

JURA GENTIUM

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

Vol. V, n. 2, Anno 2008



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.org>

Segreteria@juragentium.org

ISSN 1826-8269

Vol. V, n. 2, Anno 2008

Redazione

Luca Baccelli, Nicolò Bellanca, Pablo Eiroa, Orsetta Giolo, Leonardo Marchettoni (segretario organizzativo), Juan Manuel Otero, Renata Pepicelli, Paola Persano, Stefano Pietropaoli, Katia Poneti, Ilaria Possenti, Lucia Re (vicedirettore), Filippo Ruschi (segretario di redazione), Emilio Santoro, Sara Turchetti, 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

SAGGI	6
<hr/>	
DIREITOS (E) HUMANOS NO BRASIL CONTEMPORÂNEO	7
VERA MALAGUTI BATISTA	
PUBBLICA SICUREZZA E CONTROLLO SOCIALE IN AMERICA LATINA TRA DEMOCRATIZZAZIONE E TENDENZE NEOAUTORITARIE	16
GIUSEPPE CAMPESI	
DALLA <i>COMISIÓN NACIONAL SOBRE LA DESAPARICIÓN DE PERSONAS</i> ALLA STAGIONE PROCESSUALE	57
PABLO D. EIROA	
LA COSTITUCIONALIDAD DE LA PROHIBICIÓN DEL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN ARGENTINA	65
MARTÍN HEVIA, EZEQUIEL SPECTOR	
‘MÉDITERRANÉE’, MODERNITY, THEORY	72
GEORG STAUTH	
FEMINIST ACTIVISM AND REFORM OF MUSLIM PERSONAL STATUS LAWS	92
MARGOT BADRAN	
LETTURE	99
<hr/>	
CRIMINI CONTRO L’UMANITÀ E DIRITTO INTERNAZIONALE	100
PABLO D. EIROA	
CERCANDO UN ALTRO ISLAM: TRE LIBRI SUI MUSSULMANI CHE VIVONO INTORNO A NOI	105
NICOLA FIORITA	
EUROPA DI CONFINE	110
ALESSANDRO SIMONCINI	

Saggi

Direitos (e) humanos no Brasil contemporâneo

Vera Malaguti Batista

Pensar a América Latina como gigantesca instituição de seqüestro é o centro de reflexão do jurista e intelectual argentino Raúl Zaffaroni. (1) Ele denuncia a situação crítica do sistema penal no continente com um discurso jurídico-penal esgotado em seu arsenal de ficções gastas, cujos órgãos exercem seu poder para controlar um marco social cujo signo é a morte em massa (realidade letal). Ele descreve o sistema de controle social da América Latina como produto da transculturação protagonizada pela incorporação ao processo de acumulação de capital. Darcy Ribeiro denominava os ciclos econômicos, a partir da colonização, como *moinhos de gastar gente*: índios, africanos, pobres em geral. (2) O marco dessa transculturação tem sido o genocídio.

Trabalhando a idéia de direitos a partir do iluminismo, tentemos pensá-la na realidade histórica do Brasil. O período pós-emancipação no Brasil é marcado por profundas inquietações. A independência inspirava vários projetos para a *nação* que lutavam por hegemonia. A principal questão a ser administrada, ideológica e politicamente, era a convivência do liberalismo com o modo de produção escravista.

Para entender esta conjuntura, os problemas do liberalismo no Brasil (3), gostaríamos de refletir sobre o que Gizlene Neder denominou “iluminismo jurídico-penal luso brasileiro”. (4) A autora trabalha as transformações do Brasil colônia em Império Luso-Brasileiro, a partir das reformas pombalinas em Portugal na passagem do século XVIII para o XIX. Compreendendo que os atores no poder eram bacharéis, ela trabalha a influência da reforma da Universidade de Coimbra em 1772 e a criação dos cursos jurídicos no Brasil em 1827.

A idéia central de sua tese está baseada nas permanências histórico-culturais de uma maneira de incorporar o liberalismo europeu sem rupturas com o tomismo, o militarismo e a religiosidade de nossas matrizes ibéricas. Assim, busca-se sempre uma fórmula jurídica-ideológica que assimile uma hierarquização absolutista, que preserve as estratégias de suspeição e culpa do direito canônico e que mantenha vivos o arbítrio e as fantasias absolutistas de controle total.

A herança jurídico-penal da inquisição ibérica é uma das marcas de um modelo de Estado que vinca a história do Brasil até os dias de hoje. “O discurso do direito penal, que tem a pretensão de exercer-se como locução legítima, numa língua oficial, está permanentemente produzindo sentidos que viabilizem a expansão do sistema penal, expansão que também se orienta na direção das mentalidades e da vida privada”. (5)

Nesta herança, o dogmatismo legal se contrapõe ao pluralismo jurídico, o diferente é criminalizado, há uma coercitividade do consenso e uma manipulação dos sentimentos ativados pelo episódio judicial. (6) Para Batista, esses mecanismos sobrevivem e se agudizam em determinadas conjunturas políticas, reproduzindo o tratamento dispensado ao herege: o princípio da oposição entre uma ordem jurídica virtuosa e o caos infracional; a matriz do combate ao crime é feita como cruzada, com o extermínio como método contra o injusto que ameaça; é produzido um direito penal de intervenção moral baseado na confissão oral e no dogma da pena. Essa ordem jurídica intolerante e



JURA GENTIUM



excludente não tolera limites, transforma-se num sistema penal sem fronteiras, com a tortura como princípio, o elogio da delação e a execução como espetáculo.

É importante trabalhar as permanências histórico-culturais das fantasias de controle total do absolutismo português que desembocam em práticas pedagógicas, jurídicas e religiosas que inculcam uma determinada visão sobre direitos, disciplina e ordem. (7) Estas permanências produzem, para Neder, implicações jurídicas, políticas e ideológicas de uma visão social teológica, aristocrática e rigidamente hierarquizada com uma performatividade política e alegórica que impregna a vida cotidiana do Brasil. Como em Portugal, as elites brasileiras incorporam pragmaticamente alguns aspectos da modernidade mas garantindo permanências do autoritarismo absolutista. O legado do período colonial mercantilista trazia para o Império Brasileiro o controle social penal “realizado dentro da unidade de produção” (8) num “poder punitivo que se exerce sobre o corpo de sua clientela”. (9)

Seria importante, antes de passarmos à análise da construção do aparato de controle social na conjuntura referida, enquadrarmos o que Neder denominou “visões hiperbólicas sobre as classes perigosas” (10) no período de formação de um ser político muito particular, a classe senhorial brasileira, na hegemonia do paternalismo e das “políticas de domínio baseadas na imagem da inviolabilidade de uma vontade senhorial benevolente que permanece praticamente incontestada como meio de preservar a subordinação de escravos e trabalhadores livres dependentes”. (11) O personagem machadiano a que Chalhoub se refere, Brás, se imagina como “controlador de uma economia de concessões e favores, rodeado por uma legião de escravos e outros criados”. Para Brás, a eliminação das diferenças políticas e culturais se relacionam a uma certa ordem e a um certo equilíbrio. No mundo senhorial, tudo e todos existem para satisfazer *a sua vontade*. Brás é, assim consciente das dimensões simbólicas do poder, foi criado “*in the art of performing power*”, naquilo que Schwarz denominou de “cerimônia de superioridade social, valiosa em si mesma”. (12) Helena Bocayuva analisa em Gilberto Freyre a concepção do patriarcalismo como ordenador da sociedade brasileira. Ela trabalha o poder de classe do menino de engenho e seus “mórbidos deleites” ou brincadeiras sempre *verticais*, hierarquizadas. (13)

Márcia de Almeida Gonçalves trabalhou o medo como “preciosa chave de leitura” para a compreensão da conservação e expansão dos monopólios fundadores dos interesses da classe senhorial. (14) Ela aponta a compreensão do medo como virtude e de como esta relação se encontrou no eixo central das estratégias conservadoras no período (15). Era com esta idéia que se conciliava progresso e conservação, dentro daquela visão de Schwarz de um liberalismo que não se podia praticar, sendo ao mesmo tempo indescartável. A manutenção das relações escravistas, a concentração da propriedade da terra e a consolidação da unidade imperial eram os dilemas dos liberais na década de 30 do século XIX.

No processo que intitulam de *história da programação criminalizante no Brasil*, Batista e Zaffaroni mostram como os usos punitivos do mercantilismo praticados no corpo do suspeito ou condenado no âmbito privado vão dando sinais de anacronismo depois da independência e na constituição do capitalismo no Brasil. As permanências, no entanto, são muitas: “a alçada criminal abrangia a pena de morte natural inclusive em escravos, gentios e peões homens livres, sem apelação nem agravo, salvo quanto às *pessoas de*



JURA GENTIUM



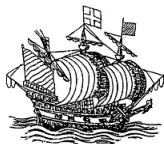
mor qualidade, quando se restringiria a degredo por dez anos e multa até cem cruzados”. (16) Eles citam Gilberto Freyre que estuda, nos anúncios sobre escravos na imprensa do século XIX, a sobrevivência das práticas de marcar o rosto dos escravos com fogo ou lacre ardente. Cicatrizes de açoites e de ferro quente, dentes limados, feridas e queimaduras na barriga pontuam os *classificados de gente* daqueles tempos.

Do ponto de vista jurídico, do império das leis, as Ordenações Filipinas, que constituíram o eixo da *programação criminalizante* do Brasil-colônia, regeram o direito penal até a promulgação do código criminal de 1830. É importante frisar que no direito privado várias disposições das Ordenações Filipinas regeram até 1917! (17) No marco da “questão do poder e da disciplina sobre a família, instituição-chave no leque das práticas de controle e disciplinamento social, na passagem à modernidade” (18), Neder e Cerqueira Filho estão trabalhando a idéia da “construção de um arcabouço ideológico e afetivo de sustentação da função parental repousada numa autoridade capaz de substituir esta figura tão abrangente do *paterfamilias*”. (19)

Já nos referimos anteriormente às marcas da Inquisição e suas *devassas gerais sobre delitos incertos* (20) que até hoje pontuam os noticiários sobre crime no Brasil e também os corações e mentes da direita e da *esquerda punitiva*. (21) As demandas por ferocidade penal, a seletividade da clientela do sistema penal são permanências históricas. Mas, a partir das contradições que surgem entre o sistema colonial-mercantilista e o capitalismo industrial que se configurava já na segunda metade do século XVIII, vai-se esboçando uma outra conjuntura. No bojo da Independência, a Constituição de 1824 produz algumas rupturas, *ma non troppo*, que fazem parte do *universo liberal* no conjunto das *idéias fora do lugar* da modernização à brasileira. Surgem as tais garantias individuais: “liberdade de manifestação do pensamento, proscrição de perseguições religiosas, a liberdade de locomoção, a inviolabilidade do domicílio e da correspondência, as formalidades exigidas para a prisão, a reserva legal, o devido processo, a abolição das penas cruéis e da tortura, a intransmissibilidade das penas, o direito de petição, a abolição de privilégios e foro privilegiado”. (22) É lógico que tudo isto não poderia colidir com o “direito de propriedade em toda a sua plenitude” que, mantida a escravidão na letra da lei, instituiria a cilada da cidadania no Brasil, digamos a *cidadania*, que pontua até hoje os discursos do liberalismo da direita à terceira via no Brasil.

É neste marco de referência que o Código Criminal do Império de 1830 é promulgado, na esteira do medo das insurreições, nas expectativas de que à nação independente de 1822 sobreviessem os direitos plenos de seu povo mestiço, nas contradições entre liberalismo e escravidão, na necessidade de unificação territorial e centralização dos poderes imperiais.

Para Batista e Zaffaroni, a legalidade que deveria acontecer, pela Constituição de 1824 e pelo artigo 1º do Código Criminal, não se deu. Na esteira do medo branco das insurreições escravas, em 1835 é editada uma lei cominando pena de morte para qualquer ofensa física de escravo contra o senhor, o feitor ou seus familiares. “A conturbada década de 30 resulta no retrocesso processual de 1841-1842, que transfere para a polícia poderes da magistratura”. (23) A lei nº 9 de 13 de maio de 1835, da Assembléia Legislativa da Bahia, previa que africanos libertos que regressassem à província, depois de expulsos, fossem processados por insurreição. “Tal lei - elaborada



JURA GENTIUM



sob a influência da recente revolta malê - promovia aí uma equiparação monstruosa, e em seu artigo 21 elevava as penas estabelecidas por um decreto imperial; em ambos os casos, o princípio da reserva legal virava pó”. (24)

A circulação e movimentação dos escravos e pretos forros era punível (Batista e Zaffaroni nos falam de uma postura municipal de 1870 que punia com multa ou 4 dias de prisão os donos de *tendas, botequins ou tavernas* que “permitissem em seus estabelecimentos a *demora de escravos por mais tempo que o necessário para as compras*, com a cláusula *respondendo sempre os amos pelos caixeiros*” (25)). Aqueles passaportes descritos no decreto de 14 de dezembro de 1830, na Bahia, têm longa duração e irão inspirar as fronteiras erigidas entre a *ordem* e a *desordem* disciplinando o deslocamento e a sociabilidade urbana na virada do XIX para o XX, e até os dias de hoje. (26) Os lundus, batuques e algazarras também seriam punidos com prisão. Em 1861 um aviso ministerial preconiza a graduação dos açoites “conforme a idade e robustez do réu”; alugar uma casa a escravos dava 8 dias de prisão. Para Batista e Zaffaroni, é nessa conjuntura histórica que se enraízam as matrizes do autoritarismo policial e do vigilantismo brasileiro, do sentido histórico da crueldade de um conjunto de leis liberais que permitiam “o retorno ao poder de uma senhora, de uma escrava achada com a *língua cosida com o lábio inferior*”. (27)

No liberalismo à brasileira, a pena de morte tem “escabrosa facilitação processual para réus escravos que compete com a invulnerabilidade a ela dos senhores”. (28) Nas palavras de Batista, nosso segundo sistema penal, na sua grosseira corporalidade, expunha ambigüidades fundamentais. “O escravo era coisa perante a totalidade do ordenamento jurídico (seu seqüestro correspondia a um furto), mas era pessoa perante o direito penal”. (29) Mas, mesmo com suas ciladas e ambigüidades, o Código Criminal do Império influenciou muitas legislações latino-americanas e mais diretamente o código penal espanhol de 1848. (30)

Este conteúdo autoritário, legitimador do extermínio e condutor desta realidade letal que renega os direitos no momento em que os institui vai ser uma permanência histórica. Nilo Batista examinou as origens históricas do discurso do direito penal da intervenção moral, que conduz a políticas criminais de conteúdo exterminador: “o operador judiciário é um agricultor previdente, cuja enxada deve extirpar a má semente ou matar a víbora; ou é cirurgião diligente, que deve amputar o membro apodrecido para evitar a infecção; pragas no campo e epidemias nas cidades resultarão de qualquer transigência com os inimigos da ordem virtuosa”. (31)

Compreendendo essas permanências históricas, podemos realizar um deslizamento no tempo. Na transição da ditadura para a “democracia” (1978-1988), com o deslocamento do inimigo interno para o criminoso comum, 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 internalização do autoritarismo. Podemos afirmar sem medo de errar que a ideologia do extermínio é hoje muito mais massiva e introjetada do que nos anos da ditadura. Os “intervalos democráticos” da nossa história do presente revelam os artifícios de manutenção de uma ordem desigual e hierarquizada.



Cabe a nós, que pensamos a questão criminal contemporânea, entender as novas funções da prisão e do poder punitivo no neoliberalismo, ou capitalismo de barbárie. A esse respeito, Loïc Wacquant propõe a idéia do paradigma norte-americano de incremento do Estado Penal em contraposição à dissolução do Estado Previdenciário: a nova gestão da miséria se daria pela criminalização da pobreza, nos discursos e nas práticas. (32) A hegemonia deste modelo produziu o que Wacquant denomina de *onda punitiva*, produzindo um processo de encarceramento em massa nunca visto na história da humanidade.

Mas o encarceramento dos indesejáveis (sempre os latino-americanos, africanos e asiáticos, os pobres do mundo) nos remete a uma discussão mais conceitual sobre a constituição da nova classe trabalhadora, mcdonaldizada, flexibilizada, precarizada, sem redes coletivas de segurança e, principalmente, em excesso. Enfim, a mão-de-obra do mundo pós-industrial, sem consciência de si, é por isso objeto de um projeto atuarial pelo poder hegemônico e vista com desdém pela esquerda punitiva e seus preconceitos históricos sobre o *lumpesinato*. (33)

O certo é que este colossal processo de encarceramento e seus dispositivos produziram uma nova economia prisional, um sistema de controle social do tempo livre, lucrativo agora não pela apropriação do trabalho dos presos, mas pela privatização da sua administração e pela indústria do controle social do crime: um dos maiores recrutadores hoje de mão-de-obra desqualificada são os serviços de segurança. O papel da mídia é fundamental para a construção desses dispositivos, seja pela legitimação moralizadora da criminalização da conflitividade social, seja pela venda descarada do modelo Guantánamo de empreendimento prisional. O Brasil tem sido um laboratório de experiências nesse sentido, concretizando no dia-a-dia a ideologia da “segurança máxima” e dos princípios das penas excessivas e da incomunicabilidade.

Tudo isso se acelera no Brasil a partir dos anos 80 com a entrada do modelo neoliberal e os paradoxos do momento de transição da ditadura. O marco jurídico avançado convivia com as armadilhas autoritárias como a lei de crimes hediondos que, junto ao processo de criminalização da pobreza, criou uma massa carcerária sem perspectiva de saída ou progressão de regime. A política criminal de drogas imposta pelos Estados Unidos, como a econômica, é o maior vetor de criminalização seletiva nas periferias brasileiras: a prisão parece ser o principal projeto para a juventude popular. (34)

Essa ampliação do poder punitivo no marco legal e o acirramento de uma conflitividade social despolitizada gerou o nosso aterrador sistema penal. Em 1994 o Brasil tinha cerca de 110.000 presos, hoje são mais de 400.000. Só em São Paulo são cerca de 140.000 presos distribuídos por 144 unidades. A todo mês são 700 novos presos no sistema apenas no estado de São Paulo. Até os que acreditam nas “*ideologias ressocializadoras*” terão que se dar conta de uma situação inadmissível. O modelo Guantánamo das *supermax* americanas se acopla às condições Carandiru de cárceres apinhados de pobres, sem acesso a defesa e cada vez mais afastados de seus laços sociais e afetivos pela nova cultura punitiva do emparedamento em vida.

A criminologia crítica foi um *dique utópico* contra as violências dos ciclos militares nos anos 70 na América Latina. (35) A pergunta que nos fazemos é para que serve a criminologia no Brasil no momento histórica do encarceramento em massa? Devemos



servir à manutenção da ordem do capitalismo de barbárie ou servir de dique utópico contra essa ordem?

O dilema da sociologia contemporânea cabe dentro dessa discussão. A criminologia teria deixado de produzir uma alternativa concreta ou a alternativa concreta seria não reproduzir as racionalidades, programas e tecnologias governamentais da questão penal? Joel Rufino dos Santos, em debate pela imprensa, afirmou que a crítica de que a “esquerda” não tem projeto de segurança pública é equivocada. A esquerda, os que se identificam com o povo brasileiro, tem é que defender os pobres e os resistentes das dores e privações de um poder punitivo que quanto mais atualiza historicamente suas racionalidades, mais sofrimento e dor em massa promove nas suas margens.

Vinte anos mais tarde, Raúl Zaffaroni propõe um *replanteo* epistemológico na criminologia a partir do livro do professor neozelandês Wayne Morrison. (36) O livro apontaria uma contribuição das ciências sociais sobre o debate entre os penalistas da Europa e da América Latina sobre o inimigo no direito penal. (37) A partir da compreensão cabal da vitória, a nível global, do liberalismo desencantado, da modernidade “democrática”, Zaffaroni e Morrison colocam em questão a criminologia “global”, que não pode deixar de discutir o genocídio: do não-civilizado ameaçador de Hobbes à coerção sobre o incivilizado ameaçador de Kant.

Na resenha do livro de Morrison, cujas pegadas seguimos agora, Zaffaroni destaca a importância do 11 de setembro, não pelo número de vítimas, mas pela invasão do espaço civilizado pelo não-civilizado, o que produziu novos medos para o curso dos discursos. O período Bush aprofundou, a partir dos novos temores, a simbiose entre os discursos da guerra e do crime. Ele aponta como os áulicos do fim da história ecoavam na criminologia, desistoricizada e burocratizada, pronta para dar eficiência e efetividade ao controle social do capitalismo de barbárie. Aparece um novo sentido, mais emocional, mais “popularizado” e politizado através de uma nova relação com os meios de comunicação.

Mas a verdade é que surge na América Latina o fenômeno do “populismo punitivo”. Sozzo analisa a maneira como a maior presença cotidiana de delitos começa a ser compreendida de uma outra forma: a insegurança urbana vira “objeto de intercâmbio político, de *mercadoria política*”. (38) Esta eleitoralização da emergência produziu um mercado de trocas simbólicas, de novos agentes e especialistas que vão dar novos sentidos para produzir consensos e controles sobre as subjetividades diante do fato criminal. David Garland fala da “criminologia do outro” (39), construindo sólidas fronteiras entre *nós* e os *outros*. Já nos debruçamos na análise da maneira como no Brasil, e mais especificamente no Rio de Janeiro, o medo foi o fio condutor legitimante das permanências de uma estética da escravidão. (40) Uma das características do populismo punitivo seria o apagamento de uma reflexão criminológica acadêmica para o surgimento de um novo especialista: a vítima. Se na Argentina aparece um pai “vítima” na cena política, com possibilidade de ser candidato a Presidente, no Brasil serão os pais e mães das vítimas (brancas, é claro) que darão o tom do debate criminológico e da mudança das leis penais no sentido de maior “rigor”. Essa emocionalidade é estratégica para o processo de expansão de poder punitivo no mundo contemporâneo.



Voltando ao *replanteo* de Zaffaroni nas margens neozelandesas de Morrison, chega-se à visão da criminologia como um discurso extremamente parcial, “construído em torno de um mundo de fatos politicamente delimitado”. (41) Ele cita Dickens ao referir-se à Austrália sem levar em consideração os povos que ali viviam há 40.000 anos. Seres que não contam.

A criminologia lida com essas características seletivas e Zaffaroni e Morrison demonstram como o belga Quetelet, célebre estatístico, construiu o conceito de *homem médio*, que iria empurrar para as margens várias categorias. O terceiro capítulo do livro de Morrison tem o título emblemático de “Estatística criminal, soberania e controle da morte: de Quetelet a Auschwitz”. Propõe-se então, a ampliação do conceito de genocídio para abarcar os crimes massivos de Estado cuja exclusão jurídica só faz sentido na racionalização perversa do extermínio “dos que não contam”. Só no Rio de Janeiro foram mortos mais de 30.000 jovens nos últimos dez anos. Mas a principal conclusão é a de que o universo criminológico lida o tempo todo com uma “parcialização arbitrária”, seria como “uma ciência da realidade que passa indiferente a muitos milhões de cadáveres”. (42)

A explicação para a impossibilidade do direito e da criminologia incorporarem o genocídio seria pela sua estreita vinculação com o imperialismo: é só fazer a contagem de corpos da “democratização” do Iraque. As vítimas européias e americanas são vítimas, os iraquianos e afegãos são “danos colaterais”. “O genocídio não pode entrar na criminologia, porque está sendo cometido pelos poderes hoje dominantes”. (43) Este seria o nó metodológico na criminologia, reconhecer a seletividade arbitrária e “sepultar definitivamente a ilusão de ciência”: Zaffaroni propõe a passagem da assepsia à crítica ideológica.

Retomando as suas aproximações de uma margem, Zaffaroni apresenta a criminologia tradicional latino-americana como um saber colonial e racista constitutivo do nosso “*apartheid* criminológico”. Podemos pensar, então, se “está empiricamente verificado que nenhum crime de Estado é cometido sem ensaiar ou apoiar-se em um discurso justificante” (44), que a matança em curso no Brasil neoliberal se sustenta em uma criminologia funcionalista e acrítica, que pretende reordenar, eficientizar o controle social letal legitimando a expansão da barbárie, que se traduz no emparedamento em vida e no aniquilamento de milhares de jovens brasileiros. Este processo, que analisamos como *filicídio*, apresenta um número cada vez maior de crianças e adolescentes presentes nos dois lados das estatísticas criminais no Brasil, como autores e como vítimas. A tragicidade da violência cotidiana no Brasil aparece nas duas pontas da questão criminal: o problema é que as criminologias “politicamente corretas”, em conjunto com o *populismo punitivo*, vão disparar o velho dispositivo positivista, agora reciclado nas neurociências, contra o setor mais vulnerabilizado pela economia de mercado, a clientela histórica dos nossos sistemas penais. Podemos afirmar, então, que a questão criminal é hoje a principal trincheira da luta pelos direitos humanos.

Notas

1. E.R. ZAFFARONI, *Em busca das penas perdidas*, Rio de Janeiro, Revan, 1991. p. 13.



2. D. RIBEIRO, *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*, São Paulo, Companhia das Letras, 1995.
3. Robert Schwarz analisando Machado de Assis trabalha o liberalismo no Brasil como as “idéias fora do lugar”.
4. G. NEDER, *Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro: obediência e submissão*, Rio de Janeiro, Instituto Carioca de Criminologia/Freitas Bastos, 2000.
5. N. BATISTA, “Os sistemas penais brasileiros”, in ANDRADE, Vera Regina P. de (Org.), *Verso e Reverso do Controle Penal: (Des) Aprisionando a Sociedade da Cultura Punitiva*, v. I., Florianópolis, Fund. Boiteux, 2002.
6. N. BATISTA, *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro*, vol. I, Rio de Janeiro, Instituto Carioca de Criminologia/Freitas Bastos, 2000.
7. Cf. G. NEDER, *Op. cit.*
8. G. NEDER, *Op. cit.*, p. 182
9. N. BATISTA, *Os sistemas penais brasileiros*, cit., p. 149.
10. G. NEDER, “Cidade, identidade e exclusão social”, in *Revista Tempo*, 2 (1997), 3.
11. S. CHALHOUB, “What are noses for? Paternalism, social darwinism and race science in Machado de Assis”, in *Journal of Latin American Cultural Studies*, 10 (2001), 2, p. 172.
12. R. SCHWARZ, *Op. cit.*, p. 19.
13. H. BOCAYUVA, *Erotismo à brasileira: o excesso sexual na obra de Gilberto Freyre*, Rio de Janeiro, Garamond, 2001.
14. M. A. GONÇALVES, *Ânimos temeratos: uma leitura dos medos sociais na corte no tempo das regências*, Tese de mestrado em História, Niterói, Universidade Federal Fluminense, 1995.
15. É interessante notar que, quase dois séculos depois, a idéia do medo como virtude é funcional para outros eixos de estratégias conservadoras. O livro de Gavin Becker (*Virtudes do medo: sinais de alerta que nos protegem da violência*. Rio de Janeiro, Rocco, 1999) trata o medo como *dom*, fala de uma *academia de previsão* desenvolvida por *psicólogos naturais*, narra o “impressionante *insight* comportamental” de um agente do FBI e demonstra que, na *inteligência do medo* “é melhor ser procurado pela polícia do que não ser procurado por ninguém”.
16. Cf. N. BATISTA, E.R. ZAFFARONI, *Direito Penal Brasileiro*, vol. 1, Rio de Janeiro, Revan, 2003.
17. Cf. N. BATISTA, E.R. ZAFFARONI, *op. cit.*
18. G. NEDER, G. CERQUEIRA FILHO, “Os filhos da lei”, in *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 16 (2001), 45, p. 113.
19. *Op. cit. ult.*, p. 124.
20. N. BATISTA, E.R. ZAFFARONI, *op. cit.*



21. Cf. M.L. KARAM, “A esquerda punitiva”, in *Discursos Sediciosos - Crime, Direito e Sociedade*, 1 (1996), 1.
22. N. BATISTA, E.R. ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 39.
23. N. BATISTA, *Os sistemas penais brasileiros*, cit., p. 152.
24. N. BATISTA, E.R. ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 41.
25. Cf. Batista e Zaffaroni sobre a legislação da Província da Bahia.
26. G. NEDER, *Cidade, identidade e exclusão social*, cit.
27. N. BATISTA, E.R. ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 42.
28. N. BATISTA, E.R. ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 53.
29. N. BATISTA, *Os sistemas penais brasileiros*, cit., p. 13.
30. N. BATISTA, E.R. ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 53.
31. N. BATISTA, *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro - I*, Rio de Janeiro, Instituto Carioca de Criminologia/Revan, 2002. p. 240.
32. L. WACQUANT, *Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*, Rio de Janeiro, Instituto Carioca de Criminologia/Revan, 2003.
33. Sobre essa discussão conferir o prefácio de Dario Melossi no livro de Alessandro De Giorgi, *A miséria governada através do sistema penal*, Rio de Janeiro, Instituto Carioca de Criminologia/Revan, 2006.
34. N. BATISTA, V. MALAGUTI, *Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*, 2 ed., Rio de Janeiro, Instituto Carioca de Criminologia/Revan, 2003.
35. A expressão “dique utópico” é de Marildo Menegat.
36. E.R. ZAFFARONI, *Un replanteo epistemológico en criminología (a propósito del libro de Wayne Morrison)*, Buenos Aires, MIMEO, 2007. (Cf. W. MORRISON, *Criminology, civilization and the new world order*, Routledge-Cavendish, Oxon, 2006).
37. E.R. ZAFFARONI, *O Inimigo no Direito Penal*, Rio de Janeiro, Revan, 2007.
38. M. SOZZO, *¿Metamorfosis de la prisión? Populismo punitivo, proyecto normalizador y “prisión-depósito” en Argentina*, Buenos Aires, MIMEO, 2007.
39. Sozzo cita a edição espanhola do livro de Garland, *La cultura del control*, Barcelona, Gedisa, 2005.
40. Cf. N. BATISTA, V. MALAGUTI, *O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história*, Rio de Janeiro, Revan, 2003.
41. E.R. ZAFFARONI, *Un replanteo epistemológico en criminología (a propósito del libro de Wayne Morrison)*, cit., p. 5.
42. E.R. ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 6.
43. *Ibid.*, p. 15.
44. *Ibid.*, p. 16.

Pubblica sicurezza e controllo sociale in America latina tra democratizzazione e tendenze neoautoritarie

I casi di Città del Messico e Buenos Aires

Giuseppe Campesi

1. Introduzione

In molti paesi latinoamericani gli anni Novanta hanno segnato una stagione di aperture e speranze democratiche. La storia è nota: chiusa l'epoca della "guerra fredda" l'intera regione è sembrata liberarsi dallo spettro della sovversione socialista che aveva a lungo coperto la vita politica con una cappa di autoritarismo. Certo persistono qui e lì focolai di guerriglia che mantengono in vita le antiche strategie antisovversive apprese dagli eserciti latinoamericani nelle scuole militari statunitensi, ma la stagione della *guerra sucia* al comunismo sembra essersi chiusa. L'apertura democratica di molti regimi è stata sovente segnata da profonde riforme istituzionali volte a instaurare i fondamenti di uno Stato democratico di diritto, ed anche le istituzioni repressive sono state in una certa misura investite dal processo riformista (1).

Gli entusiasmi dei riformatori sono tuttavia durati poco, soprattutto nel campo della riforma delle istituzioni poliziesche. Una nuova guerra sporca ha immediatamente riempito l'agenda politica degli Stati Uniti e di molti governi latinoamericani: la guerra contro la produzione e il traffico di sostanze stupefacenti che, soprattutto nella regione andina, ha imposto una nuova, marcata, militarizzazione delle funzioni di pubblica sicurezza. Più di recente, la guerra al terrorismo lanciata a seguito degli attentati alle Torri Gemelle si è trasformata nella regione in guerra al narcoterrorismo, efficace definizione mediatica che ha finito per associare nell'immaginario collettivo gli interventi di vera e propria polizia internazionale condotti dagli *States* in Medio Oriente con quelli svolti, invero più indirettamente, nell'emisfero occidentale (2). Tutto ciò ha riproposto all'attenzione dei militanti per i diritti civili la vecchia questione del rapporto tra forze civili e forze militari, frenando decisamente il processo di democratizzazione delle forze di polizia che faticosamente sembrava avviarsi.

Non è tuttavia di questo che vorremmo occuparci qui. Durante il medesimo periodo, infatti, sono sembrate esplodere nella regione tutte le problematiche poste da quella che è stata definita la "sfida degli slums" (3), vale a dire il problema del governo di immense "città rifugio", come sono state definite, che accolgono una vasta popolazione senza poter offrire sufficienti possibilità occupazionali, servizi essenziali, strutture urbanistiche adeguate (4). Il problema delle megalopoli dei paesi in via di sviluppo è, infatti, il problema di un'urbanizzazione spinta cui tendenzialmente non corrisponde un equilibrato progresso economico e sociale, un generale miglioramento dei livelli di vita. Urbanizzazione che i processi di globalizzazione economica hanno vertiginosamente accelerato negli ultimi anni, senza che la politica sia stata in grado di distribuire in misura equilibrata i vantaggi derivati dal repentino inserimento delle economie dei paesi in via di sviluppo nel quadro dell'economia globale (5).



L'ipotesi che vorremo provare ad esplorare si basa sull'idea che nella regione, in seguito alla transizione politica dai regimi autoritari agli attuali regimi democratici fortemente egemonizzati dalla cultura politica neo-liberale, si sia registrato un parallelo scivolamento nelle strategie di controllo sociale. Uno scivolamento che potrebbe essere sintetizzato con l'immagine del passaggio dalla centralità delle politiche di controllo e contenimento degli oppositori ai regimi che hanno dominato la scena politica regionale, alla centralità delle politiche di controllo e governo repressivo della marginalità sociale, soprattutto urbana, ispirate al modello statunitense di governo poliziesco e penale della povertà.

Ci occuperemo pertanto delle strategie di controllo sociale che hanno caratterizzato le aree urbane, anche se - come vedremo - la retorica della lotta al narcotraffico, che ha prodotto i suoi principali effetti nelle zone rurali della regione, ha in parte inciso anche sulle strategie praticate all'interno delle grandi città, agendo quale retorica discorsiva pronta a essere utilizzata per giustificare interventi eccezionali. Considereremo i casi di Città del Messico e Buenos Aires, con le loro differenze e similitudini, ma prima di poter scendere nel dettaglio delle politiche di controllo praticate nelle due megalopoli, dovremo necessariamente tracciare, seppur brevemente, il profilo dell'evoluzione dei poteri polizieschi in Messico e Argentina. L'eredità del passato autoritario si mescola infatti con le nuove tendenze, creando un impasto originale che può a ben ragione essere considerato il modello di governo repressivo della povertà urbana che sarà imperante negli anni a venire nella regione. Un modello che appare certamente influenzato dall'ultima moda poliziesca proveniente dagli *States*, ma che presenta i suoi indubbi elementi di originalità nella persistente eredità del passato.

2. Tratti originari delle polizie latinoamericane

Recentemente Marcelo Fabian Sain (6) ha proposto di definire “modello tradizionale” di polizia un idealtipo di organizzazione delle forze di sicurezza interna che è stato caratteristico dell'Argentina, e più in generale dei paesi latinoamericani, almeno dalla seconda metà del xx secolo. Un modello che deve i suoi tratti essenziali all'eredità istituzionale dell'Europa continentale, ma che si è in seguito sviluppato assumendo caratteristiche tutte peculiari. Esso è caratterizzato in particolare dai rapporti che in molti paesi latinoamericani le forze di polizia hanno intrattenuto, rispettivamente, con le forze armate e con il potere politico.

I caratteri originari della polizia latinoamericana sono segnati da una marcata militarizzazione e dipendenza dall'élite politica dominante (7). Le polizie della regione sono state, infatti, in gran parte concepite secondo il modello degli apparati militari di sicurezza e utilizzate, in netta prevalenza, quale strumento di controllo degli oppositori politici. Nello svolgere questa funzione esse hanno riprodotto i comportamenti autoritari tipici di un organismo concepito più per la difesa delle istituzioni nei confronti di una popolazione percepita come potenzialmente minacciosa e nemica, che per la protezione e la difesa dei cittadini dalle minacce ai loro beni essenziali. Tali caratteri originari si fecero ancora più marcati nel corso della seconda metà del xx secolo, durante la quale la “dottrina della sicurezza nazionale” fornì il quadro teorico-politico all'interno del quale operarono le forze di polizia latinoamericane (8).



Com'è noto, durante una lunga stagione della storia latinoamericana, che coincise tendenzialmente con l'epoca della Guerra Fredda, la principale attività delle forze di sicurezza divenne il controllo e la repressione di oppositori politici, sindacalisti, lavoratori e militanti di sinistra accusati di essere compromessi con le potenze comuniste ed alcuni dei gruppi guerriglieri che proliferarono all'epoca. Fino agli anni '80, in molti dei paesi latinoamericani la funzione di garanzia dell'ordine pubblico affidata alla polizia si svolse nel quadro della più generale funzione di mantenimento della sicurezza nazionale affidata alle forze armate, generando una pressoché totale confusione fra operazioni di polizia e operazioni strettamente militari.

Nel quadro della *guerra sucia* al comunismo l'azione delle agenzie di sicurezza non è stata sottoposta a nessun tipo di controllo giuridico, e le polizie hanno vissuto all'ombra di una sorta di accordo tacito con le élite politico-sociali che dominavano i diversi paesi. Ciò ha fatto sì che il potere politico finisse per delegare totalmente il governo della pubblica sicurezza alle istituzioni poliziesche, le quali hanno potuto così gestire il loro lavoro in conformità a criteri e orientamenti autonomamente e corporativamente definiti. Tale *desgobierno político* della pubblica sicurezza fu senza dubbio la principale causa dell'assenza di un quadro normativo idoneo a garantire la capacità di controllo democratico dell'azione poliziesca, e della mancanza di una discussione pubblica sul ruolo, i poteri e la struttura che la pubblica sicurezza avrebbe dovuto assumere. Questa autonomia conferì alla polizia una "marcata indipendenza, dottrinale, organica e funzionale, di fronte al governo e di fronte alla società civile" (9). La polizia, strutturata attorno ad un comando estremamente centralizzato, di carattere verticistico e castrense, e organizzata secondo criteri di unicità funzionale che hanno mescolato le funzioni giudiziarie e di sicurezza, ha così a lungo goduto di un ampio spazio d'autonomia operativa e istituzionale.

Ciò ha marcato profondamente i caratteri dell'azione poliziesca nei paesi latinoamericani. Da un lato, infatti, la principale attività delle agenzie poliziesche è stata storicamente diretta alla conservazione della loro condizione di autonomia. La polizia si è così fatta portatrice della concezione dell'ordine pubblico espressa dalla élite politica e sociale di turno, operando, per mezzo degli ampi strumenti discrezionali di controllo amministrativo sulle persone "sospette" o "pericolose" a disposizione, quale strumento di contenimento degli oppositori politici e di governo del disordine sociale (10). Dall'altro lato, accanto alle pratiche poliziesche consentite dalle possibilità che l'ordinamento politico-giuridico concedeva, si è poi sviluppato una sorta di sistema di controllo sociale sotterraneo e parallelo all'interno del quale la polizia si è abbandonata a pratiche illegali e violente, fino ad essere coinvolta in una vera e propria rete d'illegalità per mezzo della quale ha gestito canali di finanziamento del tutto autonomi da quelli ufficiali (11).

Militarizzazione, asservimento agli interessi politici dominanti, corruzione, insieme al basso livello di professionalizzazione dei corpi di sicurezza, furono le condizioni di possibilità per il diffondersi di quel fenomeno che Eugenio Raul Zaffaroni ha definito *policización*, vale a dire "una selección y condicionamiento paralelo a la criminalización (...) que se ejerce sobre personas de los mismos sectores humildes de población" (12). Con tale termine ci si riferisce, infatti, alla trasformazione dell'identità personale e al deterioramento psicologico cui si sottomette il personale che viene incorporato nei



ranghi più bassi delle forze di polizia. Un processo di spersonalizzazione e identificazione con l'istituzione e l'autorità particolarmente efficace nei casi di soggetti più deboli, provenienti da settori sociali fortemente stigmatizzati e marginali, in grado di rendere il personale di polizia particolarmente supino agli ordini gerarchici, incline ad accettare le peggiori condizioni di lavoro e non mettere in questione la legittimità della diffusione di pratiche violente e della corruzione all'interno dell'istituzione in cui sono incorporati. Per contro l'istituzione compensa tale svuotamento della personalità individuale fornendo ai suoi effettivi protezione, la garanzia di una stabilità economica e quel grado di autostima che deriva dalla facoltà di poter esercitare un potere violento ed illimitato sulle altre persone.

Il quadro tracciato è stato naturalmente aggravato dal fatto che in paesi come l'Argentina, la cui storia recente è stata macchiata da una sanguinaria dittatura militare, la polizia sia stata direttamente coinvolta nelle operazioni di repressione ed eliminazione degli oppositori del regime (13). Ma anche in paesi come il Messico, che non hanno conosciuto dittature militari nella seconda metà del xx secolo, per lungo tempo è stato del tutto assente un serio dibattito sui principi giuridici e i criteri di legittimazione dell'azione dell'apparato poliziesco. Anche in Messico, insomma, non si è mai posto il problema della legittimazione giuridica e sociale dell'azione delle forze di polizia giacché queste ultime godevano della legittimazione garantita dall'élite politica di cui hanno difeso per decenni gli interessi. In questo senso è comprensibile come per molto tempo i problemi posti dall'istituzione poliziesca, la questione dell'efficacia e della legalità della sua azione, la questione dei controlli interni ed esterni, siano rimasti al margine della discussione pubblica (14). Sia in Argentina che in Messico, la distanza tra polizia e comunità di riferimento è stata sempre molto marcata. Una distanza ulteriormente alimentata dalla corruzione e dalle pratiche violente che hanno sovente caratterizzato l'azione quotidiana delle forze di polizia. Tutto ciò ha stimolato un generale sentimento di sfiducia e sospetto della popolazione nei confronti di una polizia percepita come corrotta, violenta e asservita agli interessi politici dominanti.

Molti dei tratti essenziali che costituiscono ciò che, riprendendo la definizione di Sain, abbiamo definito modello tradizionale di polizia latinoamericana, si sono conservati e riprodotti nonostante l'apertura democratica degli ultimi decenni. In particolare il carattere fortemente militarizzato dell'istituzione poliziesca, la quale, anche se ormai raramente dipende dai ministeri della difesa o dall'esercito, è sovente sottoposta all'alto comando di funzionari di carriera militare o retta da un regime disciplinare d'impronta fortemente castrense; o ancora la carenza di controlli interni ed esterni sull'operato delle forze di pubblica sicurezza, che grazie alla loro chiusura corporativa e alla scarsa trasparenza rispetto all'esterno favorita dal regime paramilitare che le caratterizza, sono sempre riuscite a limitare l'efficacia delle riforme (15). Tuttavia, nonostante la pesante eredità del modello tradizionale abbia inciso profondamente sulla cultura istituzionale dei funzionari di polizia, particolarmente refrattari a qualsiasi cambiamento che metta in crisi l'autonomia e la struttura paramilitare delle polizie latinoamericane, dei movimenti nel senso di una democratizzazione delle forze di pubblica sicurezza si sono registrati nella regione.



3. Il faticoso processo di democratizzazione

Il processo di democratizzazione avviatosi negli ultimi decenni in molti paesi latinoamericani ha implicato anche il tentativo di procedere a una riforma delle istituzioni poliziesche. Tentativi di riforma sovente incerti che tuttavia hanno assunto, secondo quanto è stato recentemente suggerito da Maximo Sozzo (16), due volti piuttosto definiti. Due volti che riflettono in un certo senso una diversa maniera di intendere l'idea di "polizia democratica".

Da un lato vi è la classica idea liberale che vede nella polizia uno strumento chiamato ad agire, al contempo, all'interno del quadro normativo fissato e in vista della sua applicazione. In questo senso la funzione della polizia implica lo svolgimento di un servizio di protezione dei diritti e delle libertà individuali da esercitarsi all'interno del quadro legale da cui questi stessi diritti e libertà sono garantiti, secondo il modello tipico dello Stato democratico di diritto (17). Dall'altro vi è un'idea alternativa di polizia democratica sviluppatasi nel quadro della riforma della teoria e della pratica poliziesca avviata negli Stati Uniti degli anni settanta, vale a dire il modello del cosiddetto *community policing* o *problem solving policing* (18). Un modello che si concentra sulla necessità da parte delle agenzie poliziesche di conoscere la comunità locale, le sue necessità e i suoi problemi specifici, incoraggiando la decentralizzazione e il contatto diretto tra agenti e cittadini. In questo caso il *demos* non è espresso dal quadro normativo che la polizia è chiamata ad applicare e rispettare, bensì direttamente e immediatamente dalla comunità locale che entra quotidianamente in contatto con le agenzie di pubblica sicurezza.

Entrambi i modelli di riforma delle istituzioni poliziesche hanno avuto un ruolo nella fase che si è aperta con gli anni '90 in molti paesi latinoamericani e, soprattutto il secondo, è sembrato ispirare le proposte provenienti da diverse organizzazioni internazionali e ben finanziati progetti sulla riforma delle polizie in America latina (19). Molti paesi hanno, infatti, tentato di istituire organismi di partecipazione comunitaria analoghi ai *Foros Departamentales, Municipales y Vecinales de Seguridad*, creati nella provincia di Buenos Aires, ai *Consejos Vecinales para la Prevención del Delito* istituiti dal governo della città di Buenos Aires, o ancora alle *Coordinaciones Territoriales de Seguridad Pública* nate nella seconda metà degli anni '90 a Città del Messico. Tutte queste esperienze e questi tentativi di istituire degli spazi istituzionali all'interno dei quali sviluppare programmi di "polizia di prossimità", tuttavia, non sono mai realmente decollati anche perché presupporrebbero in un certo senso che l'istituzione poliziesca fosse già conforme, quanto a struttura istituzionale, funzioni e poteri, ai requisiti richiesti da uno Stato democratico di diritto. Le polizie latinoamericane manifestano ancora, in sostanza, diversi problemi sotto il profilo della loro militarizzazione e della loro sottoposizione al controllo degli organismi politici e giuridici dello Stato di diritto per sperare che modelli di riforma delle istituzioni poliziesche in auge in paesi dalla più solida e lunga tradizione democratica possano attecchire. Non è possibile eliminare la sfiducia dei cittadini nei confronti delle forze di polizia semplicemente avvicinando le istituzioni poliziesche alla comunità se queste ultime non appaiono come un'istituzione rispettosa dei diritti umani e trasparente rispetto ai controlli politici e giuridici sul suo operato.



Sotto questo profilo, uno dei principali problemi che presentano le polizie latinoamericane è rappresentato dalla necessità di una loro smilitarizzazione e del superamento della dottrina della sicurezza nazionale a favore di una concezione dell'attività di polizia intesa come servizio reso al cittadino a garanzia dei suoi diritti fondamentali. Anche laddove lo statuto delle forze di polizia è stato profondamente riformato, e la loro direzione sottratta alla responsabilità delle forze armate, le principali polizie latinoamericane conservano, infatti, una struttura istituzionale fortemente gerarchica, sovente affidata al comando di funzionari di formazione militare. Pur se, con alcune eccezioni, le forze di polizia latinoamericane sono generalmente ormai dei corpi civili dipendenti dai ministeri degli interni o della giustizia, esse conservano quanto ad organizzazione, gerarchica e modelli operativi un carattere fortemente militarizzato (20). D'altra parte persiste il problema della scarsa capacitazione, che è stato spesso utilizzato come giustificazione per l'occasionale ricorso alle forze armate in operazioni di pubblica sicurezza (21). Ma naturalmente, una delle condizioni indispensabili per la democratizzazione delle forze di polizia è l'emanazione di normative volte a regolare l'azione poliziesca in conformità alle normative internazionali sui diritti umani e sanzionare più efficacemente gli abusi e le violazioni poliziesche (22).

In tutti i paesi latinoamericani ci si è mossi nel senso di superare tali ostacoli posti sulla strada di una completa democratizzazione delle forze di polizia. Proveremo adesso a tracciare a grandi linee il profilo delle riforme effettuate e dei problemi persistenti che affliggono le forze di polizia argentine e messicane.

3.1. Il caso messicano

La ristrutturazione dei poteri polizieschi è cominciata in Messico nel 1994, con la riforma dell'articolo 21 della *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* (cpeum), che ha fissato quattro principi costituzionali fondamentali relativi all'attività degli apparati di polizia: legalità, efficienza, professionalismo, onestà. La stessa norma, inoltre, ha distribuito le competenze in materia di polizia a ciascuno dei livelli di governo previsti dalla costituzione messicana: il livello federale, o nazionale; il livello statale, cui è equiparato il *Distrito Federal* (23); il livello municipale. In Messico esistono dunque quasi duemila corpi distinti di pubblica sicurezza facenti capo alle differenti autonomie politico-giuridiche garantite dall'assetto costituzionale. Alla pletora di corpi municipali e statali è stata infine aggiunta nel 1998 la *Policía Federal Preventiva* (pfp), un corpo di polizia alle dirette dipendenze del governo nazionale chiamato a esercitare la sua giurisdizione su tutto il territorio dello Stato, nella prevenzione dei delitti di giurisdizione federale (24).

La riforma, tuttavia, ha avuto soprattutto il merito di ripensare radicalmente le funzioni attribuite all'apparato poliziesco, individuando a riguardo due comparti radicalmente distinti. Da un lato, infatti, le funzioni investigative e di repressione della criminalità sono adesso svolte al solo livello statale e federale dalla *Policía Judicial*, un corpo alle dirette dipendenze della *Procuraduría General de la República* (25); dall'altro le più generiche funzioni amministrative legate alla pubblica sicurezza e alla prevenzione della criminalità sono affidate, sempre a partire dalle riforme del 1994, al *Sistema Nacional de Seguridad Pública* (snsp). Quest'ultimo è un sistema di coordinazione delle diverse forze di polizia preventiva (federale, statali, municipali), al cui vertice siede il



Secretario de Seguridad Pública federale, che rappresenta il Presidente della Repubblica, e cui partecipano tutti i governatori statali e il governatore del *Distrito Federal* (26).

In termini generali la polizia preventiva è ormai chiamata ad agire esclusivamente in conformità alle disposizioni incluse nelle leggi di pubblica sicurezza emanate dai diversi livelli politici in cui si articola la federazione messicana. Stando al dettato costituzionale, infatti, la sua principale funzione consiste nell'applicare i regolamenti governativi e di polizia (art. 21 cpeum). Inoltre, in base al medesimo testo costituzionale l'attività investigativa e di repressione dei delitti spetta "al Ministerio Público, el cual se auxiliará de una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato" (art. 21 cpeum). L'apparato poliziesco non è pertanto legittimato ad assumere alcuna autonoma iniziativa in materia investigativa o di repressione della criminalità, una conquista di enorme civiltà per un paese abituato a una forza di polizia mercé degli interessi politici dominanti. I principi secondo cui essa deve orientare la sua attività sono stati infine tracciati dalla legge che ha istituito il snsp, la quale include un esplicito riferimento all'obbligo di rispettare i diritti umani, di astenersi da qualsiasi pratica discriminatoria, arbitraria o disumana, e di denunciare qualsiasi episodio simile, ancorché compiuto da superiori gerarchici (27).

Secondo dati della *Secretaría de Seguridad Pública Federal*, nel 2001 vi erano in Messico circa 326.000 funzionari di pubblica sicurezza, di cui 286.000 (87%) operava nei ranghi della polizia preventiva. Nel 2003 tale numero era aumentato sino a 370.000 unità circa, e nel 2004 aveva raggiunto la cifra approssimativa di 416.000 unità, con un tasso di circa 400 poliziotti per 100.000 abitanti. Tra le diverse autorità di polizia che operano ai vari livelli politici, spicca per la vastità del suo apparato la *Secretaría de Seguridad Pública del Distrito Federal* (sspfd), chiamata a garantire la pubblica sicurezza di una delle aree più densamente popolate al mondo. Nel 2005 si stimava che il *Distrito Federal* contava quasi 80.000 elementi, il che significa che quasi il 20% delle forze di polizia era concentrato in un'area dove vive il 10% della popolazione messicana (800 poliziotti per 100.000 abitanti). Attualmente la polizia preventiva del *Distrito Federal* conta circa 35.000 elementi, mentre altri 45.000 costituiscono la forza della polizia complementare che opera all'interno del territorio della capitale (Policía Auxiliar 30.000; Policía Bancaria e Industrial 16.000) (28).

Il quadro tracciato dalle riforme della seconda metà degli anni novanta sembrava, insomma, offrire concrete speranze per una definitiva democratizzazione dell'apparato poliziesco messicano, costituendo in un certo senso il presupposto strutturale indispensabile affinché gli auspici del *Secretario de Seguridad Pública* del governo federale, che invitava le forze di polizia a "smettere di servire il potere" e "iniziare a vedere i membri della comunità come la ragione del loro lavoro e non come un bottino" (29), potessero finalmente realizzarsi. Sotto diversi profili, tuttavia, il recente mutamento politico e istituzionale non ha innescato un sostanziale cambiamento nel comportamento delle istituzioni poliziesche. Com'è stato sostenuto, infatti, "i nuovi attori politici si scontrano con i poteri informali consolidati all'interno dell'apparato poliziesco, poteri con cui preferiscono la coesistenza e la negoziazione, in luogo di uno scontro aperto d'interessi le cui conseguenze sarebbero imprevedibili" (30). Neanche il cambio di regime politico in Messico sembra aver scalfito la parziale autonomia



dell'istituzione poliziesca, che si garantisce la riproduzione di una certa sfera di autonomia operativa assicurando lealtà anche alle nuove *élites* politiche.

Tre, in particolare, sembrano essere i problemi persistenti che la polizia messicana si trova costretta a fronteggiare. In primo luogo un problema di carattere strutturale, relativo all'organizzazione del corpo di polizia. La riforma costituzionale ha infatti omesso di regolare il regime di lavoro delle forze di polizia, cosicché gli agenti di polizia continuano a essere distinti quanto a regime giuridico e status lavorativo dagli altri funzionari pubblici, e privi del diritto a organizzare una propria rappresentanza professionale. Il regime disciplinare che ne governa la carriera è emanato dalla medesima autorità amministrativa e impostato secondo criteri che privilegiano l'obbedienza e la disciplina degli effettivi, piuttosto che la garanzia dei diritti e delle prerogative dei singoli (31). Gli agenti di pubblica sicurezza si trovano così esposti alla discrezionalità dei propri superiori gerarchici e, più in generale, inseriti all'interno di un'istituzione nei confronti della quale non godono pressoché di alcun diritto. Tutto ciò, oltre a favorire la violazione dei diritti degli stessi agenti, riproduce quelle condizioni di chiusura corporativa e scarsa trasparenza verso l'esterno dell'istituzione che sono una delle principali cause strutturali del riprodursi delle pratiche violente e della corruzione all'interno del corpo.

Sotto il profilo delle garanzie legali riguardanti i limiti dell'attività di polizia, il Messico ha fatto significativi passi avanti. Il diritto alla libertà personale è infatti protetto dalla Costituzione (artt. 16, 19, 21 cpeum), la quale stabilisce che le forze di polizia possono privare un soggetto della propria libertà personale solo in caso di flagranza di delitto, o nel caso in cui esista un provvedimento di cattura emanato dall'autorità giurisdizionale. Si prevede tuttavia la possibilità di arresto amministrativo, in caso di violazioni relative alla normativa contravvenzionale, anche se limitato ad un massimo di 36 ore e sottoposto all'approvazione dell'autorità giurisdizionale. Tali garanzie sono state inoltre indebolite dalla previsione da parte del *Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal* della possibilità di arresto nei casi di *flagrancia equiparada*, che ha notevolmente esteso i presupposti della flagranza del delitto concedendo alle forze di polizia un potere di arresto inusitato (32). Ma soprattutto sono apparse oggetto di frequenti e persistenti violazioni nel corso dell'attività pratica, violazioni che sono andate ben al di là di ciò che le stesse autorità sono state disposte ad ammettere e che recentemente hanno dato modo di parlare di "ingiustizia legalizzata" o, ancora, di "legge senza giustizia" (33).

Dove la normativa messicana non ha ancora raggiunto gli standard previsti dalla normativa internazionale è invece nella regolazione dell'utilizzo delle armi da fuoco da parte delle forze di polizia. Per quanto la normativa vigente all'interno del *Distrito Federal* obblighi gli agenti di polizia a utilizzare la forza e le armi solo nei casi in cui gli altri "mezzi non violenti" siano stati inutili, non è specificato cosa debba intendersi per "mezzo non violento", né i principi, la procedura, la gradualità nell'utilizzo delle armi, né le sanzioni in caso di violazione, che gli standard internazionali richiederebbero (34).

A prescindere da tali, pur rilevanti, limiti della normativa vigente, si segnala il persistere di una cultura poliziesca scarsamente rispettosa dei diritti umani. Una cultura che, come segnalato, la struttura disciplinare che governa il lavoro degli agenti aiuta a riprodurre. Alla stessa stregua sembra incessantemente riprodursi il problema della corruzione



all'interno delle forze di polizia. Come rileva una recente ricerca etnografica svolta sugli agenti di pubblica sicurezza operativi nel *Distrito Federal* (35), sono gli agenti stessi a denunciare la corruzione come un aspetto pressoché strutturale all'interno delle forze di polizia, una pratica endemica e radicata che riguarda tutti i livelli dell'apparato. La corruzione costituisce un vero e proprio regime paralegale che regge di fatto l'attività poliziesca a tutti i livelli: sia nei rapporti con il cittadino, che nei rapporti gerarchici interni all'istituzione, che regolano l'attività quotidiana e le carriere degli agenti. Gli accenti variano solo nel trovare le giustificazioni che possano dar conto del fenomeno: normalmente è la cattiva retribuzione a essere considerata una delle cause principali, ma più in generale gli agenti di rango inferiore non esitano a denunciare la corruzione dei propri superiori. Quest'ultima quando non si limita ad agire come un cattivo esempio che, sin dai primi anni dell'apprendistato condiziona la percezione che l'agente ha del suo luogo di lavoro, incide più direttamente sulla vita professionale degli agenti poiché gli stessi superiori gerarchici possono giungere a pretendere dei "contributi" quotidiani dai propri subordinati, o condizionare le assegnazioni ai diversi settori, alle diverse attività, o gli scatti di carriera al pagamento di date somme di denaro.

Come segnala l'autrice "la corruzione non altera solo i rapporti tra polizia e cittadini, ma stravolge irrimediabilmente anche le relazioni all'interno dell'istituzione poliziesca. Se (...) non esiste un poliziotto che possa sottrarsi alla corruzione, questo non solo espone tutti di fronte ai cittadini, ma indebolisce e mina la fiducia che i poliziotti possono avere l'uno dell'altro. Se i superiori sollecitano 'quote' ai subalterni e questi a loro volta lo fanno nei confronti dei cittadini; se colui che ha raggiunto un certo livello gerarchico è sospetto di aver comprato la carica; se ciascuno conosce gli atti di corruzione compiuti dai colleghi e questi, a loro volta, quelli degli altri, nessuno, dunque, si salva e può avere fiducia negli altri. E' in questo che l'istituzione poliziesca mostra una delle sue maggiori debolezze" (36). In questo senso si potrebbe sostenere con l'autrice che la corruzione endemica, prima ancora di rappresentare un danno per i cittadini (che traggono in molti casi un certo vantaggio dalla possibilità di regolare informalmente i problemi legali in cui potrebbero incorrere), è un fattore di forte vulnerabilità per l'istituzione poliziesca e i singoli agenti, esposti a vessazioni continue da parte dei superiori e costantemente ricattabili da parte dei loro pari, stretti all'interno di una dinamica perversa da cui appare impossibile uscire senza compromettere il proprio percorso professionale.

In una delle poche diagnosi ufficiali sull'effettivo funzionamento degli apparati di polizia, inclusa nel *Programa Nacional de Seguridad Pública 1995-2000*, si segnalavano tra i principali problemi che affliggono l'istituzione: il bassissimo livello di scolarizzazione; la carenza di basi giuridiche adeguate alle necessità quotidiane della polizia; l'assenza di indirizzo e margini di discrezionalità nel lavoro quotidiano; l'arbitrio e ampia diffusione della corruzione a tutti i livelli; l'improvvisazione; l'insufficiente preparazione, la scarsa specializzazione (37). Tutto ciò dà conto, in un certo senso, dell'alto livello di sfiducia che i cittadini nutrono nei confronti delle forze di polizia messicane, e del *Distrito Federal* in particolare, le quali secondo una stima effettuata da un funzionario di alto rango della *Procuraduría General de la República* raccolgono quasi un milione di dollari al giorno in atti di corruzione, o *mordidas* (38). Tale sfiducia raggiunge livelli tali che esistono zone del paese dove i cittadini



impediscono che le stesse forze di polizia possano accedere all'interno di un determinato quartiere o villaggio, o ancora comunità che hanno organizzato forme autonome di *policía comunitaria* (39). Ma è difficile anche trovare persone disposte ad arruolarsi, a causa del discredito dell'istituzione: “qui nessuno vuole essere un poliziotto”, dichiarava nel 2002 l'allora segretario di pubblica sicurezza del *Distrito Federal* Ebrard (40).

3.2. Il caso argentino

Durante la prima parte dell'accidentato processo di ritorno alla democrazia delle istituzioni argentine, avviatosi nel 1983, gli attori politici e sociali videro nelle Forze Armate l'unica seria minaccia al processo di democratizzazione in corso. In un certo senso le agenzie di pubblica sicurezza non rappresentavano una priorità in vista dei necessari interventi riformatori, e ciò a dispetto del fatto che, come accennato, durante la dittatura le forze di polizia furono largamente coinvolte, accanto alle istituzioni militari, in pratiche di violazione dei diritti umani. Molti dei membri delle forze di polizia argentine tuttora in carica presero direttamente parte all'azione repressiva degli oppositori politici voluta dal regime, e le pratiche violente e brutali utilizzate durante gli anni della dittatura continuarono entro certi limiti anche durante gli anni successivi al cambio di regime. Come se non bastasse, numerose furono le denunce di casi di corruzione e coinvolgimento di funzionari di polizia in attività illegali.

Tale situazione era ulteriormente aggravata dal fatto che gran parte degli enormi poteri polizieschi sulla libertà personale concessi alle forze di pubblica sicurezza durante il xx secolo continuarono a essere legittimamente esercitati anche nel mutato quadro politico-istituzionale. Ciò è vero in particolare per i cosiddetti “Decreti di Polizia”, un complesso di normative poliziesche emanate direttamente dall'autorità di pubblica sicurezza che, a seguito di un procedimento sommario istruito direttamente dalle agenzie amministrative, prevedevano la possibilità di utilizzare lo strumento della detenzione in relazione ad una vasta serie di condotte o nei confronti di tutte le persone definite come “sospette” o “pericolose”. Una delle peggiori minacce alle libertà individuali ereditate dal passato che il mutamento di regime politico non aveva ancora eliminato (41).

Sul piano del funzionamento e della struttura dei poteri polizieschi, dunque, il ritorno alla democrazia non ha significato la piena instaurazione dei principi dello Stato di diritto, perpetuando fin dentro l'ultima decade del xx secolo alcuni dei tratti caratteristici delle forze di polizia argentine (42). Solo con gli anni '90, infatti, è stato avviato un parziale processo di riforma delle istituzioni poliziesche argentine.

La Repubblica Argentina è composta da 23 stati federati, denominati province, cui si aggiunge la città di Buenos Aires, che a partire dalla riforma costituzionale del 1994 è considerata città autonoma alla stregua degli organi provinciali. Tuttavia, a differenza di questi ultimi, che hanno diritto a organizzare autonomamente le proprie forze di pubblica sicurezza, la città di Buenos Aires non si è vista concedere un analogo diritto a causa degli interessi nazionali presenti nella città che ospita le istituzioni federali più importanti. La *Policía Federal* è dunque l'unico corpo di polizia con funzioni di pubblica sicurezza nella città di Buenos Aires. Essa possiede le sue delegazioni territoriali su tutto il territorio dello Stato, per il compimento delle funzioni relative alla



sua sfera di giurisdizione federale, ma svolge la sua attività principale all'interno del territorio della capitale. Accanto alla *Policía Federal* esistono come accennato le diverse polizie provinciali, regolate diversamente nelle diverse aree territoriali. La polizia provinciale più importante è tuttavia quella di Buenos Aires, che costituisce la forza poliziesca più numerosa del paese, anche se per livello di risorse e capacitazione dei suoi effettivi, il corpo d'élite argentino è costituito dalla *Policía Federal* (43).

Le forze di polizia provinciali e la polizia federale dipendono dal potere politico, ovvero, rispettivamente, dai governi provinciali e dal Ministero dell'interno. Si tratta dunque di forze in linea di massima civili cui sono affidate le funzioni di polizia giudiziaria e amministrativa (44). La teoria giuridica distingue tuttavia tra attività che la polizia svolge come ausiliaria della giustizia penale, o di polizia giudiziaria, e attività più in generale di pubblica sicurezza che essa svolge come ausiliaria degli organi politico-amministrativi. In Argentina tale distinzione è dunque teorica, non istituzionalizzata come avviene invece in Messico. La *Policía Federal* ha sempre sostenuto al riguardo l'inscindibile connessione tra le due funzioni, paragiudiziaria e amministrativa, storicamente attribuite alla polizia, tanto che il sistema di attribuzione interna delle funzioni non mostra alcuna distinzione tra i due settori dell'attività poliziesca e la stessa traiettoria professionale degli agenti appare piuttosto fungibile (45).

Accanto a tali corpi civili di polizia esistono poi dei corpi di sicurezza che hanno storicamente mantenuto uno spiccato carattere militare, continuando a essere incorporati all'interno delle forze armate. Tali corpi sono la *Prefectura Naval*, dipendente dalla marina e competente per il controllo delle vie d'accesso marine e fluviali; la *Gendarmería Nacional*, competente per le frontiere terrestri e dipendente dall'Esercito; e la *Policía Aeronáutica*, dipendente dalla *Fuerza Aérea* e competente sugli aeroporti. A partire dall'avviarsi del processo di democratizzazione sono stati fatti degli sforzi per indebolire il loro legame con le forze armate e dunque per sottrarre definitivamente i compiti di sicurezza interna al ministero della guerra e attrarli definitivamente all'interno dell'orbita del ministero degli interni. Tali corpi di polizia vennero, nel 1983, sottratti al controllo diretto degli alti comandi militari e affidati in un primo momento a quello di un organo politico come il Ministero della Difesa, successivamente, nel 1992, pur mantenendo la dipendenza organica dal Ministero della Difesa, tali corpi furono sottoposti al controllo funzionale del ministero dell'interno per tutto ciò che concerne le questioni di sicurezza interna; nel 1996, infine, passarono anche organicamente a dipendere dal ministero dell'interno (46).

Nel corso degli anni '90 diversi dei corpi di polizia descritti sono stati sottoposti a un processo di riforma. Le riforme più radicali, tuttavia, hanno investito la polizia della provincia di Buenos Aires. Tale corpo di polizia era conosciuto come uno dei più corrotti e violenti di tutta la Repubblica Argentina, quello che tra gli altri portava le più grandi responsabilità rispetto ai crimini della dittatura (47). Alcuni episodi (48) nella seconda metà del decennio funzionarono come detonatori per l'esplosione del problema rappresentato dalla situazione della polizia provinciale. Una situazione divenuta insostenibile per lo stesso governatore Eduardo Duhalde, deciso a lanciare la sua candidatura per le elezioni presidenziali del 1999, e resa ancora più impellente dalla centralità che la questione sicurezza stava assumendo nel dibattito pubblico (49). Nel



1997 fu così proposto il *Plan de reorganización General del Sistema Integral de Seguridad e Investigación de los Delitos de la Provincia de Buenos Aires*, in cui il problema della riforma della polizia fu concepito come problema strutturale generale da affrontare con una riforma complessiva del sistema di sicurezza.

La riforma fu infine approvata il 15.7.1997 e fissata nella *Ley Provincial de Seguridad Pública* e nella *Ley de Organización de la Policía de la Provincia de Buenos Aires*, che hanno ridisegnato secondo nuovi criteri territoriali e funzionali di divisione del lavoro la struttura istituzionale della polizia provinciale, istituendo, all'interno dei 18 dipartimenti giurisdizionali in cui si divide la provincia, una *Policía Departamental de Seguridad* e una *Policía de Investigaciones*. Parallelamente a tale riorganizzazione strutturale, sono stati anche riformati i vertici politici dell'amministrazione poliziesca, affidati adesso al neonato *Ministerio de Justicia y Seguridad* e all'organismo consultivo di carattere tecnico denominato *Instituto de Política Criminal y Seguridad*. Contemporaneamente fu istituito presso detto *Ministerio* un organismo di controllo interno - *Oficina de Control de la Corrupción y el Abuso Funcional* - volto a rafforzare la capacità dell'istituzione di individuare e sanzionare i comportamenti illegittimi da parte dei singoli funzionari di polizia.

La nuova legislazione provinciale ha inoltre fissato i principi fondamentali cui l'azione poliziesca dovrebbe conformarsi, sancendo quale principale missione della polizia la difesa e la protezione dei diritti fondamentali dei cittadini e definendo la pubblica sicurezza come il pieno godimento e libero esercizio di dette libertà fondamentali da parte della cittadinanza. Come criteri per lo svolgimento dell'attività poliziesca furono fissati il principio di legalità e del rispetto da parte delle agenzie poliziesche delle norme fondamentali provinciali, nazionali e internazionali; nonché il principio di proporzionalità, legittima difesa e stato di necessità nell'uso della forza fisica. Il potere di arresto in capo alla polizia venne inoltre radicalmente ridotto ai soli casi di flagranza e dietro espresso ordine dell'autorità giudiziaria. Ciò che restava alla polizia era il potere di effettuare fermi per identificazione della durata massima di 12 ore e solo nel caso in cui vi fossero circostanze che "razionalmente lo giustificassero". A garanzia del corretto utilizzo di tali poteri di fermo, la polizia è obbligata a produrre un "atto di detenzione", in cui si documentano dettagliatamente tutte le circostanze del fermo. La raccolta di tale documentazione è di carattere pubblico, ed a disposizione della comunità, del potere giudiziario e degli organismi di controllo parlamentari (50).

Anche la *Policía Federal* ha conosciuto un parziale processo di riforma, stimolato dalla stessa gerarchia poliziesca ansiosa di migliorare l'immagine e il livello di capacitazione del corpo (51). Tuttavia nessun intervento radicale di riforma analogo a quello effettuato nel caso della polizia della provincia di Buenos Aires è stato in questo caso avviato. La questione più spinosa fu innescata dalla riforma costituzionale che, nel 1994, concesse autonomia alla città di Buenos Aires. Ciò implicava infatti la possibilità che anche la capitale federale costituisse un suo corpo di polizia sul modello delle polizie provinciali. La riforma costituzionale innescò un conflitto con le autorità nazionali che si sviluppò in due tappe fondamentali. In primo luogo una legge del 1995 del Congresso Nazionale stabilì che la città, per via del fatto che il suo governo avrebbe dovuto garantire gli interessi nazionali e la sicurezza delle istituzioni federali presenti sul territorio cittadino, non avrebbe potuto avere funzioni né giurisdizionali né di sicurezza. In secondo luogo il



governo della città nel 1998 eliminò da parte sua tutti i vecchi editti di polizia, che costituivano la base normativa che assicurava i poteri per l'azione poliziesca nel territorio di Buenos Aires, sostituendoli con un *Código de Convivencia Urbana*. Attualmente la questione segue irrisolta. La struttura della *Policía Federal* resta unica, anche se nella gestione dell'ordine pubblico della capitale essa mantiene un alto livello di autonomia funzionale rispetto alle istanze politiche nazionali da cui dipende. Tuttavia, l'eliminazione degli antichi editti di polizia ha rappresentato un notevole passo avanti sul piano della limitazione dei poteri discrezionali concessi alla polizia federale su cui è opportuno spendere qualche parola.

La *Policía Federal* ha goduto storicamente di ampi poteri di detenzione amministrativa (52). In primo luogo, in base al regolamento per i procedimenti contravvenzionali si attribuiva a ciascun capo dipartimento la facoltà di detenere sino a 8 giorni gli infrattori. La norma non specificava in relazione a quali contravvenzioni poteva essere esercitato tale potere, ma effettuava un generico riferimento a tutte le disposizioni o ordinanze di polizia, al medesimo regolamento, agli editti di polizia e a tutte le normative complementari. In secondo luogo, un'altra facoltà di detenzione amministrativa era concessa alle forze di polizia dalla Legge Organica di Polizia nei casi in cui fosse necessario verificare l'identità di un soggetto.

Gli editti di polizia erano ordinanze di polizia emanate dai vertici dell'istituzione che contenevano figure contravvenzionali costruite sul tipo d'autore e dirette contro determinate persone qualificate per la loro condizione sociale, i loro orientamenti politici, sessuali, il loro stile di vita deviante (53). Il complesso di tali editti costituiva un vero e proprio "diritto penale parallelo", o "sotto-sistema penale di polizia", per usare un'espressione di Luigi Ferrajoli, totalmente affidato alla discrezionalità delle forze di sicurezza e centrato sull'impiego estensivo della detenzione amministrativa. La figura teorico-giuridica che guidava l'azione poliziesca era quella della pericolosità. Tale complesso di normative è servito storicamente per governare gli strati sociali più problematici ed emarginati socialmente, secondo una logica esplicitamente dichiarata da funzionari di polizia, i quali sovente si riferiscono all'utilità di tali strumenti giuridici per governare il potenziale di rischio costituito da soggetti ritenuti in condizione di *predelictuosidad*: "en general las contravenciones policiales son aplicadas no sólo a desórdenes sociales, sino básicamente a elementos que se encuentran en virtual estado predelictual" (54). L'idea di fondo era che per combattere e prevenire effettivamente il crimine, l'azione preventiva avrebbe dovuto dirigersi nei confronti di questi settori sociali percepiti come particolarmente pericolosi e sottoporli al controllo poliziesco, indipendentemente dalla commissione o meno di un delitto.

Dalla loro nascita, gli editti polizieschi furono incorporati nel quadro istituzionale e giuridico argentino, fino a diventare il primo strumento a disposizione della polizia nello svolgimento della sua attività di pubblica sicurezza. Lo stesso potere giudiziario ha avallato in più occasioni tali istituti, decretandone la legittimità costituzionale, mentre il Congresso Nazionale che, fino al 1994 aveva competenza assoluta per poter derogare e riformare le normative di polizia, è parso mancare della volontà politica per effettuare una seria riforma in tal senso. Il potere esecutivo, cui spettava il controllo politico sull'esercizio di una tale ampia facoltà di detenzione amministrativa attribuita alle forze di polizia, è rimasto a lungo soggetto all'influenza delle pressioni provenienti



da diversi settori politico-istituzionali che spingevano per il mantenimento del vecchio sistema (55).

Gli editti polizieschi giunsero dunque inalterati sino al 1996, quando s'istituì l'assemblea costituente chiamata a scrivere la costituzione della città autonoma di Buenos Aires. La questione delle contravvenzioni di polizia fu uno dei temi chiave del dibattito costituente. Tutte le forze politiche che integrarono l'assemblea condividevano l'obiettivo di eliminare tali istituti accusati di essere chiaramente anticostituzionali. Il dibattito in seno all'assemblea coinvolse tuttavia diversi settori sociali, tra cui naturalmente i settori della *Policía Federal* che, appoggiati dal governo nazionale, esercitarono forti pressioni per evitare l'eliminazione degli editti polizieschi, riferendosi ai poteri concessi dagli editti come a uno strumento fondamentale per la lotta contro il crimine (56).

Nonostante le pressioni provenienti da settori della polizia federale e del governo, il corpo legislativo cittadino approvò un codice di polizia rispettoso dei diritti fondamentali e concepito non tanto come strumento di sicurezza e prevenzione, ma piuttosto come uno strumento per la soluzione dei conflitti e l'assicurazione della pacifica convivenza tra cittadini. Non a caso il nuovo testo normativo si autodefinisce codice di *convivencia urbana* piuttosto che come testo di pubblica sicurezza. Il codice è composto da 71 articoli che disciplinano le condotte che violano o mettono in pericolo l'integrità fisica, la libertà di circolazione, i diritti fondamentali, l'amministrazione e i servizi pubblici, nonché l'organizzazione e la gestione degli spettacoli, eventi sportivi e manifestazioni di massa. La riforma ha relegato il ricorso allo strumento della detenzione quale meccanismo di soluzione dei conflitti al rango di *extrema ratio*, eliminando gli autonomi poteri detentivi anticamente attribuiti alla polizia federale sul territorio di Buenos Aires e stabilendo che ogni provvedimento di detenzione deve ad ogni modo essere approvato e autorizzato dal pubblico ministero, il quale può ordinare la liberazione immediata del detenuto e la data di comparizione di fronte al giudice (57).

Anche la facoltà di detenzione ai fini dell'identificazione di un soggetto è stata più di recente sottoposta a una parziale revisione. Essa era originariamente prevista dalla *Ley Orgánica de Policía* come strumento d'identificazione e verifica dei precedenti penali dei sospetti. La norma stabiliva nella sua dizione originaria che la polizia federale ha facoltà di “detener con fines de identificación en circunstancias que lo justifiquen y por un lapso no mayor de 24 horas a toda persona de la cual sea necesario conocer sus antecedentes”. Durante l'attuale regime democratico la legittimità costituzionale di tale facoltà è stata messa seriamente in questione da numerosi giuristi (58). Il dibattito fu ulteriormente alimentato, fino a stimolare una riforma, da un caso di violenza poliziesca conosciuto come “caso Bulacio”, dal nome del giovane (Walter Bulacio) morto nell'aprile del 1991 in un commissariato di Buenos Aires mentre era sottoposto ad un fermo per identificazione. In base al nuovo testo la facoltà di detenzione amministrativa ha cambiato finalità, poiché è adesso esplicitamente legata alla necessità di reprimere o prevenire un delitto commesso o che pare molto probabile. Essa inoltre è concessa solo per identificare il soggetto, non più per verificare i suoi precedenti. E sono state introdotte alcune importanti garanzie, come l'obbligo di avvertire il giudice, il diritto a effettuare una telefonata, nonché la radicale riduzione del tempo di detenzione consentito.



Nonostante i tentativi di riforma, diversi sono i problemi persistenti che affliggono le istituzioni poliziesche argentine. In particolare, sono evidenti i forti tratti castrensi che tuttora caratterizzano l'istituzione poliziesca. Organizzata secondo criteri paramilitari d'accentramento verticistico e di rigida subordinazione gerarchica, tale struttura pare concepita per assicurare la condiscendenza e la subordinazione ai vertici dell'organizzazione poliziesca, piuttosto che la legittimità del funzionamento istituzionale. Essa rende molto complicata la formulazione di denunce all'interno dell'istituzione, giacché il regolamento vieta le denunce anonime e la denuncia dei superiori da parte dei subalterni (59). Tale regime giuridico del personale di polizia concepito sotto la dittatura militare è in chiara contraddizione con i principi giuridici dello Stato di diritto sanciti dalla costituzione federale. Non a torto, forse, si è parlato di *terrorismo amministrativo* come strumento di mantenimento dell'ordine e della chiusura del corpo per mezzo dell'utilizzo discrezionale dei poteri disciplinari da parte dei superiori gerarchici. Tutto ciò ha favorito nel tempo la chiusura verso l'esterno dell'istituzione poliziesca e la riproduzione di pratiche illegali e di corruzione al suo interno (60).

I caratteri paramilitari delle forze di polizia argentine hanno tuttavia avuto un ulteriore effetto negativo sulla cultura degli agenti di pubblica sicurezza, diffondendo un'idea dell'azione poliziesca come "guerra" contro quello che viene considerato un vero e proprio nemico interno. Tale cultura è stata particolarmente riflessa dalla centralità che hanno storicamente assunto gli editti di polizia nella pratica poliziesca e dalla resistenza che le agenzie di pubblica sicurezza hanno opposto nei confronti di qualsiasi limitazione dei loro poteri detentivi. In questo senso, la polizia argentina ha sempre considerato quale cifra dell'efficacia della sua azione il quantitativo di detenzioni amministrative prodotto ogni anno. Le statistiche poliziesche servivano dunque sia come strumento di controllo interno sul lavoro dei singoli funzionari, sia quale mezzo per testimoniare all'esterno l'efficacia dell'azione poliziesca. L'intero sistema innescava una forte pressione ad aumentare il livello di detenzioni effettuato quotidianamente, creando una prassi burocratica che ha dato vita a numerosi abusi da parte di funzionari ansiosi di raggiungere in fretta lo standard di produttività richiesto (61).

Più di recente, con l'eliminazione degli antichi poteri di detenzione amministrativa, la centralità che le forze di polizia assegnavano agli strumenti di lotta contro i soggetti pericolosi è stata testimoniata dalla tendenza che esse hanno manifestato a utilizzare lo strumento della *Detención por averiguación de identidad* quale tecnica preventiva di controllo sociale, stravolgendone la natura. I residui poteri detentivi concessi alle forze di polizia argentine sembrano essere utilizzati per bersagliare soprattutto certe categorie di persone contrassegnate da una marcata vulnerabilità sociale: immigrati, giovani che bivaccano per strada, prostitute, vagabondi. Di fatto, nonostante il cambio normativo, lo strumento continua a essere utilizzato nei confronti di persone ritenute pericolose, indipendentemente dalla necessità di verificare la loro identità anagrafica (62).

4. Tendenze neoautoritarie

Gli anni Novanta in Messico e Argentina non sono solo gli anni dei tentativi di democratizzazione delle istituzioni poliziesche, ma sono anche gli anni in cui si radica l'egemonia della cultura politica neoliberale e neoconservatrice responsabile di quella



profonda trasformazione delle strutture economiche e sociali che avrebbe portato i due paesi alle crisi, rispettivamente, del 1995 e 2001. Tali trasformazioni implicarono una drastica moltiplicazione dell'esclusione sociale e della precarietà economica. Molti cittadini, abbandonati dalle strutture protettive che regimi politici autoritari, clientelari e populistici avevano in qualche modo garantito per anni, furono esposti alle logiche, prive di governo politico, di economie nazionali aperte ai flussi economici e finanziari internazionali. Nel quadro di questa tarda modernità periferica, caratterizzata dal mescolarsi di complessi e persistenti problemi di sottosviluppo con i rivolgimenti sociali prodotti dalla rivoluzione politico-economica neoliberale, il problema della sicurezza nei confronti di fenomeni criminali e del disordine sociale crescente fu costruito come una vera e propria emergenza da affrontare con strumenti politici radicali. Quest'emergenza era tuttavia principalmente l'emergenza di un'urbanizzazione repentina, prodottasi, prima, all'ombra dell'industrializzazione forzata imposta dal movimento *desarrollista*, e acceleratasi poi con l'apertura dei mercati nazionali agli investimenti stranieri. L'emergenza, in sostanza, di una questione urbana sempre meno governabile in un contesto in cui le strutture politiche e di protezione sociale sono chiamate a snellirsi per attrarre investitori stranieri.

Una nuova questione sicurezza, analoga a quella che era esplosa nelle cosiddette democrazie sviluppate, è stata dunque posta al centro del dibattito politico e sintetizzata dalla domanda di protezione espressa dai ceti urbani medio-alti, che si sono visti improvvisamente esposti alle minacce di un disordine e di una conflittualità sociale crescente, oltre che ai rischi posti da un quadro politico-economico non più in grado di provvedere adeguate garanzie sociali. In questo contesto si produsse una più generale crisi dello Stato, vale a dire una crisi della sua capacità di governare le conseguenze economiche e sociali della drastica deriva politico-economica neoliberale. Marginalità sociale, povertà, criminalità crescente che affliggevano i centri urbani furono così mescolate nel quadro di un dibattito pubblico che tendeva a politicizzare in misura sempre crescente la nuova questione sicurezza.

L'esplosione di una generale crisi sociale in diversi paesi è coinciso, in sostanza, con una generale crisi di governabilità delle megalopoli latinoamericane. Una crisi che ha influito profondamente sul processo di democratizzazione delle istituzioni poliziesche, producendo quella che entro certi limiti può essere letta come una parziale controriforma. La retorica sulla sicurezza ha infatti stimolato lo sviluppo di una serie di piani o programmi di prevenzione del delitto e della criminalità più o meno improvvisati e atti a funzionare come strumenti da spendere nella retorica politico-elettorale. Tali piani hanno sovente posto l'accento sul ruolo delle agenzie poliziesche nella prevenzione della criminalità e sulla necessità di fornire alla polizia gli indispensabili strumenti in termini di poteri, risorse materiali e umane (63). La retorica securitaria si esprime attraverso il ricorso a un linguaggio politico che faceva esplicitamente appello a metafore belliche, alla guerra contro il crimine, che, soprattutto in un contesto come quello argentino, conservavano una certa risonanza nel residuo di cultura esplicitamente autoritaria e militarista che ancora caratterizzava larga parte delle forze di pubblica sicurezza.

Il riferimento ossessivo alla sicurezza, un tempo diretto all'incombente minaccia della sovversione comunista, prese a essere utilizzato nel dibattito pubblico per giustificare



l'adozione di misure eccezionali nei confronti delle organizzazioni criminali dedite al traffico di droga e della criminalità comune, di cui si sottolineava insistentemente la recrudescenza (64). Se, da un lato, l'antica nozione di sicurezza nazionale, dietro la spinta politica e finanziaria degli Stati Uniti, stimolava il coinvolgimento sempre più diretto delle forze militari in ordinarie operazioni di polizia volte al contrasto della produzione e del traffico di stupefacenti, dall'altro lato si avviava in parallelo una progressiva criminalizzazione delle economie di strada e della marginalità sociale, attuata per mezzo di una marcata militarizzazione dello spazio urbano. Quest'ultimo processo, su cui concentreremo la nostra attenzione, avveniva in particolare grazie all'influenza di quel particolare modello di governo poliziesco della povertà urbana comunemente conosciuto come *zero tolerance policing* e ispirato da quelle che Jock Young ha definito "criminologie dell'intolleranza" (65).

La capacità egemonica di tale modello di riforma delle agenzie poliziesche ispirato alle politiche attuate a partire dagli anni novanta negli Stati Uniti, e segnatamente nella New York di Rudolph Giuliani, era del resto trionfalmente annunciata da alcuni dei principali teorici delle nuove strategie poliziesche (66), i quali in un intervento del 2001 affermavano un po' enfaticamente che l'America latina era ormai diventata "la nuova frontiera della riforma poliziesca". "Assistiamo oggi –continuavano- all'espandersi di un enorme potenziale per la trasformazione delle istituzioni poliziesche in America del Sud, in America Centrale e in Messico che necessitano urgentemente di una scossa. La buona notizia è che, con lo sforzo congiunto degli amministratori, del mondo degli affari e dei cittadini, la svolta si sta verificando» (67).

Dietro alla crescente influenza del "modello Giuliani" in America Latina vi era in primo luogo il Manhattan Institute, il *think tank* conservatore che ha supportato e stimolato la diffusione del lavoro di Wilson e Kelling in tutto il mondo occidentale e che, già sul finire degli anni novanta, aveva aperto un nuovo ufficio a Santiago del Cile, istituendo il programma *Inter-American Policy Exchange*, concepito per stimolare e incrementare i contatti, le collaborazioni e la cooperazione tra istituzioni e individui a cavallo dei paesi americani. Fu dunque grazie al Manhattan Institute se George Kelling, il criminologo ufficiale dell'istituto, e William Bratton furono invitati in numerose occasioni a discutere delle loro proposte di politica criminale; e fu ancora grazie all'intensa attività del Manhattan Institute se alcuni testi chiave, quali ad esempio *Fixing Broken Windows* di George Kelling e Katherine Coles, sono stati tradotti in spagnolo e resi disponibili sul mercato latinoamericano.

Al di là del lavoro del Manhattan Institute, tuttavia, la diffusione di tale modello poliziesco seguì dei canali piuttosto precisi. Essa avvenne, infatti, normalmente dietro esplicita richiesta da parte delle autorità amministrative locali di costose consulenze pagate agli specialisti statunitensi e finanziate da magnati dell'industria e della finanza "timorosi che la diffusione del crimine possa incidere negativamente sugli investimenti e aumentare le spese in sicurezza privata" (68).

Più di recente tale modello poliziesco ha ricevuto anche il placito dei più importanti organismi finanziari internazionali, tra gli agenti più efficaci nell'indirizzare la vita politica e le strategie di governo dei paesi in via di sviluppo (69). Il *World Development Report* della World Bank, ad esempio, ha esplicitamente fatto proprie le proposte di politica criminale già da tempo sviluppate dal Manhattan Institute. Nel quarto capitolo



di tale rapporto gli estensori del documento trattavano, infatti, dell'incidenza di stabilità politica e sicurezza nel favorire lo sviluppo economico (70), invitando i paesi in via di sviluppo ad adottare le opportune misure di politica criminale: "l'esperienza suggerisce che i governi possono incidere sugli stimoli al delitto per mezzo di una più efficace applicazione della legge, un incremento della sua efficacia deterrente e programmi di prevenzione più effettivi" (71). Al riguardo il Banco Mondiale, riferendosi all'inefficacia della classica concezione reattiva dell'attività di polizia, auspicava l'adozione dei modelli di controllo poliziesco più all'avanguardia, e tra questi, naturalmente, il più promettente era ritenuto essere il modello sviluppato dalle istituzioni newyorkesi, cui era dedicato un approfondimento specifico, con espliciti riferimenti agli interventi ed alle teorie di George Kelling. Un altro "manuale pratico" diretto alle amministrazioni municipali dei paesi in via di sviluppo suggeriva invece di adottare, quali efficaci strategie di politica criminale, i programmi di cosiddetta "prevenzione situazionale" e fortificazione dello spazio urbano ispirati al cosiddetto modello di *Crime Prevention Through Environmental Design* (72).

Sull'onda di tale incontrastata diffusione del modello newyorkese anche il Messico ha rapidamente seguito l'esempio delle altre città latinoamericane, adeguandosi a quelle che sono ormai le *good policies* auspiccate dal Banco Mondiale per tutti i paesi in via di sviluppo. Verso la fine del 2002 la sspdf si è così rivolta al Giuliani Group LLC per ottenere una consulenza, costata circa due milioni di dollari e finanziata, anche in questo caso, da privati (73), su come riformare gli apparati di polizia del *Distrito Federal*. In occasione della visita del celebre Rudolph Giuliani, Manuel Camacho Solis, all'epoca governatore della metropoli messicana, asseriva "Zero tolerance è il messaggio che i cittadini di Città del Messico vogliono ascoltare", mentre gli faceva eco Marcelo Ebrard, all'epoca segretario della sspdf, annunciando che la polizia della capitale necessitava "di una nuova linea d'attacco" (74). I termini delle proposte di riforma tracciate dall'*equipe* di Giuliani restarono sostanzialmente sconosciuti, se si escludono le indiscrezioni giornalistiche, sino a che una pubblicazione della sspdf del 7 agosto 2003 non diede conto dettagliatamente della linea di politica criminale imboccata dal governo del *Distrito Federal*.

Alla stessa stregua, nel contesto della campagna elettorale che segnò l'esplosione del problema sicurezza in Argentina, diversi personaggi politici, tra cui lo stesso presidente Menem, incoraggiarono esplicitamente l'importazione del modello di *zero tolerance policing* sviluppato a New York quale maniera di affrontare i problemi di criminalità e disordine urbano che affliggevano Buenos Aires. A cavallo tra il xx e il xxi secolo diversi esperti associati con l'esperienza newyorkese visitarono la capitale argentina come ospiti di differenti uomini politici e alti funzionari di polizia (75). Pur senza ricorrere alle milionarie consulenze del Giuliani Group, la retorica della zero tolleranza e della mano dura pervase il dibattito politico delle campagne elettorali di fine xx secolo, finendo per creare il clima politico adatto per una controriforma in senso esplicitamente neoautoritario della polizia di Buenos Aires.



4.1. Il caso di Città del Messico

La consulenza Giuliani ha fruttato un programma di riforma della polizia del *Distrito Federal* articolato su 146 proposte riguardanti tanto la politica criminale in senso stretto, quanto la complessiva riorganizzazione dell'apparato poliziesco (76).

Tra le indicazioni di carattere generale si segnalava, in particolare, la richiesta di un più ampio stanziamento economico a favore delle istituzioni poliziesche e l'invito a programmare una riforma generale delle competenze della sspdf, la cui attività si riteneva essere "severamente ostacolata dalle facoltà limitate" che la legge le attribuiva. In particolare i consulenti segnalavano "l'impossibilità di indagare, il non potere ottenere informazioni dai detenuti e gli impedimenti legali al lavoro in abiti civili da parte della polizia" (77), e proponevano una serie di riforme che avrebbero dovuto riguardare anche il sistema giuridico penale e ovviare ad alcuni dei principali problemi segnalati dal rapporto, ma soprattutto al fatto "che la polizia preventiva non abbia un accesso sistematico a tutte le informazioni sui delinquenti, nemmeno su quelli che essa stessa detiene, né la capacità di agire in borghese o di realizzare autonomamente alcun genere di indagini. Ciò significa che la decisione strategica della città è stata quella di riporre tutte le sue speranze sugli arresti in flagranza, i quali oltre ad essere indiscutibilmente strumenti che garantiscono risultati molto limitati, implicano la necessità di aumentare il numero di agenti di polizia preventiva sino a livelli insostenibili per le finanze della città" (78). Gli esperti americani invitavano a stravolgere dunque una delle principali acquisizioni del processo di riforma e democratizzazione degli apparati polizieschi messicani, vale a dire la sottrazione dell'importante funzione inquirente al controllo dell'esecutivo.

La sostanza dei suggerimenti contenuti nel rapporto riguardava tuttavia la riforma dei metodi e dei principali obiettivi dell'azione poliziesca. A riguardo si suggeriva in primo luogo l'adozione del sistema compstat, uno strumento di mappatura statistica del territorio urbano utilizzato per individuare le zone a maggiore "rischio criminalità" e indirizzare selettivamente l'azione delle agenzie poliziesche (79). "Grazie alle analisi realizzate attraverso il sistema del compstat, la sspdf potrebbe identificare zone *propense al furto*, con i rispettivi orari e giorni di maggiore incidenza. Tali informazioni, con aggiornamento quotidiano, saranno fondamentali per rilocalizzare la distribuzione del personale e delle pattuglie nei diversi settori" (80). Il sistema implicava una riforma complessiva della raccolta dei dati e delle informazioni, oltre che una progressiva standardizzazione delle procedure di trattamento dei dati: "la polizia è la responsabile della sicurezza in tutta la città, e dunque deve sapere quando, come, dove, ora e *modus operandi* di tutti i delitti commessi in tutta la città" (81). L'obiettivo di tale strumento di mappatura e controllo capillare del territorio cittadino era naturalmente quello di "ridurre l'incidenza dei tassi di delittuosità" (82). Il rapporto faceva tuttavia riferimento all'esigenza di incrementare la capacità di raccogliere e trattare le informazioni da parte delle agenzie poliziesche e auspicava "una riforma legislativa per potere accedere ai dati sulla carriera criminale degli individui a disposizione della sspdf, prendere sistematicamente impronte digitali e procedere al foto-segnalamento". In particolare si rilevava come "gli agenti della sspdf dovrebbero avere la facoltà di ottenere informazioni sui sospetti e realizzare interrogatori sul campo" (83).



La *topografia poliziesca* del territorio cittadino avrebbe consentito, nei propositi dei riformatori, di sviluppare programmi urbanistici “per modificare fin dove possibile, le condizioni che favoriscono il delitto” in quelle che sono definite letteralmente “zone criminogene” (84). In tali zone, e in alcune altre ritenute particolarmente sensibili come la rete metropolitana e altri spazi pubblici del centro cittadino, o ancora alcune zone residenziali, i consulenti suggerivano espressamente l’ampio utilizzo di telecamere a circuito chiuso (85). Ma era più in generale l’intera gestione dello spazio pubblico urbano a dover essere ripensata secondo una linea amministrativa che, conformemente agli assunti fondamentali della cosiddetta teoria delle “finestre rotte”, era stata concepita per eliminare dallo scenario urbano qualsiasi segno di inciviltà o degrado (86). A quest’ultimo proposito, il rapporto proponeva di intervenire in maniera particolarmente severa sulla presenza in strada di soggetti che per il loro stile di vita o la loro condotta quotidiana potessero essere considerati “portatori di degrado”, se non addirittura uno stimolo al moltiplicarsi del crimine. Si trattava di tutto quell’universo sociale e quell’insieme di personaggi che, come ammetteva esplicitamente il rapporto, “fanno della via pubblica uno spazio di lavoro” (87). I consulenti menzionavano, in particolare, il fenomeno della prostituzione, che “in diverse zone della città genera uno spiegabile disagio nei cittadini e facilita la proliferazione di altri illeciti” (88); o ancora “i *franeleros* (89) che occupano con i loro attrezzi i luoghi di sosta in strada per svolgervi la loro attività o i lava-vetri che impongono un servizio non sollecitato” (90). Ma la loro attenzione era rivolta soprattutto “ai circa quattordicimila minori senza fissa dimora (*niños de la calle*)”, rispetto ai quali si raccomandava “uno sforzo di scala maggiore per raccogliere quelli che hanno problemi di dipendenza dalle droghe e sopravvivono di illeciti in ospedali per persone socialmente vulnerabili (*albergues por alta vulnerabilidad*)” (91).

Quello che appare più singolare nella svolta che negli ultimi anni è stata impressa al processo di riforma dell’apparato poliziesco messicano, è che molte delle proposte contenute nel rapporto Giuliani rappresentano un sostanziale passo indietro rispetto alle acquisizioni raggiunte in termini di democratizzazione dell’apparato nel decennio precedente. Così, per esempio, la proposta di estendere oltre misura le competenze investigative e operative della polizia preventiva, o ancora l’idea di garantirle una capacità di accumulo e gestione di informazioni tale da farne una potente agenzia di *intelligence* a disposizione dell’élite politica dominante. Tutte proposte che in un contesto politico come quello messicano, segnato da un faticoso processo di democratizzazione, ci sembrano parecchio allarmanti, e potrebbero risultare tanto più pericolose se si considera che andranno a inserirsi nel quadro di un apparato poliziesco caratterizzato da persistenti livelli di corruzione, dalla pratica costante di violazione dei diritti umani e da una crescente tendenza alla militarizzazione (92).

Preoccupazioni simili erano state del resto pubblicamente esternate in una lettera aperta del Lawyers Committee for Human Rights al segretario della sspdf, nella quale si rilevavano inoltre i costi sociali incalcolabili legati all’idea di affidare all’autorità di polizia la gestione di tutta una serie di comportamenti e stili di vita associati alle strategie di sopravvivenza tipiche di un universo sociale in condizioni di particolare marginalità economica e sociale. Tanto più se si considera che in metropoli come Città del Messico, il problema dei senza fissa dimora, dei mestieri girovaghi e le problematiche legate alle condizioni di povertà estrema, assumono una portata



difficilmente paragonabile a quella che possono avere in città come New York, per cui il “modello Giuliani” è stato concepito (93). Costi sociali che il recente rapporto di Amnesty International segnala esplicitamente allorché indica come i principali clienti dell’azione delle agenzie penali e di controllo sociale messicane, nonché le principali vittime dei loro persistenti abusi, siano le fasce sociali più povere e marginalizzate, ovvero “i membri delle comunità indigene, contadini, donne, bambini, migranti e le comunità urbane socialmente escluse” (94).

Tali preoccupazioni sono inoltre ulteriormente alimentate dal fatto che il modello poliziesco cui la sspdf intende ispirare la sua opera di riforma sia stato fortemente criticato per la sua tendenza a moltiplicare abusi e favorire violazioni dei diritti umani anche all’interno del suo paese d’origine (95). Indicativo a riguardo è forse il fatto che i patrocinatori di tale modello, a parte qualche generico e retorico riferimento all’esigenza di educare gli agenti di polizia a una cultura del rispetto dei diritti umani, raccomandino tutti i possibili sforzi di collaborazione con la Commissione dei Diritti Umani affinché gli agenti di polizia agiscano in conformità alle loro facoltà e ai loro obblighi, “e non limitino la loro azione per timore di essere accusati di violazione dei Diritti Umani” (96). La creazione degli organi pubblici deputati alla tutela dei diritti umani negli anni ‘90 ha fatto emergere al centro della discussione pubblica anche la questione degli abusi polizieschi, che in precedenza erano raramente messi pubblicamente in questione e meno che meno sanzionati. L’esistenza della Commissione per i Diritti Umani non ha certo risolto il problema degli abusi polizieschi, ma ha fatto perlomeno emergere la questione, moltiplicando i casi di agenti deferiti a consigli di disciplina o direttamente al potere giudiziario da parte della stessa segreteria di pubblica sicurezza. Tale tendenza è tuttavia in forte contraddizione con la spinta alla sempre maggiore efficienza dell’azione poliziesca che i vertici politici pretendono in risposta al crescente sentimento d’insicurezza (97).

Nonostante le riserve manifestate da più parti sull’adattabilità di un simile modello di controllo sociale alla realtà di Città del Messico, l’amministrazione cittadina ha tentato per quanto possibile di implementare le proposte formulate dall’*equipe* Giuliani.

In primo luogo sono andati in tale direzione tutti i piani sicurezza sviluppati dal governo del *Distrito Federal* a partire dai primi anni del nuovo secolo. Tali piani sono stati tutti invariabilmente concepiti come strumenti volti a incrementare la severità e l’efficacia dell’azione poliziesca. Non è stata, infatti, progettata alcuna riforma strutturale del sistema di pubblica sicurezza, né si è effettuato alcun investimento sistematico per l’adozione di stili differenti d’azione poliziesca che non fossero basati sull’idea del presidio a tappeto del territorio urbano. Il riferimento è stato sempre a obiettivi che fossero quantificabili in termini di significativi incrementi delle cifre raccolte nelle statistiche di polizia. Così il *Plan de Acciones de Seguridad 2004-2006* si poneva come obiettivo la riduzione del 15% per anno dell’incidenza dei principali delitti e un incremento del numero di arresti nell’ordine delle 20.000 unità (98). Gli ultimi anni sono stati nettamente segnati dalla tendenza a utilizzare estensivamente la sanzione privativa della libertà, anche se ciò non è parso avere effetti diretti sulla riduzione dei tassi di delinquenza. Tutto ciò ha prodotto un incremento della popolazione penitenziaria nel solo *Distrito Federal* di circa il 300% tra 1993 e 2002 (si è passati da 7.700 a 23.000 detenuti), mentre il tasso d’incremento è stato successivamente del 25%



JURA GENTIUM



(nel 2005 si sono raggiunti i 30.000 detenuti). La sspdf ha contribuito significativamente a tale incremento, aumentando notevolmente il numero di arresti effettuati (99).

Nella stessa direzione è andata anche la riforma della *Ley de Justicia Cívica para el Distrito Federal*, il testo che regola l'utilizzazione dello spazio pubblico all'interno del territorio cittadino. Nel 2004, in ottemperanza ad alcune delle proposte in tal senso contenute nel rapporto Giuliani, il governo cittadino ha infatti aggiunto diverse infrazioni di polizia al testo vigente, prevedendo quali sanzioni, oltre alla multa, anche l'arresto fino a un massimo di 36 ore. Le nuove infrazioni sanzionano, secondo la dizione del testo normativo, condotte “que si bien no constituyen delitos, sí vulneran la armonía de la convivencia ciudadana al afectar no sólo a las personas sino también a los bienes que pertenecen a todos, al respeto a los demás, a la tranquilidad pública, a la seguridad ciudadana y al entorno urbano”. Tra queste si segnala la prestazione di servizi non sollecitati, quando vi sia coazione a ricevere un compenso per gli stessi; l'occupazione abusiva di suolo pubblico; l'esercizio abusivo di un'attività commerciale; invitare alla o esercitare la prostituzione, nei casi in cui vi sia una denuncia da parte degli abitanti della zona; danneggiare, sporcare o fare uso indebito degli immobili pubblici o privati.

Molte di queste condotte erano già previste in altri testi normativi e sanzionate come normali illeciti civili o infrazioni regolamentari. Il fatto di averle inserite in un testo amministrativo affidato alla cura della polizia, che prevede anche la pena dell'arresto, è indicativo di un mutamento di attitudine nei confronti di tutta una serie di condotte che caratterizzano lo stile di vita di soggetti particolarmente marginali. Non è un caso del resto se, come visto, il preambolo del testo di riforma associasse strettamente tali condotte al problema sicurezza. L'ampio catalogo di condotte sanzionate dal nuovo testo manifesta il proposito di reprimere tali comportamenti e considerarli alla stregua di un problema di pubblica sicurezza, a prescindere da un intervento sui fenomeni sociali come disoccupazione, sottoccupazione, povertà estrema, di cui esse sono una tipica manifestazione. L'obiettivo più o meno dichiarato è quello, in sostanza, di eliminare dallo spazio sociale ampi settori della cittadinanza che sopravvivono grazie alle economie illegali e informali (tra gli altri: *franeleros*, prostitute, lavavetri, venditori ambulanti, mendicanti).

Stando a quello che risulta da un'analisi effettuata sulle denunce ricevute dalla Commissione per i Diritti Umani del *Distrito Federal*, appare evidente come siano in crescita i casi di arresti o detenzioni arbitrarie effettuate dietro la spinta a produrre “statistiche” che muove l'azione degli agenti in strada. La maggior parte delle violazioni, inoltre, è commessa nei confronti delle persone caratterizzate da elevati livelli di vulnerabilità sociale, il che dimostra la tendenza degli agenti a concentrare selettivamente la propria azione nei confronti di individui che presentano un certo profilo (tendenzialmente indigenti, giovani provenienti da quartieri particolarmente problematici, lavoratori sessuali, venditori ambulanti, o altri soggetti che sopravvivono dell'economia di strada) o in determinate zone della città caratterizzate da elevati livelli di disagio socio-economico (100). Tale tendenza è stata fortemente amplificata dalla riforma della normativa contravvenzionale vigente a Città del Messico. Sulle statistiche di polizia prevalgono nettamente, infatti, gli arresti effettuati per violazioni minori e in



particolare per violazioni alla *Ley de Cultura Cívica*, che solo nel 2004 costituivano il 75% (115.918) dei 154.587 arresti effettuati dalla polizia (101). Da parte sua l'*Informe Sexenal* sulle attività della sspdf tra 2000 e 2006, pubblicato alla vigilia delle recenti elezioni politiche, affermava trionfalmente che la guerra condotta contro gli ambulanti e i senza fissa dimora che popolano quotidianamente gli spazi della rete metropolitana di Città del Messico aveva fruttato, per il solo 2005, circa 25,795 arresti (102).

Un *Informe* sull'applicazione della nuova legge di cultura civica, pubblicato dalla medesima Commissione dei Diritti Umani all'indomani della riforma, denunciava inoltre le numerose violazioni dei diritti umani di cui il testo è occasione. La procedura prevista per l'arresto appare infatti scarsamente rispettosa dei principi del giusto processo, dato che il giudizio è affidato a un organo dipendente dal governo cittadino e nella produzione delle evidenze le forze di polizia assumono un ruolo preponderante, senza che l'imputato possa attivamente controbattere. Molti degli arresti effettuati sono inoltre apparsi privi di fondamento giuridico, manifestando l'attitudine delle forze di pubblica sicurezza a eliminare *in ogni caso* dallo spazio pubblico certi soggetti, quand'anche mancassero i requisiti previsti per l'arresto (una denuncia dei vicini nel caso di prostituzione o la pretesa di un compenso per servizi non richiesti da parte dei lavoratori di strada). Più in generale, il nuovo testo normativo concede alle forze di polizia un enorme potere sulla vita di un universo sociale particolarmente debole, sottoponendo la stessa sopravvivenza di tali soggetti alla discrezionalità degli agenti di polizia che operano nella strada. Tutto ciò costituisce una condizione strutturale particolarmente favorevole per lo svilupparsi di pratiche corrotte e di un vero e proprio sistema di gestione abusiva da parte delle forze di polizia di alcuni di tali settori di economia informale. Stando a quanto attestano numerose denunce, infatti, le forze di polizia giungono sovente fino a pretendere delle "quote" per garantire il libero esercizio delle diverse attività di strada (103).

Il rapporto Giuliani sembra aver ispirato anche un altro complesso di politiche di sicurezza e prevenzione del delitto messe in pratica da Marcelo Ebrard, nel frattempo divenuto governatore del *Distrito Federal*. Si tratta di una strategia d'intervento in quelle aree della città che il rapporto definiva come "zone criminogene" o "a rischio", poiché storicamente luogo d'elezione per ampi settori dell'economia informale e/o illegale. Il documento pubblicato a inizi del 2007 direttamente dalla *Jefatura de Gobierno del Distrito Federal* e intitolato *Estrategias y Acciones de Seguridad Pública y Justicia para la Ciudad de México en el período 2007-2012*, faceva a questo proposito esplicito riferimento alla necessità di "aplicar una nueva estrategia para el narcomenudeo: impulsar reformas legislativas para quitarles el patrimonio ilícito a traficantes, así como todos los inmuebles que sean utilizados para vender droga y pasarlos al patrimonio de la ciudad para establecer Centros de Prevención y Rehabilitación, estancias sociales o espacios culturales" (104). Le autorità cittadine si sarebbero lanciate immediatamente in quest'opera di "saneamiento" (105) o di vero e proprio "ataque a las islas de impunidad" (106) che erano supposte esistere all'interno del territorio della città.

Il primo bersaglio fu il quartiere popolare conosciuto come Tepito, ubicato nella giurisdizione della *Delegación Cuauhtémoc*, contigua al centro storico cittadino. Tepito è il più classico esempio di *vecindad*, vale a dire di *slum* creatosi all'interno del tessuto



urbanistico della città per il progressivo abbandono da parte dei ceti medio-alti dei vecchi stabili del centro cittadino (107). Il quartiere si è storicamente costruito una vocazione commerciale, rispondendo alle necessità di consumo delle classi medio-basse cittadine che tra le bancarelle che affollano le vie della zona hanno l'occasione d'incontrare qualsiasi tipo di merce a prezzi accessibili. Nel quadro dell'immensa economia informale che garantisce la sussistenza a uno dei quartieri più poveri del *Distrito Federal*, avevano trovato spazio anche attività schiettamente illegali come la vendita di prodotti contraffatti e lo spaccio al dettaglio di sostanze stupefacenti. Apparentemente fu proprio la volontà di sradicare tali focolai di delinquenza che indirizzò le attenzioni del governo capitalino nei confronti di questo quartiere. Il 14 febbraio 2007 il *Jefe de Gobierno del Distrito Federal* decretò l'espropriazione di diversi stabili ubicati all'interno del quartiere, conosciuti con il nome di *La Fortaleza*, prendendone immediatamente possesso alle ore 01:30 dello stesso 14 febbraio. L'operazione fu condotta congiuntamente da 556 agenti della sspdf in assetto antisommossa e 14 agenti della *Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal*, alla presenza di funzionari del governo cittadino. Il provvedimento veniva giustificato dal decreto d'espropriazione per mezzo di un riferimento al fatto che “los inmuebles mencionados actualmente presentan un estado de abandono grave que ha propiciado que en ellos se realicen diversas actividades delictivas tales como venta de estupefacentes al menudeo, artículos robados, reproducción y venta de material video grabado o de audio, lo que ocasiona un riesgo para la seguridad en la zona”.

L'operazione scatenò immediatamente le proteste degli abitanti e dei numerosi commercianti che popolano quotidianamente le vie del quartiere. Nei giorni successivi una nutrita rappresentanza di venditori ambulanti, con in testa María Rosete Sánchez, dirigente dell'associazione di categoria, pretese un incontro con le autorità cittadine e la garanzia che l'operazione effettuata non fosse il preludio di una più vasta campagna di espropriazioni e sgomberi che avrebbe investito il quartiere. Contemporaneamente una manifestazione spontanea composta, oltre che da abitanti e commercianti del quartiere, da molti dei cittadini colpiti dal provvedimento di espropriazione, bloccò la circolazione in una delle arterie stradali cittadine che attraversa il quartiere, minacciando resistenza in caso di ulteriori espropriazioni. Le proteste si susseguirono nei giorni successivi e fu necessario l'intervento di circa 700 granatieri per sgomberare la zona dalle barricate e dai focolai d'incendio appiccati dai manifestanti al grido: “Tepito unido, jamás será vencido” (108).

Contrariamente a quanto sostenuto dalle autorità cittadine, gli immobili espropriati erano disegnati per uso abitativo e al momento dell'espropriazione circa la metà degli stessi era abitato. Stando a quanto risulta dalle indagini effettuate dalla Commissione per i Diritti Umani del *Distrito Federal*, la quale ha emesso una raccomandazione all'indirizzo del governo cittadino in relazione ai fatti di Tepito (109), numerose sono state le violazioni commesse dalle autorità.

In primo luogo la Commissione segnala l'illegittimità del provvedimento di espropriazione, il quale stando alla legge messicana non può essere eseguito prima di 15 giorni dalla sua pubblicazione in modo da dare la possibilità alle persone colpite di esercitare il loro diritto all'appello. Nessuna delle eccezioni previste alla regola, vale a dire i motivi di estrema necessità e urgenza, sono state invocate per giustificare



l'immediata esecuzione del decreto. D'altra parte, come pure è possibile ricavare dai documenti programmatici del governo cittadino già citati, l'espropriazione viene in questo caso utilizzata come surrogato dell'istituto dell'estinzione del dominio, previsto dalla legge penale nei casi in cui il proprietario di determinati beni sia stato condannato per reati di criminalità organizzata. L'operazione Tepito indica che il governo cittadino ha agito partendo dall'assunzione di fondo che tutti gli abitanti degli immobili espropriati avessero un ruolo in qualche attività illegale, finendo per criminalizzare, per mezzo di un'azione altamente stigmatizzante e di forte impatto sulle vite dei singoli, tutti gli abitanti della zona.

Ma a prescindere dai, pur gravi, motivi d'illegittimità del provvedimento, la stessa Commissione ha segnalato la violenza che ha caratterizzato l'intera operazione. Il personale della sspdf, infatti, una volta preso possesso degli stabili, ha presidiato la zona impedendovi il libero accesso per circa una settimana. Giorni durante i quali il quartiere si è trovato in una sorta di virtuale sospensione dello Stato di diritto, sottoposto al controllo e al pattugliamento costante degli agenti di pubblica sicurezza e a un regime prossimo al coprifuoco dopo una certa ora della notte. Una situazione simile allo stato d'assedio che era perfettamente riflessa nelle parole pronunziate, con una certa enfasi, dal segretario di pubblica sicurezza del *Distrito Federal* Joel Ortega: "La policía entró a Tepito y no nos vamos a salir; haremos todos los operativos que sean necesarios para tomar el control de la zona" (110).

L'operazione condotta a Tepito dal governo della città rappresenta un esempio di vera e propria politica urbanistica repressiva volta a eliminare la marginalità sociale e le economie informali dal centro cittadino e recuperare le zone "ripulite" ad attività economicamente più vantaggiose. Non è un caso se, a distanza di un mese dall'intervento nel quartiere, le autorità cittadine dichiaravano di aver invitato numerosi industriali e famose catene commerciali, tra cui Carlos Slim (Sanbors), Alejandro Martí (Deportes Martí) e Wal Mart, a considerare l'opportunità di investire in una zona all'interno della quale gli standard di sicurezza per attrarre acquirenti più facoltosi sarebbero stati presto raggiunti. Si trattava, per usare le stesse parole del governatore Ebrard, di un'operazione volta al recupero di spazi pubblici, "espacios que están subutilizados, e incluso muchos de ellos desocupados precisamente porque no se podía llegar a ellos" (111).

I fatti dei mesi successivi, con ulteriori espropriazioni effettuate in altre zone della città ritenute ricettacolo di delinquenti e zone franche in mano alla criminalità organizzata, ma soprattutto le dichiarazioni del governatore Ebrard e del suo segretario di pubblica sicurezza Ortega, che più volte hanno ribadito che il governo cittadino aveva un piano di espropriazioni pressoché indefinito (112), confermano in un certo senso i timori inizialmente manifestati dagli abitanti di Tepito. La politica di sicurezza del governo cittadino implica l'eliminazione dalla scena pubblica della marginalità sociale e delle presenze indecorose. A tal fine non si disdegnano interventi eccezionali, che implicano la militarizzazione e la messa sotto stato d'assedio di intere zone della città. Tale tipo di intervento è prevalentemente volto a eliminare le sacche di povertà che frammentano il tessuto urbanistico di Città del Messico e dislocarle fuori dal centro cittadino, in zone periferiche meno visibili e meno incidenti sull'immagine che la città offre di sé ai suoi visitatori.



4.2. Il caso di Buenos Aires

Né il governo della città, né della provincia di Buenos Aires richiesero una consulenza altrettanto costosa al Giuliani Group per riformare le loro polizie e pianificare una nuova politica di controllo sociale, ma il modello di *zero tolerance policing* fu, come accennato, molto influente nei dibattiti attorno alla questione sicurezza che caratterizzarono le campagne elettorali di fine xx inizio xxi secolo. Lentamente, ma inesorabilmente, una retorica repressiva e punitiva pervase il dibattito pubblico, facendo esplicitamente appello alla necessità di difendere i cittadini inermi nei confronti di una criminalità sempre più minacciosa per screditare come “politicamente scorretto” il discorso dei diritti umani. Un appello a legge e ordine che vedeva come protagonisti, tra gli altri, militari compromessi con la dittatura o con le ultime rivolte militari dell’era democratica, pronti a cavalcare le battaglie condotte dalle nascenti associazioni di vittime dei reati per un inasprimento delle normative penali e un aumento dei poteri polizieschi (113).

Il primo oggetto di scontro fu proprio la riforma della normativa contravvenzionale, la quale aveva privato le forze di pubblica sicurezza di un complesso di poteri sull’universo della marginalità urbana che storicamente avevano caratterizzato il fulcro dell’azione preventiva. Sin dal momento in cui il nuovo *Código de Convivencia Urbana* di Buenos Aires fu approvato, è infuriata la polemica attorno alla perdita delle antiche prerogative da parte della polizia. Un’offensiva lanciata dal governo nazionale, tesa a ottenere perlomeno la sanzione della prostituzione in pubblico, portò all’immediata riforma, a soli quattro mesi dalla sua approvazione, del codice (114). Ma, più che per il suo effetto immediato, la polemica scatenatasi attorno alla questione della prostituzione fu rilevante poiché pose al centro del dibattito su sicurezza e criminalità la questione dei disordini e delle condotte antisociali, trasformando nella percezione comune una normativa contravvenzionale concepita per assicurare l’ordine e il decoro delle vie cittadine in uno strumento di lotta al crimine.

La discussione sul *Código de Convivencia Urbana* fu resa ancora più infuocata dal fatto che essa divenne uno dei temi centrali della campagna elettorale del 1999, centrata sulla questione della sicurezza urbana apparentemente minacciata da una nuova ondata di criminalità. A fronte dell’allarme sociale scatenatosi, la polizia argomentò di non possedere gli strumenti legali sufficienti a contrastare l’ondata di criminalità e in particolare di essere stata privata, a causa dell’approvazione del nuovo codice, degli strumenti fondamentali che essa aveva a disposizione. Nell’agosto del 1998 la polizia federale lanciò infine un piano di sicurezza nominato *Espiral Urbana*, basato sul principio del pattugliamento a tappeto delle zone considerate più a rischio e sul rastrellamento effettuato avvalendosi dei residui poteri in materia detentiva, che in teoria avrebbero dovuto essere previsti solo per l’identificazione (115). L’obiettivo era, secondo quanto dichiarato dal direttore operativo del piano, “saturar con presencia policial los puntos más conflictivos de la Capital. Como el Código Contravencional no nos da las herramientas necesarias para hacer prevención, la única forma de hacerlo es aumentando la presencia de este modo” (116).

I risultati di tale operazione non furono mai pubblicati. Tuttavia, tra questi vanno annoverati l’ulteriore legittimazione di un discorso politico-poliziesco che fa appello



alla mano dura come strategia legittima contro il crimine, e il radicarsi della prassi di utilizzare il fermo per identificazione come strategia preventiva e strumento diretto a esercitare una certa pressione poliziesca sull'universo della marginalità sociale nei casi in cui si verifici una forte sensibilizzazione su casi di criminalità o disordine urbano (117). La politica del governo cittadino e nazionale andava chiaramente nel senso di assimilare gli stili di vita di chi sopravvive ai margini della città al problema "insicurezza" e alle forme di delitto comune. La controriforma del *Código de Convivencia Urbana* sarebbe stata completata nel corso degli anni successivi, portando a compimento la campagna per l'estensione dei poteri polizieschi che era nata sin dai primi mesi di vigenza della nuova normativa.

Tale controriforma consentì di sanzionare tutta una serie di condotte come potenzialmente pericolose, nonché di assimilarle a dei veri e propri reati penali quanto alla pena applicabile. Molti degli stili di vita e dei comportamenti che caratterizzano le forme di sopravvivenza di chi fa affidamento sull'economia di strada per sopravvivere (parcheggiatori, lavavetri, ambulanti, prostitute) furono così investiti dalla reazione repressiva. Il dibattito per la riscrittura del *Código de Convivencia Urbana* vide proposte intese anche a recuperare molti dei poteri concessi alle forze di polizia dagli antichi editti polizieschi, tra cui le figure di *acecho* (letteralmente: lo stare in agguato) e *merodeo* (l'aggirarsi, il vagabondare). Le proposte più estreme furono rifiutate, anche se il carattere repressivo dei vari progetti presentati permaneva intatto. Il nuovo codice, approvato il 23 e 24 settembre del 2004, incluse nuove contravvenzioni, come quella che sanzionava il lavoro di parcheggiatore abusivo, il commercio ambulante abusivo se praticato a svantaggio delle attività commerciali ordinarie, il somministrare alcool a minori, ostacolare l'entrata e la salita da luoghi pubblici o privati, e aggravò le sanzioni previste in caso di condotte reiterate. L'offerta di sesso in pubblico, per quanto non esplicitamente criminalizzata, fu infine sanzionata se praticata a meno di 200 metri da abitazioni, scuole o chiese, il che in una città ad alta densità abitativa come Buenos Aires equivaleva alla pretesa di espellere totalmente le prostitute dal tessuto urbano e confinarle in luoghi con poca vigilanza, o nei grandi spazi costituiti dai parchi pubblici (118).

Il problema sicurezza continuò a essere al centro dell'attenzione pubblica, soprattutto per la diffusione dei casi di sequestri a scopo d'estorsione (spesso "sequestri express") che ricevettero molta attenzione mediatica nei primi anni del xxi secolo. In questo contesto, un discorso pubblico volto a individuare i difensori dei diritti umani come difensori dei delinquenti guadagnò sempre più consensi, finendo per identificare il problema criminalità con i giovani-adulti in situazione di povertà estrema o indigenza. Nell'aprile del 2004 fu presentato il *Plan Estratégico de Justicia y Seguridad 2004/2007*, che fu da molti interpretato come risposta al movimento scatenato dalle vittime dei reati. Il piano mantenne ferma la dicotomia tra efficienza e garanzia, basandosi sull'idea di fondo che il rispetto delle garanzie costituzionali è un ostacolo a un'efficace azione preventiva. Esso si mosse nel senso di aumentare il livello di presenza sul territorio delle forze di polizia, estendere la possibilità di effettuare processi sommari e di utilizzare la carcerazione preventiva (119).

Accanto al complessivo aumento dei poteri attribuiti alle forze di polizia, la pressione poliziesca sulle classi marginali è stata ulteriormente incrementata dalle politiche di



sicurezza sviluppate nel quadro della *Gran Buenos Aires* (l'area metropolitana che comprende, oltre alla capitale in senso stretto, anche parte del territorio della provincia). Nei primi anni del XXI secolo, infatti, una serie di politiche sviluppate congiuntamente dal governo provinciale e da quello nazionale hanno avuto come esito fondamentale quello di produrre un elevato livello di segregazione spaziale. Come del resto a Città del Messico, anche a Buenos Aires la criminalizzazione della povertà ha così seguito una logica tesa a concentrare l'attenzione delle forze di polizia su determinate zone della città particolarmente a rischio e vigilare i luoghi di transito tra una zona e l'altra.

Le politiche di sicurezza praticate nella *Gran Buenos Aires* sono andate innanzitutto nel senso di controllare strettamente i confini interni che separano la zona urbana che circonda la capitale federale, e in particolare le cosiddette *villas emergencias*, e limitare quanto più possibile il movimento e l'accesso alla città di persone provenienti da tali zone dell'area metropolitana bonaerense. Un piano disegnato nel 2002 dalla *Secretaría de Seguridad de la Nación*, e denominato *shock de seguridad*, destinò diverse risorse strategiche al controllo della linea di confine che separa formalmente la città dalla provincia (*avenida General Paz* ed il fiume *Riachuelo*). Furono così presidiate le principali vie d'accesso alla città con posti di blocco gestiti congiuntamente dalla polizia provinciale, *Gendarmería Nacional* e *Prefectura Naval*. Tale tipo di politica di sicurezza mostra chiaramente come la stessa capitale federale fosse concepita quale città chiusa e protetta da ciò che la circonda attraverso operazioni che seguono la logica del controllo delle frontiere esterne (120).

Insieme a tali programmi concepiti per controllare le vie d'accesso alla capitale, diversi piani di sicurezza riproponevano la stessa logica di presidio e controllo del territorio negli interventi in quegli insediamenti abusivi che sono denominati *villas emergencias*. Così come si era fatto nel governare i confini tra le diverse giurisdizioni che costituiscono l'area metropolitana di Buenos Aires, si pretendeva di tracciare un'analogia linea di confine poliziesca tra "città legale" e "città illegale". L'argomento fondamentale era che, secondo l'opinione di molti dei vertici della polizia provinciale, quasi l'80% degli episodi delittuosi in certe zone della città fosse da imputare a gente che proviene da questi quartieri e vi fa ritorno immediatamente dopo.

Già durante il governo della provincia da parte di Eduardo Duhalde diverse operazioni di polizia basate sul controllo a tappeto del territorio, denominate "operazioni di saturazione", avevano avuto come bersaglio le zone dell'area metropolitana bonaerense identificate come maggiormente a rischio (121). Il successivo governatore provinciale, Solà, propose di reiterare provvedimenti simili, autorizzando le forze di polizia a effettuare rastrellamenti e perquisizioni a tappeto nei quartieri considerati difficili. Nel 2003 il governo della provincia concesse un autonomo potere di perquisizione ai pubblici ministeri al di fuori del controllo giurisdizionale. Immediatamente dopo tale riforma, una serie di perquisizioni a tappeto furono realizzate in una delle *villas* che circondano la capitale all'interno della quale vivono circa 35.000 persone, su ordine di un pubblico ministero e con ampio spiegamento di forze di polizia (122). A livello nazionale, del resto, proposte simili erano contenute nel piano per la sicurezza con cui Menem concorse alla campagna elettorale del 2003. Il piano elaborato da due ex alti funzionari della polizia variamente coinvolti con la dittatura, si centrava su tre proposte



chiave: utilizzare l'esercito con funzioni di sicurezza interna; sottoporre a stretto controllo militar-poliziesco le *villas*; ridurre l'imputabilità a 14 anni (123).

La logica delle "operazioni di saturazione" del territorio fu infine portata alle sue estreme conseguenze dal *Plan Integral de Protección de Barrios* (pipb), sintesi perfetta del discorso ufficiale sulle *villas emergencia* come problema di pubblica sicurezza. Il pipb era in vigore sin dal 2003 e si basava sull'occupazione quasi militare da parte delle forze di sicurezza provinciali e federali, coordinate tra loro, di alcune delle cosiddette *villas*: *villa Carlos Gardel*, presidiata da 400 funzionari della polizia provinciale; *villa La Cava* e *San Isidro*, presidiate da 350 membri della *Prefectura Nacional*; e il quartiere *Ejército de los Andes*, detto anche *Fuerte Apache* a causa della fama di luogo malfamato che negli anni si era costruito, presidiato da 500 funzionari della *Gendarmeria Nacional*. Quest'ultimo fu anche oggetto di alcune demolizioni di blocchi di edifici che, pur se giustificate per ragioni d'insicurezza degli stabili, trovano le loro ragioni sostanziali nella politica criminale di mano dura adottata nei confronti delle *villas* (124).

La giustificazione del piano si basò in gran parte sull'argomento giornalistico, adottato immediatamente dalle forze politiche, che le vittime di alcuni dei sequestri lampo erano stati prigionieri negli anfratti più inaccessibili di tali quartieri. L'immagine di tali *villas* come spazi inaccessibili e fuori controllo da parte dell'autorità, che risaliva agli anni della dittatura, quando il problema dei sobborghi di Buenos Aires cominciava a emergere, veniva così ulteriormente rilanciata in relazione ad episodi delittuosi che nel 2004 avevano conquistato l'onore delle cronache (125). L'operazione implicava perquisizioni e controlli a tappeto di tutti i maschi giovani adulti, nonché delle automobili circolanti all'interno e nei dintorni delle *villas*. Un'azione che manifestava esplicitamente la logica militare che ispirava tali politiche di sicurezza, votate al presidio e alla stretta sorveglianza tanto delle principali zone d'accesso ai quartieri, quanto delle sue principali vie di transito e passaggi pedonali. La logica militare dell'azione era rinforzata dal fatto che il piano fosse stato sviluppato in assenza di qualsiasi coordinazione con le amministrazioni locali responsabili del governo delle aree interessate, il che dimostrava come l'intervento fosse concepito alla stregua di un'operazione all'interno di un territorio estraneo e nemico, una zona fuori controllo da riportare sotto la sovranità dello Stato (126).

Il pipb, concepito inizialmente come intervento eccezionale di un mese, è stato in seguito prolungato per 10 mesi. La proroga segnala un approccio alla questione della sicurezza nei quartieri più difficili connotato da una logica da stato d'emergenza permanente. La tendenza a normalizzare misure eccezionali come strumenti per condurre una quotidiana guerra contro il crimine è particolarmente evidente se si considera come a partire dal 2000 il coinvolgimento delle forze di sicurezza dal carattere militare sia stato progressivamente più intenso, fino a farsi quasi del tutto normale e non più limitato a casi e momenti di crisi. Più in generale però, deve rilevarsi la resistenza di pratiche di controllo sociale tipiche di un regime autoritario, che continuano a essere riprodotte anche da funzionari non compromessi con la dittatura e apparentemente protagonisti del processo di riforma e democratizzazione della polizia. Questi stessi funzionari tendono a legittimare tali pratiche presso l'opinione pubblica come gli unici strumenti realisticamente utilizzabili, nonostante la loro illegittimità,



nella prevenzione del delitto in determinate aree della città percepite come particolarmente ostili.

5. Conclusione

I casi che abbiamo considerato sono sotto molti profili differenti. Differenti innanzitutto per il diverso peso che ha giocato nella recente evoluzione dei poteri polizieschi l'eredità del passato. L'Argentina, infatti, è stata segnata dalla persistente influenza di una cultura poliziesca più schiettamente autoritaria e di modelli istituzionali e pratiche di tipo paramilitare. Ma differente è anche la struttura urbanistica su cui le nuove di politiche di controllo sociale sono intervenute. Città del Messico presenta, infatti, un tessuto urbano fortemente frammentato, caratterizzato dalla diffusione delle cosiddette *vecindades*, quartieri estremamente poveri situati, come isole di marginalità sociale, economia informale e illegale, nel cuore della città. La sfida degli *slum* è ancora in gran parte letta dal governo del *Distrito Federal* come questione del "recupero" delle zone del centro cittadino e della dislocazione della marginalità sociale nella corona metropolitana delle *colonias populares*, nell'immensa città illegale che circonda la città. A Buenos Aires, invece, al centro delle attenzioni delle autorità provinciali e cittadine vi è la questione di impedire che la "marea" umana che popola le *villas miserias* invada il territorio della *Capital Federal*.

Pur nelle differenze, vi è tuttavia una certa convergenza nelle nuove politiche di governo della marginalità sociale adottate nei due contesti. Convergenza, in primo luogo, di obiettivi: evitare per quanto possibile l'incontro tra le "due città" e rendere entro certi limiti invisibili i problemi posti dall'esistenza di enormi sacche di povertà all'interno delle megalopoli latinoamericane. Ma vi è una straordinaria convergenza anche degli strumenti utilizzati, che sembrano prefigurare la nascita di un vero e proprio modello regionale di governo poliziesco della povertà urbana. Un modello che si basa su alcuni capisaldi che vale la pena considerare brevemente.

In primo luogo, il tendenziale recupero, o la creazione *ex novo*, di un complesso di strumenti giuridici diretti all'eliminazione dalla scena pubblica della marginalità sociale e delle economie informali e/o illegali. Gli interventi sulle normative contravvenzionali che regolano l'uso dello spazio pubblico a Città del Messico e Buenos Aires che abbiamo cercato di descrivere sono, infatti, diretti a colpire i comportamenti e gli stili di vita di quanti sopravvivono grazie alle economie di strada. Le nuove normative amministrative conferiscono alla polizia un enorme potere discrezionale sulla vita di persone particolarmente deboli economicamente e socialmente, sottoponendole al costante controllo delle agenzie di pubblica sicurezza. Esse finiscono per creare una sorta di tutela poliziesca sull'universo della marginalità, che in casi di particolare allarme sociale diviene il normale e più facile bersaglio delle forze di polizia per "produrre statistica", mentre nei casi di calma apparente può favorire la pratica della riscossione di "canoni" indebiti e la diffusione di fenomeni di corruzione tra i singoli funzionari di polizia che operano in strada.

In secondo luogo, la militarizzazione del territorio, vale a dire l'utilizzo di una strategia d'intervento sullo spazio urbano basata, da un lato, sulla presenza in strada ostensibile e dissuasiva delle forze di polizia; dall'altro lato, sulla creazione di *enclaves* sottoposte a



un regime che si approssima pericolosamente a quello dello stato d'assedio. Tale paradigma d'intervento implica una distanza strutturale tra l'autorità di pubblica sicurezza e la comunità cui la sua azione protettiva e di garanzia sarebbe rivolta. Una distanza che alle volte finisce per far percepire tale comunità come un universo potenzialmente minaccioso, all'interno del quale si annidano i pericoli e i nemici dell'ordine pubblico da eliminare. In questo senso l'idea di *zero tolerance policing* ha dato in un certo senso nuovo impulso al discorso bellicista che ha storicamente caratterizzato l'azione poliziesca nei paesi latinoamericani.

Tutto ciò è il sintomo della persistenza di una certa cultura poliziesca che individua gli abitanti di determinati quartieri come "classe pericolosa" da governare con strumenti eccezionali; ma, più in generale, di una cultura politica e di un discorso pubblico piuttosto radicato che vede gli abitanti di *villas* o *vecinidades* come soggetti che eleggono il loro luogo di vita degradato quale sfera di protezione e zona franca all'interno della quale poter svolgere le proprie attività illecite al riparo dai controlli dell'autorità. Non è un caso se alcuni dei quartieri che abbiamo preso in considerazione in questo lavoro avessero soprannomi piuttosto sinistri, come *la Fortaleza* o *Fuerte Apache*, a significare l'immagine di una vera e propria zona nemica, quartieri fortezza da riconquistare alla sovranità dello Stato, nei casi degli ambiziosi piani di urbanistica repressiva di Ebrard, o tenere sotto controllo attraverso un cordone di sicurezza militar-poliziesco, nel caso delle *villas* boanerensi.

Tale modello di gestione della povertà urbana, che sembra ormai dominare le politiche delle amministrazioni chiamate al governo delle megalopoli latinoamericane, è costruito attorno ad alcune parole d'ordine fondamentali. Al centro di tali politiche vi è naturalmente la questione sicurezza, che come accennato ha dominato il dibattito pubblico degli ultimi anni. Tuttavia, come ha lucidamente rilevato Zigmunt Baumann (127), l'idea di sicurezza non può più essere articolata nel senso di *social security*, o sicurezza sociale, intesa quale garanzia di uno standard esistenziale minimo e protezione dell'individuo dal disagio economico-sociale; tantomeno nel senso di *certainty*, o previdenza, intesa come garanzia e protezione dai rischi associati al processo di produzione industriale in termini di controllo e riduzione delle potenzialità d'incidenti, malattia, rischi derivanti dall'inquinamento ambientale e dall'incipiente processo di urbanizzazione. Istituzioni politiche lanciate nella competizione globale per attrarre investimenti stranieri, non possiedono più né le risorse finanziarie, né le risorse ideologiche per fare appello a politiche economiche, sociali e urbanistiche volte ad affrontare le radici strutturali della povertà urbana. Quel che sembra essere accaduto negli ultimi anni è l'innescarsi di un processo di progressiva restrizione dell'area semantica della nozione di sicurezza del tutto analogo a quello già conosciuto nella maggior parte dei paesi occidentali. Un processo cioè che ha finito per far guadagnare centralità assoluta all'interno del dibattito politico all'idea di pubblica sicurezza. Tale centralità ha finito per trasformare quella che al principio abbiamo definito la sfida degli *slums* in una mera questione di ordine pubblico, nella sfida posta alla "società per bene" da una popolazione estranea e nemica da tenere a distanza con strumenti polizieschi e militari (128).



Note

1. Cfr. J.M. Rico, *Justicia Penal y transición democrática en América Latina*, México, Siglo XXI, 1997.
2. Cfr. C.A. Younger, E. Rosin (a cura di), *Drogas y democracia en América Latina. El impacto de la política de Estados Unidos*, Buenos Aires, Biblos, 2005; P. Andreas, E. Nadelmann, *Policing the globe. Criminalization and crime control in international relations*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
3. Cfr. UN-HABITAT, *The Challenge of Slums. Global Report on Human Settlement 2003*, London, Earth-scan publ., 2003.
4. A. Rouquié, *Amérique latine. Introduction à l'Extrême-Occident*, Paris, Seuil, 1998, trad. it. *América Latina. Introduzione all'Estremo Occidente*, Milano, Bruno Mondadori, 2007, p. 59.
5. Cfr. sulla cosiddetta *bidonvillizzazione* delle città terzomondiali A. Petrillo, *Villaggi, città megalopoli*, Carocci, Roma, 2006; M. Davis, *Il pianeta degli Slum*, Feltrinelli, Milano, 2006.
6. M.F. Sain, *Seguridad, democracia y reforma del sistema policial en la Argentina*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2002.
7. J.M. Rico, L. Chinchilla, *Las reformas policiales en América Latina. Situación, problemas y perspectivas*, Instituto de Defensa Legal, Lima, 2006, p. 36 ss.; J.M. Rico, "La policía en América Latina: del modelo militarizado al comunitario", in *Policía y sociedad democrática*, numero monografico di *Pena y Estado*, III (1998), 3, p. 176 ss.; E. Malarino, "Un resumen comparativo", in K. Ambos, J.L. Gomez Colomer, R. Vogler (a cura di), *La policía en los Estados de derecho latinoamericanos. Un proyecto internacional de investigación*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003, p. 582.
8. J. Comblin, *Le pouvoir militaire en Amérique Latine. L'ideologie de la securité nationale*, Delarge, Paris, 1977; E.R. Zaffaroni, *El enemigo en el derecho penal*, México, Ediciones Coyoacán, 2006.
9. M.F. Sain, *Seguridad, democracia y reforma del sistema policial en la Argentina*, cit., p. 41.
10. Ivi, p. 49 ss.
11. Ivi, p. 61 ss.
12. E.R. Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina. Informe Final*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1986, p. 414.
13. Molti gruppi d'azione congiunti tra forze militari/polizia che ebbero un ruolo cruciale nel quadro del terrorismo di Stato, conducendo molte azioni coperte, erano ad esempio chiamati a trovarsi autonomi canali d'autofinanziamento, che non facessero appello al bilancio ufficiale dello Stato (M.F. Sain, *Seguridad, democracia y reforma del sistema policial en la Argentina*, cit., p. 64).



14. E. Lopéz Portillo Vargas, “El Caso México”, in K. Ambos, J.L. Gómez Colomer, R. Vogler (a cura di), *La policía en los Estados de derecho latinoamericanos*, cit., p. 391.

15. A. Binder, M.J. Martinez, “Informe regional. Mecanismos de Control Democrático en el Mantenimiento de la Seguridad Interior”, in H. Fruhling, *Control democrático en el mantenimiento de la seguridad Interior*, Centro de Estudios del Desarrollo, Santiago de Chile, 1998, p. 26.

16. M. Sozzo, *In the name of democracy? Explorations around police reform in Argentina*, paper presented at the Law & Society International Conference, Berlin, 24-27 luglio 2007.

17. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 1989.

18. M.H. Moore, “Problem-solving and community policing”, in M. Tonry, N. Morris (a cura di), *Modern policing*, Chicago & London, 1992, pp. 98-158.

19. Cfr. ad esempio H. Fruhling, A. Candina (a cura di), *Policía, sociedad y Estado: Modernización y Reforma Policial en América del Sur*, Centro de Estudios para el Desarrollo, Santiago de Chile, 2001.

20. J.M. Rico, L. Chinchilla, *Las reformas policiales en América latina*, cit., p. 48; E. Malarino, “Un resumen comparativo”, cit., pp. 584-585.

21. Alcuni paesi richiedono come requisito per aspirare all’ingresso nei ranghi delle forze di polizia il completamento della scuola secondaria, ma nella maggioranza dei casi si richiede il diploma di scuola primaria. Quest’ultimo è il caso dell’Argentina, mentre il Messico addirittura non prevede alcun requisito di scolarizzazione. La durata dei corsi di formazione è poi molto varia da paese a paese, e sovente, come nel caso di Argentina e Messico, non supera i sei mesi. Il personale inferiore, che rappresenta la gran parte delle forze di polizia e, soprattutto, quello che più di altri entra in contatto con i cittadini nelle operazioni in strada risulta essere, dunque, quello con il livello di capacitazione e culturale più basso. In Argentina più del 60% dei funzionari di polizia possiede solo un titolo di istruzione primaria, mentre in Messico più del 50% è addirittura quasi totalmente privo di istruzione. A ciò si aggiunga che, come già accennato, molti degli effettivi provengono da settori sociali altamente impoveriti e marginali (E. Malarino, “Un resumen comparativo”, cit., pp. 602, 603).

22. I controlli sull’azione poliziesca sono differenti nei diversi paesi latinoamericani, ma possono essere ridotti a tre tipologie: esiste naturalmente l’ordinario controllo giurisdizionale che, quando la repressione dei delitti commessi dagli agenti di polizia nel corso della loro attività non è affidata alla giustizia militare (Cuba), interviene per sanzionare i delitti comuni commessi dai funzionari; il potere giudiziario esercita inoltre un generale potere di controllo sull’attività investigativa delle forze di polizia, controllo che è tanto più efficace quanto più stringenti sono le garanzie procedurali a riguardo; esistono poi gli ordinari controlli interni, esercitati dall’istituzione stessa per mezzo dei suoi organi disciplinari, o dai vertici politici che governano l’istituzione; ed infine il controllo esercitato da organismi statali incaricati di valutare il rispetto dei diritti umani da parte degli organi incaricati di applicare la legge, come la Commissione bicamerale



del parlamento argentino o le commissioni dei diritti umani create negli anni '90 in Messico. (Ivi, pp. 597, 598).

23. L'area metropolitana di Città del Messico che comprende, oltre ai 16 distretti della città, i 34 municipi che formano il conglomerato urbano che la circonda.

24. E. López Portillo Vargas, *El Caso México*, cit., p. 400; B. Reames, *Police forces in Mexico: a profile*, presentato alla conferenza "Reforming the Administration of Justice in Mexico", Center for U.S.-Mexican Studies, 15-17 maggio 2003, p. 4.

25. Il presidente Vicente Fox (2000-2006) ha recentemente riformato il livello federale della polizia giudiziaria, sostituendo la vecchia *Policía Judicial Federal*, con una *Agencia Federal de Investigaciones* impegnata soprattutto in materia di lotta alla criminalità organizzata ed al narcotraffico (B. Reames, *Police forces in Mexico: a profile*, cit., p. 2).

26. B. Reames, *Police forces in Mexico: a profile*, cit., p. 7; E. López Portillo Vargas, *La policía en México*, Instituto para la Seguridad y la Democracia, México, 2003, p. 11.

27. E. López Portillo Vargas, *La policía en México*, cit., p. 13.

28. Cfr. J. Ortega, *Informe de actividades de la Secretaría de Seguridad Pública, 2004-2005*, Gobierno del Distrito Federal, México, 2005. Solo nel DF si è passati dal numero di 60.000 del 2001 alla cifra del 2005, con il cambio di tre distinti capi della sspdf (Leonel Godoy, Marcelo Ebrard, Joel Ortega). I 35 mila agenti che costituiscono il corpo della polizia preventiva sono così distribuiti: 19 mila costituiscono la *Policía Sectorial*, che opera con giurisdizione limitata alle diverse delegazioni in cui è diviso il territorio della città; 8 mila effettivi costituiscono la *Policía Metropolitana*, che si occupa della vigilanza sulle principali vie di comunicazione della città e sulle aree più importanti (fanno parte di tale settore i *Granaderos*, lo *Esquadrón Rescate*, la *Policía Turística*); ci sono poi le *Fuerzas Especiales*, costituite dal *Grupo Condor*, l'unità di motociclisti; la *Fuerza de tarea*, la polizia di prossimità; il *Grupo Alfa*, specializzato in lotta al traffico di droga; e la *Seguridad Vial*, che si occupa della circolazione stradale (cfr. E. Azaola, *Imagen y autoimagen de la Policía de la Ciudad de México*, Ediciones Coyoacán, México, 2006, pp. 39-40).

29. Citato in E. López Portillo Vargas, *La policía en México*, cit., p. 7.

30. Ivi, p. 10.

31. E. López Portillo Vargas, *El Caso México*, cit., p. 396.

32. A. López Ugalde, *La violación de los derechos humanos en el ámbito de la seguridad pública en el Distrito Federal. Análisis y propuestas*, cdhdf, México, 2003, p. 31.

33. Cfr. le dettagliate indagini condotte da diverse organizzazioni non governative che hanno denunciato i ricorrenti abusi dei poteri polizieschi: *Injusticia legalizada*, Centro de Derechos Humanos "Miguel Agustín Juárez"; Lawyers Committee for Human Rights, México, 2001; *Mexico. Law without justice: Human Rights violations and immunity in the public security and criminal justice system*, Amnesty International, 7 febbraio 2007.

34. I documenti internazionali a riguardo sono: il "Codice di Condotta per i funzionari incaricati di applicare la legge" (approvato dall'Assemblea Generale delle Nazioni



Unite mediante Risoluzione 34/169, del 17.12.1979) ed il documento denominato “Pricipi basilari circa l’impiego delle armi da fuoco da parte dei funzionari incaricati di applicare la legge” (Approvato durante l’Ottavo Congresso delle Nazioni Unite sulla Prevenzione del Delitto ed il Trattamento del Delinquente, La Habana, Cuba, del 27.8 – 7.9.1990).

35. E. Azaola, *Imagen y autoimagen de la Policía de la Ciudad de México*, cit., p. 81 ss.

36. Ivi, pp. 93-94.

37. Cfr. E. Lopéz Portillo Vargas, *El Caso México*, cit., p. 404.

38. Termine gergale utilizzato in Messico per indicare la tangente che il cittadino si trova più o meno velatamente costretto a pagare per indurre un agente di polizia ad agire, sia che si tratti di atti d’ufficio dovuti, sia che si tratti di una violazione dei suoi doveri (R. Schmid, “La corrupción en la Policía Preventiva del Distrito Federal de México”, in P. Waldmann (a cura di), *Justicia en la calle. Ensayos sobre la policía en América Latina*, Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 1996, p. 313).

39. Cfr. M.T. Sierra, “The Revival of Indigenous Justice in Mexico: Challenges for Human Rights and the State”, in *Political and Legal Anthropology Review*, XXVIII (2005), 1, pp. 52–72; G. Gasparello, *Costruendo nuovi diritti: amministrazione autonoma della giustizia nella Costa-Montaña del Guerrero (Messico)*, Intervento presentato al XXVIII Congreso Internacional de Americanística, Mérida, México, 25-29 ottobre 2006.

40. Cfr. “Milenio”, 9.4.2002. Uno degli elementi più sorprendenti che emerge dall’indagine empirica sulla polizia del *Distrito Federal* cui ci siamo già riferiti è la pessima immagine che hanno di essa gli stessi agenti. Questi, in generale, riflettono l’immagine sociale diffusa che vede il poliziotto come un ladro, prepotente, violento, ignorante, corrotto, drogato o alcolista (un *ratero de placa*, o ladro in divisa). Un’immagine che gli stessi agenti possedevano prima di entrare all’interno del corpo e che in molti casi è uscita confermata dalla visione dell’istituzione dall’interno (E. Azaola, *Imagen y autoimagen de la Policía de la Ciudad de México*, cit., p. 111).

41. N. Loring, “Realidad y perspectivas de la Policía en América Latina. Resumen y reflexión”, in P. Waldmann (a cura di), *Justicia en la calle. Ensayos sobre la policía en América Latina*, cit., p. 392; M. Rusconi, “Reformulación de los sistemas de justicia penal en América Latina y policía: algunas reflexiones”, in *Policía y sociedad democrática*, numero monografico di “Pena y Estado”, III (1998), 3, pp. 189-198.

42. Cfr. G. González, “Las Reformas Policiales en la Argentina: Hablando de las Estatuas de Naipaul”, in J. Bayley, L. Dammert (a cura di), *Seguridad y Reformas Policiales en las Américas. Experiencias y Desafíos*, Siglo XXI, México, 2005.

43. M. Abregú, G. Palmieri, S. Tiscornia, “Informe Nacional: La situación y los mecanismos de control de los Organismos de Seguridad Pública Interior en la República Argentina”, in H. Fruhling, *Control democrático en el mantenimiento de la seguridad Interior*, Centro de Estudios del Desarrollo, Santiago de Chile, 1998, p. 53.



44. J.B.J. Maier, M. Abregú, S. Tiscornia, “El papel de la policía en la Argentina y su situación actual”, in P. Waldmann (a cura di), *Justicia en la calle. Ensayos sobre la policía en América Latina*, cit., p. 165.
45. Ivi, p.167.
46. M. Abregú, G. Palmieri, S. Tiscornia, “Informe Nacional: la situación y los mecanismos de control de los Organismos de Seguridad Pública Interior en la República Argentina”, cit., p. 48.
47. Cfr. C. Dutil, R. Ragendorfer, *La bonaerense. Historia criminal de la policía de la provincia de Buenos Aires*, Planeta, Buenos Aires, 1997.
48. In particolare, le evidenze che dimostrarono le responsabilità della polizia provinciale nell’attentato alla *Asociación Mutual Israelita Argentina*; e l’omicidio del giornalista José Luis Cabezas.
49. M. Sain, “Democracia, seguridad pública y policía. La reforma del sistema de seguridad y policial en la Provincia de Buenos Aires”, in CELS, *Las reformas policiales en Argentina*, Documentos de Trabajo, Buenos Aires, 1-2 dicembre 1998, p. 70.
50. Ivi, p. 90 ss.
51. Furono in particolare elevati i requisiti per accedere a determinati livelli della gerarchia; si sviluppò una certa enfasi attorno alla questione della relazione con la comunità.
52. G. Chiller, “La sanción de un código de convivencia urbana”, in CELS, *Las reformas policiales en Argentina*, cit., p. 6.
53. J.B.J. Maier, M. Abregú, S. Tiscornia, “El papel de la Policía en la Argentina y su situación actual”, cit. p. 171.
54. A.J. Pelacchi, “La seguridad en Buenos Aires”, in *Revista de Policía y Criminalística de la Policía Federal*, 1 (1995), p. 64.
55. G. Chiller, “La sanción de un código de convivencia urbana”, cit., p. 10.
56. “Sería un golpe muy duro para la policía que decidan eliminar los edictos, porque hoy es la única arma que nos queda para enfrentar de igual a igual a los que roban en la calle y prevenir el delito en general”: dichiarazioni di un funzionario ad un noto quotidiano (cfr. *Clarín*, 13.8.1996).
57. G. Chiller, “La sanción de un código de convivencia urbana”, cit., p. 16.
58. S. Tiscornia, L. Eilbaum, V. Lekerman, “Detenciones por averiguación de identidad. Argumentos para la discusión sobre sus usos y abusos”, in H. Fruhling, A. Candina (a cura di), *Policía, sociedad y Estado: Modernización y Reforma Policial en América del Sur*, cit., p. 153.
59. A. Oliveira, S. Tiscornia, “Estructuras y prácticas de las policías en la Argentina. Las redes de la ilegalidad”, in H. Fruhling (a cura di), *Control democrático en el mantenimiento de la seguridad Interior*, cit., p.163 ss.
60. M. Abregú, G. Palmieri, S. Tiscornia, “Informe Nacional: la situación y los mecanismos de control de los Organismos de Seguridad Pública Interior en la República



Argentina, cit., p. 58; M. Sain, *Seguridad, democracia y reforma del sistema policial en la Argentina*, cit., p. 48; A. Oliveira, S. Tiscornia, *Estructuras y prácticas de las policías en la Argentina*, cit., p. 165.

61. G. Chiller, “La sanción de un código de convivencia urbana”, cit., p. 27 ss.

62. S. Tiscornia, L. Eilbaum, V. Lekerman, “Detenciones por averiguación de identidad. Argumentos para la discusión sobre sus usos y abusos”, cit., p. 17 ss.

63. E. Malarino, “Un resumen comparativo”, cit., p. 628.

64. N. Losing, “Realidad y perspectivas de la policía en América Latina”, cit., p. 389; J.M. Rico, L. Chinchilla, *Las reformas policiales en América Latina*, cit., p. 194.

65. Cfr. J. Young, *The exclusive society. Social exclusion, crime and difference in late modernity*, Sage Publication, London, Thousand Oaks, New Delhi, 1999; B.E. Harcourt, *Illusion of order. The false promise of Broken Windows Policing*, Cambridge, Harvard University Press, 2001; A. De Giorgi, *Zero Tolleranza. Strategie e pratiche della società di controllo*, Roma, Derive Approdi, 2000; L. Wacquant, *Les prisons de la misère*, Paris Raisons d’Agir, 1999, trad. it. *Parola d’ordine tolleranza zero. La trasformazione dello Stato penale nella società neo-liberale*, Milano, Feltrinelli, 2000; L. Wacquant, *Punir les pauvres. Le nouveau gouvernement de l’insécurité sociale*, Paris, Agone, 2004, trad. it. *Punire i poveri. Il nuovo governo dell’insicurezza sociale*, Roma, DeriveApprodi, 2006. I principali lavori dei pontefici della criminologia neo-conservatrice statunitense sono: J.Q. Wilson e G. Kelling, “Broken windows. The police and neighbourhood safety”, in *The Atlantic Monthly*, CCXLIX (1982), 3, pp. 29-38; G. Kelling, K. Coles, *Fixing broken windows. Restoring order and reducing crime in our communities*, New York, The Free Press, 1996.

66. William Bratton, ex capo del New York Police Department e del Los Angeles Police Department, e William Andrews, suo stretto collaboratore a New York ed attuale direttore del Bratton Group, una società di consulenza in materia di sicurezza.

67. W. Bratton, W. Andrews, “Driving Out The Crime Wave: The police methods that worked in New York City can work in Latin America”, in *Time*, 23.7.2001.

68. M. Lifsher, “If He Can Fight Crime There, He’ll Fight It. .. Anywhere. Bratton on New York Cleanup. Works in South America”, in *Wall Street Journal*, 8.3.2001.

69. Cfr. J. Braithwaite, P. Drahos, *Global business regulation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

70. «Rapine, frodi, ed altri crimini contro la proprietà e contro la persona», asserisce il rapporto, «incidono negativamente sull’*investment climate*. Il crimine montante scoraggia le imprese dall’investire ed incrementa i costi dell’attività economica, sia attraverso i costi diretti della perdita di beni, che attraverso i costi indiretti associati alla necessità di prendere le dovute precauzioni come l’assunzione di vigilanza privata, la fortificazione delle strutture, o l’istallazione di impianti di sicurezza. Nei casi estremi, le imprese straniere desisteranno dall’investire e quelle nazionali lasceranno il paese per zone più sicure» (World Bank, *World development report 2005. A better investment Climate for Everyone*, New York, Oxford University Press, 2005, p. 89).

71. World Bank, *World development report 2005*, cit., p. 90.



72. Cfr. World Bank, *Espacios urbanos seguros. Recomendaciones de diseño y gestión comunitaria para la obtención de espacios urbanos seguros*, Santiago de Chile, 2006. Sulla filosofia che ispira il cosiddetto “controllo situazionale” mi permetto di rimandare a G. Campesi, “Archeologia del neoliberalismo penale. Appunti sulla nascita di un nuovo paradigma criminologico”, in *Studi sulla Questione Criminale*, II (2007), 3, pp. 17-39.

73. S. Baxter, “Giuliani gets £2m to clean up Mexico City”, in *Sunday Times*, 17.11.2002.

74. Ibidem.

75. Furono ospiti delle autorità argentine William Bratton, già capo del New York Police Department e mentore dello *Zero tolerance policing* nel mondo; Yolanda Jiménez, Deputy Commissioner for Community Affairs del nypd; il presidente del Manhattan Institute, Lawrence Mone, un “think tank” chiave per la diffusione e la promozione internazionale dello *Zero tolerance policing*.

76. Sotto quest’ultimo profilo il rapporto invitava a sviluppare un vasto programma di miglioramento del “capitale umano e morale” degli apparati polizieschi, incrementando gli standard di preparazione e formazione professionale richiesti agli agenti, raccomandando in particolare di “prestare somma attenzione ai problemi legati alla morale”. La sspdf, in particolare, avrebbe dovuto “affrontare le diverse ragioni di fondo che spiegano il basso sentimento morale”, tra cui si includono “i bassi salari, la mancanza di rispetto per il lavoro della polizia, lo scarso appoggio della popolazione, l’equipaggiamento inadeguato” (SSPDF, *Reporte Giuliani*, Ciudad de México, 7 agosto 2003, pp. 22, 23).

77. Ivi, p. 3.

78. Ivi, p. 41.

79. Ivi, p. 6.

80. Ivi, p. 10.

81. Ivi, p. 7.

82. Ivi, p. 9.

83. Ivi, p. 20.

84. Ivi, p. 11.

85. Ivi, pp. 12; 14; 38.

86. “Il rispetto della viabilità e delle cosiddette infrazioni minori o amministrative sono questioni decisive per la qualità della vita degli abitanti, la strategia seguita all’interno della città durante l’ultima decade è stata esattamente opposta alla dottrina delle *finestre rotte*. Le leggi e le disposizioni regolamentari sono state sempre più permissive e complicate da applicare. Tutto ciò è stato il frutto dell’idea che la polizia non è degna di fiducia e non sarà riformata nel futuro immediato. Conseguentemente, l’unica cosa che è possibile fare è limitare le infrazioni sanzionabili e restringere le facoltà che possano propiziare la corruzione. I risultati accumulati grazie a questa politica sono sotto gli occhi di tutti: le norme stradali, da un lato, praticamente non si rispettano, causa di una



forte congestione nella circolazione che incide su tutta la popolazione; dall'altro lato, la convivenza tra gli abitanti si fa sempre più difficile, senza che esistano istanze e strumenti che sanzionino in maniera effettiva le condotte antisociali” (Ivi, p. 36).

87. Ivi, p. 39.

88. Ivi, p. 38.

89. Il termine gergale *franeleros*, deriva da *franela* (flanella), il materiale di cui è composto il panno con cui questa particolare categoria di lavoratori ambulanti, che ha attirato di recente l'attenzione dell'autorità e dell'opinione pubblica, finendo per essere accusata dell'aumento dei furti di e sugli autoveicoli in sosta, si offre di lavare le auto in sosta nei parcheggi.

90. Ivi, p. 39.

91. Ibidem.

92. M. Arroyo, *Evaluando la “Estrategia Giuliani”: la Política de Cero Tolerancia en el Distrito Federal*, presentato alla conferenza “Reforming the Administration of Justice in Mexico”, Center for U.S.-Mexican Studies, 15-17 maggio, 2003, p. 12.

93. R.O. Verenik, *Los riesgos de la era Giuliani*, New York, Lawyers Committee for Human Rights, 2003, p. 7.

94. *Mexico. Law without justice*, cit., p. 2.

95. Cfr. B.E. Harcourt, *Illusion of order*, cit., p. 166 ss.; Amnesty International, *Police brutality and excessive force in the New York City Police Department*, Washington DC., 1996.

96. SSPDF, *Reporte Giuliani*, cit., p. 23.

97. La tensione esistente tra discorso securitario e discorso dei diritti umani è particolarmente evidente dai brani delle interviste realizzate nella ricerca sulla sspdf cui ci siamo più volte riferiti. Dai brani riportati traspare chiaramente come gli agenti interpellati percepiscano la nebulosa dei diritti umani, sia essa intesa come discorso pubblico, come complesso di referenti normativi o di istituzioni chiamate a sindacare il loro operato, come un grosso ostacolo frapposto alla realizzazione degli obiettivi di efficienza imposti alle forze di polizia. In particolare il riferimento è ad una vera e propria perdita delle “garanzie” di cui un tempo la polizia godeva nell'espletamento delle sue funzioni, garanzie che evitavano appunto l'eventualità che un agente finisse per essere accusato di abusi o violazioni del diritto commesse nel corso della sua attività di prevenzione e repressione del delitto (E. Azaola, *Imagen y autoimagen de la Policía de la Ciudad de México*, cit., p. 55 ss.).

98. SSPDF, *Plan de Acciones de Seguridad 2004-2006*, México, 2003.

99. E. Azaola. *Imagen y autoimagen de la Policía de la Ciudad de México*, cit., p. 26.

100. A. López Ugalde, *La violación de los derechos humanos en el ámbito de la seguridad pública en el Distrito Federal*, cit., p. 15 ss.

101. E. Azaola, *Imagen y autoimagen de la Policía de la Ciudad de México*, cit., p. 27.

102. SSPDF, *Informe Sexenal*, México, 2006.



103. Cfr. CDHDF, *Informe especial sobre la situación de los juzgados cívicos del Distrito federal durante el 2004*, México, 2004.

104. GDF, *Estrategias y acciones de seguridad pública y justicia para la ciudad de México en el periodo 2007-2012*, México, 2006.

105. Cfr. *La Jornada*, 15.2.2007.

106. Cfr. *La Jornada*, 16.2.2007.

107. Cfr. UN-HABITAT, *The Challenge of Slums*, cit., p. 216 ss.

108. Cfr. *La Jornada*, 16.2.2007. Per l'occasione fu anche registrata una canzone che al ritmo di *rap* denuncia la criminalizzazione cui il quartiere è sottoposto, l'ingiustizia dei provvedimenti di espropriazione e chiama alla resistenza la popolazione *tepiteña*. Il brano, intitolato *Desmadre en Tepito*, corredato da immagini degli sgomberi e degli scontri con la polizia, è naturalmente disponibile su [YouTube](#).

109. CDHDF, *Recomendación 12/2007*.

110. Cfr. *La Jornada*, 21.2.2007.

111. Cfr. *La Jornada*, 15.3.2007.

112. Secondo quanto dichiarato da Ebrard, il programma sarebbe durato “indefinitamente hasta que logremos reducir de manera importante el problema de la inseguridad, principalmente en el robo de vehículos y *narcomenudeo*”. (cfr. *La Jornada*, 27.3.2007). Ortega, da parte sua, utilizzava a riguardo toni da campagna militare in corso: “no va a haber ni un reducto, ni en Tepito, ni *El Hoyo*, ni *El Garibaldito*, ni en ningún lugar por peligroso que éste sea, donde nosotros no entremos” (cfr. *La Jornada*, 9.6.2007).

113. Tra queste spicca la figura della fondatrice dell'associazione delle vittime della delinquenza Mirta Perez (AViDel), entrata in politica a seguito della morte di suo figlio durante una rapina a mano armata. La stessa che dichiarò che tale associazione sarebbe stata “un'antitesi del movimento per i diritti umani”. Anche il rapimento e la morte di un giovane ed il movimento mediatico scatenato attorno alle petizioni e proteste del padre, Juan Carlos Blumberg, volte a richiedere misure penali più severe contro la criminalità, fecero guadagnare un forte consenso popolare all'approvazione di una serie di misure fortemente repressive nel corso del 2004.

114. G. Chiller, “La sanción de un código de convivencia urbana”, cit., p. 17.

115. Ivi, p. 22, 23.

116. Cfr. *Clarín*, 1.9.1998.

117. G. Chiller, “La sanción de un código de convivencia urbana”, cit., p. 26; S. Tiscornia, L. Eilbaum, V. Lekerman, “Detenciones por averiguación de identidad”, cit., p. 170.

118. G. Palmieri, C. Ales, C. Perelman, “Políticas de seguridad. Un área de avance de medidas autoritarias, violaciones de derechos humanos y debilitamiento de la ciudadanía”, in CELS, *Derechos humanos en Argentina. Informe 2004*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2004, p. 175 ss.



119. Ivi, p. 150 ss.

120. G. Palmieri, “Inseguridad policial y otras formas de la violencia institucional”, in CELS, *Derechos humanos en Argentina. Informe 2002-2003*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2003, p. 236 ss.

121. Ivi, p. 242.

122. Ivi, p. 241.

123. Ivi, p. 240.

124. J. Rossi, “Demoliciones forzosas, imágenes de la guerra contra el delito”, in CELS, *Derechos humanos en Argentina. Informe 2001*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2001, pp. 147-164.

125. G. Palmieri, C. Ales, C. Perelman, “Políticas de seguridad”, cit., p. 178.

126. Ivi, p. 180.

127. Cfr. Z. Baumann, *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*, Roma/Bari, Laterza, 2001.

128. Il presente lavoro rappresenta il frutto delle ricerche svolte durante i miei soggiorni di studio a Città del Messico e Buenos Aires resi possibili dal programma di cooperazione accademica tra l’Unione Europea e l’America latina ALFA. Desidero in particolare ringraziare per il tempo speso a discutere le mie ipotesi di ricerca ed i preziosi consigli: Jorge Sánchez, Ernesto López Portillo Vargas, Luis González Placencia ed il personale della *Tercera Visitaduría* della *Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal* (México), Romina Faerman, Máximo Sozzo e tutti i ricercatori del *Centro de Estudios Legales y Sociales* (Buenos Aires).

Dalla *Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas* alla stagione processuale

Sul fine della giustizia penale

Pablo D. Eiroa

1. Gli imperativi di verità e giustizia hanno caratterizzato la storia sociopolitica argentina dalla fine dell'ultima dittatura ad oggi. Essi però sono stati interpretati in modo diverso non solo da vari settori della società, ma anche dai governi che si sono susseguiti nel tempo, per cui diversi sono stati anche i meccanismi messi in atto per dare una risposta soddisfacente ai richiami provenienti dal tessuto sociale.

Per il governo democratico di Raúl Alfonsín, eletto alla fine del governo de facto, svelare la verità di quanto successo era il modo migliore per provocare il rifiuto sociale delle pratiche aberranti, così come una via idonea alla restituzione della dignità alle vittime (1). Ma questo non sarebbe stato sufficiente per superare il passato e ricostruire la società democratica. Alfonsín ritenne anche necessaria la punizione esemplare dei membri delle giunte militari di governo, in quanto questo avrebbe dimostrato che “nessuno, per quanto potente, sarebbe stato al di sopra della legge” (2).

Così, il 15 dicembre 1983 fu costituita la *Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas* (CONADEP), la quale, oltre ad essere istituita per ricostruire la verità storica da rivelare alla società argentina, fu concepita anche come base per i processi che sarebbero seguiti. L'attività della CONADEP ebbe un successo inaspettato: nel termine di un anno, la Commissione elaborò una relazione accuratissima sui “desaparecidos”, sull'appropriazione di bambini e sui sinistri meccanismi del terrorismo di Stato (3). E questa relazione, la oramai notissima *Nunca más* (4), non solo è divenuta uno dei maggiori successi editoriali della storia argentina (5), raggiungendo un livello di verità storica maggiore di quello che chiunque, compreso Alfonsín, avrebbe potuto immaginare (6), ma ha anche costituito una prova fondamentale nei processi posteriormente celebrati nei confronti dei responsabili dei crimini (7).

Poco più di un anno dopo la conclusione del lavoro della CONADEP, la giustizia civile argentina, con una storica sentenza, condannò i membri delle tre giunte militari di governo (8).

Ma poi, in parte per autonoma decisione previa, in parte per le pressioni dell'ancora forte potere militare che, tra il 1987 e il 1988, messe in atto tre atti d'insurrezione contro le istituzioni democratiche, il Governo Alfonsín promosse le leggi di “punto finale” (9) e “obbedienza dovuta” (10). Esse impedirono la continuazione delle indagini nei confronti di tutti i membri delle forze armate, di sicurezza, di polizia e di polizia penitenziaria con grado inferiore a quello di colonnello, ad eccezione degli accusati di alcuni crimini considerati non amnistiabili, come la sottrazione, l'occultamento e la sostituzione dell'identità dei neonati delle madri rapite. Alfonsín faceva così i conti con l'impossibilità di processare tutti i membri delle forze armate senza mettere a rischio il processo di consolidamento della democrazia.

Alcuni anni dopo, il successore di Alfonsín, Carlos Menem, assunse una posizione molto diversa: egli ritenne che la riconciliazione degli argentini richiedesse di lasciarsi il



passato alle spalle, per cui, tra il 1989 e il 1990, sancì diversi indulti che estinsero le pene e i processi in corso, salvo quelli contro i responsabili dei crimini che non rientravano nelle leggi di punto finale e di obbedienza dovuta (11). Quindici anni dopo, Menem dichiarerà che gli indulti avevano garantito più di un decennio di pace agli argentini proprio perché, in quanto ne beneficiarono tanto i militari quanto i guerriglieri, è stato consolidato un senso di giustizia per entrambe le parti (12).

Come noto, la dichiarazione d'incostituzionalità delle leggi d'amnistia e del decreto di indulto 1002/89 da parte della Corte suprema, così come la riapertura della maggior parte dei processi penali nei confronti dei responsabili dei crimini della dittatura, si produssero durante la presidenza di Néstor Kirchner. Sin dall'inizio del suo mandato, nel maggio del 2003, Kirchner aveva fatto della questione dei diritti umani, in particolar modo della loro violazione durante l'ultimo regime dittatoriale e della necessità di porre fine all'impunità dei responsabili, un tema centrale e ricorrente dei suoi discorsi pubblici (13), nonché un oggetto privilegiato delle sue decisioni di governo. Si può ricordare, ad esempio, la sanzione della legge 25.779, promossa dallo stesso Kirchner a pochi mesi dalla sua investitura come nuovo presidente, per mezzo della quale il Congresso argentino ha dichiarato la nullità delle leggi d'amnistia volute dal governo di Alfonsín.

Ma ci concentreremo qui sulle sentenze della Corte suprema che hanno dichiarato, nel 2005, l'incostituzionalità delle leggi di punto finale e obbedienza dovuta (14) e, due anni dopo, del decreto d'indulto 1002/89 (15). La questione è: come ha giustificato la Corte suprema argentina la riapertura dei processi contro i militari? Non è un dato minore che la stessa Corte, anche se in diversa composizione, aveva confermato in due sentenze precedenti la legittimità tanto delle leggi (16) quanto dell'indulto (17) ora dichiarati incostituzionali. E come conseguenza di quelle conferme, molti degli individui ora sottoposti a processo erano stati assolti dai tribunali, con sentenze passate poi in giudicato.

Ebbene, le dichiarazioni d'incostituzionalità della Corte possono essere ricondotte fondamentalmente a tre motivazioni: a) i trattati internazionali di diritto umanitario che, a partire dalla riforma costituzionale del 1994, fanno parte della Costituzione argentina (art. 75, comma 22), non consentono più allo Stato di non perseguire e punire i crimini di lesa umanità; b) secondo lo stato attuale del diritto internazionale, come ribadito più volte dalla Corte interamericana di diritti umani, i crimini di lesa umanità sono imprescrittibili; c) ogni amnistia è orientata all'oblio di gravi violazioni dei diritti umani, e quindi si oppone alle disposizioni della Convenzione Americana di diritti umani e al Patto sui diritti civili e politici che, come già detto, fanno parte della Costituzione argentina.

La Corte suprema, pertanto, ha affermato che lo Stato argentino non è più legittimato a far valere, nei confronti degli accusati dei crimini in oggetto, né la garanzia della prescrizione, né quella dell'irretroattività della legge penale, né il principio *ne bis in idem*, né qualsiasi altra causa simile di esclusione di responsabilità. Così impongono, secondo la Corte, gli strumenti internazionali che prevedono questa tipologia di reati, così come il conseguente dovere dello Stato di individuare e processare i responsabili (18).



E' dunque opportuno chiedersi quali sono state le ragioni invocate dalla Corte suprema per legittimare questo sensibile abbassamento dei diritti e delle garanzie processuali e penali. Non ci soffermeremo sui problemi giuridici legati all'interpretazione data dalla Corte alla normativa di diritto internazionale per giustificare le sue decisioni. Verranno proposte invece alcune riflessioni sulla legittimazione esterna o politica della concezione della giustizia penale come strumento irrinunciabile di fronte ai crimini di lesa umanità. In altre parole, si cercherà di evidenziare gli scopi che la Corte suprema argentina ha attribuito alla giustizia penale per giustificare la riapertura dei processi in oggetto, e proveremo a valutare la coerenza tra il mezzo "giustizia penale" e gli scopi che questa, secondo tale Tribunale, dovrebbe raggiungere.

2. Per dichiarare l'incostituzionalità delle leggi di punto finale e obbedienza dovuta, la Corte suprema richiamò la giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti umani, in particolare le sentenze *Velásquez Rodríguez* (19) e *Barrios Altos* (20). Per quanto riguarda gli scopi della giustizia penale, i quali giustificano per la Corte interamericana l'annullamento di disposizioni d'amnistia e delle garanzie prima enunciate, da questa giurisprudenza deriva, in primo luogo, l'accertamento della verità. D'una parte, sostenne la Corte interamericana, accertare il destino delle persone "sparite" è essenziale per riparare la sofferenza subita dai loro famigliari a causa dello stato d'incertezza o ignoranza derivato da tali "sparizioni". D'altra parte, tutta la società ha il diritto irrinunciabile di conoscere la verità di quel che è avvenuto, delle ragioni e delle circostanze in cui sono stati commessi crimini aberranti, allo scopo di evitare la reiterazione di questi fatti nel futuro. Per questo, sostenne la Corte interamericana, sarebbe inammissibile che disposizioni di "oblio" e di "perdono" gettassero un velo sulle più gravi violazioni dei diritti umani (21).

La giustizia penale, pertanto, sarebbe imprescindibile per raggiungere tre scopi: accertare la verità, consolidare la memoria e prevenire nuovi crimini.

3. Ma è il processo penale un mezzo adeguato e necessario per accertare la verità? Se il diritto alla verità, come definito dalla Commissione interamericana dei diritti umani, è il "diritto di ogni persona e della società a conoscere la verità integra, completa e pubblica sui fatti, le loro circostanze specifiche e coloro che ne hanno preso parte", vale a dire un diritto anche della società "a conoscere integralmente il suo passato" (22), allora la "verità" del processo penale non è sufficiente per garantirlo. Oggi è ampiamente riconosciuto negli studi sul diritto processuale penale che la sua epistemologia è determinata da una nozione approssimativa di verità, la quale può consentire unicamente la verifica, conforme a un metodo preciso, dell'ipotesi accusatoria (23). L'accertamento della verità è, nel modello garantista del giusto processo, non un fine, ma una garanzia del diritto di difesa dell'accusato contro accuse e sentenze arbitrarie (24). La verità giudiziaria, in altre parole, non può che essere considerata la convinzione soggettiva del giudice sulla plausibilità o meno di un'ipotesi accusatoria.

D'altra parte, l'accertamento della verità nel processo penale si limita ai fatti rilevanti per il diritto penale, e solo a quelli imputabili ai soggetti processati. In proposito, è sempre opportuno ricordare come i diritti costituzionali e gli strumenti internazionali di diritti umani che impongono limiti formali alla ricerca della verità attraverso il processo penale, trovano origine proprio nelle conseguenze drammatiche dell'uso storico della giustizia penale come strumento di accertamento della verità. Nel quadro di uno Stato



democratico di diritto, come quello argentino, sarebbe quindi inammissibile chiedere al giudice penale di indagare su tutti i fattori interni e internazionali (politici, giuridici, economici, culturali, ecc.) che hanno permesso l'istituzione e la vigenza durante più di sette anni di un regime dittatoriale, generando il contesto necessario per la commissione dei crimini più detestabili da parte degli stessi agenti statali. E non può dimenticarsi, infine, che la giustizia penale adempie la sua funzione anche qualora il giudice decida di assolvere l'accusato per mancanza di prove, cioè per non aver scoperto nulla.

4. Può sostenersi che la verità giudiziaria, a prescindere dai suoi limiti previamente accennati, è imprescindibile per garantire la memoria dei fatti? Esiste un vincolo diretto, come viene suggerito nella giurisprudenza prima citata e in buona parte della dottrina (25), tra impunità e oblio, da una parte, e tra punizione e memoria, dall'altra? E quale memoria si presta a consolidare la verità ricostruita attraverso il processo penale?

Per quanto riguarda il caso argentino, la tesi secondo cui le leggi di amnistia sarebbero state orientate all'oblio dei crimini della dittatura mi sembra alquanto debole. Abbiamo ricordato che lo stesso governo che promulgò tali leggi, aveva previamente costituito la CONADEP, del cui successo straordinario abbiamo già parlato.

Ma lo stimolo alla memoria degli argentini, prima delle decisioni in commento, non si è esaurito con il lavoro della CONADEP ed i processi penali promossi dal governo Alfonsín. Un acuto osservatore della società argentina, Horacio González, sociologo e attuale direttore della Biblioteca Nazionale di Buenos Aires, ha fatto recentemente una lucida sintesi del profondo dibattito di quegli anni, tra notissimi pensatori della cultura nazionale, sulla violenza del passato, e ha sostenuto come sia stato questo dibattito, immortalato da una quantità di scritti impossibile da elencare, a rappresentare il corpo della coscienza critica nazionale sul come guardare alla storia. Si è trattato di un dibattito, afferma González, che “non portava né alla favola dei ‘pentiti’, né al gusto dei prestanomi degli strateghi delle autocrazie, né alla riproposizione dei ‘due demoni’, dato che sulla base del dibattito c’era la discussione sulla responsabilità politica generale o sulla ‘coscienza giuridica universale’ di fronte a mezzo secolo di storia argentina” (26). Diversamente, conclude il sociologo argentino, “è difficile immaginare oggi una società contemporanea con un simile livello di controversia e di meditazione trascendente su un evento così vitale della sua storia”.

E questa conclusione sembra inevitabile se è vero, seguendo il pensiero di González, che la tendenza oggi prevalente in Argentina è quella di promuovere il consolidamento della memoria sulla base delle sentenze dei tribunali. Come sostenuto da Antoine Garapon, infatti, “la sproporzione fra le dimensioni del crimine e i limiti della giustizia di diritto comune conduce a fare dell'imputato l'incarnazione di un regime” (27), semplificando in un modo estremamente riduttivo situazioni che, invero, hanno in generale radici politiche, economiche, culturali, ecc., molto complesse, oltre a essere favorite dal comportamento, anche se non penalmente rilevante, di amplissimi settori della società. In sintesi, riflettendo proprio sui limiti della giustizia penale in questa materia, Carlo Ginzburg sostiene che se all'oblio si contrappone la giustizia dei tribunali, occorre concludere che la vittoria è dell'oblio (28).

5. Può la giustizia penale prevenire violazioni sistematiche dei diritti umani? Anzi, sono il processo e la pena necessari per perseguire questo scopo?



E' stato osservato che i processi penali del secondo dopoguerra, sia quelli nazionali che internazionali, hanno avuto un potere deterrente praticamente nullo se è vero che atrocità non meno gravi si sono verificate durante la seconda metà del novecento (29).

Le cause di questo apparente fallimento sembrano essere principalmente tre: a) la giustizia penale non può eliminare le cause politiche, economiche, religiose, sociali che danno forma alla violenza strutturale e culturale; b) la concezione utilitaristica secondo cui il timore del castigo porta gli individui a prendere la decisione razionale di non commettere atti criminali, diventa irrealistica di fronte a individui convinti della necessità di eliminare un gruppo diverso da quello d'appartenenza per sopravvivere o tutelare la propria dignità. E altrettanto avviene quando un governo o un gruppo politico esorta i soggetti alla violenza sistematica; c) anche qualora la suddetta nozione fosse applicabile a questi contesti, le violazioni sistematiche dei diritti umani, come insegna la storia degli ultimi trenta anni, sono commesse dagli stessi agenti statali o da gruppi paramilitari con l'intenzione di conquistare o conservare una posizione di potere, come il governo di un paese, che consente d'impedire l'azione della giustizia penale, sia nazionale che internazionale (30).

In ogni caso, se si volesse riconoscere qualche efficacia dissuasiva alla giustizia penale in questi contesti, sembra veramente difficile sostenere che essa sia necessaria, imprescindibile per evitare la reiterazione di fatti simili. Basterebbe ricordare, per citarne solo alcune, le esperienze della Spagna, del Sudafrica, del Mozambico, dove il compromesso essenzialmente politico delle parti in conflitto si è dimostrato pienamente efficace, anche in assenza di processi e condanne penali, per garantire il successo della transizione da un sistema di governo totalitario e repressivo ad uno democratico e rispettoso dei diritti umani.

6. La giustizia penale, in conclusione, non può che trovare legittimazione nella protezione dei diritti fondamentali degli accusati. E' questo uno dei più grandi legati della cultura giuridica illuminista, rispetto alla quale l'ordinamento argentino non può che riconoscersi tributario (31). Non si tratta quindi di evitare l'attribuzione di responsabilità né di chiudere un dibattito storico. Si tratta semplicemente di non abbandonare la coscienza giuridica conquistata (32).

Note

1. Cfr. il prologo di Alfonsín a C.S. Nino, *Juicio al mal absoluto*, Buenos Aires, Ariel, 2006², p. 19.

2. Cfr. *ivi*, p. 21.

3. Cfr. R. Alfonsín, *Memoria política. Transición a la democracia y derechos humanos*, prologo di J.C. Portantiero, 2° ristampa, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 43.

4. Buenos Aires, Eudeba, 1984¹.

5. Cfr. M.B., "[El libro de la buena memoria se convirtió en un best-seller](#)", in *Página 12*, 28-11-04.



6. Cfr. M. Novaro, “Derechos humanos y política democrática. Las tareas de la historia y de la justicia entre populismo y liberalismo”, in P.D. Eiroa, J.M. Otero (a cura di), *Memoria y Derecho Penal*, numero monografico della rivista *¿Más Derecho?*, Buenos Aires, F. di Plácido, 2007, p. 271 ss., spec. p. 285.
7. Cfr. P.B. Hayner, “Fifteen Truth Commissions -1974 to 1994: A Comparative Study”, in *Human Rights Quarterly*, 16, 1994, p. 597 ss., spec. pp. 614-616; C.S. Nino, *Juicio al mal absoluto*, cit., p. 133.
8. *Cámara Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal*, [sentenza del 9-12-1985, causa n. 13/84](#).
9. Legge n. 23.492 del 23 dicembre 1986. Cfr., rispetto alle motivazioni e alla portata di questa legge, C.S. Nino, *Juicio al mal absoluto*, cit., p. 148 ss. Sulle obiezioni giuridiche sollevabili rispetto alla stessa legge, cfr. M.A. Sancinetti, *Derechos humanos en la Argentina postdictatorial*, Buenos Aires, Hammurabi, 1988, p. 61 ss.
10. Legge n. 23.521 del 4 giugno 1987. Cfr., per un’analisi sulle critiche a questa legge dal punto di vista giuridico, M.A. Sancinetti, *op. cit. ult.*, p. 89 ss. e 126 ss.
11. Cfr. C.S. Nino, *Juicio al mal absoluto*, cit., pp. 159-160.
12. Cfr. “Menem criticó que sólo se anulen indultos a miembros de la dictadura”, in [La Nación](#), 05-09-06.
13. Cfr., ad esempio, M. Piqué, “No han sufrido castigo alguno”, in [Página 12](#), 25-03-06.
14. [CSJN](#), S. 1767. XXXVIII., “Recurso de hecho deducido por la defensa de Julio Héctor Simón en la causa Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad, etc. -causa N° 17.768-”, sentenza del 14 giugno 2005.
15. [CSJN](#), M. 2333. XLII. y otros, “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/recurso de casación e inconstitucionalidad”, sentenza del 13 luglio 2007.
16. CSJN, sentenza “Camps” del 22 giugno 1987 (pubblicata in *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, T. 310, vol. 1, Buenos Aires, 1987, p. 1162 ss.), la quale ha dichiarato la validità costituzionale delle leggi di punto finale e obbedienza dovuta. A tale sentenza fanno riferimento le successive decisioni della Corte che hanno applicato le suddette leggi (cfr. *op. cit. ult.*, T. 311, pp. 401 ss., 816 ss., 890 ss., 1085 ss. e 1095 ss.; T. 312, p. 111 ss.; T. 316, pp. 532 ss. e 2171 ss.; T. 321, p. 2031 ss., tra tante altre).
17. CSJN, sentenza “Mercedes Aquino” del 14 ottobre 1992 (pubblicata in *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, cit., T. 315, p. 2421 ss.), la quale ha dichiarato la validità costituzionale del decreto 1002/89.
18. Cfr. sentenza “Mazzeo”, cit., par. 37.
19. Cfr. Corte interamericana dei diritti umani, caso *Velásquez Rodríguez*, [sentenza del 29 luglio 1988, \(Ser. C\) n. 4](#) (1988). Per un commento a questa sentenza, J.E. Méndez, “Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos”, in M. Abregú, Ch. Courtis (a cura di), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, p. 517 ss.



20. Corte interamericana dei diritti umani, caso *Barrios Altos* (*Chumbipuma Aguirre vs. Perú*), [sentenza del 14 marzo 2001, \(Ser. C\), n. 75](#) (2001).
21. Cfr. Corte interamericana dei diritti umani, caso *Barrios Altos*, cit., voto del giudice García Ramírez, par. 10 ss.
22. Commissione interamericana dei diritti umani, Relazione n. 25/98, par. 95. Vedi, più ampiamente, D.R. Pastor, “¿Procesos penales sólo para conocer la verdad? La experiencia argentina”, in P.D. Eiroa, J.M. Otero (a cura di), *Memoria y Derecho Penal*, cit., p. 325 ss., spec. p. 364 ss.
23. Vedi, per una rassegna di tali studi, N. Guzmán, *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006.
24. Cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 2004⁸, cap. 1; N. Guzmán, *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, cit., pp. 63-89; D.R. Pastor, “¿Procesos penales sólo para conocer la verdad? La experiencia argentina”, cit., pp. 353-360.
25. Vedi, ad esempio, R. Bergalli, “Cultura de la jurisdicción y uso de la memoria”, in *Nueva doctrina penal*, 2000/B, p. 421 ss.
26. Cfr. H. González, “Historia y conciencia jurídica”, in [Página 12](#), 15-10-08.
27. Cfr. A. Garapon, *Des Crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner. Pour une justice internationale*, Paris 2002, trad. it., *Crimini che non si possono né punire né perdonare. L'emergere di una giustizia internazionale*, Bologna, il Mulino, 2004, p. 234.
28. Cfr. C. Ginzburg, “Beweis, Gedächtnis, Vergessen”, in *Memory*, vol. 30, 2002 (*Werkstatt Geschichte*), pp. 50-60, trad. spag., “La prueba, la memoria y el olvido”, in P.D. Eiroa, J.M. Otero (a cura di), *Memoria y Derecho Penal*, cit., p. 91 ss., spec. p. 104.
29. Cfr. D. Zolo, *La giustizia dei vincitori. Da Norimberga a Baghdad*, Roma-Bari, Laterza, 2006², pp. 157-158.
30. Cfr. M.A. Drumbl, “Punishment, Postgenocide: from Guilt to Shame to *Civis* in Rwanda”, in *New York University Law Review*, 75, 2000, p. 1221 ss., spec. pp. 1253-1254; R. Henham, *Punishment and Process in International Criminal Trials*, Aldershot, Ashgate, 2005, pp. 18-19, 141-142; M. Damaška, “L’incerta identità delle Corti penali internazionali”, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 1, 2006, p. 9 ss., spec. pp. 35-36; M.A. Drumbl, *Atrocity, Punishment, and International Law*, New York, Oxford University Press, 2007, pp. 23-45, 169-173.
31. Il codice penale argentino, approvato il 21 settembre 1921, trova le sue basi nel progetto del 1868 redatto dal giurista argentino Carlos Tejedor (1817-1903), il quale prese come modello il codice di Baviera del 1813, elaborato da Johann-Anselm von Feuerbach (1775-1833), promotore del programma penale dell’Illuminismo. La scelta di Tejedor, tenendo conto dell’impronta liberale del codice bavarese, “fu estremamente azzeccata -insegna Zaffaroni- dato che, tra i testi disponibili, quello [il codice di Feuerbach] era indubbiamente il più compatibile con la Costituzione [argentina] del 1853-1860”. Cfr. E.R. Zaffaroni, A. Alagia, A. Slokar, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2002², pp. 248-253.



JURA GENTIUM



32. Testo della relazione tenuta dall'autore nel convegno "Giustizia e *desaparición*", Università degli Studi di Firenze, 23 ottobre 2008.

La Constitucionalidad de la Prohibición del Matrimonio entre Personas del Mismo Sexo en Argentina

Martín Hevia, Ezequiel Spector

I. Los Tratados Internacionales y el Matrimonio entre Personas del Mismo Sexo

En la demanda, las autoras invocan ciertos tratados de derechos humanos que apoyan su pretensión. Invocan el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que consagra “... el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio...” Además, mencionan el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que expresa que “[l]os hombres y las mujeres tienen derecho ... a casarse ...” Por último, invocan el artículo VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que expresa que “[t]oda persona tiene derecho a constituir familia ...”

La Cámara considera que “... si se observan las fechas en que fueron firmados estos tratados, veremos que en esa época no se planteaban todavía este tipo de cuestiones, por lo cual el derecho que en ellos se consagra no puede ser otro que el que acabamos de conferirle [estos tratados permiten sólo el matrimonio entre un hombre y una mujer]. (Chechile, Ana M. “Homosexualidad y Matrimonio”, JA. 2000-II-pág. 1095). “Además, la Cámara sostiene que “... la mención expresa del hombre y la mujer como titulares del derecho fundamental a contraer matrimonio limita su reconocimiento al celebrado entre ellos. De lo contrario, hubiera bastado con señalar el derecho de “todas las personas” a celebrar matrimonio, como se reconoce el derecho de toda persona a la vida, a la libertad, a la integridad, etcétera. (Andrés Gil Domínguez, María Victoria Fama, Marisa Herrera, Derecho constitucional de familia” T. 1, pág. 152).”

En otras palabras, según la Cámara, estos tratados no abordan el tema del matrimonio homosexual porque cuando se firmaron no se discutía sobre este tópico. La Cámara sostiene que, puesto que estos tratados no abordan el tema del matrimonio homosexual, no lo permiten. Sin embargo, este argumento es incorrecto. *El hecho de que una ley no califique deónticamente una acción no implica que esta ley no la permita.* Sostener ello es presuponer que hay una regla de segundo orden que establece que *todo lo que no está permitido está prohibido*. Sin embargo, afortunadamente, esta regla no existe en los tratados de derechos humanos.

Si una ley no hace referencia a una acción, hay una laguna normativa. (1) La conclusión del argumento de la Cámara no puede ser que, según los tratados, el matrimonio homosexual está prohibido. En todo caso, *la conclusión debería ser que, según los tratados, el matrimonio homosexual no está permitido ni prohibido y, por ende, hay una laguna normativa.* Por lo tanto, el argumento de la Cámara no es un argumento ni en contra ni en favor del matrimonio homosexual. La Cámara simplemente nota que en estos tratados internacionales la acción de contraer matrimonio con una persona del mismo sexo no está permitida ni prohibida: hay una laguna normativa.



II. El Casamiento y los Valores Prevalcientes

La Cámara sostiene que la exigencia de que el matrimonio debe celebrarse entre personas de sexo diferente no es discriminatoria porque “[e]s indudable que la ley, al pautar las condiciones que exige la aptitud nupcial, recoge valoraciones socioculturales obviamente compartidas por la comunidad en una época determinada”. Para la Cámara, la prohibición del matrimonio homosexual responde a “valoraciones de orden público familiar que responden a tradiciones seculares, como es la prohibición del incesto o la monogamia. La heterosexualidad también atañe a ese tipo de valoraciones.” En otras palabras, la Cámara sostiene que, para determinar si dos personas del mismo sexo pueden casarse, es necesario hacer referencia a “los valores prevalcientes”. Según la Cámara, de acuerdo con los valores prevalcientes, la unión entre dos personas del mismo sexo no es una familia porque “familia” es la unión entre dos personas de sexo diferente.

Ahora bien, los valores prevalcientes son los valores de la mayoría. La Constitución Nacional no debe defender los valores prevalcientes porque estaría no sólo incumpliendo, sino además frustrando su propio objetivo: la protección de las minorías a través de la consagración de derechos individuales. Los valores prevalcientes no necesitan ser defendidos: se defienden solos justamente porque prevalecen sobre otros valores. El objetivo de la Constitución es proteger a aquellas personas que más probabilidades tienen de ser oprimidas por su estilo de vida, es decir, a aquellas personas cuyo estilo de vida no es el estilo de vida prevalciente. Al decir de John Hart Ely,

... si la Constitución sólo protegerá los valores que están de acuerdo con los valores tradicionales, las personas que más posibilidades tienen de ser penalizadas por su forma de vida serán aquellas que menos probabilidades tendrán de recibir protección judicial. Por tal razón, la remisión a la tradición no parece compatible con la teoría básica del control popular ni con el espíritu de las disposiciones constitucionales destinadas a controlar el poder de la mayoría, respecto de las cuales intentamos encontrar su contenido. (2)

En otras palabras, la norma cuya inconstitucionalidad se plantea es la expresión de los valores prevalcientes: la norma fue sancionada por el Poder Legislativo, que representa la voz de la mayoría. Los jueces no deben rechazar un planteo de inconstitucionalidad de una norma *porque* esta norma respete los valores prevalcientes. Plantear la inconstitucionalidad es justamente reclamar que una medida que es la expresión de ciertos valores prevalcientes no rijan el caso concreto por violar derechos individuales. Si los jueces apelaran a los valores prevalcientes para rechazar un planteo de inconstitucionalidad, no estarían ejerciendo su función de contralores del Poder Legislativo. Estarían simplemente expresando lo que todos saben: que una norma representa ciertos valores prevalcientes.

Para rechazar un planteo de inconstitucionalidad, los jueces deben ofrecer argumentos independientes que expliquen por qué los valores prevalcientes son los valores correctos a la luz de la Constitución Nacional. El mero argumento de que la norma que prohíbe el matrimonio homosexual es la expresión de los valores prevalcientes no es



en una razón ni en contra ni en favor del matrimonio homosexual: aún falta mostrar que los valores prevalecientes son correctos o incorrectos a la luz de la Constitución Nacional.

III. El matrimonio entre personas de sexo diferente tiende a continuar la especie

La Cámara sostiene que “[l]a norma que establece que el matrimonio debe celebrarse entre personas de distinto sexo tiene una justificación objetiva y razonable, que consiste en el interés del Estado en privilegiar las uniones que tienden a continuar la especie, sirven para la procreación y dan base a la familia, por lo tanto, el distinto tratamiento es proporcionado con respecto a su finalidad. (Graciela Medina, “Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio”, pág. 218)”.

El argumento de la Cámara parece ser el siguiente: el objetivo de exigir que el matrimonio sea celebrado entre personas de diferente sexo es privilegiar a las uniones que *tienden* a procrear. Es decir, prohibir el matrimonio homosexual es una forma de que la sociedad se siga reproduciendo. Si el Estado legalizara el matrimonio homosexual, estaría contribuyendo a que la sociedad deje de reproducirse y, por lo tanto, a que la especie humana se extinga.

La solidez de este argumento depende de esta premisa: legalizar el matrimonio homosexual implica contribuir a que la sociedad deje de reproducirse. A su vez, esta premisa puede exponerse de la siguiente forma: a medida que aumente el número de matrimonios homosexuales, disminuirá el número de matrimonios heterosexuales. Esta premisa, sin embargo, es falsa y, por lo tanto, el argumento de la Cámara es falaz. Al existir la institución del matrimonio heterosexual, el Estado de hecho promueve la procreación: ofrece a las parejas ajustarse a ciertas normas especialmente diseñadas para garantizar su pleno desarrollo como cónyuges y el de sus hijos. Ahora bien, es falso que, si se legalizara el matrimonio homosexual, disminuiría el número de matrimonios heterosexuales. Los heterosexuales no contraerán matrimonio con una persona del mismo sexo por el hecho de que el matrimonio homosexual se legalice, así como un comunista no votará a un liberal por el hecho de que no haya candidatos comunistas. También es falso que, si se prohibiera el matrimonio homosexual, habría más matrimonios heterosexuales. Los homosexuales no contraerán matrimonio con una persona de diferente sexo por el hecho de que el matrimonio homosexual sea ilegal, así como un liberal no se afiliará a un partido nazi por el hecho de que se forme. En otras palabras, *no hay, como al parecer cree la Cámara, un juego de suma cero entre el matrimonio heterosexual y el matrimonio homosexual*. Así como permitir a los judíos profesar su culto no implica que los católicos tengan menos libertad de profesar el suyo, permitir el matrimonio homosexual no implica que haya menos matrimonios heterosexuales ni, por lo tanto, que la sociedad se reproduzca menos.

IV. La prohibición del matrimonio homosexual y la libertad personal

Tal vez estamos siendo injustos. Quizá el argumento de la Cámara no es que el Estado prohíbe el matrimonio homosexual para que la sociedad siga reproduciéndose, sino que lo prohíbe para mostrar su preferencia por las uniones que tienden a procrear: las uniones heterosexuales. A pesar de que la legalización del matrimonio homosexual no



implique menor reproducción, el Estado desea privilegiar la unión heterosexual, que tiende a procrear. En otras palabras, el Estado quiere tomar partido por la unión heterosexual y concederle un estatus diferente al que tienen otro tipo de uniones tales como la unión homosexual.

Sin embargo, si el Estado sólo quiere mostrar su preferencia por la unión heterosexual, la forma que eligió para hacerlo es inadecuada porque ocasiona costos innecesarios en términos de libertad. Cuando el objetivo del Estado es simplemente mostrar su preferencia por ciertos estilos de vida, puede hacerlo sin restringir la libertad personal. Podría, por ejemplo, hacer campañas a favor del matrimonio heterosexual. (3) En otras palabras, la regla es el ejercicio pleno de los derechos. Cuando el Estado tiene un “interés legítimo” en restringir los derechos en juego y hay más de un modo en el que el Estado puede promover este interés, debe elegir el modo menos costoso en términos de libertad. De lo contrario, tal restricción sería irrazonable y, por ende, ilegítima. (4)

Podría objetarse que el hecho de que el Estado no reconozca como matrimonio a las uniones homosexuales no implica coartar la libertad de los homosexuales. El Estado respeta el derecho a la libertad de los homosexuales porque no interfiere con sus planes de vida. Por ejemplo, el Estado no prohíbe a los homosexuales tener relaciones, vivir en concubinato, presentarse como pareja frente a otras personas, etcétera. Es decir, para respetar el derecho a la libertad de los homosexuales, el Estado no debe realizar acciones positivas ni, por lo tanto, poner a disposición de los homosexuales la institución matrimonial, sino que sólo debe abstenerse de interferir con sus planes de vida. La Cámara razona de esta forma: “... la cohabitación estable de personas homosexuales atañe, como decisión personal de cada uno, a una opción que se desempeña en la esfera de la intimidad que queda amparada por el principio de reserva que consagra el art. 19 de la Constitución Nacional.” En otras palabras, según la Cámara, la Constitución Nacional no impide que las personas del mismo sexo adopten un plan de vida que incluya tener relaciones sexuales con personas del mismo sexo: “[l]o que dos personas hagan entre sí con su sexo sin dañar a terceros ni ofender la moral pública, es cosa de su privacidad y toda constitución democrática obliga a reconocerla y a respetarla.”

Sin embargo, este argumento es poco plausible. La prohibición del matrimonio homosexual sí implica coartar la libertad de los homosexuales incluso si se entiende “libertad” como “no interferencia”. Cuando un hombre y una mujer concurren al registro civil para contraer matrimonio, pueden llevar a cabo los trámites sin ningún inconveniente. En cambio, cuando dos hombres, o dos mujeres, concurren al registro civil con el mismo objetivo, los oficiales públicos no los dejarán llevar a cabo estos trámites. Interferirán con el plan de vida de la pareja, que es contraer matrimonio. En otras palabras, hay un plan de vida que la ley no permite que las parejas del mismo sexo adopten, pero que sí pueden adoptar las parejas de sexo diferente: la unión entre dos personas regulada por un régimen con determinados derechos y obligaciones. (5)

Tal vez podría argumentarse que, si bien el Estado prohíbe el matrimonio homosexual, no prohíbe a los homosexuales contraer matrimonio. Como sostiene la Cámara, “... los homosexuales no son discriminados a priori en razón de su orientación sexual para acceder al matrimonio. Una persona homosexual, fuere hombre o mujer, goza de la misma aptitud nupcial que un heterosexual, precisamente porque la ley no discrimina.



Es decir, la orientación sexual no integra el elenco de requisitos para casarse. Lo que el homosexual no puede, por exigencia legal, es contraer matrimonio con alguien que sea de su mismo sexo”.

No obstante, *no hay una diferencia moralmente relevante entre prohibir el matrimonio homosexual y prohibir a los homosexuales casarse*. Supongamos, por ejemplo, que el Estado argentino prohíbe profesar la religión musulmana. Imaginemos, además, que el Estado argumenta que los musulmanes tienen la misma libertad religiosa que los católicos: ambos pueden profesar la religión católica. Este argumento no sería convincente: los católicos tienen más libertad que los musulmanes porque pueden profesar *su* religión. Del mismo modo, si bien tanto homosexuales como heterosexuales pueden casarse, los homosexuales tienen menos libertad que los heterosexuales porque, para poder contraer matrimonio, deben renunciar a su sexualidad, que puede estar tanto o más arraigada en una persona que la religión.

V. Conclusión: El matrimonio homosexual como un contrato entre adultos

Las personas deciden casarse por muchas razones. Algunas personas tienen el plan de compartir su vida y tener hijos, pero se casan porque prefieren estar casados antes de tener hijos. También hay personas que se casan, pero que no quieren o no logran tener hijos. En Argentina, las parejas también se casan para adoptar el régimen de derechos y obligaciones que el Código Civil establece para las uniones matrimoniales; por ejemplo, el régimen de bienes gananciales, el deber de fidelidad entre los cónyuges, el régimen hereditario, etcétera. De hecho, en la Ciudad de Buenos Aires, las parejas que no desean sujetarse al régimen de derechos y obligaciones del matrimonio pueden optar por la unión civil.

Ahora bien, *la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo las discrimina: no les permite beneficiarse de un régimen de derechos y obligaciones del que las parejas de diferente sexo sí pueden beneficiarse*. Por ejemplo, las parejas del mismo sexo que tienen como plan sujetarse al régimen de bienes gananciales o al régimen hereditario del matrimonio no pueden poner en práctica su plan porque sólo pueden sujetarse a ese régimen las personas que se casan - y las personas del mismo sexo no pueden casarse civilmente -.

El problema con esa restricción es que, asumiendo que no hay ningún vicio de la voluntad (dolo, error o violencia), no hay ninguna diferencia relevante entre el acuerdo entre dos adultos de sexo diferente para sujetarse al régimen propio del matrimonio y el acuerdo entre dos adultos del mismo sexo para sujetarse a este régimen. La libertad de ponerse de acuerdo para compartir la propiedad de los bienes por medio del régimen de bienes gananciales, por ejemplo, es un ejercicio de la autonomía personal. Además, el ejercicio del derecho de propiedad sobre los bienes está garantizado por la Constitución Nacional. La libertad de obligarse a ser fiel a la pareja también es un ejercicio de la autonomía personal. Es más, podríamos imaginar que dos amigas o dos amigos se tengan tanto afecto que decidan ponerse de acuerdo para sujetarse al régimen de derechos y obligaciones propios del matrimonio. A la luz de la autonomía personal, no habría ninguna diferencia relevante entre este tipo de acuerdo y el de dos personas de sexo diferente que deciden casarse para “formalizar” su pareja: ambos tipos de acuerdo



merecen el mismo respeto. Lo crucial en ambos casos es que, en caso de que las personas se arrepientan, puedan desvincularse de las obligaciones que contrajeron - por eso, las personas pueden divorciarse -. (6)

Alguien podría objetar que, según la Constitución Nacional, los derechos no son absolutos y su ejercicio puede ser reglamentado: el Estado puede imponer restricciones a la autonomía individual y a la libertad de disponer de la propiedad. Sin embargo, no cualquier restricción es aceptable. La Corte Suprema de Justicia sostuvo que, para que esté justificada la restricción de un derecho fundamental, debe haber “*motivos razonables cuya existencia debe ser probada por el Estado. El pleno ejercicio de las libertades es la regla en un Estado de Derecho, mientras que toda restricción de ellas es de interpretación restrictiva*”. (7)

En Argentina, el análisis de la razonabilidad de la legislación tiene dos partes. En primer lugar, es necesario analizar si el fin que persigue la legislación es legítimo. En caso de que lo sea, es necesario analizar si el medio adoptado para perseguir ese fin es razonable. (8) Dado que la autonomía personal y la libertad contractual son derechos fundamentales, y que la prohibición del casamiento entre personas del mismo sexo es una restricción a la autonomía personal y a la libertad contractual, el Estado tiene la carga de mostrar que dicha restricción está justificada legalmente. Ahora bien, la regla es el ejercicio pleno de los derechos. Entonces, cuando el Estado tiene un “interés legítimo” en restringir los derechos en juego y hay más de un modo en el que el Estado puede promover dicho interés, debe elegir el modo menos costoso en términos de libertad. De lo contrario, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema, tal restricción sería irrazonable y, por ende, ilegítima. (9)

Aplicemos este criterio de razonabilidad a la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo. ¿Cuál sería el fin legítimo que el Estado intenta alcanzar por medio de esta prohibición? Podría sostenerse que el fin legítimo es promover la procreación. Sin embargo, en este trabajo mostramos que la prohibición del matrimonio homosexual no contribuye a que la sociedad se reproduzca. Alternativamente, podría argumentarse que el fin legítimo es mostrar a las personas que el Estado toma partido por las uniones que tienden a procrear: las uniones heterosexuales. No obstante, en este trabajo mostramos que, si el fin del Estado es simplemente mostrar cuál es su posición, prohibir el matrimonio homosexual es un medio inadecuado porque hay medios menos restrictivos de la libertad personal. El Estado podría, por ejemplo, hacer campañas a favor del matrimonio heterosexual. Tal vez podría sostenerse que el fin legítimo es proteger los valores prevalecientes. Sin embargo, como mostramos en este trabajo, los valores prevalecientes no merecen ser protegidos *porque* son prevalecientes. Para que la protección de estos valores sea un fin legítimo, debe haber razones independientes que expliquen por qué merecen ser protegidos. (10)

Notas

1. Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (Buenos Aires: Ed. Astrea, 1974), págs. 221-224

2. John Hart Ely, *Democracy and Distrust - A Theory of Judicial Review* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1980), pág. 62 (traducción tomada del *amicus curiae*).



3. A los efectos de nuestra discusión, asumimos que es legítimo que el estado privilegie a algunos planes de vida. Por supuesto, también podría objetarse que el Estado liberal no debe tener preferencias ni privilegiar un plan de vida determinado: podría decirse que, en principio, el estado debe respetar igualmente a todos los planes de vida que no incluyan la violación de derechos de terceros.

4. Discutimos de nuevo este punto en la sección V.

5. Este argumento está inspirado en G. A. Cohen, "[Freedom and Money](#)", (2001), 2, *Revista Argentina de Teoría Jurídica*.

6. El régimen matrimonial contempla también la posibilidad de que, en caso de incumplimiento de las obligaciones propias del matrimonio, las partes puedan divorciarse - en términos contractuales, las partes pueden pedir la resolución del contrato matrimonial, pueden pedir compensación por el daño que el incumplimiento les ocasione, etcétera. Podría decirse que, en definitiva, nuestra propuesta es la adopción del sistema de acuerdo pre-matrimoniales en base a los que las partes pueden pre-establecer qué régimen patrimonial será aplicable a su unión, etcétera. El régimen matrimonial establecido por el Código Civil se convertiría en una opción más por la que los cónyuges podrían optar - quizá, podría ser la norma supletoria para los supuestos en los que las partes no dicen nada respecto de qué régimen prefieren -.

7. 'Editorial Río Negro S.A. c. Provincia de Neuquén', sentencia del 5.9.2007, voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Zaffaroni, considerando 11 "b".

8. Ver Miller, Gelly y Cayuso, *Constitución y Derechos Humanos - Jurisprudencia Nacional e Internacional y Técnicas para su Interpretación* (Buenos Aires: Astrea, 1991), p. 224.

9. Para un argumento similar para determinar qué condicionamientos a las operaciones de concentración puede imponer la Comisión de Defensa de la Competencia, ver Martín Hevia y Agustín Waisman, "La Imposición de Condicionamientos a las Operaciones de Concentración" (por publicarse).

10. . Los autores firmaron el *amicus curiae* en apoyo de la posición de las actoras. El argumento principal del *amicus* es que la negativa de la demandada a celebrar el matrimonio entre las actoras viola el principio de igualdad ante la ley.

‘Méditerranée’, Modernity, Theory

Georg Stauth

There is in Western social theory a set of basic categories that can be traced back to the Mediterranean for distinguishing house and enterprise, Eros and reason, for example. At the same time in various settings of the Mediterranean world itself, these categories are seen to be entwined and representing coherent units of social experience. It is this conceptual and structural coherence that seems to pose a problem to theories of expanding social and functional differentiation and to modernity.

On the other hand, as recent developments have shown, a value overloaded reference to patterns of coherence seems in regions beyond the Mediterranean to be the source of exclusion (if not even self-exclusion) of an ever-increasing mass of populations. These masses of ‘victims of modernity’ pose a challenge to modern theory.

This paper is about moments of reflection of Mediterranean culture in modern theory. The point is that what I loosely refer to as ‘Méditerranée’ here, constitutes some essential components of construction of modern social theory. At the same time current reappraisals of the theory of social systems and theories of modernization speak of a growing diversification of modern cultural agendas and of their potential inclusion into more general patterns of the global society. The overall dimension of these approaches is about strategies and effects of the universalization of what has been called ‘objective society’, i.e. a set of techniques and principles of rational and functional social constructions confronting the variety of regional and historical conditions of specificity.

With respect to generality and equality, these specific cultural conditions have constraining and limiting effects. However, conventional theory rarely opens a perspective for modern self-understanding being itself strongly confronted with such constraints. This paper, therefore, raises the question of ‘Méditerranée’ as a set of categories which may have the potential to introduce an intermediary theoretical stand.

I

To speak of ‘Méditerranée’, we are reminded of the cultural topography of the Mediterranean Sea and its coastal regions. However, the focus in this paper, lies on its being a cultural ‘middle ground’ between the Orient and the Occident.

Certainly, our image of the ‘Méditerranée’ also includes a certain geo-political leaning. For us ‘Méditerranée’ is a sort of ideal type of the modern perception of cultural space as being essentially trans-territorial. This is why geographers in the early 19th century have conceptualized cultural evolution in terms of a scheme of stages transgressing from civilizations based on river-communication, to those based on seas, and ultimately, to those based on oceans.

In 1942 Carl Schmitt, the German political and law theorist who had strong ties to the Nazi-regime and remained influential as a thinker in post-fascist Germany, symbolically anticipating Germany’s defeat in an essentially territorial war, speaks about the space revolutions linked to the enlargement of visions through the sea. In fact, his concept of culture relies fully on the idea of imagined space integrating the vision from land to sea.



Schmitt also describes the ‘Méditerranée’ as a sort of space revolution that antedates the Oceanic revolution of space in the 15th and 16th century. For him the conquests made by Alexander, the Roman Empire in the time of Hadrian, the shattering effects of the crusade wars denominate revolutions in imagining space and are directly linked to cultural revolutions and revolutions in self-perception in relation to the outside world. (Schmitt 1981: 55-70)

I would also like to point to Fernand Braudel’s *Mediterranean World* (1976). Braudel has beyond his history of the Mediterranean at the threshold to modernity portrayed a model of social development linking local structural change with a sum of external relations of communication. His ‘Méditerranée’ entails a broad description of cross sea networks of exchange and long distance trade interlinkages and their effects on local cultures. However, his cross trade linkages remain embedded in a framework of local material structures of ‘longue durée’ and of cultures being doomed to some type of external determination. This is why Braudel’s world of the Mediterranean remains so intrinsically tied to a typology of units, i.e. landscapes and towns, families and houses, trading communities and enterprises, individuals and their networks of exchange. Beyond all fate of external determination, there remains within all the units and the given patterns of their interrelation a certain overall logic in operation which seems to rely completely on desires, images and potentials to acquire immediate access to, to control and to consume goods and services. Here, the given forms of social construction can be, therefore, described as being linked with a rational, both symbolic and material, of immediate want and need for consumption.

We may now be able to associate, therefore, the concept of ‘Méditerranée’ with a much broader concept of Mediterranean culture which could mean a sort of complex structure which finds its logic in combining the material and symbolic, the structural and the individual terms of self-maximization in a specific bi-polar, however, coherent form: the sublimation of individual tastes, family ties, local relations in towns and countryside, on the one side, and the production of visions of the distant world and locations as inherent cultural elements by means of intensive, although often mainly punctual, overseas ties through given channels and means of exchange. I will elaborate in greater detail below, how to locate such desires and visions in broader sociological terms.

It was Immanuel Wallerstein who in contact with Braudel and focusing on market interlinkages broadened the concept of ‘Méditerranée’ into a different, a quite contrary, direction: the capitalist world market as the all-defining social system. It is not my intention to enter into a detailed debate on Wallerstein’s world systems theory. However, it should suffice, here, to mention that in perspective of Wallerstein local structures are largely seen as being derivative to the capitalist world market, and that thus local, even non-capitalist relations, remain purely as a result of capitalist expansion. We can state, at this point, that since Wallerstein, any perspective of thought on ‘Globalization’ entails a sort of conceptual dead lock, namely, to define all types of social construction, necessarily tied to local contexts, as a result of, or being complementary to a universal logic or order, or as being contextual to systems.

With the following reflections, I would like to enter a debate on ‘Méditerranée’ which takes the inherent contradictions of Braudel’s model serious, both in terms of the



demonstrated powers of meditative systems as well as mobilizing its strength accounting for the irreducibility of immediate want and need and the visionary constructions of ego-players who set them into play.

It is my intention in this paper to develop some aspects of this intermediary position of the Mediterranean as a sort of heuristic instrument in reverse. In looking from this stage back to modernity, we might be able to generate some potential to trace the ideological interpretations of modernity of asceticism, rationalism, hyper-differentiation, and strategic individualism, and to come to a broader perspective, a more flexible one and adaptable one under conditions of globalization.

I want to raise some doubt in this paper, whether the sociological inclination with objective society, asceticism and rational self has brought us into a dead lock. It shows an essential lack of flexibility and adaptability when theorizing facts and events in an ever more chaotic world, largely driven by non-modern interests operating within the framework of modern structures, or by ideas of those 'victims of modernity', involving an ever greater variety of cultures and people. If Luhmann (1995: 12) speaks of repetitive conditions of regional and historical specificity, it seems to me that a more inherent evaluation of the works of these conditions in the hands of the social actors is necessary in order to understand their cultural logic within a framework of modernity. Similarly, to limit our perspective broadly - as Eisenstadt does - to the role of religious cultures and sectarian movements seems to me a reductionist approach to comparative civilizations.

The issue of the generic character of the Mediterranean concepts related to modernity cannot be reduced to asceticism and the modern rational self. Mediterranean social structures encapsulate in nucleus basic strategic arenas which appear to be similar to those of the modern ego-actor, namely, long distance trade, cash and entrepreneurial systems as tentatively separate entities of the economy of the household. However, the social and the ego-worlds appear to entail more balanced and coherent relationships than those of the modern world with strict functional separation.

II

The concept of 'Méditerranée', as I wish to envisage here, stands at a bridging point over the cultural gap between the Orient and Occident, which is so inherent in all social theory. We should be aware of this ambivalence and ambiguity of a concept located between the two antagonistic poles of the identitarian construction of modernity. Indeed, it has some vague relation to 'Orientalism'. 'Orientalism' has been described as a system of scholarship that emerged around the early fourteenth century. Since then the generation of knowledge about the Orient was seen to be inherently linked with the history of exchanges, rivalries and conflict with respect to long distance trade, mutual religious understanding and military strategies between the West and the East (Turner 1994). This is why the famous evaluations of 'Orientalism' have imagined the Orient as the inherent 'anathema' to modernity. Although it is the declared aim of discussions on peripheral or alternative modernities and theories of the social system to come to grips with cultural antagonism, their concepts remain tied to the view of a sharp distinction between 'Orient' and 'Occident' as referential poles of mutual self-construction (Cf.



Eisenstadt 1998). Similarly, there exist in modern sociological discourse a variety of self-constructive references to the 'Méditerranée' which are not without parallel to 'orientalism'.

The project of social theory from its very beginning was largely involved in what emerging theorists from a once colonial background like Anwar Abdel-Malik, Muhammad Arkoun and Edward Said have accurately termed 'Orientalism' pointing to the fact that analyzing and theorizing the non-western world was an inherent part of the construct of modernity. So was sociology. While Greek myths and epos turned into the foundational text of modern science and democracy, a sort of inherent rationality of Western civilization, the obscure and esoteric 'Orient' served as the different other, with its own, however, distant rationality. More openly, the 'Méditerranée' served as a sort of buffer between West and East, an intermediary stage, mediating the progressive issues, however unable to progress itself.

If the Orient remained a pure object, the 'terra incognita' of Western hegemonic construction then, - to put it into blunt terms - the 'Méditerranée' was not. The 'Méditerranée' remained benign territory. This difference deserves attention and recognition. In perceiving the Orient as the challenging 'other', and the Mediterranean often enough as the essential 'our'(cf. Turner 1994: 46-48), the history of modern thought lost sight of the constructing cultural forces of the Mediterranean as both *Ursprung* and, in a way, as lost utopia. However, what is more important for us, the social theory of modernity includes certain types of conceptual constructions and imaginations as related to modern 'society' and the 'individual actor' which are referred to at the same time as inherent elements and authentic forms of Mediterranean culture.

The theory of modernity includes the Mediterranean to be an authentic contribution to modern self-construction and a focal issue of Western Civilization. My argument is, that if Edward Said's concept of 'Orientalism' (1978) was - despite being largely unjustified and inappropriate to understand the sublime achievements and effects of Oriental Studies - a model for self-construction through exclusive perception of the distant other, the 'Méditerranée' could be viewed as a field of conceptual construction of modernity, positioning Mediterranean issues in a variety of referential contexts as an inner and internal as well as inherent and often intermediary stage of structural departure as well as of modern self-perception.

In this framework, the understanding of 'Méditerranée' in relation to modern theory and modernity has two dimensions of genealogical importance. Firstly there is the idea of an increasing self-logic of cross road structures and their distinctive role in modern civilization. In this context there exists an ambiguous and often antagonistic conceptual relation between structural analysis, local and territorial perceptions and visions of social order on the one hand; and technical and open relational analysis and perceptions of cross road contexts and cultures of mediation on the other. The Mediterranean has often been perceived as a sort of intermediary stage between the Orient and the West and a structural model for relational constructions and pristine forms of capitalism and modernity.

Second, the question of the relative importance of the 'Méditerranée' can be treated as a specific instance of the much broader problem of asceticism and rationality. As demonstrated by Michel Foucault, both cultural criticism as much as the affirmative



culture of modernity were strongly engaged in assessing of, what he called, the ascetic cost of reason (Foucault 1993: 25). The social theory of modernity, on the one hand, culminated in the coincidence of perceiving modern institutions as rational systems of functional differentiation and the surrounding world as strategic arenas of individual action based on rational action. On the other hand, a fair awareness of the irreducibility of irrationality, chaos, hedonism, discontinuity, insecurity has been at work. Postmodernism has strengthened the awareness of total institutional dependence as 'risk' for the individual actor and warned us that the rationalist overdetermination of the project of modernity could run into a self-destructive hegemonic enterprise. Much of the postmodernist debate was engaged with challenging the perception of modernity forming the positive identity of the rational self as versus the exclusive rest of the non-rational world being non-identitarian. However, post-modern theories of cultural inclusion have proven to be similarly self-destructive. The conceptual celebration of protest-cultures, fundamentalism, heterodoxism and the demise of empires and property cultures, turns out to be speechless when in fact being confronted with the hyper-symbolic and self-destructive revolutions of such cultures in the name of enlightenment and rational emancipation.

If it is true as Eisenstadt claims that 'the most anti-modern movements that have developed in the contemporary period, namely the communal-religious movements, especially the fundamentalist ones' are constituting 'an inherent component of the civilization or civilizations of modernity' (Eisenstadt 2000: 194) then, indeed, one should take this as the ground for a strong question mark on the underlying concept of modernity. The question is how to get rid of the fundamentalist self-perception of modernity and at the same time of the intellectual cynicism of the structural functional and cultural differentialism with respect to cultural drives for coherence.

Similarly, we were made aware of a variety of conceptual antagonisms between static and dynamic societies, which were framed by classical theory of 'modernization'. A new form of a multi-structural appearance of world-society and of centre-periphery relations was developed in Emanuel Wallerstein's 'world-systems theory'. Simultaneously, Niklas Luhmann's 'Society of the Society' envisages 'pluri-contextuality' and the contradiction between referential and causal rationality as the essential forms of systemic existence. In other words, modern and post-modern theories were at large engaged with the conceptualization of the negative effects of asceticism and capitalism without ever seriously questioning the ideological foundations of both.

What ever the inherent contradictions of such constructions were, we may well be able to see that both social structure and life of the individual remained always modeled by way of totally deterministic concepts of the social involution of man. As Gallina Tascheva puts it in a recent paper, 'the "non-socialized being" of G. Simmel, the "free individuality" of E. Durkheim or the purely negative correlation to be the surrounding of the "system" in N. Luhmann's terms' (Tascheva 2002: 2 - transl. G.S.) all have viewed the individual actor as a type which is largely inconsistent with rational structure and systems of order. This brings us to the point that we lack any modern theory of the individual in terms of his anthropological compatibility with his 'own' immediate social and cultural constructions and vice versa.



If we turn for a moment further, from the concept of modern society, to the concept of the modern subject, processes of self construction and ego-players, then we might be able, however, in classical theory, to identify some commitment to understand individual coherence through patterns of exchange. In broad terms Max Weber's Calvin appears to be a product of north-Italian trade cities as much as of northern cultural quietism. It was Norbert Elias who scheduled modern subject-building and the increasing modulation of affects of the individual to its increasing involvement in long distance trade and colonial hegemony in hitherto remote places. He saw self-restrained modern man and self-control to be the necessary outcome of his expanding networks and of control in the distant world out there. However, Horkheimer and Adorno, despite their critical stand towards genealogical authentication, developed in Homer's *Ulysses* a foundational text of European civilization, namely the antagonistic and at the same time ambiguous entwining of myth and reason. They configured their '*Odysseus*', his capacity to ban the myth, linking symbolically the 'higher' knowledge of modern man to the cunning exercise of submission to ritual dialogue. Foucault's 'in care of life' re-mirrors pre- and post-Socratic principles and arts of living as potentials for the moral aestheticism of modern man beyond any strategic submission to institutional hegemony.

III

Let me depart from Max Weber's treatment of the 'Méditerranée' at the cross mark of formulating his theories of functional differentiation, ethos of responsibility and charisma of office as foundations of Western civilization and modernity. Indeed, Weber distinguishes some conceptual areas in which an inherent cultural genealogy of the West in Mediterranean roots could be discussed.

Some of Max Weber's typologies of the 'méditerranée' (in their specific Greek and Roman and Italian background) appear to have a type of transitional or intermediary position as versus the rigid differentiation of occidental from oriental concepts of economy, governance, religion and familial order.

Weber treats, in his economic theory of antiquity, 'Oikos' as the idea of a specific *ultima ratio* of economic action, namely a system of economy that remains completely submitted to immediate consumption needs and wants of individuals. For Weber, Oikos generates a new stage in the transition from segmentary society and communal natural economy to the *Hausgemeinschaft* that later appears integrated into feudal and capitalist structures. In the 'Oikos' all external economy remains submitted to the collective unit of the house - in its concrete Eastern basis a unit of hierarchy and male domination. In general, however, one can see that the rationality of economic undertaking remains within the limits of the individual's rational of the immediate satisfaction of want. This involves a fairly developed, however, undifferentiated combination of household and enterprise, of subsistence and market production, of cash and community nexus, to serve individual tastes.

Weber's treatment of the 'Oikos' in his economic theory of antiquity relates to the general problem of distinction between static and dynamic societies, as he sees it. There, the main characteristic of the Oikos is the lack of functional separation between house and economic enterprise. Most strikingly for Weber this lack of separation counts for a



problem of social order namely the permanent contradiction of sexuality, want and emotional needs with the needs of economic accounting and stability.

The striking example for an 'Oikos' related economy was for Weber the immediate consumption of the Prince which Weber traced as the dominant principle of the 'royal economies of the Orient' (Weber 1980: 321) and, more specifically, in the 'self-sufficient' household of the Pharaoh (Weber 1976: 121, 126 ff.). I am not here to discuss the very specifics of Weber's distinctions of Oikos, household and enterprise and the patterns of structural differentiation, he designs out of this distinction then with reference to Sicily, Rome and the north-Italian cities in the period of post-Renaissance and later on to the 'East of Elbe' economic type.

What is of interest here is the Oikos as the realm of 'organized natural supply of the needs of a lord' (Weber 1980: 230) and in the widest sense as an economic principle utilizing, combining, and organizing natural and all other coexisting forms of economic activity under the autarkic interests for immediate consumption and social representation of the family. It is this economic principle which, according to Weber, is counteracting any 'written' or 'book-placed' and legal separation of 'house' and 'enterprise' as two different systems of accounting. Although the Oikos is a highly developed economic system, it remains only, apology for the word, a semi-differentiated unit in Weber's terms of the rational of accounting and coherent order which underlies all modern capitalist economy. The issue of legal separation of 'house' and 'enterprise' for Weber, then, evolving around new corporate units and systems of banking in the north-Italian cities, logically stands for the 'qualitative uniqueness of the development to modern capitalism' in the Occident (Weber 1980: 229).

An interesting point about the differentiation of Oikos and trade is, that it were Islamic legalists who have formulated the overall regulative systems for trade and cash flow which then in the 12th and 13th century were applied among Jewish, Christian, and Islamic groups of traders and in trading with the Italian Commenda. While Weber called these networks in the late Middle Ages an example of the 'cooperative risk community' (1924: 183), Gerhard Endress made the point of Islamic Law being 'the first legal minimization of this risk' (1998: 277f.)

For Weber, Genoa, Florence, Milan, and Venice stand for the demise of the Oikos, not for a modern continuity of Oikos-oriented economy. Modernization theorists, therefore, have denominated the Oikos as the overall economic principle of 'traditional economy', be it the grand household of the landowner, be it placed in the city of heteronomous consumers. (e.g. Schluchter 1980:137f.) In Luhmann's evolutionist theory of social differentiation, Oikos and family, now defined as household, the head of which is the only participant in the political society or *societas civilis*, stand in the centre of all motives in stratified societies which are marking the transitional position between segmented societies, on the one hand, and functionally differentiated societies, on the other (Luhmann 1994: 243).

In comparison to the composed household of the merchants and craftsmen of the north-Italian cities, (where in nucleus the legal separation between 'house' and 'enterprise' was prepared), the Oikos lacks in Weber's view sustainability and accountability. However, as we learn from the historians of the 'Méditerranée' of the Annales-school, the house and the family in the Italian hill-bound peasant-cities, already formed a sort of



unit of citizenship both integrating and separating agricultural activity from a citizens life in town which already employs a strong nexus towards cash (e.g. Aymard 1990: 129ff.). In a much broader sense, Braudel and his school have given - without actually naming it - the Oikos-problematic a new dimension of flesh and live for social theory. In this perspective, the Oikos seems to be essentially related from the very start to long-distance trade. It seems to be the focal point of the timeless history of the 'Odyssey in the Mediterranean', of the permanent combination of structure and conjuncture (Braudel 1976 I: 353f.). There, 'the Mediterranean at the threshold of modern times' (ibid. 19) also points into the direction of its real modern function.

While Weber's functional rationalism was mainly concerned with the household of the capitalist, fully separated from the rationality of the enterprise, which in its mere functionality remains a neglected small unit of private consumption and emotion incorporated in the ethos of the nuclear family, patterns of immediate consumption interests and related symbolic exchange are returning as Baudrillard has shown into the fore front of any economic undertaking today.

However, capitalism serves only general abstract and rational-functional social interests of consumption. My point is that beyond economist and culturalist debates about symbolism and economics, the urban Oikos as developed in the Mediterranean from the 5th century before Christ onwards, flourishing at the centre of the Economic World system in the 16th and 17th century, seems to entail a great potential for theory reflections on world society, recognizing both - what Bataille called - the sterility of the book-keeping rationality and universal distrust and the eternal search for human intimacy (Bataille 1975: 85ff.). It seems to entail a potential for combining pre-modern, modern and post-modern dimensions of economy. The Oikos, in its unlimited conjunctures with the stream of live between these complexes, forms, deforms and reforms local societies with and beyond the given functional hegemonies.

A further dimension is to be employed with respect to the Oikos, namely, its nostalgic aspect. about the greater welfare for the greater masses, or the relative potentialities of these different systems, taking into account the extreme individualization in modern societies, one would have to rethink the type of economic goals with which these over-individualized individuals are pre-occupied with. My point is, where and how in perceiving historical stages of development of economic structures, value judgments about live organization are made. There is a certain way of neglecting the Oikos, namely the direct appropriation of the thing for its immediate and socially demonstrated consumption, as an inner motor of self-assertiveness and material social security.

IV

If all Western historical imagination in one way or another is bound to conceptualizations of Mediterranean culture, then it is more decisively with Hellenism and Greek mythology and philosophy. To name only one example, Francis Macdonald Cornford's lectures on *Before and after Socrates*, which were delivered in a declared Cambridge extra-mural program on 'The Contribution of Ancient Greece to Modern Life' in 1932, received only until 1992, twenty-six consecutive reprints (Cornford 1992). It were Horkheimer and Adorno who once named the modern attitude to put



world history and enlightenment in one as the paradox and liquidation of enlightenment, namely the thrift to recognize in the remotest cultural distances something like enlightened thinking (Horkheimer/Adorno 1971: 43). Certainly one could also think of Ernest Renan and his rooting of science in Greek mythology. Max Weber who wrote on economic theory of antiquity and later on the effects of religious ethos on institution building and capitalist development, strongly escaped - at first glance - any deeper inclination with the mode of his contemporaries to give erotic cultures any historical substance. More openly than many, however, he was deeply inclined in a rather ambiguous relation to the Mediterranean. In heading for a concept of modern occidental rationalism, for Weber what could not be traced as pristine forms for this evolutionist ideal, was conceptually externalized and neglected. While in his economic theory, he treated love and sexuality as inconsistent motives which could only gain a durable rational in the framework of economic stability of the household, he treated eroticism beyond 'value'. For Weber at first, when confronted with the powers of extramarital love, the question still remained that one couldn't say 'that any value could be embodied in eroticism' (Green 1974: 171). However, in his essay on ethical neutrality, published in *Logos* in 1917, Weber surpasses the Kantian utilitarian perspective on love, which treated eroticism merely in terms of permitting or prescribing 'the use of another to one's own ends'. I should like to quote Green's translation of a passage demonstrating the turning point of Weber's attitude towards eroticism:

But the negative predicate can be regarded as a degradation of what is most genuine and most intrinsic in life, of the only, or at any rate the royal road away from the impersonal or supra-personal "value" mechanism, away from enslavement to the lifeless routines of everyday existence and from the pretentiousness of unrealities handed down from on high.

... (This is) a sphere claiming its own "immanent" worth in the most extreme sense of the word. Its claim to this worth could not be invalidated by demonstrating its hostility or indifference to everything sacred or good, to every ethical or aesthetic law, and to every evaluation in terms of culture or personality. Rather its worth might be said to derive just from this hostility or indifference. Whatever may be our attitude towards this claim, it is still not demonstrable or "refutable" with the means afforded by any "science". (Green 1974: 170f.)

It is the late Nineteenth century, in which Eros stands in the centre of scientific debates about exchanges between oriental and occidental antiquity. All later social theory is intrinsically bound to these debates: Psychoanalysis, life philosophy, political theory and modern moral and aesthetic visions.

Certainly, the dramatic anti-pole to the idea of an Eros which is purified by Platonism, was the idea of the chaos-evoking veneration of Eastern Eros. However this contradiction gave way to the idea of unity: Eros as the expression as much of erotic seduction and lust, as much as part of a visionary system of knowledge; the pleasure principle and the civilized vision as one. This closed, however, to its double ends openly operating unity of Eros, with knowledge as pure vision here, and lust and satisfaction of



organic needs there, standing as two poles who are immediately entwined with one-another, a construct operating from German enlightenment to Freud and beyond, could be easily named as the very system which underscores any modern *Lebensgefühl*.

As with respect to religion and cults, Eros in classical antiquity was subordinated to the Sacred and its ethos. The major contradiction being there, that Eros as the life vision became enshrined in Ethos enhancing ultimate sacred ends and standardized forms of social organization of life which were seen as emanating from the sacred. From what Georg Lukács tells us, we might be able to argue that with Enlightenment and Romanticism this domination of the sacred was challenged by a new understanding of the Eros-Ethos relation. The new utopias of the romanticists attempted to dissolve the Ethos in Eros: 'Poetry is its ethic, morality its poetry. Novalis once said that morality was, at root, poetry; Friedrich Schlegel thought that all genuine and spontaneous originality was morally valuable in itself.' (Lukács 1974: 47). The sacred after this development did not longer serve the need for external ornamentation but rather it serves as enlightening the instincts and emotions in the direction of order and inner organization of the individual. Thus all utopias of good live for all were to invoke the instincts and life emotions. And the fight for the recognition of and realization of these emotions and instincts turned into the decline of the sacred and the evocation of self-organization as Eros. Final reach then is the miracle of self experience, the vision of active and decisive life, the inlived world, which step by step replaced the grand utopias of social order. In this context we can understand how the 'Mediterranean' turned into an ever greater resource of imagination of roots of good life and invoking the Eros. It is the 18th century which really developed that idea of reason as being guided by human passions from antique resources and transports it into the framework of modernity.

'The idea was not of reason governing the passions so much as, with Shaftsbury for example, reason which was itself an element of the natural affections.' (Seligman 1992: 34). If, here, civil society emerges as a project against instrumental reason as Seligman claims, how can we come to grips with the manifold mass reactions against instrumental reason e.g. in the Islamic world?

And again this idea which seemed to be undone by Enlightenment and modern rationality, at the beginning of the 20th century developed it into an understanding of cultural and social development which depended on re-alignment of reason to sensual experience and emotions. And of course the idea that there is an undissolvable link between scientific and aesthetic development emerged for the Webers' as much as from literature as much as from the important travels to Mediterranean places (cf. Marianne Weber 1988: 361ff.)

This is where Weber was convinced that the mental and soul-full conditions and eventualities are fundamental for all modern development and that the Eros is the tool which constitutes the alignment of the self with the economic, necessary, and rational. All social reconstructions have to take serious the conditions of the soul and pure economic considerations of the driving forces of life would not be able to explain change. (Schluchter 1987: 16.)

'Eros' is a concept that evolves far beyond Weber. Its importance for modern self understanding can hardly be underestimated. It evolves - sometimes a counter model to reason, sometimes a model inherently entwined with reason - with an increased self



understanding of modern science as being based on myth and represents a model of knowledge which stands in immediate relation to the sensual capacities of the ego to trace beyond its appearances the deeper ground of the world.

This modern reference to Eros and soul seems to sort of replace sacredness and under conditions of secularization, it is Eros that allows transforming the mundane into sacred things.

From now on, an atomistic and empiricist sensualism confronts the world as an enemy. It is interesting to see how Romanticism insisted in the positivism of sensual cognition. The incorporated soul was to be put into its right as a whole and this immediate sensuality at first seems then to establish itself as the ordering element of the system: incorporated Eros as the ordering knowledge system.

Against the purely moral mind and the resentment of the intellect we now see how the erotic life becomes the focus of *Weltanschauung*: Eros offers itself as a social project. It is the program of Romanticism to organize the genius in this banal way as to poetry and epos into the whole real life. Poetic creation is understood as social action as such. However, at the same time this also allows for the reverse namely to take ordering action and organization as genius itself. And we have to speak here certainly also about Genius as order, and similarly how ordering procedures now overload the modern existence with regulative, self-logic, and repetitive formal actions which gain real power over the stream of life, and are now interpreted as creative, poetic and artistic solutions.

What modernity has learned from the 'Mediterranean', is how life can create vision and how vision can (re-)create life. George Boas, in his famous preface to the American edition of a collection of texts of Johann Jacob Bachofen, takes Bachofen, Jacob Burckhardt and Friedrich Nietzsche as the philosophers of history who represent the transmission of general insights of Mediterranean culture to modern anthropology, by focusing on the communicative powers of the inner life in symbolic terms. He claims that 'all three were aware of the power of the nonscientific or, if one prefers, the non-rationalistic insights which mold a culture and transmit to its members their deepest feelings' (Boas 1973: XXII). To transpose such insights to the knowledge of social constructions of the many actors who are excluded from modern institutional and scientific knowledge. These, indeed, are actors, who remain in individualized experience with the world, being incapable of direct communication in rational terms and denying into their world the incorporation of rational knowledge in concrete form. This is not an option for substituting sociology through anthropology, this is to redirect sociology to understand 'culture' not merely in terms of fixed pristine visions and principles increasingly distorted by modern interventions. This is to understand 'culture' as a decisive means of social organization from below, where social order remains tied to, as Boas develops from Burckhardt, a 'tendency to anarchy inherent in any individualism'. It is this local individualism which, as Burckhardt described, is mitigated by the highly developed sense of honor, a mixture of conscience and egotism which often survives after man 'has lost, whether by his own fault or not, faith, love and hope.' (Burckhardt 1944: 263)

Certainly, as Warren states, there remains a certain double binding of social action as such:



... if modern social theory has learned anything, it is that the organization of individual actions and that of relations between individual actions are two different things, even if they are also interdependent. (Warren 1988: 231).

However, the point is that the individual who acts has changed dramatically and that this effects both organized and interrelated human action. Nietzsche

systematically conflates “exploitation”, “overpowering”, “command”, and the like as attributes of individual organization of action with attributes of social and political organization, that is, with relations between individuals. Nietzsche consistently uses political metaphors to describe the way that any action must be organized. In this way he follows the well-established practice in political philosophy from Plato through Hobbes of equating the organization of the soul with that of society, and society with soul. (Warren 1988: 230)

...if modern social theory has learned anything, it is that the organization of individual actions and that of relations between individual actions are two different things, even if they are also interdependent. (Warren 1988: 231)

The point here is not that Smith, Marx Durkheim, or any number of other modern social thinkers produced adequate ways of thinking about the relationship between the life-world and social organization, but rather that Nietzsche fails even to conceptualize the relationship, let alone see it as a problematic. This is important, because it is precisely his failure to do so that allows him to equate individual and social qualities, and to use the same terms (‘exploitation’ and the like) to ‘explain’ both. (Warren 1988: 231).

As we wish to emphasize here, Warren contributes little to understand Nietzsche’s contribution to modern theory, the ‘strains in Nietzsche’s thinking’ rather opened the view for the dynamics between institutional and individual power. Only from the perspective of self-constitution the vanity of institutional power can be developed.

We can see this in Weber as being fruitfully applied in his analysis of the theory of English law of corporation:

Its theory started to develop in the 16th century for the cities first the notion of agency and acting agency as legally separate from the private sphere, using the concept of “body politic” of the roman corpus. (Seine Theorie begann seit dem 16. Jahrhundert zunächst für die Städte den Begriff des Organs und Organhandelns als rechtlich gesondert von der Privatsphäre zu entwickeln und bediente sich dabei des Begriffs des body politic (des römischen corpus.) (Weber 1980: 436, transl. GS)

Clearly we could describe ‘Eros’ as a type of sociology of the ‘inner will’, reason there turning into an instrument, an apparatus, with which perceptions of the outer world are organized and it is the pathos which traces the fundamental reason of the world that operates with it..



V

Like the Oikos-problem which - as we have seen - links economic and inner concerns of people in the contexts of the visible world, we can also point to nomadism bearing a similarly strong concept of world coherence, namely, the concept of *'asabiyya'* as discussed by Ibn Khaldun (1967, I: 269-298; 313-327). Quite contrary to Rosenthal's translation from 1958, it is well known today and discussed that *'asabiyya'* cannot be translated in mere terms of 'group feeling'. It rather should be understood as the inner drive for sovereignty of tribal or family groups determining the vitality of dynastic or state institutions. In fact, *'asabiyya'* could be understood as a socio-political concept of vitality itself related not only to the condition of states (nomadism, urbanism), but also to the presentation and expansion of religious doctrine, and the ability to exercise of knowledge and science. It would, certainly, be interesting to discuss Ibn Khaldun's concept of *'asabiyya'* not only as a sort of combination of Eros and Oikos and the formation of power and local representation, but also with respect to Weber's concept of charisma which, in contrast to *'asabiyya'*, entails a purely differentiated category of extra-ordinariness beyond given social contexts and conditions, or rather in principle operating against them. To describe *'asabiyya'* and nomadism in terms of vitality of marginal 'collective bodies' and their potential to create equivalents to organized 'war-machines' (cf. Deleuze/Guattari 1992: 503f.), is interesting and reminds of Foucault's similar description of the moments of the Iranian revolution and his ambiguous use of metaphors like 'naked hands' and 'naked bodies' (cf. Stauth 1991).

The point here however is, that Oikos, Eros and *'asabiyya'* are involved in a type of rationality which even in its broadest real institutional and visionary expansions remains tied to concerns of family and local groups, not preventing any type of functional-technical rationality, however, subsuming it to the genealogical vitality.

At this point, I wish to come back to the late Niklas Luhmann and his distinction between functional-technical systems of causality and systems of immediate causality which evolve around the potentiality of visible control over cause and effect, and success or defeat.

Niklas Luhmann, at a time when he was looking forward to establish an Institute on the Study of Social systems in Lecce in the early 1990s - a project which did not materialize at the end of the era 'Craxi' in Italian politics - wrote a couple of articles in recognition of problems faced in Southern Italy (Luhmann 1994; 1995). He discovered a certain resistance to modernity. Against conventional sociology, he did not link these problems to 'Tradition', 'culture', or 'mentalities'. Instead, he described the prevailing local family or group networks in terms of a specific type of rationality, namely, causal rationality which operates in a controlled social field in which cause and effect success and defeat remain visible. However, at the same time, as he found out, the system of visible causal rationality, seems to be not only coexistent with functionally differentiated systems, but rather to make us of it and to take profit from it. In this condition, as Luhmann signifies, any input-raising into the rational functional system would rather lead to a test of their effectiveness in keeping up with local personalized networks, it would not lead to any strategic gain.



I am not discussing this in order to create new ontological theories about the clash of systems of functional-technical causality with 'Causality in the South' - this is the strange title of one of Luhmann's articles. However, it seems to me, that one could discuss his 'South' as coming close to a culture in a deterritorialized cross mark position which combines latent Eastern and Western structures based on secret patterns of vitality without engaging in open clash about fundamentals and value.

VI

What is modernity? This is the most central issue of Sociology. There exists a disturbing and unsatisfying entwinement of modernity and sociology: Sociology then is the science of what modernity is and how modern society operates. Classical social theory claimed that modernity is rationalism and objectivism, and that modern society operates with rationally conceived concepts and gradually takes the place of the traditional societies. Max Weber, for example, was inclined to argue from the venture point of modern sociology that:

Empirical reality becomes „culture” to us because and insofar as we relate it to value ideas. (Weber 1949: 76)

However, Weber was himself aware of the 'value-conditioned interests' of modern sociologists, and argued that

Only a small portion of existing concrete reality is colored by our value conditioned interest and it alone is significant to us. (ibid.)

Since Weber the mainstream social theory remained inclined with asceticism and rationality. The Mediterranean was integrated into this perspective shaped in terms of these general concepts. The incomplete character of Mediterranean cultures with respect to modernity was shaped in terms of Weber's general interest to establish some heuristic instruments and to trace certain generic characters, some types of historical interconnection, or establishing and imagining their conceptual incompleteness. In Weber's work the Mediterranean figures as some type of structural and conceptual pre-history of modernity with respect Greek and Roman antiquity and 14th to 16th century Northern Italy. Foucault's 'Travel to Greece' in *L'usage de plaisir* and *Le souci de soi*, takes similar shape as a heuristic genealogy of modern 'sexuality' (Schmid 1994: 13-34).

I am presenting these components of inner reference of Western self-construction, so to say, in care for the future and chances of theory. The point is to remain in a humanistic and a regionalistic perspective, i.e. to remain identitarian. If theory is to function, i.e. like all social thinking to remain historical, it has as Gerhard Wagner claims - to abolish mere referentiality and reflexivity as explanatory labels. For Wagner Luhmann's theory 'is obviously discrediting broad areas of occidental thought' (Wagner 2000: 199). Luhmann in fact calls for an end to humanistic and regionalistic (national) concepts of society and develops a broadly negative concept of the cultural foundations of the social as system's semantics. Certainly, Wagner's critique shows how impossible it becomes to really study the contextuality of local reconstructions with reference to systems of global exchange, engaging in concepts of meta-theory à la Luhmann's *polykontexturales System*. System here, is double negative: a) it abolishes any local



context - not to speak of any contextuality of the individual - as a power in its own right, b) it abolishes the social as any positive field of social interaction. Certainly, the future of theory is largely related to the issue of social reconstruction being defined through processes of intra-cultural exchange. However, what is even more important is to regain the social field, the public sphere, as an area of positive exchange of culturally different individuals. Here, more than any other field, the issue of competing ideas about the *conditio humana* and the nature of mankind is decisive. The issue is how to theorize global cultural worlds in terms of competing exchanges about such ideas.

Let me again refer to the trajectory of Max Weber's theory-commitment to the construction of modernity. As against Günther Roth, Wolfgang Schluchter and others perhaps Tenbruck, I have earlier in the footsteps of Wilhelm Hennis argued, that Weber in his earlier period was engaged in the genealogy of modern institution building and in his later period more strongly involved with the genealogy and characterology of the modern man. His questions on what the historical sources of modern institutions are, were turned into handling the problem of what type of man would be able to cope with the institutional 'iron cage' of modernity and the respective scientific bureaucratic power-relations. Where are the roots of this type of man (cf. Stauth and Turner 1988: 98-122). As we can already see here in the way Weber linked these two questions together, a perspective of overdetermination is unavoidable. His famous lectures on professional calling in science and politics include as much cultural critical doubt on the potential lack of sovereignty in life as much as they call for professional functionality. Weber had become aware of the rationalist involution of life through overall institutional hegemony.

Overdetermination is certainly the theme of Michel Foucault's work. The question of what type of man can cope is taken absolutely serious. However, Foucault attempted to bridge the antagonism between the suffering individual and overdetermined society and dissolved this antagonism into a new world of overindividualism. For Foucault it is over-individualism beyond mere institutional correspondence that would design the necessary realms of sovereignty of life within any given institutional setting. In that way one could also claim that viewing Foucault from a Weberian perspective, his theorizations of microstructures of power and of bio-power at large are over-individualistic responses to Weber's 'iron cage'-problematic.

However, in both approaches at different stages of developing their thoughts both authors engage intensively with sketches of Mediterranean history. And the task I have set out for this paper is to trace - certainly, laying the weight on Weber - some of these involvements and to ask myself whether there is some potential for a global perspective of modernity to cope with the non-western implications of these Mediterranean thrifths.

Perhaps the most important issue to be concerned with in evoking Mediterranean culture in social theory, is the paradox, that while this evocation is largely related to the construction of individualism and rationalism, it at the same time evokes some type of cultural criticism with respect to the negative effects of the social. In other words modern social theory from Weber to Frankfurt Critical Theory to Foucault is basically entwined with cultural criticism and specifically with Nietzsche, and holds a negative picture of the social, while in contrast Mediterranean culture and the historical invocations of the 'Méditerranée' invoke the social as the active place of the individual.



If we speak today as Touraine does of the necessity to transform social theory from the theory of society or the social system to theory of the ego-actor (Touraine 1998), then we should go one step further and attempt to abolish the negativity of the theories the social system and of modernity with respect to the social sphere. We need to speak of the ego-actor as a constitutive social power and as a force of Ibn Khaldunian „social cohesion” indeed in the way that Gellner once developed it, i.e. how to draw a positive stand towards the social from the perspective of ‘the *real* house’ (Gellner 1981: 27).

VII

The argument developed here in reflection of the cross marks of reference to the Mediterranean in the theory of modernity leads to call for redirection of intellectual principles and conceptual debate.

On the one hand we have the idea, since Parsons, of transforming Weber’s concepts of capitalist development and rationalization of institutional locations and life worlds of the self into an evolutionist theory of increased functional differentiation. Whether we view this as the conceptual expression of ever deeper involvement in the ‘iron cage’ of modernity, where the individual - in his search for freedom - is subjected to ever more specialized social regulation, rational law, bureaucratic management and applied science, accounting for his life, or view it as the creation of the general social and institutional stability behind of which the micro-strategies of appropriation of new ‘arts of living’ in the immediate world of the individual can evolve, the view on functional differentiation remains tied to a perspective of an unhindered rational and strategic rational of modern man, of world domination and of the ever same expansion of the most advanced structures into universal networks. This perspective includes the claim of an undoubted endless adaptability of the cultural constructions which are related to it.

This is not the place to discuss in detail the attempts of Eisenstadt or Luhmann, for example, to construct with concepts like ‘multiple modernities’ or ‘pluri-contextuality of systems of functional differentiation’, ideas about modernity with a more flexible approach in recognizing and adapting to peripheral and or alternative cultures. One may argue that these theories serve the purpose and positive frameworks of world adaptation of modernity.

However, if these theories were to function the purpose of increasing the adaptability of modern structures, then they remained inclined with one basic lack of self reflection, namely, that they remained in a cultural perspective based on the exclusiveness of office and profession as separated and at the same time functionally serving spheres to household and emotions. My question was whether there could be a reversion of cultural perspective, in discussing cultural foundations of theory with which the material conditions of self-organization related to ‘house’ and emotions, to ‘Oikos’ and ‘Eros’, and to criticize the ideological foundations of theory with which the claims of their demise was erected.

In recognizing the fact that at least two thirds of the world population are not only fully excluded from modern institutions, but also - in many cases - by modern ways of ‘rational choice’ deprive themselves of the type of unrestrained rationality exercised by



them, it seems to me that a theory shift in terms of a recognition of the cultural lack of modern social theory with respect to this reality is unavoidable.

The Mediterranean, as I wanted to point out, simply does not lack the positive ingredients of Western rationality. Certainly, however, it entails a good portion of critical potentials and of cultural ingredients that are restraining its unhampered and devaluing flexibility. At the same time it includes a set of salient cultural tools of adaptation to mass contexts of social construction and self organization in the absence of modern autonomous institutions. (1)

Note

1. The author wishes to give notice to the fact that the paper published here was presented as a lecture at the Mediterranean Program of the European University Institute in Florence on 18 January 2002. I should like to thank the organisers of the program for having me invited. Some of the thoughts presented here have been developed partly in greater detail, partly into a different direction, in small a book which is published under the title *Méditerranée. Skizzen zu Mittelmeer, Islam und Theorie der Moderne*” (Berlin: Kulturverlag Kadmos, 2008). My thanks go to Benoit Challand for having kept memory of this lecture and encouraging the publication of this text, and to Marcus Otto for sharing the authorship of the beforementioned book

Literature

Aymard, M. (1990), ‘Lebensräume’, in Braudel, F., Duby, G. and Aymard, M., *Die Welt des Mittelmeeres. Zur Geschichte und Geographie kultureller Lebensformen*. Edited by Fernand Braudel and Franz. V. Markus Jakob. Frankfurt am Main: Fischer Verlag, 119-144.

Bataille, G. (1975), *Die Aufhebung der Ökonomie. Der Begriff der Verausgabung. Der verfehnte Teil. Kommunismus und Stalinismus*. München: Rogner & Bernhard.

Boas, G. (1973), ‘Preface’, in *Myth, Religion, and Mother Right. Selected Writings of J.J. Bachofen*. Translated from the German by Ralph Manheim, with a Preface by George Boas and an Introduction by Joseph Campbell. Princeton, NJ.: Princeton University Press.

Braudel, F., Duby, G. and Aymard, M. (1990), *Die Welt des Mittelmeeres. Zur Geschichte und Geographie kultureller Lebensformen*. Edited by Fernand Braudel and Franz. V. Markus Jakob. Frankfurt am Main: Fischer Verlag

Braudel, F. (1976), *The Mediterranean and the Mediterranean World in the Age of Philip II*. Translation from the French by Sian Reynolds. New York: Harper & Row.

Burckhardt, J. (n.d.), *Die Kultur der Renaissance in Italien*. Berlin: Deutsche Buchgemeinschaft. (Engl.: *The Civilization of the Renaissance in Italy*. Translation by S.G.C. Middlemore. New York and London, 1944.)



Cornford, F.M. (1992), *Before and after Socrates*. Cambridge: Cambridge University Press.

Deleuze, G. and Guattari, F. (1992), *Tausend Plateaus*. Berlin: Merve.

Eisenstadt, S. N. (1998), *Die Antinomien der Moderne. die jakobinischen Grundzüge der Moderne und des Fundamentalismus. Heterodoxien, Utopismus und Jakobinismus in der Konstitution fundamentalistischer bewegungen*. Translation by Georg Stauth. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Eisenstadt, S.N. (2000), 'Fundamentalist Movements in the Framework of Multiple Modernities', in Höfert, A. and Salvatore, A., *Between Europe and Islam. Shaping Modernity in a Transcultural Space*. Brussels: Peter Lang, 175-196.

Endress, G. (1998), 'Der Einfluß des Islam und die Einheit des mediterranen Kulturraums im Mittelalter', in Rosen, K. (ed.), *Das Mittelmeer. Die Wiege der europäischen Kultur*. Bonn: Bouvier Verlag, 270-295.

Foucault, M. (1993), 'Technologien des Selbst', in Foucault, M., Rux, M, Martin, L., Paden, W., Rothwell, K., Gutman, H. and Hutton, P., *Technologien des Selbst*. Edited by Luther H. Martin, Huck Gutman and Patrick H. Hutton. Frankfurt am Main: S. Fischer Verlag, 24-62.

Gellner, E. (1981), *Muslim Society*. Cambridge: Cambridge University Press.

Green, M. (1974), *The von Richthofen Sisters. The Triumphant and the Tragic Modes of Love*. Albuquerque: University of New Mexico Press.

Ibn Khaldun (1967), *The Muqaddimah. An Introduction to History. Translated from the Arabic by Franz Rosenthal*. 3 Vols. London: Routledge & Kegan Paul.

Lukács, G. (1974), *Soul and Form*. Translation by Anna Bostock. London: Merlin Press.

Luhmann, N. (1994), 'Inklusion und Exklusion', in Luhmann, N., *Soziologische Aufklärung*. Vol. 6. Opladen, 237-364.

Luhmann, N. (1995), 'Kausalität im Süden', *Soziale Systeme*, 1: 7-28.

Nehamas, A. (1998), *The Art of Living. Socratic reflections from Plato to Foucault*.

Said, E. (1978), *Orientalism*. London: Routledge and Kegan Paul.

Schluchter, W. (1980), *Rationalismus der Weltbeherrschung. Studien zu Max Weber*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag.



- Schluchter, W. (1987), 'Einleitung. Zwischen Welteroberung und Weltanpassung. Überlegungen zu Max Webers Sicht des frühen Islams', in Schluchter, W. (ed.), *Max Webers Sicht des Islams*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 11-124
- Schmid, W. (1994), *Die Geburt der Philosophie im Garten der Lüste. Michel Foucaults Archäologie des platonischen Eros*. Frankfurt am Main: Fischer Verlag.
- Schmitt, C. (1981[1944]), *Land und Meer*. Köln-Lövenich: Hohenheim Verlag.
- Seligman, A.B. (1992), *The Idea of Civil Society*. New York: The Free Press.
- Stauth, G. (1991), 'Revolution in Spiritless Times. An Essay on Michel Foucault's Enquiries into the Iranian Revolution', *International Sociology*, 6(3): 259-280.
- Stauth, G. (1992), 'Nietzsche, Weber, and the affirmative sociology of culture', *European Journal of Sociology*, XXXIII: 219-247.
- Tacheva, G. (2002), *Zeit und Differenz. Soziologie jenseits der Ontologie*. Bielefeld: transcript Verlag.
- Turner, B. (1994), 'Accounting for the Orient', in: Turner, B.S., *Orientalism, Postmodernism and Globalism*. London and New York: Routledge, 36-50.
- Wagner, G. (2000), 'Der Kampf der Kontexturen im Superorganismus Gesellschaft', in Merz-Benz, P.U. and Wagner, G (eds.), *Die Logik der Systeme. Zur Kritik der systemtheoretischen Soziologie Niklas Luhmanns*. Konstanz: Universitätsverlag Konstanz, 199-224.
- Wallerstein, I. (1974), *The Modern World System I*. New York: Academic Press.
- Warren, M. (1988), *Nietzsche and Political Thought*. Cambridge, Mass.: MIT-Press.
- Weber, M. (1988), *Max Weber. A Biography*. With a new introduction by Guenther Roth. Translated and edited by Harry Zorn. New Brunswick and Oxford: Transaction Books.
- Weber, M. (1949), "'Objectivity" in Social Science and Social Policy', in Weber, M., *The Methodology of the Social Sciences*. Translation by E. Shils and H. Finch. Glencoe: Prentice Hall, 50-112
- Weber, M. (1924), *Wirtschaftsgeschichte. Abriss der universalen Sozial- und Wirtschaftsgeschichte*. 2nd Edition. München and Leipzig: Duckner & Humblot.
- Weber, M. (1976), *Agrarian Sociology of Ancient Civilizations*. Translation by R.I. Frank. London and New York: Verso.



JURA GENTIUM



Weber, M. (1980), *Wirtschaft und Gesellschaft*. 8th Edition. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).

.

Feminist Activism and Reform of Muslim Personal Status Laws

A look at Egypt and Morocco

Margot Badran

I approach my subject as a historian and gender studies specialist. I am interested in the story of feminist activism aimed at reform of Muslim personal status law. I look mainly at feminist activism in Egypt, a country with the longest history of independent organized feminist activism in the Arab world stretching back to the early in the 20th century. Egypt was in the vanguard of progressive gender thinking and the site of many landmark advances in the public arena in the Arab and Muslim worlds and maintained a preeminent position for most of the 20th century.

In the area of the reform of the Muslim Personal Status Code, however, Egypt has lagged behind. Looking back from our vantage point in 2008 we see that changes in the Muslim Personal Status Code in Egypt have been paltry: an example of too little, too late. This is especially strikingly when we note the major overhaul of the Moroccan personal status, or family law, the *Mudawwana* effected in 2004. The new *Mudawwana* jettisoned the patriarchal model of the family, alleged to be the authentic Islamic model of the family, in favor of an egalitarian family model based upon the *shar'iah*. Moroccan feminists, and other reformers, had fought the battle for the reform of their family law in the latter decades of the 20th century, and in relatively short time could claim a victory in the form of a major transformation of family law. This was a victory that Egyptians could not achieve after a century of demands and activist efforts.

While I focus on the Egyptian case and evoke its feminist history, many of the same cultural, religious, political, and legal issues-similar challenges and conundrums-have been found in other Arab, Middle East, and Muslim societies, but always in specific social and political contexts.

Brief historical background

I would like to provide some historical context concerning the Egyptian experience. Modernization--social, economic, and technological transformation--during the 19th century and continuing into the 20th century, altered the ways Egyptians, men and women, and different classes, lived their lives. It was in the midst of such change in the late 19th century that women of the social and educated elite in Egypt developed a "feminist consciousness" as they saw ways they as women were held back from enjoying new experiences that modernity held out which men of their families and circumstances were free to access.

Simultaneously, a movement for Islamic reform (or Islamic modernism) was underway, spearheaded by Shaikh Muhammad 'Abduh of the prestigious Al Azhar religious establishment and university, and later Mufti of Egypt (official who dispenses religious readings called *fatwas*). 'Abduh resurrected the practice of *ijtihad*, or independent intellectual investigation of religious sources, as a tool for enabling the faithful to calibrate being Muslim and modern, that is, to find fresh inspiration for their everyday



lives in the midst of flux from a renewed understanding of Islam. Included in his calls for renewal and reform were appeals to men to follow the principles of Islam in their exercise of *talaq* (repudiation of a wife or “divorce”), *ta’adud al-zawjat* or polygamy, responsibilities to support of wives and children (*nafaqa*), etc. The issues of wife and child support have been perennial problems that feminists and the legal authorities of the state have grappled with and that decades and decades of court records confirm.

Meanwhile, secularization processes in 19th century Egypt led to the transfer of law-commercial, criminal, etc. from the jurisdiction of religion to the jurisdiction of the state; the exception was personal status law, also commonly referred to as family law, which remained under the aegis of the religious authorities. In the public or secular sphere, an egalitarian model in constructing citizenship operated with the equality of male and female citizens becoming the declared ideal. In the private or family sphere ruled by religiously inspired law, a patriarchal model of the family was sustained, upholding gender complementarity (also called equity)-not gender equality--with rights, duties, and obligations differentially distributed to women and men. The model of the patriarchal family re-enforced by the Muslim Personal Status Code has prevailed to this day. This is not to say that there have been no modifications but these changes-and they have been limited--have occurred within the framework of the patriarchal construction of the family.

Rise of feminist activism

From the rise of organized feminist activism in the early 1920s, legal reform in general was a central concern to women and especially reform of the Muslim Personal Status Code. While headway has been achieved in other areas of the law, forward movement on the Muslim Personal Status Code has been minimal, as just noted and the urgency for reform persists to this day.

In the aftermath of achieving partial independence from British colonial rule (1922) Egyptian women as feminist and nationalist activists, who had played vital roles in the national liberation movement, distributed a pamphlet called *The Demands of Egyptian Women*—“a nationalist cum feminist map for restructuring the Egyptian state and society” to members of parliament and to government officials on the occasion of the inauguration of the new, post-independence Parliament, from which they had been barred as members and even as guests at the inaugural celebration. Following (quasi) independence from colonial rule, the legal structure of state had to be recast. As women had played major roles in the struggle for national independence they also insisted upon being active participants in creating a modern, independent, democratic polity wherein all citizens were equal under the law.

The new 1923 Constitution affirmed the equality of all Egyptians irrespective of race, creed, and gender. However, many laws governing the public arena or the lives of Egyptians as citizens did not express this equality, and many even if they did, were not applied. The most glaring example of inequality expressed in statutory law that negated the Constitution as the supreme law of the land was the Electoral Law of 1924 that withheld electoral rights from women. The Egyptian Feminist Union (EFU) which had formed the year before (in 1923) had worked alongside male nationalist activists as



citizens of the newly independent Egypt as they had done in the fight for independence but in 1924 upon this exclusion from formal political rights, the EFU severed relations with male groups and began to operate fully independently of men's political parties and groups. Restricting electoral rights to men demonstrated the inequities of secular law or, to put it another way, it reflected the power of secular patriarchy.

Let me pause to define Egyptian feminism. It has been often referred to as "secular feminism" connoting a feminism that was not formulated exclusively within a religious framework but within the secular framework of the nation-state and which, like the state, accorded space for religion. It was a feminism that Muslim and Christian together as Egyptian citizens created—a feminism that reflected the Egyptian polity wherein all citizens irrespective of religion were equal. Secular feminism is a composite of three discourses: secular nationalist, Islamic modernist, and humanitarian (later called human rights). Secular feminism has prevailed as a force from the early 20th century to this day.

Alongside secular feminism, a new feminist paradigm began to emerge in the 1990s in several parts of the Muslim world, grounding an egalitarian gender discourse in new interpretation (*tafsir*) of the Qur'an as the central source of inspiration as well as in other religious texts. Muslim secular feminists who observed this new phenomenon named it "Islamic feminism."

Pioneering Egyptian feminists made demands for legal reform cutting across the public-private spectrum. They made demands for revision of secular laws governing state and society such as the electoral law, labor law, etc. and for revision of the religious or *shar'iah*-backed Muslim Personal Status Law governing individuals within the context of the family. Revising the Personal Status Code was an urgent concern of Muslim activist women as it had implications that touched the core of their everyday existence.

The feminists understood the confluence between women's lives as family members and public citizens and the tension, and contradictions between family patriarchy and the egalitarian model of the democratic state. However, secular feminists did not challenge the patriarchal paradigm of the family but operated within it, calling for reform of the patriarchal family in legal and behavior terms. It appears that the pioneering feminists believed the patriarchal or complementarian, model of the family to be Islamicly ordained. Later, a new generation of women, better equipped through advanced education to study the Qur'an and other religious texts, would come to the realization that an egalitarian model of the family reflected the fundamental principles embedded in the Qur'an.

The long feminist struggle to reform family law

If women as feminists grasped that the that the lynchpin of patriarchy in Egypt was the family and that the Muslim Personal Status Code shored up the patriarchal family, men across the spectrum from secular and religious conservatives to liberals understood this equally well and put up resistance. Feminists wanted to put curbs and limits on men's patriarchal privileges and power while men resisted any incursions upon their freedom. Feminists demanded that men-husbands and fathers fulfill their expected roles and act as the protectors of women by providing for them and their children. A measure of



men's failure to live up to their obligations as ordained under patriarchy is seen in the vast numbers of cases women have perennially filed for support in the Egyptian courts.

Feminists eager to see changes in men's performances as husbands and fathers placed their major efforts in the legal reform. They marshaled Islamic reformist arguments, in the spirit of Shaikh Muhammad 'Abduh, to argue for legal constraints to be placed upon two male prerogatives: (1) *talaq* or repudiation of a wife often referred to as "divorce" and (2) *ta'adud al-zawjat*, literally "plurality of wives" or polygamy, that were often used irresponsibly or brandished as threats (as 'Abduh himself has written drawing upon his mother's experience). According to personal testimony conveyed to me by first wave feminist informants, failure to achieve legal reform in these two areas was the greatest disappointment to pioneering feminists. The feminist demand for the extension of *hadana* or custody of children was won-and with it more responsibility for women, which men did not appear loathe to concede. There was a slight extension of women's ability to obtain a legal end to a marriage, for example, women were able to have a marriage declared null and void by a court if a husband had disappeared for a period of four years, if the husband was insane, or if he had leprosy.

The lack of significant change Muslim Personal Status Code in the 20th century, and considerable resistance to attempts to effect change, reveal that this bastion of patriarchy would not be demolished by men in power. The socialist state in the 1950s and 60s headed by President Nasser which made massive transformations dismantling the class system and integrating women of all classes more into the educational and economic sectors, and which granted suffrage to women (in 1965, three decades after feminists had first demanded it)--and which did not shrink from impinging upon the religious establishment--did not instigate any changes in the Muslim Personal Status Code. Under President Sadat, with pressure from his wife, some headway was achieved when Sadat issued a decree law in 1979 revising the Muslim Personal Status Code which included expansions of women's ability to initiate divorce, placed some controls on the practice of polygamy, and expanded entitlements to women as divorcees. After Sadat's assassination at the hands of Islamists and growing fundamentalist opposition to the law (referred to as "Jehan's Law" after President Sadat's wife and her role in pushing for it) the revised law was rescinded in 1985 (on the grounds of procedural irregularities). Only after vociferous feminist protest in the run-up to Conference at the end of the UN Decade of Women in Nairobi, where Egyptian activists were showing up in full force, did the government of Egypt, not wanting to risk adverse publicity abroad, re-instate the law but in a watered-down version.

Feminists and Islam

The story of feminist activism and ongoing quest for legal reform in Egypt entered a new phase at the end of the 20th century. The new discourse of Islamic feminism, that I alluded to earlier, appeared in different parts of the Muslim world in the form of books and articles produced by women intellectuals and scholars who were engaged in meticulous rereading of the Qur'an and other religious texts. The fruits of their work rapidly circulated via Internet as their articulations of an egalitarian Islam resonated with women and with the rising generations.



The new Islamic feminist discourse advanced a compelling articulation of gender equality and social justice as Qur'anic principles that of moral necessity must be put into practice. Patriarchal thinking and practice (with its inequalities and injustices) had intruded into Islam making it appear to be patriarchal when the religion had come to eradicate the inequalities and injustices of patriarchy. *Fiqh* or Islamic jurisprudence, consolidated by four major schools by the 10th century CE constructed a patriarchal conception of the family reflecting the mindset and social institutions and practices of the time. (Interestingly in the realm of *hudud* or criminal offenses and punishment *fiqh* displayed a more gender egalitarian model).

With the rise of political Islam in the 1970s (after the end of the Socialist state) and its spread in the 1980s, patriarchal Islamists (also called fundamentalists) tried to roll back gains that women had made on many fronts as seen in their call for the rescinding of the revised Muslim Personal Status Law of 1979 and in their insistent calls for women to retreat from the public sphere-however, they later reversed this position for strategic reasons. In 1988, a group of lawyers and other professional women issued a booklet titled *The Legal Rights of the Egyptian Woman: Theory and Practice* reminding women of rights accorded them in the Constitution and in a host of laws and protesting infractions of the law to the detriment of women. They wrote: "We have observed a retreat from the principle of equality regarding women at work ..."

Two forces characterized the final decade of the 20th century: (1) Islamic feminism was ascendant in various parts of the Muslim world, and (2) gender-conservative Islamists were bearing down on society in Egypt and elsewhere. Meanwhile, by the 1990s in Egypt a good number of women religious scholars or '*alimat*' among the ranks of the (male) *ulema* were teaching religious sciences at Al-Azhar University, including scholars who were distinguished in *fiqh*. In the early 1960s when President Nasser forced Al-Azhar to introduce secular subjects and accept women students in an attempt to make inroads into this revered Islamic institution, he unwittingly inaugurated the preparation of women religious scholars who, by the 1980s and 90s were respected authorities and professors with this premier religious institution.

Egyptian secular feminists and religious scholars collaborated in pushing for reforms pooling their respective resources in organizing and campaigning, and in advancing stringent arguments solidly grounded in *fiqh*. Some of the activists and scholars were members of the National Council of Women and as such were bridges between state and society.

After decades of demands by feminists to extend the ability of women of to initiate a divorce and that women be appointed judges, finally early in the 21st century two important gains were achieved: (1) in 2004, a law was enacted allowing *khull'*, a procedure by which a woman could request a court to initiate procedures to end her marriage through which she would relinquish any remainder of the dower promised to her at the time of marriage and all financial claims on her husband. This law modest step forward for women elicited considerable outrage on the part of society, and (2) in 2002, women became eligible to be judges with a woman was appointed as a judge to the Supreme Constitutional Court. Both actions were firmly grounded in Islamic religious sources and held to be compatible with the *shariah*.



When asked the reasons for these delayed gains and about their timing, analysts and informants explained that it was a politically auspicious moment for the state: the Islamist forces had been contained as a political threat in the wake of post 9/11 crackdowns and the state wished to send a signal of its power and resolve to the Islamists. Meanwhile, the ground had been well prepared by (secular) feminist activists who included a variety of professionals including many lawyers and by women religious scholars. The arguments against women performing as judges were threadbare and this was becoming widely understood. *Khull'* as a lawful way to end of divorce within the framework of *fiqh* could be amply demonstrated and was known to be in effect elsewhere.

In the midst of democratization-real or feigned-it is increasingly hard to sustain inequalities among citizens. The weakest points in the democratic fabric, and certainly the most highly glaring, concern gender and inequalities and injustices, as Islamic feminists and women religious scholars point out can no longer be sustained in the name of Islam.

Family law in Egypt and Morocco in the 21st century

I end with a brief comparative look at Egypt and Morocco. Two events in the push for reform of family law occurred in 2004. In Egypt the just-mentioned law allowing *khull' khull'* was enacted. In Morocco a major transformation of its family law, the *Mudawana* was effected. Both laws are grounded in the *shar'iah*, that is, particular readings of the *shar'iah*. The revised Moroccan family law is based upon an egalitarian Islam, strikingly displayed in the affirmation of the dual headship of the family by the male and female spouse. The Egyptian Personal Status Law perpetuates a patriarchal model of the family.

Why, despite the new readings of the Qur'an and other religious sources that amply demonstrate and eloquently articulate the principle of gender equality inextricable from the principle of justice, do patriarchal glosses of Islam and the legal and behavioral structures they enable still persist in most Muslim societies? Why transformational change in Morocco's family law and not in Egypt's family law?

Analysts point to political circumstances. In Morocco the revision of the *Mudawwana* appeared with the advent of the new king who was promoting massive reform. It also came in the aftermath of the Casablanca bombings at the hands of Islamic extremists and sent a strong signal to religious extremists. The King of Morocco as *Amir al-Mu'minin* (Commander of the Faithful), who is a descendant of the Prophet Muhammad, is the at once the highest religious authority and political ruler and has demonstrated his resolve to reform.

In Egypt, a republic, the political authority and the religious authority are separate entities. There is no major movement of Islamic reform underway and without this there will be no overhaul of the Muslim family law as found in Morocco.

As I conclude this presentation I would like to make a general observation. The question is not if Islam is ready but if political authorities and religious establishments are ready for implementation of the Qur'anic message of equality and justice. In the push for greater democratization, non-religious patriarchy or patriarchy masquerading as Islam



JURA GENTIUM



remains an obstacle. In the reformation of Islamic thinking and practice, non-religious patriarchy must be excised. This is what Muslim women as feminists have been trying to achieve. The breakthroughs of Islamic feminism have been monumental, enacting a shift by Muslim women as feminists, secular and Islamic feminists alike, from working within a patriarchal family model to working within an egalitarian family model. Islamic feminism has produced a discourse of full gender equality across the public/private spectrum and demands the laws and practices that enable the practice of equality and its corollary justice. Islam is a template for equality. It can no longer be used an excuse for patriarchy. The discourse of Islamic feminism articulates this well while the revised *Mudawwana* sets the example for an egalitarian *shariah*-backed family law.(1)

Note

1. Text of a presentation given at a panel discussion on family law sponsored by the United States and Egypt Friendship Society (USEF) and the American Bar Association at the ABA headquarters in Washington on January 7, 2008.

LETTURE

Crimini contro l'umanità e diritto internazionale

Pablo D. Eiroa

La sentenza del Tribunale Militare Internazionale che condannò i gerarchi nazisti alla fine della seconda guerra mondiale, sanzionò il carattere straordinario dei fatti puniti. Dal punto di vista dei giudici, si trattava non di crimini contro i cittadini di alcuni Stati, ma di crimini talmente atroci da ledere tutta l'umanità. L'atrocità di questi crimini fu definita da Hannah Arendt, facendo uso di una formula coniata molto tempo prima da Immanuel Kant, come "radical evil" (male assoluto), come qualcosa di talmente mostruoso da renderlo inconcepibile dal punto di vista giuridico (p. 3). Tuttavia, sulla base dei principi introdotti dalla sentenza del Tribunale Militare Internazionale, il diritto penale di matrice liberale, pensato ed elaborato per essere applicato a crimini ordinari, diviene lo strumento privilegiato per rispondere alle violazioni straordinarie dei diritti umani durante la seconda metà del secolo scorso ed i primi anni del 2000. Basti ricordare la creazione dei due Tribunali *ad hoc* per l'ex Jugoslavia (1993) e per il Ruanda (1994), l'approvazione (1998) e l'entrata in vigore (2002) dello Statuto di una Corte penale internazionale permanente, l'istituzione di una Corte Speciale per Sierra Leone (2000), e la serie di corti miste o ibride, le cui responsabilità sono condivise tra le Nazioni Unite e gli Stati direttamente interessati, costituite a partire dalla fine del secolo scorso, come quella ancora in funzioni in Kosovo (pp. 3-7).

Allo stesso tempo, le Nazioni Unite e le istituzioni internazionali create dai loro organi o col loro consenso, premono su tutti gli Stati perché adeguino i loro ordinamenti interni al modello del diritto penale liberale, basato sulla responsabilizzazione individuale e la punizione retributiva dei colpevoli, anche se le tradizioni giuridico-politiche e culturali delle nazioni non occidentali poggiano, in molti casi, su concezioni diverse della giustizia. Basti ricordare la trasformazione in atto del sistema tradizionale di giustizia tribale, riparativa e reintegrativa in Ruanda, noto come *gacaca*, motivata, *inter alia*, dalla volontà del governo nazionale di apparire più credibile di fronte alle Nazioni Unite e di facilitare la delega dal Tribunale Internazionale per il Ruanda al sistema di giustizia locale dei casi ancora irrisolti sul genocidio del 1994 (pp. 85-99).

Il processo e la punizione retributiva dei responsabili dei crimini in oggetto, se portati a compimento nel rispetto delle garanzie del "giusto processo" (imparzialità ed indipendenza dell'organo giudicante, garanzia del diritto di difesa, formazione della prova attraverso il contraddittorio, presunzione d'innocenza, ecc.), riflettono, nell'opinione degli ideatori dei processi e dei giudici internazionali, un sentimento di giustizia universale. E la dottrina giuridica praticamente non conosce studi che contestino una tale trasposizione di questo modello di giustizia a società con tradizioni culturali molto lontane da esso. Anzi, se ne celebra l'applicazione indiscriminata (p. 7-9).

È questo il contesto in cui si colloca l'indagine dell'ultimo lavoro di Mark Drumbl (1). Il suo libro cerca di rilevare quali sono le ragioni espone dagli strumenti di diritto positivo e dalla giurisprudenza delle corti nazionali, internazionali e miste per punire allo stesso modo i responsabili di crimini straordinari, a prescindere dalle peculiarità di ogni caso e dai valori culturali delle società direttamente interessate. In particolare, l'autore analizza i casi del Tribunale Militare Internazionale di Norimberga e del



Tribunale per l'Estremo Oriente, dei due Tribunali internazionali *ad hoc* per l'ex Jugoslavia e per il Ruanda, della Corte penale internazionale, della Corte Speciale per Sierra Leone, e degli East Timor Special Panels (cap. 3); per quanto riguarda, invece, il diritto e la giurisprudenza delle corti nazionali, Drumbl si concentra sui processi tenuti in Ruanda, nell'ex Jugoslavia e in altri paesi europei, contro gli accusati dei crimini commessi durante il genocidio ruandese e il conflitto nei Balcani degli anni Novanta, ma anche studia i processi contro i criminali nazisti celebrati in tutta Europa nella seconda metà del Novecento (cap. 4). In secondo luogo, Drumbl prova a dimostrare come e perché la pena applicata in questi casi è inefficace per raggiungere i fini rilevati come sua giustificazione e quali sono gli interessi politici sottostanti alla diffusione del diritto penale liberale come la risposta adeguata ad ogni caso di crimini di massa (capp. 5 e 6). Infine, conclude il suo lavoro elaborando proposte sui modi in cui i responsabili di questi crimini straordinari dovrebbero essere puniti e gli attuali sistemi di giustizia riformati per diventare più efficaci (capp. 7 e 8).

Per sostenere le sue tesi, Drumbl parte da un tentativo di sviluppo di una criminologia e di una vittimologia riguardanti esclusivamente i crimini internazionali straordinari (crimini di guerra, crimini contro l'umanità e genocidio, secondo la formulazione ex art. 5 dello Statuto di Roma) (cap. 2). La comunità internazionale, afferma l'autore, ha processato i responsabili di crimini internazionali straordinari senza previamente compiere un simile sforzo teorico (p. 44).

Nel terzo e quarto capitolo del suo lavoro, Drumbl compie un'analisi ampiamente documentata dei fini della pena negli strumenti di diritto positivo e nella giurisprudenza delle corti nazionali, internazionali e miste. Egli si impegna a dimostrare l'influenza uniformante delle istituzioni internazionali nei sistemi di amministrazione di giustizia nazionali e locali. E rileva come le ragioni invocate per punire, sempre in modo più consoni ai dettami del diritto penale liberale, sono la retribuzione, la prevenzione generale negativa (*deterrence*) e la prevenzione generale positiva (*expressivism*). Tuttavia, Drumbl sostiene, da una parte, che il diritto penale liberale presenta gravi difficoltà per raggiungere questi fini nei casi di crimini straordinari, mentre, d'altra parte, la trasposizione di questo modello è consumata in modo da aggravare tali difficoltà.

Successivamente, l'autore rileva le difficoltà del diritto internazionale penale per raggiungere i fini che vengono presentati come la sua giustificazione (cap. 6).

Per quanto riguarda la retribuzione, Drumbl assume che la giurisprudenza oggetto della sua analisi, nella quale questa giustificazione è prevalente, intende la retribuzione in questi termini: il responsabile deve essere punito perché merita il castigo, e la gravità del castigo deve essere proporzionale alla gravità del crimine commesso (p. 150). Drumbl individua quindi quattro caratteristiche del modello di giustizia penale prevalente a livello internazionale che ostacolano il raggiungimento di questo fine: la selettività, la severità della sanzione, la discrezionalità dei giudici nella determinazione della pena, e l'istituto del "plea bargaining" (imputazione negoziata tra il pubblico ministero e l'accusato in cambio dell'ammissione di responsabilità di quest'ultimo).

La prevenzione dei crimini attraverso la dissuasione generale causata dal timore al castigo è una tesi difficilmente sostenibile, per Drumbl, nell'ambito dei crimini straordinari. L'autore sostiene come non possa aspettarsi che gli individui prendano la



decisione razionale di non commettere atti criminali in contesti in cui prevale l'isteria collettiva, il caos sociale e la coercizione di un governo o di un gruppo di potere che li esorta alla violenza massiva. Gli autori ed i complici dei crimini appartengono al gruppo di potere promotore delle atrocità, e sono spesso convinti della necessità di commettere questi crimini per tutelare i diritti o gli interessi dei membri dello stesso gruppo. E se non prendono la decisione di commettere o agevolare la commissione dei crimini sulla base di questa convinzione, agiscono motivati dalla necessità di sopravvivere, di non essere considerati dei traditori o dei paria. D'altra parte, il diritto penale liberale non comprende nel suo raggio d'attuazione le condotte dei *bystanders* e dei soggetti esterni alle società direttamente interessate, ma queste condotte portano alla costituzione del contesto necessario per la commissione dei crimini (pp. 169-173).

La prevenzione generale positiva, sostiene Drumbl, è forse il fine più plausibile del processo penale (p. 173). In particolare, egli crede che i processi internazionali possano svolgere una funzione efficace per quanto riguarda l'affermazione del valore della legge, la stigmatizzazione degli offensori e il riconoscimento convalidante delle narrazioni delle vittime (p. 175). Tuttavia, il modello di giustizia prevalente nell'ambito internazionale presenta diversi problemi per adempiere questa funzione. In primo luogo, Drumbl sostiene come sia difficile promuovere l'affermazione di valori all'interno di una società attraverso un'istituzione non rappresentativa della società stessa. E qualcosa di simile afferma per quanto riguarda la stigmatizzazione degli offensori. L'esperienza del Tribunale di Tokyo ne rappresenta un ottimo esempio: alcuni dei condannati da questo Tribunale ricoprirono, dopo la condanna, cariche di governo in Giappone (pp. 49 e 176). D'altra parte, ponendo ancora una volta in evidenza le sue tesi sull'unicità dei crimini in oggetto, Drumbl osserva le caratteristiche del processo penale che rendono difficile considerarlo uno strumento adeguato per la ricostruzione della verità (pp. 176-180).

Nel penultimo capitolo (pp. 181-205) l'autore elabora due proposte. Esse sono finalizzate a sostituire il modello del diritto penale liberale come risposta adeguata ad ogni caso di violenza massiva. In questo senso, Drumbl considera le sue proposte come *riforme*, le quali sono rivolte a rimediare i due grandi difetti del modello di giustizia in questione: il fenomeno dell'esternalizzazione della giustizia e il deficit di democraticità, da una parte, e le difficoltà del processo penale per raggiungere i fini giustificativi della pena, dall'altra. Nell'ultimo capitolo propone i modi d'implementazione delle sue riforme all'interno delle istituzioni internazionali già esistenti.

Drumbl definisce una riforma *verticale* e l'altra *orizzontale*. La prima costituisce un nuovo modo di determinare la competenza delle istituzioni internazionali e delle nazionali o locali di fronte ai crimini in oggetto: si deve concedere la priorità a queste ultime, mentre le istituzioni internazionali dovrebbero sostituirle solo in presenza di circostanze specifiche che l'autore elenca e definisce come criteri di decisione sul punto, ipotizzando anche la loro applicazione ai casi del Ruanda e dell'Uganda (pp. 187-194). Da rilevare che Drumbl non ritiene la punizione detentiva né qualsiasi altra forma di responsabilizzazione a livello interno come condizione necessaria per evitare l'intervento sostitutivo delle istituzioni internazionali. La riforma che egli propone è *cosmopolitan pluralist*: i crimini internazionali straordinari costituiscono fatti universalmente condannabili, e quindi vanno sanzionati, ma i meccanismi di



responsabilizzazione possono variare in ogni singolo caso a seconda delle esigenze delle società direttamente interessate. La risposta da dare ai crimini in oggetto, di conseguenza, va cercata dal basso verso l'alto. Drumbl punta in questo modo a garantire non solo una maggior democraticità del processo di responsabilizzazione e il rispetto delle concezioni locali della giustizia, ma anche lo sviluppo di una criminologia e di una penologia specifica dei crimini di massa: solo sentendo le voci delle società direttamente interessate è possibile comprendere quali sono i valori della sanzione realmente condivisi da tutta l'umanità (p. 187).

La seconda riforma proposta da Drumbl comporta l'abbandono della concezione della giustizia penale come modello separato, concorrente ed escludente rispetto ad altre forme di responsabilizzazione (p. 195). Egli sostiene la necessità di ripensare un'integrazione più ampia di diversi meccanismi (riparazioni legislative, pubbliche inchieste, epurazioni, politiche commemorative, ecc.) ed istituzioni (da quelle comunali socio-legali, in particolare le indigene, alle giudiziarie e politiche nazionali e internazionali), onde superare la concentrazione di potere alla quale porta il predominio escludente del modello promosso dalle istituzioni internazionali e garantire una responsabilizzazione più ampia per i crimini commessi (pp. 194-204). In quest'ultimo senso, Drumbl sottolinea la distinzione tra colpevoli ed altri responsabili, ricordando ancora le sue tesi sulle peculiarità dei crimini di oggetto e gli studi empirici sulle opinioni delle vittime. E giustifica su questa base la necessità d'integrare diversi meccanismi di responsabilizzazione e diverse modalità di sanzione, difendendo l'opportunità di consentire l'introduzione di meccanismi non penali di responsabilizzazione collettiva nei confronti sia dei gruppi aggressori, sia di paesi o istituzioni straniere ed internazionali. Questi meccanismi potrebbero contribuire non solo a raggiungere fini riparativi, molto spesso preferiti dalle vittime anche in alternativa alla punizione retributiva dei colpevoli, ma anche preventivi. Per Drumbl, ad esempio, la minaccia di sanzioni collettive potrebbe motivare i membri del gruppo potenzialmente aggressore, in particolare i *bystanders*, a non assumere atteggiamenti favorevoli allo stabilimento delle condizioni necessarie per la commissione dei crimini. E forse le istituzioni internazionali non si sarebbero sottratte ai loro doveri di intervenire in Ruanda ed in Srebrenica per evitare i massacri. Questi meccanismi, di conseguenza, agirebbero in modo non tanto *re-attivo*, ma piuttosto *pro-attivo* (pp. 201-204).

Questa tesi, probabilmente la più "rivoluzionaria" in relazione al modello di responsabilizzazione promosso dai Tribunali internazionali, è passibile in astratto di numerose obiezioni, così come viene riconosciuto dallo stesso autore (p. 204). Ma Drumbl difende la necessità di valutare empiricamente le potenzialità e le limitazioni di una modalità di responsabilizzazione orizzontalmente ampia, e quindi si oppone ad escluderla a priori dal novero delle possibili risposte da dare ai crimini internazionali straordinari.

Come egli stesso spiega, il suo lavoro intende provocare nuove discussioni e ricerche (p. 204). A mio avviso, il rigore delle analisi, la coerenza e la singolarità delle tesi, e l'ampia documentazione sulla quale poggiano le conclusioni, consentono di credere che questo libro di Mark Drumbl è in grado di farlo.



JURA GENTIUM



Note

1. M.A. Drumbl, *Atrocity, Punishment, and International Law*, Cambridge University Press, New York, 2007.

Cercando un altro Islam: tre libri sui mussulmani che vivono intorno a noi

Nicola Fiorita

Yalla Italia rappresenta il più recente lavoro di un autore da tempo considerato tra i più noti ed acuti studiosi italiani del mondo islamico.⁽¹⁾ Tutta la produzione scientifica di Paolo Branca si caratterizza per la pacatezza dei toni e la profondità dell'analisi, costantemente refrattaria ai clamori mediatici, immune dalle facili strumentalizzazioni di ogni segno e orientata piuttosto a diffondere quella conoscenza dell'Islam senza la quale risulta impossibile elaborare risposte adeguate alle sfide della modernità. Un compito di per sé complesso che rischia di divenire titanico in un contesto attraversato, oltre che da pericolosi fondamentalisti inclini ad usare la religione per legittimare il proprio discorso politico, anche da veri e propri "professionisti dell'anti-Islam", come dimostrano gli ingenerosi attacchi che sono stati lanciati contro lo studioso milanese da parte del vicedirettore (e dai suoi immancabili epigoni) di uno dei maggiori quotidiani nazionali.

Yalla Italia risente in alcuni passaggi di questo clima (benché l'Autore si sforzi di restare fedele al suo stile sobrio e moderato), ma soprattutto paga un prezzo, in termini di profondità e complessità, al taglio fortemente divulgativo che lo caratterizza. Se certamente questo volume non rappresenta l'opera più importante di Paolo Branca, esso però si segnala per il prezioso pregio di parlar chiaro su argomenti di grandissima attualità e di offrire al lettore non solo notizie e informazioni di un certo rilievo quanto soprattutto un'utile chiave di lettura applicabile a tutte le questioni più recenti che coinvolgono l'Islam. E' una chiave di lettura che rifugge da ogni forzatura, che contesta il pervicace tentativo di costruire una intrinseca inconciliabilità tra Islam e occidente ma anche lo scivolamento verso una lettura "buonista" dell'Islam, è una meditata impostazione che non si nasconde i problemi ma neppure li ingigantisce al fine di renderli sostanzialmente irrisolvibili. Con sincerità e lucidità, Paolo Branca sciorina le tante difficoltà che connotano il rapporto tra Islam e occidente e cerca di inserirle in una visione "alta", capace di apprezzare tutti gli elementi (storici, politici, economici) che concorrono o hanno concorso a produrre l'arretratezza del mondo islamico e a definire i suoi rapporti con la modernità nei termini attuali, senza sottrarsi all'impegnativo compito di indicare soluzioni o cammini percorribili per stemperare incomprensioni e fraintendimenti.

Yalla Italia non è un libro sull'Islam italiano, o perlomeno non è solo un libro sull'Islam italiano. La prima parte del volume, infatti, si sviluppa intorno ad un'ampia riflessione sull'Islam globale, sulle sue caratteristiche e sui suoi valori fondanti. Così che, in queste battute iniziali, l'obiettivo dell'Autore sembra essere principalmente quello di ripulire il campo d'indagine dai tanti stereotipi che sono andati consolidandosi nel corso dei secoli.

Tra i numerosi profili di interesse, voglio ricordare le pagine dedicate al tema particolarmente controverso dell'applicazione e dell'interpretazione della legge religiosa. Al momento di sottoporre ad una stringente analisi critica quelle correnti di pensiero radicali che si affannano a riproporre una lettura rigida e atemporale del



Corano, Paolo Branca non sceglie la strada più scontata - quella che conduce ad opporre versetto a versetto, interpretazione a interpretazione, esempio ad esempio -, preferendo suggerire un'impostazione completamente diversa, che non accetti il terreno scelto dai conservatori e rilanci al contrario l'idea di una lettura storicizzata del Testo sacro. Solo questa via, difatti, sembra permettere al mondo orientale di procedere verso quella combinazione tra tradizione e modernità che rappresenta l'unica possibilità per tutte le società che intendano progredire senza rinunciare alla propria identità e ai propri valori. Peraltro, laddove questa impostazione fosse definitivamente recepita, molti dei problemi che oggi appesantiscono l'evoluzione di questi Paesi (dalla mancata separazione tra ordine delle cose temporali e ordine delle cose spirituali al ritardo accumulato in tema di riconoscimento dei diritti umani) sarebbero probabilmente destinati a ridimensionarsi con sorprendente rapidità.

Non mi sembra un caso, da questo punto di vista, il riferimento introdotto nel volume all'opera di Tariq Ramadan.⁽²⁾ Personaggio altamente controverso e oggetto dei più disparati giudizi, Ramadan rappresenta oggi una figura centrale dell'Islam europeo in quanto studioso che propone significative innovazioni nel tessuto giuridico tradizionale pur mantenendosi all'interno della comunità religiosa e che cerca nelle fonti sacre gli elementi che permettano all'Islam di intercettare e metabolizzare le grandi conquiste della civiltà europea. All'intellettuale svizzero, di famiglia egiziana, è dedicato interamente il volume di Nina zu Fürstenberg, che si lascia apprezzare per la scrittura fresca e per i rimandi continui alle questioni concrete ma soprattutto per il contributo di riflessione sulle dinamiche che attraversano le comunità islamiche occidentali, ovvero l'Islam che si forma e che vive intorno a noi.

Sebbene, come è ovvio, siano presenti nel territorio europeo gruppi islamici di origine, provenienza e ideologia diversa, portatori di strategie di insediamento altrettanto diversificate, non v'è dubbio che il consolidamento della loro presenza nei confini europei stia lentamente producendo delle ibridazioni significative che potrebbero produrre mutamenti decisivi nell'interpretazione dei comandi e dei divieti di origine divina e che potrebbero generare un salutare effetto-cascata nella più complessiva attuazione su scala globale del diritto islamico. In questo processo, Tariq Ramadan - per la sua storia, per il suo carisma, per la sua autorevolezza - occupa un ruolo fondamentale ed insostituibile. Nelle sue opere vi è già la configurazione di un Islam rinnovato, capace di vivere in armonia con i principi occidentali senza per questo cessare di essere una fede religiosa fondata sulla prevalenza della comunità sull'individuo, della giustizia sociale sul profitto, dell'obbedienza sulla libertà, ovvero senza rinunciare ad essere se stesso.

L'obiettivo di una piena integrazione dei mussulmani in Europa fondata sulla condivisione dei principi democratici, dei diritti umani e della laicità dello Stato, appare così (sorprendentemente) a portata di mano, ma richiede al contempo la realizzazione di un duplice sforzo. Da un lato, occorre che i mussulmani si liberino delle interpretazioni tradizionaliste del Corano, come delle letture arbitrarie della *shari'a* fornite strumentalmente dagli specialisti del sapere religioso nel corso dei secoli per legittimare regimi illiberali, e spingano per la riapertura della porta del ragionamento indipendente: il Corano presenta numerosi versetti che, ove si proceda a contestualizzarli e a depurarli dalle incrostazioni autoritarie, permetterebbero già una piena armonia tra legislazioni



europee e diritto islamico. Dall'altro lato, occorre che i sistemi giuridici occidentali, sempre secondo Ramadan, rinuncino a relegare la religione nella sfera privata e si impegnino a garantire l'assoluta eguaglianza tra tutte le confessioni religiose che agiscono nella sfera pubblica: assenza di discriminazioni interne e assenza di discriminazioni esterne permetterebbero finalmente a tutti gli individui di origine musulmana (uomini e donne, credenti e non credenti, ferventi religiosi e tiepidi fedeli, convertiti e apostati) di partecipare a pieno titolo alla vita sociale europea, contribuendo al suo progresso e introiettandone i valori essenziali.

Queste posizioni, così brevemente sintetizzate, hanno calamitato dissensi radicali e critiche feroci da tutti i versanti della cultura islamica ed europea. La vicinanza di Tariq Ramadan ai Fratelli Musulmani e la sua fiera difesa dell'Islam lo hanno fatto sospettare di doppiezza, di ipocrisia e di tendere subdolamente all'islamizzazione del territorio europeo; la sua imponente opera di riforma e di adeguamento storico del diritto islamico gli sono valse le contrapposte accuse di tradimento del mondo musulmano, di occidentalizzazione, di incompatibilità con la fede nell'Islam. In particolare, mi pare opportuno richiamare quelle tante critiche che sono state avanzate dai pensatori di origine musulmana, fermi nel denunciare i cedimenti eccessivi nei confronti dei valori europei contenuti nel pensiero di Ramadan o, all'opposto, l'insufficienza di un pensiero che continua a muoversi secondo le categorie tradizionali ostacolando di fatto il cammino verso un Islam davvero liberale. L'ampiezza di questo dibattito, colpevolmente celato dai grandi mezzi di comunicazione all'opinione pubblica europea, dimostra la vitalità dell'Islam contemporaneo e induce a ritenere che stiano maturando i tempi per un confronto globale tra le diverse anime di questa religione.

Se pure tale ricchezza di posizioni risulta agevolata dall'assenza di un potere centrale e sovraordinato capace di imbrigliare le diverse opinioni con i richiami al rispetto dell'ortodossia, l'assenza di un'autorità che possa ricondurre ad unità questa proliferazione di voci rischia di alimentare la frammentazione del mondo islamico, di permettere il rafforzamento di gruppi violenti pseudo-religiosi e di amplificare un frastuono di interpretazioni in cui i tentativi riformisti più lucidi finiscono con il confondersi ed annullarsi. L'Islam, questo Islam così incerto sul suo futuro, spinto a confrontarsi con quei principi occidentali con cui milioni di musulmani devono rapportarsi quotidianamente, combattuto tra un ritorno al passato e un'apertura ai segni dei tempi, pare sempre più necessitare di un evento che possa schiudere una via islamica alla democrazia. Oggi, il bisogno principale dell'Islam sembra proprio quello di vivere il suo Concilio Vaticano II o comunque di trovare un luogo e un momento di discussione libera tra tutte le sue componenti che generi una grande stagione di innovazione condivisa e partecipata.

Sin dal titolo del libro si intuisce come l'Autrice non nasconda le proprie idee e le proprie simpatie, intendendo al contrario schierarsi apertamente in difesa di Ramadan e impegnandosi a sottoporre ad un attento vaglio critico le tesi dei suoi principali detrattori. Non interessa, in questa sede, dilungarsi sulla vita di Ramadan e neppure pronunciarsi sulle polemiche che continuano ad investire l'attività, ma certo si può convenire con Nina zu Fürstenberg quando si tratta di valutare il valore del pensiero di Ramadan e le ricadute che esso può produrre. A questo prolifico Autore si devono teorie, come quella che configura l'Europa quale dimora della testimonianza dei



mussulmani e quindi terra di pace, e prese di posizione, come quella sulla moratoria delle pene corporali, che aprono scenari inediti e che modificano in profondità il dibattito interno al sapere giuridico-religioso dell'Islam. Ragioni che mi appaiono più che sufficienti per continuare a seguire con attenzione il lavoro di Ramadan e per impegnarsi ad evitare che la sua voce venga, più o meno esplicitamente, tacitata.

Altra voce che merita un attento ascolto è quella di Yahya Pallavicini, *imam* della moschea al-Wahid di Milano ed indiscusso leader di una delle prime organizzazioni (la Co.re.Is) islamiche sorte in Italia.⁽³⁾ Il suo volume è principalmente diretto, per l'appunto, a far conoscere ad un pubblico più vasto della ristretta cerchia di specialisti l'esistenza di un Islam italiano moderato (diffuso sull'intero territorio nazionale anche se certamente minoritario), illustrando l'azione dialogante e ragionevole della comunità, la sua presenza in alcuni organismi statali come la Consulta istituita presso il Ministero dell'Interno e l'operato dei suoi principali esponenti. Sullo sfondo si intravedono i piccoli passi compiuti dall'Islam italiano verso la costruzione di un pensiero autonomo e di un ceto dirigente autoctono ma emergono anche con chiarezza le linee di frattura tra le sue componenti, non sempre disposte a convergere verso l'unità e non sempre aperte al confronto sereno.

E' facilmente percepibile, nel lavoro di Pallavicini, il peso esercitato dall'essere una delle parti in causa, ovvero il rappresentante di quella comunità maggiormente indirizzata a muoversi con prudenza, sostanzialmente disposta a condividere il destino delle restanti minoranze religiose che operano in Italia, e perciò orientata a conformarsi alle leggi generali limitandosi a chiedere di potere accedere ai privilegi riconosciuti a tutte le altre confessioni. L'eco del confronto aspro tra le molteplici anime dell'Islam italiano giunge ben riconoscibile nelle pieghe di questo volume, al cui Autore capita più volte di attardarsi nella confutazione delle posizioni assunte dall'UCOOI, nella valorizzazione delle differenti strategie che orientano le singole comunità nei loro rapporti con lo Stato e nella sottolineatura delle distanze che le separano in ordine a questioni cruciali, come il velo islamico, la qualifica del venerdì quale giorno di riposo, la formazione e la selezione degli *imam* italiani. Ma ancor più netta, direi anzi assoluta ed intransigente, è la chiusura nei confronti delle posizioni teoriche cui si rifanno i mussulmani integralisti, chiaramente percepiti da Pallavicini non come "islamici che sbagliano" ma come veri e propri nemici dell'Islam e dei suoi fedeli.

Un atteggiamento che ritroviamo in forma ancora più nitida nella sezione del volume che ospita le voci dei singoli *imam* che aderiscono alla Co.re.Is, che sono per l'appunto voci di contrasti e recriminazioni, stanze di vita quotidiana che restituiscono il senso della fatica e delle difficoltà in cui si muovono gli islamici moderati che vivono in Italia, costretti a zig-zagare tra la negazione delle loro irrinunciabili esigenze religiose posta in essere da amministrazioni locali islamofobiche ed i disegni egemonici di organizzazioni islamiche più organizzate o più ricche che propugnano una lettura tradizionalista delle fonti sacre o comunque un Islam più politico che religioso. E' proprio questo contesto che spinge gli islamici moderati a guardare con fiducia finanche eccessiva a quegli organi statali che danno loro rappresentanza e visibilità, agevolando di fatto la difesa delle loro autonomie e permettendo di mantenere vivo l'esempio di un Islam spirituale e ragionevole che sarebbe altrimenti destinato ad un'inevitabile marginalizzazione.



Più equilibrata, dunque, finisce con il risultare la descrizione dell'Islam italiano su cui ruota la parte conclusiva di *Yalla Italia*, cui è ora di tornare a guardare. Nemmeno in questa seconda sezione del libro mancano i riferimenti alle delicate controversie che vedono coinvolti i mussulmani che vivono in Italia - dalla nota vicenda della scuola islamica di viale Jenner a Milano ai tanti chiaroscuri che accompagnano la nascita e la vita delle moschee -, ma anche in questa occasione l'interesse principale del volume risiede non tanto nei particolari quanto piuttosto nel quadro complessivo che va delineandosi pagina dopo pagina. Come Yahya Pallavicini, ma senza farsi trasportare dall'onda lunga delle polemiche e senza farsi sviare dalle urgenze della propaganda, Paolo Branca ci racconta in fondo l'altro Islam, quello che resta schiacciato tra la propaganda *jihadista* e la retorica identitaria cui si dedicano intellettuali e politici folgorati sulla strada che conduce verso lo scontro di civiltà. Uno scontro che, a ben vedere, non c'è, non si consuma nelle nostre città nonostante l'impegno di tanti nel costruirlo. Quello in corso, scrive Branca (p. 17), è al contrario un processo di meticcio in cui ciascuno potrebbe offrire e prendere qualcosa, se non fosse che tutti pagano (paghiamo) il prezzo della propria impreparazione rispetto a trasformazioni sociali così rapide e profonde.

Ma se, come anche a me pare, tali processi sono allo stesso tempo inarrestabili ed irreversibili, allora non resta altra strada che quella di cercare di governarli nel miglior modo possibile, di rimboccarsi le maniche e darsi da fare. Consapevolezza che, per coloro i quali di professione producono e divulgano sapere, significa principalmente scrivere libri, o anche piccole e modeste recensioni.

Note

1. P. Branca, *Yalla Italia*, Edizioni lavoro, Roma, 2007.
2. N. Fürstenberg, *Chi ha paura di Tariq Ramadan?*, I libri di Reset, Marsilio, Venezia, 2007.
3. Y. Pallavicini, *Dentro la moschea*, Rizzoli, Milano, 2007.

Europa di confine

Alessandro Simoncini

Nel suo recente *Welcome to Schengenland. Per un'analisi critica dei nuovi confine europei* (1) William Walters ha mostrato come nel dispositivo confinario allestito nello spazio dell'Europa di Schengen si sovrappongano vecchie e nuove strategie di controllo governamentale la cui razionalità programmatica è finalizzata ad uno scopo comune: quello biopolitico di regolare produttivamente la presenza della popolazione migrante all'interno dello spazio politico europeo secondo una duplice direttrice. In primo luogo, con un sapiente lavoro di setaccio, si tratta di limitare al minimo gli elementi eccedenti, e cioè quelle che Zygmunt Bauman ha chiamato le "vite di scarto" che abitano le nostre città; al contempo, praticando l'antica arte dell'imbrigliamento, occorre mettere al lavoro il desiderio di emancipazione che aveva inizialmente spinto i migranti a partire. Il loro desiderio di libertà, convertito in forza-lavoro, dovrà essere funzionalizzato al potenziamento dell'economia di un'Unione Europea intesa come area nevralgica dell'economia globale.

Richiamando l'analisi di Walters, anche Enrica Rigo nei suoi recenti lavori (2) concepisce i nuovi confini d'Europa come un complesso dispositivo di potere-sapere attivato sul territorio europeo con il fine di supportare e legittimare un determinato ordine gerarchico. Con un'ottica particolarmente attenta agli aspetti giuridici, alla mobilità agita dai migranti e alle nuove modulazioni pratiche e teoriche della cittadinanza e della governamentalità, Rigo indaga la funzione produttiva del confine. Innanzitutto evidenzia come i processi di deterritorializzazione dei confini europei incrinino l'unità tra legge e sovranità che ha contraddistinto l'intera vicenda del moderno stato-nazione: ora le modalità del potere sovrano si riconfigurano assegnando un ruolo parzialmente inedito ad attori sia pubblici che privati. Come tutti i dispositivi confinari, i nuovi confini d'Europa determinano l'assetto immediato dei rapporti sociali, stabilendo una forte asimmetria tra chi abita lo spazio-Schengen e chi ne sta al di fuori. Proprio per questo, per Rigo, è importante mostrare come i confini costituiscano il punto di fragilità delle ambizioni universalistiche che la nuova Europa, continuando a prospettare un modello di appartenenza fondato sui diritti universali, eredita in forme diverse dallo Stato moderno. A ben vedere, infatti, l'esito più o meno universalistico di quella che Zygmunt Bauman ha recentemente definito l'"avventura europea" (3) dipenderà anche dalla partita che si gioca sui confini: il modo in cui verrà edificato il dispositivo confinario sarà infatti decisivo per stabilire il discrimine tra chi godrà dei diritti di cittadinanza e chi, pur risiedendo sul territorio europeo, ne resterà escluso.

In *Europa di confine. Trasformazioni della cittadinanza nell'Unione allargata* (4), Rigo si propone di investigare le dinamiche trasformazioni dello spazio politico europeo a partire dalla dialettica tra l'estensione del composito ordinamento giuridico comunitario - fondamentale per l'indirizzo che concretamente assumono le legislazioni e le giurisprudenze nazionali - e la persistenza degli ordinamenti nazionali, il cui superamento non è affatto all'ordine del giorno - con buona pace delle retoriche sulla fine dello stato-nazione. A partire dalle metamorfosi del diritto - là dove questo si rivela importante per la trasformazione dei rapporti sociali e delle gerarchie - e del suo ruolo nelle politiche europee di controllo dell'immigrazione, Rigo indaga le dinamiche aperte



del processo europeo di costituzionalizzazione materiale dell'Europa attualmente in corso. Rendendo conto di come il recente allargamento dell'Ue incida sulla sua *Verfassung*, l'autrice cerca di descrivere le vesti nuove della cittadinanza europea, intesa come un dispositivo di inclusione/esclusione che porta in sé la cifra degli effetti prodotti dal funzionamento dei confini esterni di "Schengenland". Rigo ricorda che quello della cittadinanza è un dispositivo oltremodo complesso, niente affatto modellato sul solo schema della cittadinanza nazionale. A tale proposito, citando gli importanti lavori di Rainer Bauböck, sottolinea che, anche se per il Trattato di Maastricht è cittadino dell'Unione solo chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro, la cittadinanza europea mostra di possedere una capacità inclusiva che può parzialmente prescindere dall'appartenenza nazionale. Alcuni diritti, infatti, sono fruiti anche da chi non è formalmente cittadino: sia pure in modo limitato, i migranti regolarmente residenti possono, ad esempio, circolare all'interno dello spazio Schengen e per i cittadini dei paesi terzi residenti da lungo in uno dei paesi membri è stato recentemente esteso il diritto a stabilirsi in un diverso paese dell'Unione.

L'analisi dell'allargamento permette a Rigo di mettere a fuoco la complessità del processo di costituzionalizzazione materiale dell'Europa, in cui l'elemento sovranazionale e quelli statuali giocano un ruolo complementare. In altri termini l'autrice mostra come l'Europa che viene, espandendosi territorialmente, continui significativamente a comprendere e a portare con sé i confini degli Stati. L'allargamento, infatti, non ha solo ridefinito le frontiere esterne, ma ha anche rafforzato i confini nazionali proprio in virtù delle riforme delle singole legislazioni in materia di immigrazione, ridefinendo completamente, ad esempio, il regime dei visti. Per il nuovo regime normativo, infatti, i cittadini dei paesi terzi devono possedere un visto non solo per entrare nell'area dell'Ue, ma anche per varcare il confine dei paesi candidati. Ne è seguita una chiusura dei confini a cui molti dei paesi interessati hanno reagito con l'adozione delle cosiddette "leggi di *status*". Su base sostanzialmente etnica, queste garantiscono alle proprie minoranze residenti in paesi stranieri uno *status* di semi-cittadinanza nei paesi d'origine. E' quanto accade, ad esempio, agli ungheresi di Romania o Ucraina, per i quali era divenuto molto difficile muoversi tra le nuove frontiere. Pur non essendo direttamente riconducibili al diritto comunitario, secondo Rigo le leggi di *status* sono leggi europee poiché, pur dimostrando che i processi di europeizzazione non prevedono necessariamente un indebolimento di quelli che edificano le nazioni, "«reagiscono» ai meccanismi di governo della circolazione dello spazio europeo" (p. 94).

Rigo sottolinea anche che quello dell'Europa non è uno spazio meramente territoriale e che la sua comunità giuridica non è rigidamente riterritorializzata da criteri super-nazionali: lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia europeo, istituito con il Trattato di Amsterdam del 1999 (con il quale peraltro gli accordi intergovernativi di Schengen hanno acquisito il titolo di legge comunitaria), non equivale alla semplice somma dei territori nazionali. L'autrice lo definisce "uno spazio di circolazione e circolato" che prende forma attraverso la comunitarizzazione delle politiche migratorie e la creazione di un diritto comune per chi vi entra dal suo esterno. La sua efficacia politica dipende sì parzialmente da quella degli Stati membri, che continuano ad esempio a fissare le quote d'ingresso per i lavoratori stranieri, ma anche e soprattutto dal modo in cui un esercizio del potere sovrano condiviso tra attori diversi posiziona la spazialità europea rispetto a



quella che lo circonda. Citando la *ratio* programmatica del Consiglio Europeo di Siviglia del 2002, in cui si enfatizza il ruolo delle migrazioni tra Sud e Sud, Rigo osserva che uno degli obiettivi principali di questo spazio di circolazione è quello di gestire la mobilità del lavoro migrante nei paesi, e *tra* i paesi, in cui l'Unione europea ha gli interessi più significativi, soprattutto quelli confinanti. A tal fine viene costituito un dispositivo di spazi di circolazione gerarchizzati che permette ai paesi centrali di governare dinamicamente i flussi migratori. Non si tratta di bloccare o reprimere i movimenti dei migranti ma, al contrario - poiché lo spazio governato dall'Europa è lo stesso che i migranti definiscono con i loro attraversamenti -, di modellare lo spazio politico e giuridico europeo proprio a partire dalla loro esistenza e dalla libertà che puntualmente agiscono attraversando i confini: con Michel Foucault, Rigo sostiene la tesi secondo la quale il potere si esercita governando *produttivamente* la libertà. Il potere del confine, cioè, è innanzitutto la produttiva capacità di dirigere e funzionalizzare la mobilità e le condotte dei viventi.

Per visualizzare i lineamenti fondamentali dell'intero processo, Rigo ne indaga alcune fasi a partire dall'ingresso di dieci nuovi paesi nell'area dell'Ue avvenuto nel 2004 e sceglie di analizzare i casi di Polonia e Romania, nonché quello della Bulgaria, il cui ingresso nell'Unione risale al 2007 ed è successivo al suo studio. La scelta degli esempi dipende dalla loro capacità di mostrare come i confini d'Europa si spingano, anche geopoliticamente, oltre la loro demarcazione territoriale convenzionale. Ma quei casi permettono anche di esemplificare la dialettica tra il livello giuridico comunitario e quello nazionale e di visualizzare al meglio il processo di diffusione ed esportazione dei confini europei. Entrando a far parte dello spazio securitario europeo, quei paesi hanno recepito l'*acquis* Schengen nelle loro legislazioni in materia di controllo della mobilità migratoria, riproducendo così la logica escludente dei confini d'Europa entro i propri ordinamenti nazionali, come già gli altri stati membri avevano fatto in precedenza. Hanno infatti dovuto armonizzare l'autorizzazione all'ingresso, al soggiorno e al lavoro e introdurre un regime amministrativo per espulsioni, rimpatri e detenzione. Del resto, il recepimento dell'*acquis* Schengen è solo l'ultimo passo di un ben più lungo processo attraverso cui, sin dagli accordi di Schengen e Dublino, gli Stati di confine sono stati attivamente integrati al nuovo concetto di "frontiere comuni". In cambio di un più favorevole regime dei visti per i propri cittadini, quei paesi sono stati da subito forzati a limitare il transito dei migranti sui propri territori, a riammettere quelli respinti dagli Stati membri e a farsi carico, come "paesi terzi sicuri", di gran parte dei rifugiati e richiedenti asilo che cercavano di penetrare all'interno dell'area Schengen.

L' europeizzazione delle politiche migratorie di questi paesi, ma anche di quelli della sponda sud del Mediterraneo, coincide insomma con un grande processo di esternalizzazione dei dispositivi di governo delle migrazioni e, in ultima analisi, con una forte spinta alla deterritorializzazione dei confini d'Europa. I confini si fanno mobili e vengono deputati alla messa in forma e alla difesa del nuovo ordine europeo, spesso in nome di una sicurezza nazionale e comunitaria che, a seconda dei bisogni del sistema, apre e chiude spazi al diritto di libera circolazione. E lo fa secondo la logica reticolare e coordinata di Schengen, per cui i concetti di "ordine pubblico" e di "sicurezza" attivati da alcuni stati membri vengono progressivamente trasferiti in ciascuno degli altri: anche in Polonia, Romania e Bulgaria - per tornare ai casi di studio presentati nel volume -, che nelle loro legislazioni nazionali hanno recepito la nozione comunitaria di "stranieri



indesiderati”, vero e proprio *negativo* su cui viene misurata la positività di ogni nuovo ordine interno. Per Rigo questo è un nitido esempio di come quello europeo non sia uno spazio giuridico semplicemente post-nazionale: pur sottraendo “i confini dell’appartenenza europea [...] all’ambito geografico che perimetra gli stati membri”, deterritorializzandoli, esso infatti “si presenta come il precipitato dei diversi livelli nazionali” (*ivi*, p. 129). In altri termini, negli anni ‘90, con il principio dei paesi terzi sicuri, gli accordi di riammissione, i rimpatri in massa di irregolari e asilanti, la polizia a distanza del sistema dei visti, il principio della condizionalità migratoria (sulla base del quale vengono riservate quote di ingressi legali ai paesi che collaborano nella lotta alle migrazioni “clandestine” e al rimpatrio dei migranti in transito) si è avuto un irrigidimento delle politiche migratorie europee. Questo si è presto diffuso a domino nei paesi dell’Europa centro-orientale e in quelli con essi confinanti, che sono entrati a far parte di una zona cuscinetto sorta principalmente per respingere richiedenti asilo e migranti in transito. Si è così costituito un dispositivo transnazionale a cerchi concentrici per l’espulsione degli stranieri: un dispositivo che ha come terminali intermedi i paesi dell’Europa centro-orientale e che produce vincoli per paesi collocati ben aldilà dei confini ufficiali dell’Ue. Simili dinamiche mostrano come il confine non sia più un semplice *limes* ma diventi il *luogo* di una sovranità condivisa, in virtù della quale la capacità di gestione e regolazione della circolazione viene fortemente accresciuta. E se è vero che sono i migranti ad attivare il dispositivo confinario con la rivendicazione e la pratica del diritto alla mobilità - una mobilità materialmente agita -, lo è anche che il confine permette il successivo recupero di quella stessa istanza soggettiva di mobilità: “i confini consentono una «messa a valore» della mobilità delle persone” (p. 139).

E’ ciò che appare chiaramente se si analizza quella che Rigo definisce la “funzione di differenziazione” svolta dai confini interni dell’Europa, entro i quali prende forma una gestione sempre più amministrativa delle posizioni giuridiche degli stranieri, a discapito delle garanzie offerte dal diritto penale e dal controllo giurisdizionale delle procedure. I migranti, così, rivestono uno *status* differenziato rispetto a quello dei locali. Analizzando le legislazioni polacche, rumene e bulgare, Rigo mostra come la logica giuridica che si sta espandendo a macchia d’olio nello spazio dell’Ue sia quella che sottopone chi trasgredisce le norme sui confini alla detenzione amministrativa e all’espulsione. Siamo di fronte ad un’estensione progressiva dell’uso della tipica sanzione applicata ai non-cittadini: il bando dall’ordine sociale e il marchio della non appartenenza differenziano ormai costituzionalmente i migranti dagli europei. Per Rigo, infatti, in questo modo ciò che viene punito non è una trasgressione della legge, ma il fatto di essere fuori posto rispetto all’ordine giuridico. E in questo senso, il confine europeo fa davvero la differenza. Una differenza che si dà a vedere anche nella condizione di transitorietà indefinita nella quale, con modalità diverse, si trova a vivere ogni migrante. L’attesa per l’autorizzazione all’ingresso nel paese ospite; il tempo necessario per ottenere la residenza; il margine necessario per la successiva naturalizzazione; le persistenti norme che limitano i diritti di cittadinanza di chi proviene dai paesi candidati: sono tutte regole che parlano di come i confini continuino a limitare anche temporalmente l’accesso alla cittadinanza europea, imponendo ai migranti di viverla come una meta da raggiungere solo dopo una fase transitoria dalla durata spesso indefinibile. In altri termini, anche temporalmente, sono le biografie di



donne e uomini dalla mobilità limitata a portare con sé i confini nel cuore dell'Europa. E ciò perché le vite dei migranti vengono marcate da confini temporali e tempi di attesa che definiscono il loro *status* giuridico secondo una transitorietà che tende a non terminare.

Anche questo però avviene secondo una logica da “sala di attesa” che differenzia diacronicamente le posizioni dei singoli gruppi di migranti. Rigo sottolinea infatti che, in seguito ai vincoli che continuano a limitare la loro libertà di circolare nell'Ue per motivi di lavoro, i cittadini dei nuovi paesi membri possono essere considerati semi-cittadini. Ma osserva anche che i membri dei paesi candidati all'allargamento hanno già qualche privilegio in più dei cittadini di paesi non europei. Con le cosiddette leggi di *status*, poi, è stato attivato un altro, seppur labile, livello dell'appartenenza europea. L'attivazione dei confini europei all'interno dell'area dell'Ue dà insomma forma ad un dispositivo che assegna “a ogni *status* differenziato dell'appartenenza europea [...] una posizione in un ordine gerarchico di relazioni” (p. 153). È in questo senso che, sulla scia delle importanti analisi di Etienne Balibar, Rigo può affermare che la costruzione e il funzionamento dei confini d'Europa non sono esclusivamente relative ai suoi margini ma riguardano la ridefinizione della sua prassi di governo. Diventa allora chiaro come il confine, colto nei processi che segnano la sua progressiva deterritorializzazione, debba essere considerato un dispositivo centrale della nuova governamentalità europea. Il confine è quella macchina inclusiva e differenziante, oltre che escludente e discriminatoria, tramite cui i limiti esterni della cittadinanza vengono piegati ed iscritti all'interno dei territori, dove prende forma il *partage* tra cittadini e sudditi.

La figura e la vita dei migranti, però, non sono riducibili a una simile oggettivazione, prodotta da quella che nella sua bella prefazione al volume Etienne Balibar definisce una “macchina di differenziazione”. Come si è detto, infatti, per Rigo i migranti sono parte integrante del processo di edificazione dei nuovi confini europei: non sono collocabili al suo esterno, ne rappresentano invece la critica vivente. Nell'Europa postcoloniale il ruolo dei migranti nella definizione della cittadinanza è perciò centrale. Oltre a mantenere viva la memoria del dominio europeo, infatti, contestano quelle sue nuove forme che proprio i confini tendono a naturalizzare sancendo l'inclusione differenziale dei migranti - il loro “posto” - nell'ordine politico, giuridico e simbolico dell'Europa. Quel “posto” viene rimesso in discussione proprio dal gesto di attraversamento continuo dei confini che, con l'esercizio della libertà di movimento - una libertà tutta europea -, manifesta le implicite dinamiche di potere connesse al modo di produzione del nuovo ordine europeo. Di quel *nomos* il gesto di chi migra rifiuta implicitamente le norme, esibendo al contempo la richiesta di “giocare secondo quelle stesse regole *di diritto*” - scrive Rigo - che sanciscono il *limes* della cittadinanza europea.

A maggior ragione ciò vale per i cosiddetti clandestini, che l'autrice definisce con felice paradosso “cittadini illegali”. Anche se sono oggettivati attraverso un sapiente processo di clandestinizzazione all'interno del mercato del lavoro europeo come lavoratori inclusi di fatto, ma sempre passibili di espulsione qualora cessi la loro funzionalità sistemica, essi esercitano infatti una libertà di movimento che rappresenta una critica materiale delle norme che demarcano sia gli spazi sociali dei nazionali e degli stranieri, sia gli assetti giuridici ordinari della cittadinanza europea in costruzione. Quello che con la



loro semplice presenza i migranti, regolari o clandestini che siano, mettono in discussione è un “monopolio performativo della cittadinanza [che] ha, come suo corollario, l'*esclusione* dei non cittadini” (p. 70-71). La logica di quel monopolio vuole che gli elementi disfunzionali siano eliminati dal diritto che - come Rigo sostiene sulla scia del Luhmann de *I diritti fondamentali come istituzione* - si impone qui come norma preposta a stabilire confini e ad escludere l'eccedenza.

I “cittadini illegali”, allora, danno forma empirica e concreta ad un'evidenza giuridica sistematicamente misconosciuta: nessun uomo è illegale, nemmeno quando diviene irrilevante per i dispositivi di potere-sapere. E' un'evidenza che sta al cuore delle campagne di rivendicazione dei diritti che negli ultimi decenni hanno interessato lo spazio politico europeo dando forma di mobilitazione a quell'esercizio illegittimo della cittadinanza in nome del quale vengono sottoposte a critica sia le norme sull'ingresso nel territorio comunitario, sia la discriminazione politica e giuridica tra i cittadini e i migranti. Poiché con la loro presenza evidenziano la valenza discriminatoria del confine, e poiché varcandolo si fanno largo entro lo spazio europeo, i migranti non si limitano ad una contestazione reattiva dei confini, ma richiedono di rinegoziarli: letteralmente li superano, trasgredendone il tracciato e modificando le regole del gioco. Proprio perché “illegali” - scrive Rigo -, i migranti sono “cittadini dell'Europa che ne contestano le regole: le regole e le gerarchie degli spazi di circolazione” (p. 216). Infatti essi accampano la pretesa di condividere lo spazio politico europeo rivendicando la titolarità dell'esercizio del diritto di avere diritti, richiedendo implicitamente - e talvolta esplicitamente - la modificazione in senso progressivo della macchina giuridica, rimettendo così in discussione ogni sua successiva chiusura riterritorializzante.

Ad essere in gioco nella prassi reiterata della cosiddetta clandestinità è dunque il modo in cui le istituzioni comunitarie, gli stati ed altri soggetti pubblici e privati stanno riconfigurando i confini e la cittadinanza in Europa. Quest'ultima non è affatto già data. Al contrario si configura come una posta in gioco, un dispositivo *in fieri* che è al contempo un terreno su cui agire la critica e la domanda di riconoscimento. La sua costituzionalizzazione è in corso e prende forma in un processo ovviamente determinato dai reali rapporti di forza. Ma, in ogni caso, gli abiti nuovi della cittadinanza europea dipenderanno anche dai movimenti dal basso dei migranti e dei cittadini illegali.

Note

1. In S. Mezzadra (a cura di), *I confini della libertà. Per un'analisi politica delle migrazioni contemporanee*, Deriveapprodi, Roma, 2004, pp. 51-80.

2. Per esempio in *Ai confini dell'Europa. Cittadinanze post-coloniali nella nuova Europa allargata*, in S. Mezzadra (a cura di), *I confini della libertà. Per un'analisi politica delle migrazioni contemporanee*, Deriveapprodi, Roma, 2004.

3. *L'Europa è un'avventura*, Laterza, Roma-Bari, 2006.

4. Meltemi, Roma, 2007.