

FEDERICO OLIVERI

Abdelmalek Sayad interprete di Hans Kelsen: elementi per una teoria critica del diritto delle persone straniere

Abstract: This article undertakes an in-depth analysis of a surprising and largely overlooked intellectual gesture: the tribute paid by the sociologist Abdelmalek Sayad to the legal philosopher Hans Kelsen in one of his final essays on the “double penalty” (*doube peine*) affecting immigrants. In praising Kelsen for having rebelled against the “State thought” (*pensée d’État*), Sayad suggests an unexpected theoretical convergence between the two, whose backgrounds and disciplinary trajectories could not appear more disparate. This article argues that the profound value of this convergence lies in its contribution to the foundations of a Critical Immigration Legal Theory. To develop this thesis, the essay proceeds as follows. First, it juxtaposes the biographical and intellectual profiles of Kelsen and Sayad to illuminate the stakes of their unlikely alliance. Second, it reconstructs the essential elements of Sayad’s critique of “State thought,” drawing also on his intellectual relationship with Pierre Bourdieu. Third, it clarifies the specific critical instance Sayad identified in Kelsen’s epistemological framework—namely, his pure theory of law—as an instrument for liberating legal science from the categories imposed by the State. Fourth, it demonstrates a substantive convergence between Sayad’s sociological critique and Kelsen’s philosophical dismantling of the traditional doctrinal triad of “people,” “territory,” and “sovereignty” within the theory of the Nation-state. Finally, it underscores the strategic importance of a Critical Immigration Legal Theory, one capable of synthesizing Kelsen’s normative rigor with Sayad’s ethnographic analyses of legal practices and discourses. In an era where state violence and the violence of borders proclaim their victory, calling peace a pile of corpses and rubble, this project is more urgent than ever.

Keywords: Critical Legal Theory, Critical Migration Theory, State thought, Sayad, Kelsen

1. Il valore di un elogio sorprendente

Abdelmalek Sayad è sempre parsimonioso nei riferimenti bibliografici. Anche per questa ragione, i suoi rari richiami ad altri autori meritano un’attenzione particolare. In queste pagine mi propongo di analizzare l’elogio che lo studioso, in uno

dei suoi ultimi scritti¹, ha indirizzato al filosofo del diritto Hans Kelsen per essersi ribellato al “pensiero di Stato”.

Il riferimento di Sayad a Kelsen è per molti aspetti sorprendente, ma anche profondamente istruttivo per chi voglia sviluppare una *teoria critica del diritto delle persone straniere*, che contesti la legittimità del peculiare regime giuridico cui sottosta chi non ha la cittadinanza dello Stato o non è ammesso a pieno titolo nella comunità nazionale². Ritengo questo tema, oggi, assolutamente decisivo: al culmine di una fase aperta dalle crisi degli anni ‘70 e dalla ristrutturazione neo-liberale del capitalismo, in cui la costruzione dell’*immigrazione come problema di sicurezza* ha giustificato la progressiva instaurazione di uno *stato d'emergenza permanente*, riflettere sul *diritto speciale* cui sono sottoposte le persone razzializzate significa riflettere sulla crisi del costituzionalismo democratico, sulle sue cause e sulle sue possibili vie d'uscita³.

Il modo estremamente acuto con cui Sayad inserisce Kelsen nel quadro della sua critica al pensiero di Stato conferma, qualora ce ne fosse bisogno, lo spessore teorico-politico delle sue ricerche e consente di esplorarne il potenziale anche in senso teorico-giuridico. In questa prospettiva, dopo aver messo a confronto i

1. Il saggio, dedicato alla “doppia pena” cui sono soggette le persone in migrazione per effetto del “pensiero di Stato”, è stato pubblicato più volte in forme lievemente diverse: dopo che in Sayad [1996], il testo si ritrova in Sayad [1998, 1999a e 1999b]. La traduzione italiana del saggio è stata pubblicata nel 1996 col titolo *La doppia pena del migrante. Riflessioni sul “pensiero di Stato”* sulla rivista *aut aut*, 275, pp. 8-16. In questo articolo le citazioni sono tratte dall’edizione francese del 1998, contenente una nota su Kelsen assente nelle altre versioni, e le traduzioni sono mie.

2. Nonostante l’esistenza di numerosi studi riconducibili ai *Critical Border Studies* e ai *Critical Migration Studies*, lo statuto di una *teoria critica del diritto delle persone straniere* è ancora in via di definizione. Tra i tentativi di riflettere sul tema in Italia, si vedano Rigo [2018] e Mancini [2019]. Sul ruolo delle norme giuridiche e degli operatori del diritto nella costruzione del soggetto straniero e razzializzato, si vedano almeno Gjergji [2010] e Santoro [2021] e, per una prospettiva di genere, Rigo [2022]. Sull’importanza di assumere il punto di vista delle soggettività migranti in lotta ai “confini della cittadinanza”, mi permetto di rimandare a Oliveri [2015].

3. Per una più ampia disamina della tensione tra il diritto degli stranieri e i principi del costituzionalismo democratico, con particolare attenzione alle politiche di emergenza nella gestione dei flussi migratori e al ruolo delle norme e delle pratiche giuridiche nei processi di razzializzazione, mi permetto di rimandare a Oliveri [2020a, 2020b, 2021].

profili biografici e intellettuali dei due studiosi, mi propongo di: ricostruire gli elementi fondamentali della critica di Sayad al “pensiero di Stato”, anche in riferimento a Pierre Bourdieu; chiarire l’istanza critica che Sayad attribuisce all’impianto epistemologico di Kelsen, che gli ha consentito di liberarsi dal “pensiero di Stato”; illustrare la convergenza tra le critiche di Sayad al “pensiero di Stato” e le critiche di Kelsen alle nozioni di “popolo”, “territorio” e “sovranità”, elementi della tradizionale dottrina dello Stato nazionale; sottolineare il valore strategico di una teoria critica del diritto delle persone straniere, capace di sintetizzare le prospettive di Kelsen e Sayad sul ruolo delle norme e delle pratiche giuridiche nella violenza dei confini.

2. Kelsen e Sayad: profili biografici e intellettuali a confronto

“Ci voleva, tra i giuristi, tutta *l’audacia e l’eccezionalità* di Hans Kelsen per *liberarsi dal pensiero di Stato*, arrivando perfino a ribellarsi ad esso e alla sua espressione giuridica, contestando cioè la natura *arbitraria* (ossia *convenzionale*) dell’*opposizione tra nazionale e non nazionale* che, nel mondo degli studiosi del diritto (e non solo), costituisce la *regola*” [Sayad 1998, 9, corsivi miei].

Un elogio così forte non può che interrogarci quanto alle sue ragioni e alle sue implicazioni. È molto difficile, se non impossibile, ricostruire le circostanze che hanno condotto Sayad a leggere e citare Hans Kelsen: per tale motivo, mi asterrò qui da una simile indagine per concentrarmi sul *significato teorico* dell’incontro tra i due studiosi⁴, apparentemente così distanti sotto il profilo biografico, disciplinare e teorico-metodologico. È proprio tale distanza che rende la convergenza tra i due così sorprendente e meritevole di essere indagata.

Hans Kelsen nasce a Praga nel 1881, da una famiglia di origini ebraiche e di lingua tedesca. Si forma nel vivace ambiente culturale di Vienna che precede la fine dell’impero austro-ungarico. Figura centrale della cultura giuridica europea del primo Novecento, di orientamento liberal-democratico e pacifista, Kelsen non è stato solo un accademico ma anche un professionista attivo in ambito

4. Finora il rapporto tra Sayad e Kelsen è stato studiato molto poco. Si veda, come importante eccezione, Raimondi [2016, pp. 60-65].

istituzionale: ha contribuito alla redazione della costituzione austriaca del 1920 e ha ricoperto il ruolo di giudice della corte costituzionale austriaca dal 1921 al 1929. Negli anni '30 la sua vita è segnata da continui spostamenti: dopo aver lasciato Vienna per insegnare a Colonia nel 1930, l'ascesa del nazismo lo costringe all'esilio in Svizzera, dove insegna a Ginevra e da dove si muove per alcuni corsi a Praga. Dopo l'inizio della seconda guerra mondiale, decide di lasciare l'Europa per gli Stati Uniti, insegnando prima a Harvard e poi a Berkeley, dove muore nel 1973.

Abdelmalek Sayad nasce ad Aghbala in Cabilia, una regione berbera e montuosa nel nord dell'Algeria, nel 1933. La sua vita e la sua ricerca sono profondamente segnate dall'esperienza coloniale, anti-coloniale e migratoria. Tra il 1958 e il 1961, negli anni della guerra per l'indipendenza, frequenta l'Università di Algeri seguendo corsi di filosofia, psicologia, morale e sociologia. In quegli anni conosce Pierre Bourdieu: un incontro destinato a segnare la sua vita e il suo percorso intellettuale. L'esperienza maturata presso il servizio di documentazione del Governatorato Generale francese, l'interesse etnografico per la condizione coloniale e la migrazione algerina, gli offrono materiali originali per i primi corsi e le prime ricerche, condotte spesso in collaborazione con Bourdieu. Trasferitosi in Francia nel 1963, Sayad rimane a lungo in una posizione accademica marginale e precaria, prima di essere nominato direttore di ricerca al CNRS⁵.

Interessato a problemi di diritto pubblico, costituzionale e internazionale, Kelsen mostra fin dai suoi primi scritti una spiccata vocazione teorica, che ne fa una delle figure di riferimento nella filosofia del diritto del Novecento e, nello specifico, il tipico rappresentante di un *giuspositivismo formalista*. Il suo oggetto di ricerca è la “teoria *generale* del diritto, non l'interpretazione di norme giuridiche *particolari*, statali o internazionali” [Kelsen 2021, 11]. Il suo scopo è “determinare la struttura [del diritto] e le sue forme tipiche indipendentemente dal contenuto variabile che presenta in epoche diverse e tra diversi popoli” [*Ibidem*]. La sua teoria intende essere “pura” perché “cerca di escludere dalla conoscenza del

5. La matrice anticoloniale delle ricerche di Bourdieu e Sayad, come sfondo del loro approccio alla sociologia come pratica critica ed emancipativa, è ricostruita con precisione da Pérez [2023]. Lo spessore teorico-critico delle ricerche di Sayad sullo Stato è messo in luce da Boudou [2023] attraverso un serrato confronto con la riflessione normativa contemporanea sulle migrazioni come sfida all'ordine statale-nazionale.

diritto positivo tutti quegli elementi che le sono estranei” [*Ibidem*], distinguendosi dalla *filosofia della giustizia*, che riflette su quale *dovrebbe essere* il diritto, e dalla *sociologia giuridica*, che si occupa di quale *sia effettivamente* il diritto in una data società e in un dato momento storico.

Questo profilo si presenta distante dagli interessi e dallo stile di ricerca di Sayad, che pratica una sociologia radicalmente calata nell’esperienza vissuta, mentale e corporea, dei soggetti colonizzati e migranti. La sua ricerca procede attraverso inchieste etnografiche e lunghe interviste, mossa dalla visione della migrazione come “fatto sociale totale”: un fatto rimosso dalla scienza ufficiale, interessata ai fenomeni migratori solo dal punto di vista delle società di destinazione, eppure essenziale per comprendere le dinamiche profonde di cambiamento e conflitto connesse alla mobilità umana. Se Kelsen costruisce modelli teorico-formali per pensare l’ordinamento giuridico nella sua purezza normativa, astraendo dal conflitto ideologico, dal diritto vissuto e dalla realtà sociale degli ordinamenti, Sayad guarda alle istituzioni statali e alle norme in materia di immigrazione e di cittadinanza dal punto di vista chi attraversa i confini, sfidando l’ordine nazionale: l’esperienza migratoria, compresa la propria, diventa uno specchio attraverso cui studiare criticamente lo Stato e denunciarne la violenza, le (auto)illusioni e le amnesie⁶.

Il formalismo teorico-giuridico dell’uno e l’etnografia socio-politica dell’altro sembrano abitare in universi lontani e non comunicanti. Eppure Sayad ritiene di cogliere una forte convergenza con Kelsen: è un abbaglio, oppure è una rivelazione? Il teorico politico delle migrazioni ha frainteso le posizioni del filosofo del diritto, oppure è riuscito a vedervi un potenziale critico da mobilitare contro un medesimo potente avversario: quel “pensiero di Stato” alla cui definizione ha dedicato l’ultima parte della sua vita? Chi scrive propende per la seconda opzione: le pagine che seguono sono dedicate ad argomentare questa interpretazione.

6. Questi e altri aspetti del lavoro di Sayad, che lo qualificano chiaramente come teorico critico dello Stato, sono esplorati nel dossier *Abdelmalek Sayad: Migration, État et Amnésie Historique*, curato da Gustavo Dias e Gennaro Avallone per REMHU, *Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*, pubblicato nel 2024 e disponibile online.

3. Sayad teorico e critico del “pensiero di Stato”

L'elogio di Kelsen è contenuto in un “preambolo sul pensiero di Stato” [Sayad 1998, 9] che precede il saggio di Sayad sulla “doppia pena”. Con questa espressione lo studioso si riferisce alla tendenza delle società d'immigrazione a criminalizzare le persone straniere *in quanto tali*, ancor prima che commettano reati: l'esito di questa tendenza, di cui facciamo esperienza quotidiana nei discorsi pubblici anti-immigrazione, consiste nel considerare più grave un reato per il solo fatto che a commetterlo sia stato un non cittadino. Lo studioso ritiene che tale tendenza esista “*oggettivamente nel nostro modo di pensare*, ancor prima che si manifesti [...] in una sentenza di tribunale o in una decisione amministrativa” [Ivi, 10, corsivi miei]. È come se “l'immigrato fosse colpevole per il solo fatto di trovarsi in terra straniera e tutte le altre colpe, di cui potrebbe rendersi responsabile durante la sua immigrazione, venissero *raddoppiate e aggravate* da quella prima colpa, consistente nell'immigrazione stessa” [*Ibidem*, corsivi miei].

Sayad spiega la “doppia pena” – in contraddizione col principio dell'uguaglianza formale di fronte alla legge – come una tipica espressione del “pensiero di Stato”, ossia di quella visione del mondo per cui si esiste politicamente e si è titolari di diritti soltanto in quanto membri di una comunità statale, modernamente strutturata in termini nazionali. Da questa prospettiva, la presenza di persone straniere sul territorio di un altro Stato è sempre “incongrua” [Sayad 2006a, p. 140] e, in quanto tale, richiede di essere costantemente giustificata e severamente regolamentata.

Da qui la necessità di istituire un *ordinamento speciale*, costituito da norme scritte e non scritte applicabili soltanto alle persone straniere e razzializzate: un sistema animato da logiche fortemente autoritarie, gerarchiche, selettive e discrezionali, in radicale tensione coi principi del costituzionalismo democratico. È quello che, fino a qualche anno fa, si chiamava comunemente “diritto degli stranieri”. La nozione di “pensiero di Stato” elaborata da Sayad offre solide basi per sviluppare una teoria critica di questo diritto, mostrando come le persone straniere vengano *prodotte giuridicamente* attraverso l'istituzione e il controllo dei confini⁷.

7. Su questo aspetto cruciale della riflessione di Sayad, si vedano almeno Chetail [2010], Raimondi [2016] e Avallone [2018].

L'espressione "pensiero di Stato" non è esclusiva di Sayad, ma si ritrova già nelle prime lezioni che Pierre Bourdieu ha tenuto al *Collège de France* nell'ambito del suo corso sullo Stato del 1989-90. Nel delineare oggetto e metodo della sua ricerca, lo studioso mette subito in guardia il pubblico dal "rischio di applicare allo Stato *un pensiero di Stato*" [Bourdieu, 2013]. Questa avvertenza deriva dalla convinzione "che il nostro pensiero, le strutture della coscienza attraverso cui costruiamo il mondo sociale e quell'oggetto particolare rappresentato dallo Stato, hanno buone probabilità di essere prodotte dallo Stato stesso".

Per questa ragione Bourdieu integra la famosa definizione dello Stato avanzata da Max Weber, modificandola in "monopolio della violenza fisica e *simbolica*" legittima: il secondo monopolio, fondando "l'integrazione logica e morale del mondo", costituisce la condizione per il possesso e l'esercizio del primo monopolio. Lo studioso suggerisce così di vedere la genesi dello Stato come un "processo nel corso del quale si opera la concentrazione di differenti tipologie di risorse: informative (le statistiche attraverso le inchieste, i rapporti), legate al capitale linguistico (ufficializzazione di un modo di parlare stabilito come lingua dominante con contestuale squalifica delle altre lingue al rango di forme degeneri, deteriorate o inferiori), ecc."

Per comprendere ciò che lo Stato realmente è, occorre sospendere la nostra abitudine a ritenerlo il "principio di produzione e rappresentazione legittima del mondo sociale", contestando il suo monopolio della violenza simbolica. Si tratta di un problema epistemologico di difficile soluzione: "il nostro pensiero, essendo in gran parte il prodotto del suo oggetto [lo Stato], non riesce più a percepirne l'essenziale e, in particolare, [non percepisce più] tale relazione di appartenenza del soggetto all'oggetto". Un modo per uscire da questa difficoltà è quello di ricostruire il punto di vista dei gruppi marginali, ossia di quelle soggettività che hanno vissuto o continuano a vivere "un processo di spossessamento" e di delegittimazione del proprio modo di vivere e pensare da parte dello Stato.

Sayad ha sviluppato in modo magistrale questa prospettiva teorico-metodologica nel campo delle migrazioni, attingendo dalle soggettività che attraversano i confini fisici e simbolici dello Stato-nazione quelle esperienze su cui far leva per sospendere la naturalità del pensiero di Stato e metterlo criticamente a tema.

La convergenza con Bourdieu è evidente soprattutto quando Sayad definisce il “pensiero di Stato” come un modo di conferire ordine al mondo: una visione che “riflette attraverso le proprie strutture mentali le strutture dello Stato, così come queste sono state *interiorizzate* nel profondo di ogni individuo, così come ciascuno le ha *incorporate in sé* nel senso letterale del termine, cioè le ha fatte parte del proprio corpo” [Sayad 1998, 5, corsivi miei]. L’interiorizzazione delle categorie statali e nazionali è talmente profonda che ci appaiono naturali: la loro costruzione storica, sociale e giuridico-politica viene totalmente rimossa. Ne consegue che tutte “le strutture del nostro modo più comune di intendere la politica – che si riflette spontaneamente nella nostra visione del mondo – sono, in fondo, strutture nazionali” [*Ibidem*].

Il pensiero di Stato assume forme particolarmente oppressive quando si fonde con l’idea di *nazione*, generando un’*ideologia nazionalista*. La nazione tende così a imporsi come parametro di *ogni* fenomeno politico, sociale e culturale: “che si tratti dell’appartenenza al tempo, allo spazio o al gruppo, i quadri fondamentali che strutturano la vita sociale e persino l’esistenza individuale sono sempre definiti a livello *nazionale*” [Sayad 2006a, 144]. In questo universo mentale ci sono solo due modi di esistere: “un modo *naturale*, che va da sé e che è proprio dei cittadini *naturali della nazione* [...] e un modo *straordinario* che sfugge all’*ortodossia nazionale*, che è fondamentalmente illegittimo e necessita perciò di un lavoro intenso e continuo di legittimazione” [Sayad 2002, 299, corsivi miei]⁸.

Le conseguenze di questa prospettiva possono essere (e sono state) catastrofiche, perché ciò che non rientra nelle comunità *immaginate* come nazionali, è destinato a essere ignorato, stigmatizzato, espulso o distrutto. Riecheggiando le

8. All’interno della nozione di “Stato-nazione” è possibile distinguere tra una dimensione giuridico-politica, riferita allo *Stato* come sistema burocratico accentrato, e una dimensione simbolico-culturale, riferita alla *nazione* come base comunitaria dello Stato, depositaria di un’identità comune in termini di storia, lingua, usi, tradizioni, credenze, ecc. Sul punto si veda almeno Habermas [2013] e la letteratura ivi discussa. Sayad ha ben presenti queste due dimensioni, tanto che affianca al “pensiero di Stato” quella che chiama “ortodossia nazionale”, evidente nelle politiche statali di “integrazione” e “naturalizzazione”. Al tempo stesso, lo studioso è consapevole che l’appartenenza *formale* allo Stato in termini di cittadinanza non equivale a un riconoscimento *sostanziale* di pari dignità e diritti, risultante dall’inclusione in una comunità nazionale fortemente razzializzata. Per un’applicazione di queste riflessioni alla marginalizzazione che colpisce i figli e le figlie dell’immigrazione, si veda Sajir, Molinero-Gerbeau [2025].

tesi di Hannah Arendt sull'impossibilità degli apolidi di far valere il diritto ad avere diritti al di fuori di una comunità nazionale [Arendt 2009], Sayad afferma che l'unica esistenza politica riconosciuta è nel quadro della nazione e della nazionalità, e a condizione che questa esistenza sia garantita dallo Stato: "sulla scena internazionale, si esiste solamente in quanto cittadini di una nazione e di uno Stato" [Sayad 2004a, 145].

Per tutte queste ragioni, il pensiero di Stato condiziona pesantemente la comprensione e la gestione dei processi migratori. "Figli dello *Stato nazionale* e delle sue categorie, che custodiamo dentro noi stessi e che lo Stato ha inciso nel nostro immaginario, tutti noi pensiamo l'immigrazione – *questi 'altri' da noi, ciò che essi sono e, attraverso di loro, ciò che noi stessi siamo* – esattamente come lo Stato ci ingiunge di pensarla, e in ultima analisi, come lui stesso la pensa" [Ivi, 7, corsivi miei]. Se le migrazioni hanno sempre natura politica e sono al centro di infiammati dibattiti, è proprio perché investono le fondamenta ideologiche e *ontologiche* del potere statale.

Da una parte, la libera mobilità umana attraverso i confini contesta lo Stato nazionale, il pensiero di Stato e il nazionalismo che lo accompagna: essa altera l'ordine politico fondato sui confini nazionali introducendovi "elementi estranei in modo sempre più duraturo" [Ivi, 6]. Tali elementi sono percepiti come minacciosi per "l'*integrità* di quest'ordine, la *purezza* o la *perfezione mitica* su cui esso poggia" [Ibidem, corsivi miei]. L'immaginario nazionalista di comunità stabili e omogenee è messo in crisi dalle migrazioni anche perché queste costituiscono un "fatto sociale totale" [Sayad 2006a, 17]: esse producono effetti profondi e pervasivi in ogni campo dell'esistenza, sia nelle comunità di partenza che in quelle d'arrivo. Ciò avviene, da ultimo, attraverso le cosiddette "seconde generazioni" viste come "illegittime" e trattate come una "posterità inopportuna" [Palidda 2008, 146ss]: la loro stessa esistenza fa saltare ogni netta linea di confine tra il nazionale e il non-nazionale, rivelandone la natura artificiale.

Dall'altra parte, lo Stato e il pensiero di Stato vengono costantemente riattivati dalle migrazioni: additando *gli altri* e *le altre* come un elemento irriducibile al *noi*, lo statalismo nazionalista si autoalimenta e contribuisce a creare, con leggi proibizioniste e criminogene in materia d'immigrazione, una forza lavoro razzializzata, subalterna, precaria e sfruttabile in funzione dell'economia nazionale. Il meccanismo polarizzante noi-loro viene utilizzato anche per frammentare la classe

lavoratrice soprattutto nei periodi di crisi, quando si acuiscono le disuguaglianze e mancano prospettive credibili di cambiamento. In tali frangenti, il solo fatto di appartenere alla comunità nazionale e di poterne escludere qualcuno costituisce un risarcimento simbolico per la retrocessione sociale, temuta o subita. Al contempo, la gestione emergenziale delle migrazioni permette alle classi dirigenti di distogliere l'attenzione dell'opinione pubblica dalle proprie responsabilità nella crisi e di ricompattare un noi diviso e impaurito contro il *nemico interno-esterno*, tanto più facile da evocare quanto del tutto immaginario.

Da questo punto di vista, come ha osservato acutamente Sayad, le migrazioni svolgono una preziosa “funzione specchio”: fanno emergere ciò che è latente o rimosso nel funzionamento di un dato ordine sociale o politico. Questo vale in particolare per lo Stato moderno che, “*pensando l’immigrazione, pensa se stesso*”. In questo processo [di rispecchiamento] spesso inconsapevole esso non fa altro che enunciare la propria *essenza*, rivelando nel modo più evidente le *regole* del suo funzionamento e i *fondamenti* della sua stessa istituzione” [Sayad 1998, 6, corsivi miei]. Studiare il governo dei processi migratori consente di “ri-storizzare lo Stato”: ciò che viene presentato come un dato naturale e immutabile torna a essere il prodotto storico del diritto e della politica. In questo modo è possibile curare sia la “cecità dello Stato su se stesso” che “la nostra cecità nei confronti dello Stato” [*Ibidem*]. Anche per questa ragione l’immigrazione costituisce “una delle migliori introduzioni possibili alla sociologia dello Stato” [*Ibidem*].

A questo punto dovrebbe essere chiaro perché la decostruzione del pensiero di Stato, compiuta da Sayad sulla linea aperta da Bourdieu, costituisce la base per una teoria critica del diritto delle persone straniere. In primo luogo, perché rivela la natura convenzionale dei confini e dei poteri di confine, di cui gli Stati si servono per plasmare le nozioni di “popolo” e di “territorio” su cui esercitare la loro “sovranità”. In secondo luogo, perché mostra la doppia funzione assolta dall’*ordinamento giuridico dei confini*: da una parte differenziare, controllare e sfruttare le persone migranti e razzializzate, dall’altra parte integrare la comunità nazionale intorno a un determinato ideale di cittadinanza costruito in opposizione agli altri e alle altre, non integrati/e e non integrabili⁹.

9. Su queste funzioni fondamentali dei confini, si vedano almeno Mezzadra e Neilson [2013] e Anderson [2013].

Sayad era consapevole del carattere sovversivo della sua proposta teorica: “sot-toporre a riflessione critica i *postulati* del pensiero di Stato – ha scritto – significa intraprendere un’operazione di delegittimazione, di smascheramento di ciò che è dato per scontato. È un’operazione di rottura con la *doxa*, un’*eresia* nel senso forte del termine, un’impresa di *desacralizzazione*” [Ivi, 9, corsivi miei]. È anche per questa ragione che lo studioso si è rallegrato di trovare in Hans Kelsen un alleato intellettuale di grande rilievo, tanto più rilevante e inaspettato in quanto proveniente dal campo dei giuristi che, più di tutti, ha contribuito a naturalizzare lo Stato, elaborandone le categorie di fondo e presentandole come strutture oggettive della realtà e della mente.

Si tratta adesso di mettere a fuoco e approfondire il significato teorico della convergenza tra i due studiosi, apparentemente così distanti, eppure così vicini nella contestazione del *feticismo* otto-novecentesco dello Stato.

4. Liberare la teoria del diritto dal pensiero di Stato: l’impianto epistemologico di Kelsen

Dopo aver lodato Kelsen per essersi liberato dal pensiero di Stato, nel saggio sulla “doppia pena” Sayad gli attribuisce tre tesi *eretiche* che ritiene in linea con le proprie.

La prima tesi è che la distinzione tra cittadini/nazionali e stranieri/non-nazionali, anche se viene pensata come naturale, è prodotta dal diritto. La seconda è che la distinzione giuridica tra cittadini/nazionali e stranieri/non-nazionali non è necessaria ma accidentale: è possibile immaginare ordinamenti che non operino tale distinzione e che non abbiano, dunque, forma statale o nazionale. La terza è che l’attribuzione di diritti diversificati a cittadini/nazionali e stranieri/non-nazionali, con la gerarchia di status che ne deriva, è anch’essa non necessaria dal punto di vista giuridico ma è frutto di scelte politiche.

Formulate da Sayad in modo estremamente ellittico, queste tesi trovano rispondenza nella riformulazione offerta da Kelsen della canonica “dottrina dello Stato” e dei suoi tre elementi: “sovranità”, “popolo”, “territorio” [Kelsen 2021, 347ss]. Anche se Kelsen non tratta mai di politiche migratorie, ritengo che questa

sua riformulazione metta in questione l'altrettanto canonico "diritto degli Stati di escludere le persone straniere" dal proprio territorio e dal proprio popolo. Ritengo che queste tesi teorico-giuridiche siano ascrivibili anche a Sayad e ne illuminino il pensiero, nella misura in cui sono la conseguenza logica delle tesi kelseniane da lui ritenute in linea con le proprie.

In una nota a piè di pagina – presente esclusivamente nella versione del 1998 del saggio sulla "doppia pena" – Sayad cerca di spiegare come Kelsen sia pervenuto a tesi tanto eretiche per un giurista, riconducendole al progetto di una "teoria *pura* del diritto". Si tratta di un'intuizione tanto acuta quanto decisiva, poiché coglie la portata critica della purezza perseguita dal filosofo. Data la complessità e la natura squisitamente metodologica della questione, occorre chiarire cosa Kelsen intenda con dottrina "pura" del diritto prima di esaminare le tesi che Sayad gli attribuisce.

Nella *Prefazione* alla prima edizione de *La dottrina pura del diritto* (1934), Kelsen spiega di perseguire "una dottrina depurata da ogni ideologia politica e da ogni elemento scientifico-naturalistico" [Kelsen 2021, 3] per "portare la giurisprudenza [...] all'altezza di una scienza autentica". Questo obiettivo fa tutt'uno con la sua paura che lo studio del diritto si dissolva in mero "ragionamento politico-giuridico" e che le scienze sociali non sappiano reagire al "*prepotente interesse*, nutrito tanto da chi detiene il potere quanto da chi vi aspira, per una teoria che soddisfi i loro desideri" [*Ibidem*, 6, corsivi miei]. Il riferimento polemico è rivolto, evidentemente, all'asservimento dei giuristi ai regimi totalitari in Italia, Germania e Unione sovietica.

Quando Sayad fa riferimento a Kelsen non menziona nessuna opera nello specifico, ma la descrizione offerta della teoria pura del diritto è incredibilmente aderente al contenuto di questa *Prefazione*. L'istanza kelseniana della purezza vi è associata al progetto di una scienza giuridica indipendente, "dotata di un fondamento e di principi di comprensione autonomi" [Sayad 1998, 9]: una scienza resa possibile dal trattamento del diritto come sistema *formale*, "chiuso e autonomo rispetto alla realtà sociale, [che] si svilupperebbe secondo una propria dinamica interna" [Ivi]. La riflessione giuridica verrebbe così purificata dagli "elementi extra-giuridici (storici, socio-antropologici, religiosi, consuetudinari, ecc.) che fanno del diritto il *riflesso dei rapporti di forza vigenti nella società* e, in ultima analisi, un mero *strumento al servizio degli interessi dei gruppi dominanti* e, in questo caso, dei cittadini/nazionali" [Ivi, corsivi miei].

Sayad comprender bene le preoccupazioni kelseniane per una *scienza libera* da distorsioni ideologiche, avendo lui stesso polemizzato con la teoria ufficiale delle migrazioni asservita agli obiettivi economico-politici dei paesi di arrivo, attraverso “l'imposizione di una problematica che è quella dell'ordine sociale” [Sayad 2002, 10]. Con l'istanza teorica della purezza, dunque, Kelsen non evade dalla realtà ma intende rendere i giuristi consapevoli delle pressioni esercitate su di loro dal contesto storico-politico, mettendoli in guardia dall'uso di categorie e norme giuridiche per instaurare rapporti di dominio: all'interno di una prospettiva giuspositivista, in cui il diritto può assumere qualsiasi contenuto, la purezza è un antidoto alla cattura dello studioso da parte del potere.

Al di là delle preoccupazioni contingenti, comprensibili in un giurista di origini ebraiche e orientamento liberal-democratico nell'Europa degli anni '30, la purezza della teoria esprime per Kelsen una precisa opzione epistemologica di derivazione kantiana: si tratta di stabilire le *condizioni di possibilità* di una scienza del diritto, ossia le condizioni formali che consentono di comprendere le norme giuridiche di un ordinamento secondo la loro logica interna. Ciò richiede di studiare il diritto non come un fatto (*essere*), ossia come una disposizione che prescrive determinati comportamenti minacciando sanzioni in caso di inadempienza, né come la mera traduzione giuridica di asserzioni o valutazioni su determinati stati di cose extra-giuridici, ma come un insieme di proposizioni prescrittive che derivano la propria forza (*dover essere*) esclusivamente dal sistema normativo di cui sono parte¹⁰.

Spesso liquidata come formalista o astratta, questa dottrina *pura* del diritto costituisce in realtà una rigorosa applicazione del principio metanormativo, ampiamente riconosciuto nella filosofia contemporanea, che vieta di derivare prescrizioni da asserzioni su stati di cose¹¹. In altre parole: da affermazioni intorno a

10. Per un'attenta ricostruzione di questo elemento centrale nella proposta teorico-metodologica di Kelsen, rinvio per tutti a Gazzolo [2016].

11. Spesso ci si riferisce a questo principio come alla “legge di Hume”, generalizzando la critica che il filosofo scettico del '700 ha rivolto ai “filosofi morali”. Come si legge nel suo *Trattato sulla natura umana* (Libro III, Parte I, Sezione I): “In ogni sistema di moralità che ho finora incontrato, ho sempre notato che l'autore procede per un po' ragionando nel modo consueto, e stabilisce l'esistenza di Dio, o fa osservazioni sugli affari umani; poi all'improvviso mi sorprende nel constatare che al posto delle abituali copule ‘è’ e ‘non è’, non incontro nessuna proposizione che non sia collegata con un ‘dovrebbe’ o un ‘non dovrebbe’”. La trasformazione di questa critica in una “legge” filosofica è avvenuta nel Novecento, nel contesto

determinati fatti, reali o presunti, accompagnati in modo esplicito o implicito da giudizi di valore, non è possibile ricavare indicazioni su come quei fatti vadano regolati. Ne consegue che una norma può ricavare la sua validità unicamente da un'altra norma dell'ordinamento: in questo senso, ad esempio, applichiamo le leggi adottate da una assemblea popolare non come un mero fatto dotato di forza coercitiva, ma come la risultante di varie norme, a partire da quelle costituzionali che autorizzano l'assemblea a legiferare e di quelle regolamentari che organizzano il procedimento legislativo.

Questo esigente assunto epistemologico consente a Kelsen di criticare il linguaggio giuridico con accenti che ricordano Ludwig Wittgenstein, là dove questi assegna alla filosofia il compito di contrastare “l'*incantamento del nostro intelletto per mezzo del nostro linguaggio*” [Wittgenstein 2009, corsivi miei]. Nel ricostruire in termini puramente formali la grammatica dell'ordinamento e delle norme giuridiche che lo compongono, il filosofo del diritto critica gli errori in cui incorrono i giuristi o i decisori privi di un'adeguata consapevolezza metodologica o mossi da una propria agenda politica. Due, secondo Kelsen, gli errori più ricorrenti: la *reificazione di postulati ed enti teorici*, ossia l'attribuzione di esistenza a rappresentazioni o finzioni mentali escogitate per dare senso ai fenomeni giuridici, e l'attribuzione di senso letterale a usi metaforici del linguaggio. Questo tipo di errori produce, nella comprensione del diritto, una fuorviante *inversione tra cause ed effetti*. Così, per venire al nostro tema, lo Stato moderno e i suoi elementi fondativi quali la “sovranità”, il “popolo” e il “territorio”, vengono considerati “fatti naturali” o “realtà materiali” che il diritto si limiterebbe a normare, invece di essere riconosciuti per quello che sono: *creazioni* giuridiche, escogitate storicamente da determinati attori politici e professionisti del diritto.

In un saggio del 1920, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, Kelsen offre numerosi esempi di come l'istanza della purezza teorica funzioni da dispositivo critico, per altro proprio contro le espressioni del pensiero di Stato studiate da Sayad e Bourdieu.

Il concetto di sovranità è diventato uno dei “più difficili e controversi della moderna dottrina del diritto pubblico” [Kelsen 1989, Ib, 5] per due ragioni prin-

del neopositivismo logico e della filosofia analitica, mentre la fortuna dell'espressione “legge di Hume” si deve a Black [1964].

cipali. Da una parte, la nozione ha subito nei secoli una continua trasformazione, che ha contribuito alla proliferazione di significati e utilizzi in contraddizione tra loro. Dall'altra parte, la nozione è stata utilizzata non tanto a scopi di conoscenza scientifica quanto per conseguire specifici obiettivi di "politica statuale" [*Ibidem*]. Anzi, denuncia l'autore, "nessun altro concetto più di quello di sovranità ha offerto copertura teoretica a postulati quanto mai pratici" [*Ibidem*].

A sostegno di questa tesi Kelsen traccia una genealogia del concetto e dei suoi usi politici. La moderna dottrina della sovranità, ricorda, è stata elaborata in Europa per due motivi. In primo luogo, per affermare l'indipendenza dei nascenti Stati territoriali da qualsiasi altro potere *esterno*: sia quello di altri Stati, sia quello dei "poteri universalistici" del Papa e dell'Imperatore. In secondo luogo, per affermare il potere monarchico come fonte unica e suprema di ogni autorità, non sottoposta a nessun altro potere *interno*, nelle versioni assolutistiche neanche al potere della legge. A seguito delle rivoluzioni politiche di ispirazione anti-assolutistica o repubblicana, il concetto di sovranità non è scomparso ma è stato mobilitato in nuove battaglie politiche: la vecchia dottrina della sovranità interna, ad esempio, è stata invocata per sostenere "le pretese di potere di determinati gruppi di interessi" [Ivi, 7], contrapponendo il potere del popolo a quello del principe.

Anche nella dottrina giuridica del proprio tempo Kelsen individua un ampio spettro di posizioni in conflitto in tema di sovranità. I giuristi che considerano lo Stato una *realtà materiale* o *naturale*, la intendono come espressione tipica della sua *forza*, attraverso cui la volontà statale pretende di imporsi sugli altri attori. I giuristi che considerano lo Stato una *realtà spirituale* o *artificiale*, intendono invece la sovranità come l'espressione tipica della sua *personalità*, cui imputare poteri, atti, diritti e obblighi accompagnati da una pretesa di efficacia.

Per quanto diverse, sia le dottrine storiche che quelle contemporanee sono accomunate da un medesimo limite epistemologico: tutte *reificano* il concetto di sovranità, attribuendo esistenza e concretezza quasi antropomorfa a un mero *ente teorico*, a un *postulato della ragione giuridica* necessario per comprendere il diritto come un *ordinamento unitario* e spiegare la *validità* delle norme che lo compongono. È contro queste "*finzioni produttive di ipostatizzazioni*", contro le "*pesanti metafore* simili a spettri [che] assurgono a entità autonome", contro gli "*strumenti logici della conoscenza giuridica fattisi realtà*" [Ivi, IIB, corsivi miei] che

il filosofo indirizza i suoi strali polemici. È in risposta a questi errori che ribadisce la necessità di una dottrina pura del diritto: occorre combattere, afferma, “contro la *finzione* nella teoria del diritto, dissolvere completamente tutte quelle *figure giuridiche che nel pensiero dei giuristi si sono indurite, reificate*, e riportarle alle *semplici e pure relazioni* della norma giuridica” [Ivi, IIb-IIIb, corsivi miei].

La tendenza alla reificazione degli enti teorici da parte della dottrina contemporanea è aggravata, secondo Kelsen, dalla tentazione di perseguire la scientificità del sapere giuridico secondo un modello *positivista* delle scienze sperimentali. Ciò conduce a fraintendere la sovranità nei termini di un “dato di natura”, da studiare per via induttiva “attraverso la ricerca sociale di fatti” [Ivi, 12]. Contro vecchi e nuovi errori di questo tipo, occorre prospettare un cambio di paradigma: “La sovranità non va vista come una qualità reale – e quindi empiricamente e induttivamente osservabile – nel mondo esterno dei fatti percepibili, una qualità che inerisce a un oggetto naturale, fisico o psichico, ma come un’*ipotesi*, un *presupposto nel pensiero dell’osservatore che vuole conoscere lo Stato e il diritto*” [Ivi, 23, corsivi miei].

Se la sovranità va intesa come un mero postulato epistemologico, cui gli osservatori e gli studiosi ricorrono per comprendere il diritto come *sistema unitario di norme coercitive*, occorre individuare la sua specifica *funzione* nella conoscenza teorico-giuridica. A questo scopo, Kelsen esamina criticamente il linguaggio giuridico e decostruisce la *metafora* spaziale della *superiorità* tradizionalmente attribuita al potere sovrano che, per definizione, “non riconosce nessun altro potere *sopra* di sé”. Tale metafora allude a un *rapporto giuridico di obbligazione e subordinazione*, secondo cui un soggetto posto in posizione sovraordinata è autorizzato a imporre la propria volontà a un altro soggetto, che è tenuto a rispettarla.

In ossequio al divieto di dedurre una norma da un fatto, il filosofo chiarisce che “*sottoposti* nel senso di *obbligati* si è sempre solo a una norma, e al volere di un essere umano solo in quanto una norma lo sancisce” [Ivi, 15, corsivi miei], ossia in quanto una norma lo ha istituito come autorità conferendogli determinati poteri. In virtù dello stesso divieto, il fondamento della validità di una norma non può consistere in un fatto o in una credenza extra-giuridica: *la validità di una norma si fonda sulla validità di un’altra norma, posta nell’ordinamento a un rango superiore*. Tuttavia, la ricerca del fondamento di validità normativa non può regredire all’infinito: occorre perciò postulare una *norma suprema*, la cui validità non sia ul-

teriormente derivata. È la famosa quanto contestata idea kelseniana di una *norma fondamentale* che, non potendo a sua volta essere posta, deve essere *ipoteticamente presupposta* per comprendere il diritto come sistema unitario di norme valide, facendo a meno di presupposti metafisici, religiosi o comunque dogmatici¹².

Questa prospettiva risolve la sovranità nella sua funzione epistemologica: concettualizzare la *validità* delle norme che compongono un ordinamento coercitivo *unitario*. In questi termini il concetto può essere proiettato in una dimensione post-statale e post-nazionale. Si tratta di un passaggio teorico fondamentale per chi, come Kelsen, è impegnato a concepire e costruire un ordinamento giuridico internazionale di tipo *cosmopolitico*, comprensivo degli ordinamenti dei singoli Stati, quale condizione giuridica della *pace*: una prospettiva impossibile se si resta legati al “dogma della sovranità” [Ivi, 286]. Il fatto che Kelsen, in varie occasioni, abbia definito questo ordinamento mondiale orientato alla costruzione della pace come uno “*Stato universale*” è la prova di quanto anche i pensatori più eterodossi facciano fatica a emanciparsi dal pensiero di Stato¹³.

A questo punto dovrebbe essere chiaro perché Sayad attribuisca un valore positivo alla purezza teorica portata avanti da Kelsen: perché ne intuisce il potenziale critico e dissolvente rispetto ai postulati più consolidati del pensiero di Stato. Ora è finalmente possibile analizzare in dettaglio le tesi eretiche che il teorico delle migrazioni ha attribuito al filosofo del diritto.

5. Una teoria del diritto libera dal pensiero di Stato: Kelsen su “popolo”, “territorio” e “sovranità”

La prova principale che Kelsen si sia liberato dal pensiero di Stato risiede, per Sayad, nel fatto che il filosofo non ritenga la distinzione-opposizione tra cittadini e stranieri, nazionali e non-nazionali, *necessaria* per istituire un ordinamento giu-

12. Per una disamina critica delle molteplici e ambigue accezioni con cui Kelsen utilizza la nozione di “norma fondamentale”, rimando per tutti a Ferrajoli [2016, pp. 97-103].

13. Per una riflessione critica sulla filosofia del diritto internazionale di Kelsen rimando a Zolo [1998]. L'autore denuncia efficacemente la contraddizione tra l'adesione kelseniana a una visione pacifista e antimperialista e il suo richiamo alle nozioni di *imperium romanum* e *civitas maxima* per evocare il futuro e auspicato ordinamento cosmopolitico.

ridico statale. Si tratta di un'interpretazione corretta: la tesi del carattere arbitrario e convenzionale di questa canonica classificazione degli statuti personali è perfettamente coerente con l'impianto di una teoria pura del diritto. Kelsen stesso, nella sua *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), perviene sul tema a delle conclusioni che avrebbero riscosso il plauso di Sayad:

La cittadinanza è un istituto *comune* a tutti i moderni ordinamenti giuridici statali. Ma è essa anche *necessaria*, in quanto *essenziale*, allo Stato? È un requisito *indispensabile* dell'ordinamento giuridico statale il distinguere fra gli individui a esso soggetti quelli che sono cittadini e quelli che non lo sono? L'esistenza di uno Stato dipende dall'esistenza di individui, i quali sono *soggetti* al suo ordinamento giuridico, ma non dall'esistenza di "cittadini" [Kelsen 1963, 246, corsivi miei].

Per comprendere l'origine di questa tesi, è sufficiente sottoporre la nozione di "popolo" alla stessa critica dissolvante cui è stata sottoposta la nozione di sovranità. Il metodo kelseniano è sempre lo stesso: liberare gli enti teorici dalle ipostatizzazioni politicamente orientate per restituirli alla loro funzione all'interno dell'ordinamento. In questo caso, la nozione di "popolo" è ricondotta alla funzione teorica: concettualizzare "l'ambito di validità personale dell'ordinamento giuridico statale" [Kelsen 2021, 375], ossia designare *chi* è soggetto al rispetto delle norme valide in un determinato territorio, in quanto vi risiede o semplicemente vi si trova. Non sorprende che il filosofo tenda a sostituire il termine "popolo", ideologicamente sovraccarico e ambiguo, con la nozione più neutra di "popolazione".

Da questo punto di vista, distinguere all'interno della popolazione soggetta all'ordinamento tra cittadini e stranieri è una scelta puramente politico-ideologica, influenzata dalla rappresentazione che si ha della comunità nazionale, ma rispetto al problema della validità delle norme non risponde a nessuna necessità giuridica. Ne risulta una critica severa delle visioni etno-nazionaliste dell'appartenenza giuridico-politica, oggi date sempre più per scontate.

Se ci si chiede perché un individuo appartenga, insieme con altri, a un certo Stato, non si trova altro criterio che questo: l'uno e gli altri sono sottoposti a un certo ordinamento coercitivo relativamente accentrato. *Tutti i tentativi di trovare un altro legame che tenga uniti*

individui, i quali possono differire per lingua, razza, religione ed opinione politica, ed essere divisi da contrasti di classe e da molteplici altri conflitti di interesse, *sono destinati a fallire*. In particolare, non è possibile portare alla luce un qualche tipo di *interazione spirituale* che, *indipendentemente da ogni vincolo giuridico*, fonda insieme tutti gli individui *appartenenti* a uno Stato in modo tale da rendere possibile il distinguerli (come due gruppi nettamente separati) da altri individui, appartenenti a un altro stato e fusi insieme da un'analogia interazione [*Ibidem*, corsivi miei].

È interessante confrontare queste riflessioni teorico-giuridiche sulla nozione di "popolo" con quelle svolte da Kelsen in un saggio del 1929, intitolato *Essenza e valore della democrazia*, di taglio più teorico-politico. Dopo aver definito la democrazia come quella "forma di Stato o di società in cui [...] l'ordine sociale [è realizzato] da chi a quest'ordine è sottomesso, cioè dal popolo" [Kelsen 1995, 57], il filosofo invita a riflettere sulla nozione di "popolo" implicita nella teoria democratica.

Si tratta, innanzitutto, di un concetto ambivalente. Da una parte si riferisce a una "pluralità di individui", ma dall'altra presuppone "che questa *pluralità* di individui costituisca *un'unità*". Tale unità è avvertita come tanto più necessaria quanto più il popolo è inteso, in senso democratico, "non tanto come *oggetto* quanto piuttosto come *soggetto* del potere" [*Ivi*, 58, corsivi miei]. Kelsen tiene a ribadire, in linea col suo quadro metodologico, che l'unità implicita nel concetto di popolo è impossibile da ricavare da meri "fatti sensibili". Agli occhi del sociologo, afferma, il popolo appare "diviso da contrasti nazionali, religiosi ed economici" e si presenta "come una molteplicità di gruppi distinti piuttosto che come una massa coerente di uno e di un medesimo stato di agglomerazione" [*Ibidem*]. Ma agli occhi del giurista "puro", la sua unità rappresenta più che altro "un *postulato* etico-politico, che l'*ideologia* politica assume come *reale* con l'aiuto di una *finzione* tanto universalmente accettata che, ormai, non si pensa più di criticarla" [*Ibidem*, corsivi miei]. Dietro questa finzione, l'unità del popolo rivela la sua funzione: dar conto della "sottomissione di tutti i suoi membri al medesimo ordine giuridico statale" [*Ibidem*].

Secondo Kelsen, però, questa concettualizzazione non è adeguata a un regime democratico. Dal momento che, in tale regime politico, il popolo viene inteso come soggetto e non come oggetto del potere, ossia come attore che partecipa alla creazione dell'ordine statale cui è al tempo stesso sottomesso, in democrazia si ten-

de a distinguere tra il popolo in senso passivo e il popolo in senso attivo: mentre il primo è semplicemente sottoposto alle norme dell'ordinamento, il secondo partecipa alla loro formazione esercitando i diritti politici. È la democrazia, dunque, a pretendere una più netta distinzione tra cittadini e stranieri, nazionali e non-nazionali: anche su questo punto si registra una convergenza con Sayad, secondo cui "il popolo sovrano sarebbe più esigente, sotto questo aspetto [dell'omogeneità nazionale], rispetto al monarca sovrano dell'assolutismo" [Sayad 1998, 7].

In conclusione, per Kelsen la distinzione-opposizione tra cittadini e stranieri continua a non rispondere a una necessità giuridica in senso stretto, ma può comunque avere una forte motivazione politica connessa alla garanzia della partecipazione democratica, che i nazionali vogliono riservare per sé e per chi rispetta determinati requisiti ideali da loro stabiliti. L'autore non approfondisce oltre il tema, ma non rinuncia a posizioni eterodosse quando afferma che "i diritti politici non devono essere affatto legati alla nazionalità" [Ivi, 61]. L'ampiezza della cittadinanza democratica è da sempre oggetto di conflitti, ma non c'è nessun ostacolo teorico o tecnico a estendere i diritti di partecipazione alle persone straniere, anzi: tale estensione potrebbe costituire una applicazione radicale del "principio democratico" in base al quale chi è destinatario di una norma coercitiva, deve poter concorrere alla sua definizione.

Nella sintesi che Sayad fa della tesi di Kelsen, si dice che lo straniero è istituito per legge come "soggetto alla competenza e all'autorità dello Stato di cui *non* fa parte, ma sul cui territorio risiede, vive e lavora, solo in ragione della sua presenza e per il tempo della sua presenza: una presenza il cui statuto è differente da quello del nazionale sul medesimo territorio" [Sayad 1998, 9]. Le riflessioni svolte fin qui confermano e arricchiscono questa posizione, avvicinando ancora di più le posizioni dei due autori. Per entrambi liberarsi dal pensiero di Stato significa riconoscere che la cittadinanza-nazionalità è un istituto discriminatorio, espressione di un privilegio. È la legge che stabilisce i criteri e le procedure per attribuire a una determinata persona la cittadinanza-nazionalità di uno Stato, istituendo i *confini demografici* e *valoriali* della comunità politica. Non esiste a rigore nessun popolo prima che l'ordinamento venga istituito e che legge stabilisca i confini della cittadinanza. La medesima legge che crea i cittadini crea, in negativo, gli stranieri. Quali diritti siano collegati a tale status è frutto di scelte politico-costituzionali.

Per decostruire fino in fondo la distinzione-opposizione tra cittadini e stranieri, nazionali e non-nazionali occorre sottoporre anche la nozione di “territorio” statale al medesimo trattamento critico cui sono state sottoposte le nozioni di sovranità e di popolo. Nel pensiero di Stato esiste un nesso organico tra queste nozioni, alimentato in modo più o meno diretto dal *mito dell'autoctonia*, secondo cui terra e popolo si appartengono da sempre e per sempre. In questa visione, la sovranità dello Stato si esercita primariamente attraverso il controllo dei confini esterni, posti a protezione del territorio e della cittadinanza da ogni elemento estraneo.

Kelsen critica le dottrine che intendono il nesso tra Stato e territorio come un rapporto fattuale di tipo *naturale* o *patrimoniale*, da cui discenderebbe la facoltà unilaterale dello Stato di stabilire i propri e di esercitare al loro interno un potere *esclusivo*. Queste dottrine sono accomunate da una medesima immagine antropomorfica dello Stato, concepito come un essere umano di grande formato: il territorio ne costituirebbe una dotazione originaria, alla stregua di ciò che il corpo è per un organismo vivente. Storicamente, tali dottrine sono state escogitate per giustificare la conquista o la volontà di potenza dei sovrani o degli Stati: il caso più emblematico è costituito dalla dottrina dei “confini naturali”, secondo cui il territorio di uno Stato dovrebbe coincidere con barriere geografiche come montagne, fiumi o mari, ritenute per varie ragioni confini ideali.

In alternativa a queste dottrine, Kelsen prospetta una teoria puramente giuridica del territorio articolata intorno a due aspetti. In primo luogo, poiché il diritto regola azioni e comportamenti umani che sono sempre situati nello spazio, l'esistenza di norme giuridiche postula l'esistenza di un territorio *definito* rispetto al quale tali norme sono valide. In secondo luogo, il carattere relativamente accentrato dell'ordinamento giuridico statale postula l'esistenza di un territorio *unitario*, ma non necessariamente continuo, rispetto al quale le norme sono valide in maniera uniforme. In breve: come il popolo è un ente teorico che concettualizza la sfera di validità personale di un ordinamento giuridico, così il territorio è un ente teorico che ne concettualizza la sfera di *validità spaziale*.

Una prospettiva di questo tipo mette in dubbio uno dei postulati fondamentali del pensiero di Stato: il potere di stabilire i confini come attributo essenziale della sovranità. Secondo Kelsen non sono gli Stati a determinare unilateralmente la sfera spaziale di validità degli ordinamenti nazionali: è l'*ordinamento interna-*

zionale che “determina e quindi *delimita reciprocamente le sfere territoriali di validità* dei diversi ordinamenti giuridici statali. Se le loro sfere territoriali di validità non fossero giuridicamente delimitate, se gli Stati non avessero dei confini fissati, i vari ordinamenti giuridici statali, cioè i molti Stati, non potrebbero coesistere senza conflitti” [Kelsen 1963, 213, corsivi miei]. È la celebre e contestata teoria della superiorità dell’ordinamento internazionale su quelli nazionali, a cui sembra alludere anche Sayad quando attribuisce al filosofo la tesi che lo Stato non sia l’unica forma di organizzazione giuridica che una comunità umana può darsi [Sayad 1998, 9].

In conclusione, anche se Kelsen non affronta le politiche migratorie, la sua prospettiva consente di mettere in dubbio anche un altro postulato del pensiero di Stato: il potere statale di controllare i confini per escludere le persone straniere dal territorio nazionale. Se il territorio statale rappresenta la sfera di validità di un ordinamento, la sovranità territoriale esprime soltanto l’esigenza che questo ordinamento si mantenga indipendente dalle interferenze di altri ordinamenti: ne consegue che il controllo dei confini è necessario giuridicamente solo per proteggere l’indipendenza dello Stato. Ma questa può essere minacciata solo da attacchi, aggressioni o occupazioni militari da parte di un altro Stato o di soggetti organizzati, non dalla mobilità di persone straniere attraverso le frontiere esterne. I controlli migratori, pertanto, non rappresentano una necessità immanente all’idea di Stato sovrano. Né possono essere giustificati per difendere la presunta omogeneità della comunità nazionale, in base a visioni etno-nazionaliste della cittadinanza¹⁴.

6. Il potenziale liberatorio della critica al pensiero di Stato

Viviamo in un’epoca in cui la *violenza di Stato* è praticata ed esibita impunemente, fino a degenerare in vere e proprie forme di terrorismo o in atti di genocidio. Le violenze anche letali che, da decenni, colpiscono le persone in movimento alle frontiere esterne e interne degli Stati ci hanno preparato psicologicamente a

14. Giustificazioni dei controlli migratori in base al principio di autodeterminazione delle comunità nazionali, immaginate come omogenee, si possono trovare in Walzer [1987], Moore [2015] e Miller [2016].

questa deriva, abituandoci giorno dopo giorno ad accettare che vite meritevoli di rispetto e di lutto venissero separate da altre vite, violabili e sacrificabili¹⁵. Il pensiero di Stato sembra celebrare la sua vittoria, chiamando pace un cumulo di cadaveri e di macerie.

Se queste violenze sono state accettate, se la gerarchizzazione dell'umanità lungo le linee della razza, della classe e del genere sono state normalizzate, fino alla totale disumanizzazione degli altri e delle altre, è anche perché queste pratiche sono state istituzionalizzate, erodendo i regimi democratico-costituzionali dall'interno attraverso il cosiddetto *diritto degli stranieri*. Da qui l'importanza strategica di sottoporre questo diritto *speciale* a una critica rigorosa, che ne riveli la sostanza di *diritto del nemico*. Da qui la necessità di liberare le nostre teorie e le nostre pratiche quotidiane dal pensiero di Stato, contestando i poteri e le violenze di confine in tutte le loro forme, per immaginare comunità vivibili per tutte e tutte: comunità plurali, non statali e non nazionali. Indubbiamente le risorse di cui dispongono oggi certe società private, certi governi, certi eserciti e certe polizie non ha precedenti nella storia e la capacità del diritto di porre limiti al loro dominio appare compromessa. Ma non abbiamo alternative: dobbiamo continuare a guardare alla cittadinanza e ai diritti come a dei campi di conflitto e resistenza, dall'esito non scontato.

L'inattesa ma profonda convergenza delle tesi di Hans Kelsen con quelle di Abdelmalek Sayad può dare *forma e materia* a questo programma. Sul piano più formale, la critica kelseniana alla reificazione di enti teorici come sovranità, popolo, territorio, ecc. si rivela cruciale per sospendere la fede nei dogmi del pensiero di Stato. Sul piano più materiale, la riscrittura kelseniana in termini funzionali della dottrina dello Stato e dei suoi elementi, ricondotti alle varie dimensioni della validità di un ordinamento, mostra il carattere politico e reversibile della distinzione tra cittadini e stranieri, nazionali e non-nazionali, emblema della costruzione giuridica della subalternità.

L'elogio che Sayad ha rivolto a Kelsen non è stato, dunque, un abbaglio ma una rivelazione: l'analisi delle sue ragioni e delle sue implicazioni ha mostrato il grande potenziale liberatorio che la critica al pensiero di Stato può costituire per la filosofia del diritto.

15. Su questi aspetti, il riferimento obbligato è a Butler [2024].

Riferimenti bibliografici

Anderson, B.

2013, *Us & Them? The Dangerous Politics of Immigration Control*, Oxford University Press, Oxford.

Arendt, H.

2009, *Le origini del totalitarismo* (1951), Einaudi, Torino.

Avallone, G.

2018, *Liberare le migrazioni. Lo sguardo eretico di Abdelmalek Sayad*, ombre corte, Verona.

Black, M.

1964, *The Gap Between 'Is' and 'Should'*, *The Philosophical Review*, vol. 73, n. 2, pp. 165-81.

Boudou, B.

2023, *Migration and the critique of 'state thought': Abdelmalek Sayad as a political theorist*, *European Journal of Political Theory*, 22, 3, pp. 399-424.

Bourdieu, P.

2013, *Sullo Stato. Corso al Collège de France. Volume I (1989-1990)*, Feltrinelli, Milano.

Butler, J.

2024, *Regimi di guerra. O della vita che non merita lutto* (2009), Castelvecchi, Roma.

Chetail, V.

2010, *L'actualité de la pensée d'Abdelmalek Sayad face aux paradoxes du droit international des migrations*, in AA.VV., *Actualité de la pensée d'Abdelmalek Sayad*, Editions Le Fennec, Casablanca, pp. 285-304.

Ferrajoli, L.

2016, *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Laterza, Bari-Roma.

Gazzolo, T.

2016, *Essere / dover essere. Saggio su Kelsen*, FrancoAngeli, Milano.

Gjergji, I.

2010, *La socializzazione dell'arbitrio. Alcune note sulla gestione autoritaria dei movimenti migratori*, in P. Basso (a cura di), *Razzismo di stato. Stati Uniti, Europa, Italia*, FrancoAngeli, Milano, pp. 439-466.

Habermas, J.

2013, *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica* (1996), Feltrinelli, Milano.

Kelsen, H.

1963, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), Edizioni di Comunità, Roma.

1989, *Il problema della sovranità. Contributo per una dottrina pura del diritto* (1920), Giuffrè, Milano.

2021, *La dottrina pura del diritto* (1960), Einaudi, Torino.

Mancini, L.

2019, *Teorie critiche del diritto. Riflessioni su diritto e migrazioni*, Materiali per una storia della cultura giuridica, n. 2, pp. 347-358.

Mezzadra, S., Neilson, B.

2013, *Border as Method, or, the Multiplication of Labor*, Duke University Press, Durham.

Miller, D.

2016, *Is There a Human Right to Immigrate?*, in S. Fine, L. Ypi (a cura di), *Migration in Political Theory. The Ethics of Movement and Membership*, Oxford University Press, New York, pp. 11-31.

Moore, M.

2015, *A Political Theory of Territory*, Oxford University Press, New York.

Oliveri, F.

2015, *Lotte dei migranti ai confini della cittadinanza: una proposta teorico-metodologica*, in M. Omizzolo, P. Sodano (a cura di), *Migranti e territori. Lavoro, diritti, accoglienza*, Ediesse, Roma, pp. 133-158.

- 2020a, *I “poteri di confine” e i loro limiti. Per una genealogia del diritto italiano dell’immigrazione*, in F. Biondi Dal Monte, E. Rossi (a cura di), *Diritti oltre frontiera. Migrazioni, politiche di accoglienza e integrazione*, Pisa University Press, Pisa, pp. 109-146.
- 2020b, *Dalla ‘razza’ alla razzializzazione. Una proposta teorico-metodologica per comprendere e contrastare i razzismi contemporanei*, *Teoria e critica della regolazione sociale*, 2, pp. 234-249.
- 2021, *Governare attraverso la paura: le politiche migratorie emergenziali e securitarie come paradigma*, *Jura Gentium*, 18, 1, pp. 290-302.
- Palidda, S.
2007, *Mobilità umane. Introduzione alla sociologia delle migrazioni*, Raffaello Cortina Editore, Milano.
- Pérez, A.
2023, *Bourdieu and Sayad Against Empire: Forging Sociology in Anticolonial Struggle*, Polity, Cambridge.
- Raimondi, F.
2016, *Migranti e stato. Saggio su Abdelmalek Sayad*, ombre corte, Verona.
- Rigo, E.
2018, *Soggetti e spazi in trasformazione: appunti per una Critical Migration Theory*, in M.G. Bernardini, O. Giolo (a cura di), *Le teorie critiche del diritto*, Pacini, Pisa, pp. 133-149.
- 2022, *La straniera. Migrazioni, asilo, sfruttamento in una prospettiva di genere*, Carocci, Roma.
- Sajir, Z., Molinero-Gerbeau, Y.
2025, *Within the State and Without the Nation: Unraveling the Nation-State’s Dual Role in the Lives of Migrant Descendants Through Sayad’s Critical Sociology*, *Italian Sociological Review*, 15, 12S, pp. 205-232.
- Santoro, E.
2021, *Democrazia escludente e integrazione neoschiavista. Saggi di diritto degli stranieri*, Pacini, Pisa.

Sayad, A.

- 1996, *L'immigration et la 'pensée d'État'. Réflexions sur la 'double peine'*, in S. Palidda (a cura di), *Délit d'immigration. La construction sociale de la déviance et la criminalité parmi les immigrés en Europe*, rapporto COST A2, Migrations, Communauté Européenne, Bruxelles, pp. 11-19.
- 1998, *L'immigration et la 'pensée d'État'. Réflexions sur la 'double peine'*, Regards Sociologiques, n. 16, pp. 5-21.
- 1999a, *Immigration et "pensée d'État"*, Actes de la recherche en sciences sociales, vol. 129, pp. 5-14.
- 1999b, *L'immigration et la pensée d'État*, in Id., *La double absence. Des illusions de l'émigré aux souffrances de l'immigré*, Seuil, Paris.
- 2002, *La doppia assenza. Dalle illusioni dell'emigrato alle sofferenze dell'immigrato*, Raffaello Cortina Editore, Milano.
- 2006a, *L'immigration ou Les paradoxes de l'alterité. I. L'illusion du provisoire* (1991), Raison d'agir, Bruxelles.
- 2006b, *L'immigration ou Les paradoxes de l'alterité. II. Les enfants illégitimes* (1991), Raison d'agir, Bruxelles.

Walzer, M.

- 1987, *Sfere di giustizia* (1983), Feltrinelli, Milano.

Zolo, D.

- 1998, *I signori della pace. Una critica del globalismo giuridico*, Carocci, Roma.