



KELSEN E IL PROBLEMA DEL FONDAMENTO DEL DIRITTO

Posted on 22 April 2026 by Lorenzo Vittorio

Petrosillo

Category: [Pensare il diritto](#)

La collocazione storico-culturale di Hans Kelsen (1881-1973) rispetto alle correnti del pensiero giuridico europeo spiega molto della sua teoria generale del diritto e della *Grundnorm*, la Norma fondamentale. Considerato per pressoché unanime consenso quale massimo esponente e teorico del positivismo giuridico novecentesco, Kelsen viene spesso convenzionalmente incasellato agli antipodi del giusnaturalismo e dei vari suoi corollari, cioè agli antipodi di tutte quelle varie concezioni del diritto naturale che vanno dalle idee (di matrice cristiana o laica) di legge naturale, giustizia “vera” contrapposta a giustizia “legale”, sino alle suggestioni di una fondamentale dialettica (articolantesi in sovrapposizioni e contrapposizioni, se non proprio reciproche negazioni) tra norma e diritto. E ciò è corretto, perché Kelsen muove dall’idea, davvero centrale nella sua dottrina, della coincidenza del diritto con il sistema delle norme vigenti. Ma va precisato meglio quanto invece la kelseniana teoria generale del diritto segni nella storia del pensiero giuridico anche un recupero di alcuni elementi imprescindibili del vecchio giusnaturalismo.

Se infatti Kelsen respinge il contenuto del giusnaturalismo, ossia l’ideologia della giustizia superiore alle singole norme, allo stesso tempo egli conserva del giusnaturalismo l’astrattezza universale nella sua dottrina della struttura formale della norma vigente e legale. Ai giusnaturalisti interessava soltanto il

ilpensierostorico.com

Kelsen e il problema del fondamento del diritto

<https://ilpensierostorico.com/kelsen-e-il-problema-del-fondamento-del-diritto/>

contenuto universale del diritto (una giustizia naturale o cristiana declinabile nei vari diritti dei popoli e fin nelle più specifiche norme vigenti); il contenuto di questo diritto veniva dedotto per logica partendo dalle singole norme, e così pure, all'opposto, era possibile dedurre le singole norme (e i singoli ordinamenti giuridici) partendo dall'idea unica, universale e astratta del diritto naturale. Le grandi teorie cartesiane del diritto (più o meno cristianizzate), col loro corollario di *interpretatio more geometrico* dei singoli ordinamenti giuridici a partire dal diritto romano, il più prossimo all'ideale *jus naturale*, si spingono ben addentro nel XVIII secolo e attraversano sottotraccia anche il secolo diciannovesimo per poi riemergere trasformate nella seconda metà del XX secolo. Orbene, Kelsen respinge il *contenuto* ma non la *forma astratta* e universale del diritto-norma. Quanto a validità universale in lui la struttura formale della norma, indifferente ai contenuti, fa le veci del vecchio diritto naturale. Kelsen, nonostante comunemente si pensi il contrario, non è un relativista e la sua dottrina pura del diritto conserva il punto fermo della idea (o della pretesa) della validità universale, dove però la validità universale si limita alla forma e non al contenuto (e meno che meno al contenuto morale) del diritto. Anzi: il diritto kelseniano è pura forma e procedura; il contenuto o è ideologia oppure mistificazione. In entrambi i casi il contenuto si colloca su una sfera estranea al diritto scientificamente, puramente inteso.

Da queste ultime considerazioni si può cogliere il debito della kelseniana teoria generale del diritto rispetto all'altra grande tradizione giuridica della modernità occidentale: lo storicismo, e in particolare la scuola storica di Friedrich Carl von Savigny. Lo storicismo giuridico, sotto le cui ultime propaggini e influenze di fine secolo Kelsen si era formato, pur attingendo copiosamente anche ad altre più aggiornate correnti di pensiero giuridico, aveva inferto colpi micidiali a tutte le variegate correnti giusnaturalistiche. L'eredità giusnaturalistica dell'idea di un diritto razionale e universale calato dall'alto verso il basso (i diritti viventi) per il tramite delle interpretazioni e deduzioni logiche dei grandi giuristi aveva conosciuto una sua geometrica sistemazione nelle grandi codificazioni intrise di ideologia illuministica. Il

ilpensierostorico.com

Savigny e la scuola storica e romantica del diritto avevano invece riportato al centro della riflessione e della vita del diritto lo spontaneismo, il *Geist* individuale e peculiare dei popoli, il diritto consuetudinario legato a doppio filo con la storia del singolo popolo e anzi con esso coincidente. All'universalismo dei contenuti del diritto erano subentrate le relativizzazioni e le peculiarità dei diritti delle singole nazioni e micro-nazioni. Ebbene, Kelsen eredita proprio dallo storicismo una spiccata avversione all'ideologia del contenuto. Se il diritto naturale si dissolve nei vari e peculiari diritti nazionali esso cessa di esistere nel suo contenuto universalistico e, appunto, come legge naturale comune a tutti gli uomini. Cessa cioè di essere il portatore di una ideologia (e nello specifico dell'ideologia giusnaturalistica, laica o cristiana) di valenza ecumenica.

Dunque in Kelsen assistiamo in buona sostanza, come prestito dallo storicismo, allo svuotamento del contenuto universale (giusnaturalistico) del diritto. Ma al contempo assistiamo a una fortissima riaffermazione della validità universale del diritto, non più nel suo contenuto ma nella sua struttura formale, neutra e astratta del "dover essere" (il celebre *Sollen*).

Questo diritto kelseniano del *Sollen*, il "comando de-psicologizzato", incentrato sulla volontà pura e indifferente a ogni contenuto (o meglio, riempibile di tutti i contenuti possibili a seconda delle scelte del decisore politico) vive avulso dal mondo extragiuridico dell'"essere", l'altrettanto celebre *Sein*, declinabile nelle infinite sfaccettature della complessità del reale. Il *Sein* è l'etichetta filosofica entro cui Kelsen raggruppa i fatti in senso lato: gli atteggiamenti psicologici, le ideologie (compreso il giusnaturalismo), la politica di potenza, il pacifismo, la morale, la religione, la storia, la sociologia (compresa la sociologia del diritto, etc). Kelsen scienziato tiene rigidamente separato il diritto puro del *Sollen* dal mondo extragiuridico del *Sein* e respinge o relega nell'anti-scientificità ogni possibile intersezione tra i due mondi. Eppure proprio al vertice del concettualmente grandioso sistema kelseniano si nasconde l'aporia esiziale.

ilpensierostorico.com

Il diritto puro è un sistema di norme e procedure del “dover essere”, un sistema coerente e razionale dove tutto si tiene. Una norma è tale (cioè legale e vigente) perché prodotta conformemente alle procedure stabilite dalla norma gerarchicamente superiore (es. legge ordinaria prodotta con procedura legale stabilita dalla legge costituzionale). A sua volta la norma costituzionale presuppone altra norma superiore; in teoria si potrebbe procedere a ritroso senza mai fermarsi ma Kelsen esclude esplicitamente il *regressum ad infinitum* e a un certo punto elabora la nozione della Norma Fondamentale (*Grundnorm*), una norma non posta ma presupposta e che giustifica l’esistenza e la legalità della costituzione legale e, a cascata, di tutte le norme di rango inferiore. Ma l’aporia sta proprio qui: al vertice della gerarchia del *Sollen* troviamo una entità nebulosa (*Grundnorm*) il cui fondamento – come scrive lo stesso Kelsen in alcune tra le sue concettualmente più alte ma tormentate pagine – va a porsi in un fatto storico-mitologico: l’originaria *usurpazione* del potere, la più antica Carta da cui discende l’attuale costituzione (in un dato ordinamento giuridico) e che segnò una rottura con una legalità precedente. Ma rottura di legalità significa, appunto, un atto di rivoluzione o di usurpazione, cioè uno straripamento del *Sein* extragiuridico nel puro diritto del *Sollen*. La *Grundnorm*, a differenza di tutte le altre norme kelseniane, non è posta da alcuna autorità legittima né risulta il prodotto di procedure conformi alla legalità.

Come ben si comprende, l’aporia del fondamento della *Grundnorm* travolge la coerenza conchiusa dell’intero sistema kelseniano. Non è un caso se molti studiosi positivisti, estimatori di Kelsen, espungano dal sistema la Norma Fondamentale ritenendola solo una inutile e non necessaria complicazione, residuo della formazione filosofica kantiana di Kelsen. Invece questa *Grundnorm* kelseniana, a considerarla per il ruolo-cardine che Kelsen le attribuisce, non può essere espunta. Essa richiama molto da vicino l’antica idea del diritto naturale (o qualunque cosa si intenda per esso); si potrebbe quasi sostenere che la Norma fondamentale non sia altro che il surrogato laicizzato, relativizzato, modernizzato della legge naturale. Ossia: una implicita ammissione da parte del più grande positivista del XX secolo che, in definitiva,

ilpensierostorico.com

ogni sistema di norme, ogni diritto positivo, non è mai autosufficiente, non si basa su se stesso e rinvia a un sistema *altro*, di natura completamente diversa.

Di Kelsen resta attuale il magnifico impianto procedurale. Se si prescinde dalle ineliminabili interferenze del *Sein*, il diritto inteso come *Sollen*, come dover essere proceduralizzato e astratto conserva un suo fascino e una valenza anti-ideologica. La struttura formale, se da un lato può condurre alla indifferenza contenutistica e quindi aprire la strada ai contenuti più abietti e totalitari purché “legali”, dall’altro - se correttamente maneggiata - pone comunque un argine ai possibili stravolgimenti extralegali e extraprocedurali, cioè agli abusi e agli arbitri del potere tecnocratico e del fanatismo ideologico. Questo, forse, il lascito più attuale e duraturo di Hans Kelsen.

ilpensierostorico.com

Kelsen e il problema del fondamento del diritto

<https://ilpensierostorico.com/kelsen-e-il-problema-del-fondamento-del-diritto/>