principi da porre come basi della convivenza civile, è necessario ridurre i margini di ipocrisia il più possibile. Non è credibile chi vuole "educare ai diritti" (per usare un'espressione forte) violandoli.

Non è nemmeno da sottovalutare il fatto che l'identità musulmana dei migranti sia rimasta per lungo tempo un elemento marginale dell'immigrazione quando, negli anni sessanta e settanta, non si era ancora ricorsi alla chiusura delle frontiere (come sottolinea Felice Dassetto) poiché rimaneva contenuto il numero degli arrivi. Se l'islamizzazione avviata negli anni settanta nei paesi di arabi ha sicuramente influito sulla costruzione delle personalità e delle identità culturali dei migranti che cominciavano più numerosi a partire, la chiusura delle frontiere europee, pressoché contemporanea, ha sicuramente contribuito a rafforzare l'"islamità" dei migranti stessi. E questo rapporto funziona tutt'ora: nell'era di Al-qaeda, del fondamentalismo e del terrorismo di matrice islamista, la chiusura violenta delle frontiere della Fortezza



## JURA GENTIUM



Europa sta contribuendo a radicalizzare l'identità religiosa dei migranti in termini oppositivi rispetto ai c.d. valori europei. Non a caso è più facile riconoscere pluralismo, dinamismo, vivacità nelle società civili dei paesi di origine dei migranti musulmani (penso all'attivismo dell'associazionismo civile, alla letteratura, al cinema, alle università...) piuttosto che nelle comunità musulmane residenti in Europa, le quali ci appaiono come più chiuse e tradizionaliste.

Del resto, è cosa nota: l'emarginazione produce radicalizzazione dei conflitti (delle *banlieues* parigine ancora si discute) e reazioni identitarie. La nostra esclusione sistematica dei musulmani migranti in primo luogo dal godimento dei diritti fondamentali non farà altro che produrre ostilità, e l'Islam europeo non potrà che costruirsi in termini oppositivi rispetto all'Europa stessa. Se i diritti, del resto, servono solo a tutelare il più forte, chi si trova in una condizione di precarietà e debolezza non potrà fare altro che rifiutarli, riconoscendovi solamente l'altra faccia dell'oppressione.