

1. *Per iniziare: esistono “fatti normativi”?*

«In ogni sistema di morale in cui finora mi sono imbattuto [...] a un tratto scopro con sorpresa che al posto delle abituali copule è e *non* è incontro solo proposizioni che sono collegate con un *deve* o un *non deve*; si tratta di un cambiamento impercettibile, ma che ha, tuttavia, la più grande importanza».

In questo celebre passo di Hume¹ affonda una delle radici del pensiero occidentale, il divieto di violare la «grande divisione» tra fatti e valori e di incorrere nella «fallacia naturalistica». Con ciò il tema di questo scritto potrebbe considerarsi già esaurito, assicurando una risposta nettamente negativa al quesito posto nel titolo del paragrafo. Tuttavia il diritto è il campo dei miracoli dove qualsiasi trasformazione può compiersi, o almeno può essere tentata. E la trasformazione dei “fatti” in “norme” non sembra fare eccezione.

Tutto trae origine da un'ovvia constatazione: che il mondo dei fatti e quello delle norme non sono separati con nettezza, ma presentano sovrapposizioni interessanti, che si possono percepire in contesti diversi. La filosofia analitica, per esempio, aveva "scoperto" che le prescrizioni possono contenere enunciati "fattuali" (il "frastico") che, come tali, possono risultare "sbagliati"². Ma se passiamo dalla raffinata analisi del linguaggio alla ben più convulsa realtà del diritto, che ci siano norme "sbagliate", perché in contrasto con i "fatti", è di comune esperienza. L'«erroneo presupposto di fatto» e il «travisamento dei fatti» sono tradizionali vizi che configurano l'eccesso di potere dei provvedimenti amministrativi; ma anche dei "provvedimenti" legislativi³. Non è caratteristica del solo "provvedere": più in generale, come la giurisprudenza costituzionale ci ha rilevato, non c'è legge che non debba fare i conti con i "fatti"; intere figure argomen-

tative impiegate usualmente dalla Corte costituzionale – per esempio, l'«anacronismo legislativo», l'«id quod plerumque accidit» e, per l'opposto, l'eccezionalità della situazione; e soprattutto la irragionevolezza per la mancanza di congruità tra la legge e le sue finalità⁴ – sono dimostrazione della ovvia realtà che la considerazione dei “fatti” condiziona sempre la validità delle norme.

Quando si parla della ‘normatività del fattuale’, però, non è a questa prospettiva che si limita lo sguardo. Cioè, non è al “fondamento fattuale” del diritto che ci si rivolge, ma affiora qualcosa di molto più impegnativo per la teoria del diritto e, soprattutto, per la teoria del diritto costituzionale. Come ora si vedrà.

2. Ex facto oritur ius

«La relazione tra il fatto e il diritto, che il notissimo aforisma [...] asserisce, è in realtà tutt'altro che evidente, perché è possibile intender-