

**«INGEGNERIA LEGISLATIVA» E «GEOGRAFIA FUNZIONALE».  
ALCUNE RIFLESSIONI INTORNO ALLA RILEVANZA DEL “FATTO”  
NEL DIRITTO COSTITUZIONALE, A PARTIRE DA UNA RECENTE  
PRONUNCIA IN MATERIA DI AUTONOMIA**

**PAOLO COSTA**

(Dottore di ricerca in Diritto costituzionale,  
Università cattolica del Sacro Cuore di Milano)

Data di pubblicazione: 29 luglio 2019

Il presente articolo è stato sottoposto a procedura di doppio referaggio anonimo.

SOMMARIO: 1. La sentenza n. 33 del 4 marzo 2019. – 2. «Ingegneria legislativa» e «geografia funzionale». – 2.1. Tra legalità e autonomia. – 2.2. Tra diritto e fatto. – 3. La rilevanza del “fatto” nella giurisprudenza costituzionale: dallo scrutinio *per tabulas* ... – 3.1. ... all’“emancipazione” del principio di ragionevolezza ... – 3.2. ... alla “natura della cosa”. – 4. Le prospettive aperte dalla sentenza n. 33/2019.

### 1. *La sentenza n. 33 del 4 marzo 2019*

Con la sentenza n. 33 del 4 marzo 2019 la Corte costituzionale si è pronunciata sulla legittimità dell’obbligo di gestione associata di funzioni e servizi locali previsto dall’articolo 14 del d.l. 31 maggio 2010 n. 78, convertito con modificazioni dalla l. 30 luglio 2010 n. 122.

La disposizione, è noto, prevede l’obbligo per i piccoli comuni di esercitare in forma associata, mediante unioni di comuni o convenzioni, le funzioni qualificate come fondamentali dal comma 27.

Diverse le questioni di costituzionalità sollevate dal giudice *a quo* in ordine all’articolo 14 (altre hanno riguardato invece una disposizione di legge regionale della Campania), ma solo una infine quella accolta. Con sentenza additiva di accoglimento, la Corte ha dichiarato l’illegittimità costituzionale del solo comma 28 «nella parte in cui non prevede la possibilità, in un contesto di Comuni obbligati e non, di dimostrare, al fine di ottenere l’esonero dall’obbligo, che a causa della particolare collocazione geografica e dei caratteri demografici e socio ambientali, del Comune obbligato, non sono realizzabili, con le forme associative imposte, economie di scala e/o miglioramenti, in termini di efficacia ed efficienza, nell’erogazione dei beni pubblici alle popolazioni di riferimento».

In sintesi, la normativa risultante dalla censura della Corte vede la permanenza dell’obbligo di gestione associata per i piccoli comuni, temperato

tuttavia dalla possibilità, riconosciuta a questi ultimi, di sottrarvisi dando prova, sulla base di elementi fattuali, che la gestione associata non assicura livelli più elevati di efficienza ed efficacia.

Viene meno in questo modo un “automatismo legislativo”. I parametri costituzionali posti a fondamento della pronuncia sono «l’art. 3 Cost., nel combinato disposto con gli artt. 5, 97 e 118 Cost., rispetto ai principi autonomistico, di buon andamento, di differenziazione e adeguatezza»<sup>1</sup>; si fondono tuttavia e si risolvono – com’è inevitabile quando si tratta di sindacato, appunto, su un automatismo legislativo – in un giudizio di ragionevolezza, che nel caso di specie prende la forma del cosiddetto test di proporzionalità: «in tutti questi casi, solo esemplificativamente indicati, in cui l’ingegneria legislativa non combacia con la geografia funzionale, il sacrificio imposto all’autonomia comunale non è in grado di raggiungere l’obiettivo cui è diretta la normativa stessa; questa finisce così per imporre un sacrificio non necessario, non superando quindi il test di proporzionalità»<sup>2</sup>.

Ad una prima considerazione, la pronuncia potrebbe non apparire particolarmente significativa. Il canone ermeneutico a cui fa ricorso è, come appena detto, il consueto principio di ragionevolezza, declinato nei termini della proporzionalità<sup>3</sup>. Vi è altresì un ancoraggio espresso a disposizioni

---

<sup>1</sup> Punto 7.5 del *Considerato in diritto*.

<sup>2</sup> *Ibidem*.

<sup>3</sup> Ci si limita a tale affermazione, senza indugiare sulla natura più o meno autonoma dei due principi, dacché è la Corte stessa, anche in questo caso, a badare poco all’aspetto terminologico. Nel medesimo punto 7.5 del *Considerato in diritto*, in cui si invoca il test di proporzionalità, si trova infatti affermato: «Tali esoneri dall’obbligo e la necessaria interlocuzione con gli enti locali, già prefigurati dalla normativa impugnata, sono quindi da estendere come qui indicato, in modo da evitare che la rigidità della disciplina possa condurre, *irragionevolmente*, a effetti contrari alle finalità che la giustificano».

costituzionali, e anzitutto all'articolo 3: circostanza che certo non la colloca tra gli sviluppi più avanzati del giudizio di ragionevolezza, che vedono invece una sua progressiva autonomizzazione rispetto al parametro dell'uguaglianza<sup>4</sup>. La tecnica decisoria, poi, è una tradizionale sentenza additiva.

La pronuncia appare invece maggiormente significativa se considerata con riguardo al *thema* concreto portato all'attenzione della Corte. La particolarità del *thema* suggerisce infatti alcune riflessioni intorno al principio di ragionevolezza e a una delle sue più significative implicazioni teoriche e pratiche: la rilevanza del "fatto" nel diritto costituzionale.

---

<sup>4</sup> G. SCACCIA, *Controllo di ragionevolezza delle leggi e applicazione della Costituzione*, in A. CERRI (a cura di), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, numero monografico di *Nova juris interpretatio*, Roma 2007, 293, 294; M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, relazione alla Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, 24-26 ottobre 2013, 1, 2, consultabile all'indirizzo [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

La letteratura e la giurisprudenza sul principio di ragionevolezza sono ovviamente assai vaste e non è possibile darne conto in queste brevi annotazioni. Oltre a quelle già citate, senza pretesa alcuna di esaustività ci si limita a segnalare alcune opere di ampio respiro: A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano 2001; L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano 2005; F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli 2007.

## 2. «Ingegneria legislativa» e «geografia funzionale»

### 2.1. Tra legalità e autonomia

La pronuncia tocca un punto nevralgico dell'attuazione (e dell'inattuazione, ormai ai confini dell'inattualità<sup>5</sup>) del disegno autonomistico costituzionale. Ci si riferisce all'esistenza di una qualche "ontologia giuridica" delle autonomie, di un loro substrato sostanziale giuridicamente rilevante, costituzionalmente necessitato, legislativamente indisponibile.

Il problema è noto e tutt'altro che teorico. Non può essere liquidato come un caso di ipostatizzazione *praeter necessitatem*.

L'articolo 5 della Costituzione parla espressamente di riconoscimento delle autonomie locali, lasciando così intravedere l'esistenza di un *quid proprium* di queste ultime preesistente alla norma che lo "riconosce". Le disposizioni del Titolo V contemplano inoltre prerogative delle autonomie territoriali espressamente qualificate come "proprie": «propri statuti, poteri e funzioni», «funzioni amministrative proprie», «tributi ed entrate propri», «proprio patrimonio». Strettamente legata alla nozione di ciò che è "proprio" è poi la nozione di ciò che è "fondamentale" (posto a fondamento, e dunque costitutivo): attributo che, nel caso delle autonomie, il testo costituzionale predica con riguardo ad una specifica categoria di funzioni amministrative locali.

A tale riconoscimento e a tali qualificazioni, tuttavia, non ha mai fatto sèguito, né sul piano legislativo né sul piano giurisprudenziale, un'adeguata

---

<sup>5</sup> Il riferimento è al fenomeno così definito da PIETRO COSTA, *Dalla "inattuazione" alla "inattualità" della Costituzione: qualche considerazione introduttiva*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2013.

rielaborazione concettuale che gli conferisse una portata sostanziale effettiva. Ciò che è “proprio” o “fondamentale” dell’autonomia territoriale, invero, sembra essere ancora costituzionalmente indefinito, non più di un rinvio alla legge, e pertanto disponibile al legislatore ordinario; lo testimoniano una storia legislativa fatta di inattuazioni e talvolta di attuazioni in *malam partem* e un atteggiamento giurisprudenziale di freddezza<sup>6</sup>.

Nella definizione del *quid proprium* sostanziale dell’autonomia territoriale, insomma, sembra che la Costituzione abbia scarsa presa diretta e l’*interpositio legislatoris* giochi ancora un ruolo fondamentale. L’esito pratico è che nel conflitto tra principio di legalità e principio autonomistico di norma è il secondo a soccombere<sup>7</sup>.

La sentenza n. 33/2019 potrebbe segnare un momento di significativo riequilibrio tra i due principi.

Il principio di ragionevolezza è chiamato in questione proprio per risolvere una frizione tra principio di legalità e principio autonomistico, sintetizzata suggestivamente come caso in cui «l’ingegneria legislativa non combacia con la geografia funzionale». È vero che il titolo competenziale principale riconosciuto alla legislazione statale è la materia «coordinamento

---

<sup>6</sup> Osserva M. GALDI, proprio a commento della sentenza n. 33/2019: «l’ordinamento repubblicano è stato, praticamente a partire dalla sua data di nascita (cioè dall’entrata in vigore della Costituzione), alla perenne ricerca di una disciplina compiuta, che sistemasse organicamente la materia degli enti locali, adeguandola alle esigenze dell’autonomia e del decentramento; compito questo a lungo disatteso dalla Repubblica, che oggi è chiamata, come giustamente sottolinea la Corte, nuovamente a misurarsi con le esigenze “ordinamentali” imposte dai tempi nuovi» (*L’obbligatorietà di forme associative per gli enti locali fra tentativi di attuazione e ristabilimento dello status quo. Commento a Corte cost., 4 marzo 2019, n. 33, in Diritti fondamentali, 1/2019, 18*).

<sup>7</sup> Emblematico il caso della sentenza n. 303 del 1° ottobre 2003.

della finanza pubblica» e non la materia «funzioni fondamentali dei Comuni»<sup>8</sup>; ma è altrettanto vero che attraverso la materia «coordinamento della finanza pubblica», notoriamente trasversale, la disposizione impugnata comunque tocca (ancorché con una «portata innovativa solo parziale»<sup>9</sup>) le funzioni fondamentali dei comuni e la relativa organizzazione. Non è un caso se la pronuncia, quasi a monito e in fondo senza stretta necessità argomentativa, richiami altresì l'attenzione «sui gravi limiti che, rispetto al disegno costituzionale, segnano l'assetto organizzativo dell'autonomia comunale italiana, dove le funzioni fondamentali risultano ancora oggi contingentemente definite con un decreto-legge che tradisce la prevalenza delle ragioni economico finanziarie su quelle ordinamentali»<sup>10</sup>.

## 2.2. *Tra diritto e fatto*

Al di sotto della frizione tra principio di legalità e principio autonomistico, si intravede facilmente la questione del rapporto tra diritto (*sub specie* di «ingegneria legislativa») e fatto (*sub specie* di «geografia funzionale»).

In linea generale, è noto che nel giudizio di legittimità costituzionale (in ragione anzitutto del carattere generale e astratto della legge e della libertà dei fini propria della medesima) tale rapporto è più complesso che in altri

---

<sup>8</sup> Punto 7.4 del *Considerato in diritto*.

<sup>9</sup> Circostanza che secondo la Corte rende il decreto-legge fonte idonea a disciplinare la materia (punto 6.3.3 del *Considerato in diritto*).

<sup>10</sup> Punto 7.6 del *Considerato in diritto*.

ambiti giuridici<sup>11</sup>: è una complessità che investe in modo particolare la giurisprudenza sviluppatasi intorno al principio di ragionevolezza<sup>12</sup>.

Ma nel caso di specie pare esservi qualcosa di più.

L'operazione ermeneutica compiuta dalla Corte non sembra riducibile ad un semplice caso di irragionevolezza della legge o di bilanciamento tra interessi o valori sottostanti a più disposizioni costituzionali. Il richiamo al principio di proporzionalità è argomentativamente stringente ma, in fondo, suona quasi come un richiamo “apparente” in chiave di autolegittimazione<sup>13</sup>. La questione avrebbe potuto essere sbrigativamente liquidata addirittura senza ricorrere al principio di ragionevolezza, limitandosi, ad esempio, ad invocare una diretta violazione del principio di buon andamento della pubblica amministrazione.

---

<sup>11</sup> Sul rapporto tra diritto e fatto, in una prospettiva più generale, può vedersi il classico saggio di A.E. CAMMARATA, *Il significato e la funzione del “fatto” nell’esperienza giuridica*, in *Formalismo e sapere giuridico*, Milano 1963.

<sup>12</sup> «Ci sono tipi di giudizio», osserva R. BIN, «in cui la rilevanza delle circostanze fattuali è particolarmente avvertibile. Tale è per esempio il giudizio di ragionevolezza, di proporzionalità e di bilanciamento degli interessi. Essi si snodano attraverso “tappe” diverse [...] Nessuna di esse può svolgersi “in astratto”, prescindendo cioè dall’accertamento delle circostanze di fatto», *Il fatto nel diritto costituzionale*, relazione al XXIX Convegno AIC, Catanzaro 16-18 ottobre 2014, in *Annuario 2014. Prassi, convenzioni e consuetudini nel diritto costituzionale*, Napoli 2015, 43 s.

<sup>13</sup> Fenomeno, quest’ultimo, non inconsueto e non sorprendente. «La predeterminazione dei paradigmi di giudizio», è stato osservato, «[...] agisce [...] sul piano della *legittimazione* della Corte, spesso sospettata – specialmente nell’ambito dei giudizi di ragionevolezza e proporzionalità – di travalicare i confini delle scelte giurisdizionali per sconfinare nell’ambito del merito politico», M. CARTABIA, *op. cit.*, 7.

Ma non è ciò che ha fatto la Corte, e liquidazioni troppo sbrigative trascurerebbero la densità di implicazioni teoriche della pronuncia, la quale, a dispetto dell'uso di consolidate formule ermeneutiche, potrebbe rappresentare un'ulteriore evoluzione del principio di ragionevolezza e, in definitiva, del sotteso rapporto tra diritto e fatto.

Nell'argomentazione della Corte, in effetti, il rapporto complesso tra diritto e fatto (è questo lo snodo cruciale) sembra culminare addirittura in una "tensione"<sup>14</sup>.

Per tentare di darne dimostrazione è necessario indugiare brevemente sulle tappe fondamentali dello sviluppo del principio di ragionevolezza.

### 3. La rilevanza del "fatto" nella giurisprudenza costituzionale: dallo scrutinio per tabulas ...

Il principio di ragionevolezza, occorre rammentarlo, fatica a delinearsi con nitidezza nella giurisprudenza costituzionale italiana rispetto ad altre esperienze giuridiche, in particolare anglosassoni<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Possibilità, questa, già evidenziata in dottrina: «il ruolo dei fatti esprime la tensione tra *Sein* e *Sollen*; in sede teorica, offre perciò un punto d'osservazione privilegiato circa la soglia oltre la quale il fatto si traduce nel diritto, l'"essere" diventa "dover essere". Tuttavia la questione non è solo teorica, non tocca unicamente gli elementi di concretezza che circondano il sindacato sulle leggi. È questione pratica, nella misura in cui uno *screening* a tappeto sulla giurisprudenza della Corte possa rendere quest'ultima pienamente consapevole dei propri standard di giudizio», M. AINIS, *Sul rilievo del "fatti" nel giudizio di legittimità costituzionale*, in *Rivista AIC*, 7 luglio 2010, 3.

<sup>15</sup> M. CARTABIA, *op. cit.*, 3. Uno dei principali "laboratori" pratici di elaborazione del principio di ragionevolezza è notoriamente la giurisprudenza statunitense intorno

È una fatica fisiologica dei sistemi di giustizia costituzionale che si collocano nell'alveo del cosiddetto modello austriaco.

I sistemi di *common law* ben si prestano a rielaborazioni poggianti su una “ragione giuridica” che rivendica una certa indipendenza rispetto al diritto statuito. Basti rammentare la divaricazione radicale tra la concezione del diritto di Edward Coke (espressione paradigmatica dell’atteggiamento dei giuristi di *common law*) e quella di Thomas Hobbes (massimo teorico della volontà sovrana, considerato non di rado antesignano del positivismo giuridico<sup>16</sup>) resa celebre da alcuni passi del *Leviathan* in cui Hobbes contrappone alla «*Juris prudentia* o saggezza dei giudici» la «ragione di questo nostro uomo artificiale, lo stato e il suo comando, che detta legge»<sup>17</sup>.

---

all’applicazione del XIV Emendamento del 1868 (la cosiddetta *Equal protection clause*). A livello continentale, si deve invece a Gerhard Leibholz la classica formulazione teorica del principio (G. LEIBHOLZ, *Die Gleichheit vor dem Gesetz. Eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage*, Berlino 1925).

<sup>16</sup> Ci si limita a segnalare M.A. CATTANEO, *Il positivismo giuridico inglese. Hobbes, Bentham, Austin*, Milano 1962. Per una relativizzazione della continuità tra Hobbes e il giuspositivismo, dovuta alla “mediazione” che Hobbes assegna al diritto naturale, M. RHONHAIMER, *La filosofia politica di Thomas Hobbes. Coerenza e contraddizioni di un paradigma*, Roma 1997, 229 ss.

<sup>17</sup> «I nostri giuristi concordano sul fatto che la legge non può mai essere contro ragione e che non è legge il documento (cioè ogni sua costituzione) ma ciò che si accorda con l’intenzione del legislatore. E questo è vero. Ma il dubbio è sul tipo di ragione che deve essere accettata come legge. Non si intende ogni ragione privata, perché allora ci sarebbero nelle leggi tante contraddizioni quante ce ne sono nelle scuole; e neppure, tuttavia, (come pretende Sir Edward Coke), una *perfezione artificiale della ragione, ottenuta con un lungo studio; con l’osservazione e l’esperienza* (come nel suo caso) [...] Non è quindi quella della *Juris prudentia* o saggezza dei giudici subordinati, ma la ragione di questo nostro uomo

Il modello austriaco nasce invece condizionato *ab origine* dall'immagine kelseniana del “legislatore negativo”. È quest'ultima un precipitato della stessa concezione normativista del diritto, che, notoriamente, tende ad attribuire una limitatissima rilevanza giuridica a ciò che non poggia su norme positive<sup>18</sup>.

La Corte costituzionale italiana si colloca nella tradizione del modello austriaco. Di qui, probabilmente, la sua resistenza, il suo *self-restraint* forse, ad una ricezione ampia del principio di ragionevolezza. Per diverso tempo è apparsa impegnata più che altro a preservare il fondamento della propria legittimazione mostrandosi quale *bouche de la Constitution* (si pensi solo alla distinzione tra norme precettive e norme programmatiche fatta propria dalla Corte fin dalla sua prima pronuncia). Di qui, probabilmente, anche l'origine di “stili ermeneutici” e di tecniche decisorie improntati all'idea di uno scrutinio *per tabulas*, in cui il “fatto” ha per definizione poco o nessun rilievo.

---

artificiale, lo stato e il suo comando, che detta legge», *Leviatano* (1951), ed. it. Milano 2001, 437, 439.

<sup>18</sup> «L'annullamento di una legge avviene essenzialmente in applicazione delle norme della costituzione: manca qui del tutto la libera creazione che caratterizza l'attività legislativa. Mentre il legislatore è vincolato dalla costituzione solo per ciò che riguarda il procedimento ed in modo del tutto eccezionale per quanto attiene al contenuto delle leggi da emanare, e solo mediante principi o direttive generali, i poteri del legislatore negativo, dell'organo di giustizia costituzionale, sono invece completamente stabiliti dalla costituzione», H. KELSEN, *La giustizia costituzionale* (1928), ed. it. Milano 1981, 174.

### 3.1. ... all'“emancipazione” del principio di ragionevolezza...

Il modello dello scrutinio *per tabulas* non è stato certo superato; ma è stato quantomeno attenuato nella sua rigidità dal graduale sviluppo giurisprudenziale del principio di ragionevolezza, dei suoi postulati e dei suoi corollari.

Un ulteriore consolidamento del principio è segnato dalla già riferita “autonomizzazione” dal principio di uguaglianza, che si è tradotta nel progressivo affievolimento dello schema di giudizio cosiddetto ternario. Molte questioni che negli anni hanno interessato dottrina e giurisprudenza sembrano essere divenute viepiù teoriche e comunque assai meno problematiche: ci si riferisce, solo per rammentare le principali, alla questione delle “disparità di mero fatto” o quella del *tertium comparationis* nei giudizi di “intrinseca irragionevolezza”<sup>19</sup>.

Invero tale “emancipazione” presuppone qualcosa di più radicale del solo abbandono di uno schema interpretativo.

Ciò che sembra mutare è l'idea stessa di “ragione” sottesa all'attività di interpretazione. Lo schema di giudizio ternario si fonda sulla logica formale implicita nel principio di uguaglianza formale: è una logica astratta e sillogistica. Una volta distaccatosi da esso, il principio di ragionevolezza ha preso invece a sviluppare una natura non formale, più aperta alla dimensione concreta e sostanziale dei singoli casi, che ha portato a dire di esso che «contiene un invito al giudice a spalancare la ragione sulla realtà regolata dal diritto, tanto sulle esigenze del caso, quanto sugli effetti generali della decisione, liberandosi dalle limitazioni della ragione astratta e uscendo dalle

---

<sup>19</sup> Per una sintesi delle posizioni giurisprudenziali e dottrinali in proposito, si rinvia a B. CARAVITA, commento all'articolo 3, §§ 8,11, in V. CRISAFULLI, L. PALADIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova 1990.

anguste strettoie della concezione “pura” del diritto che tuttora esplica una grande influenza sulla cultura giuridica»<sup>20</sup>.

Di qui l’ulteriore espandersi della rilevanza del fatto: un’evoluzione di cui la sentenza n. 33/2019 potrebbe essere espressione.

### 3.2. ... alla “natura della cosa”

Negli sviluppi appena tratteggiati non sembrano scorgersi retaggi giusnaturalistici. Il diritto naturale procede per deduzioni a partire da alcuni principi superiori<sup>21</sup>; il giudizio di ragionevolezza nella sua accezione non formale procede invece per induzione a partire da casi concreti.

Non sembrano scorgersi neppure tracce della cosiddetta *normative Karft des Faktischen* intesa in senso stretto, al modo di Jellinek, la quale è più che altro una spiegazione in termini di psicologia sociale di fenomeni comunque culminanti nella normatività astratta<sup>22</sup>.

Forse, più persuasivamente, la comprensione del giudizio di ragionevolezza implicita nella sentenza n. 33/2019 potrebbe essere ricondotta alla teoria della “natura della cosa”, tanto discussa dalla teoria generale del

---

<sup>20</sup> M. CARTABIA, *op. cit.*, 19.

<sup>21</sup> In proposito M. HAURIOU, *Il diritto naturale e la Germania* (1918), ed. it., Seregno 2018, 13, 14. Quanto affermato è ancor più vero per il giusnaturalismo moderno, di matrice razionalistica, il quale, non diversamente dal giuspositivismo, si contrappone all’idea di storicità del diritto. In questa contrapposizione si scorgono gli estremi di un dibattito risalente che tuttavia permane attuale (si veda al riguardo P. GROSSI, *La legalità nella storia del diritto moderno*, in ID., *L’invenzione del diritto*, Roma-Bari 2018).

<sup>22</sup> Sul punto, S. L. PAULSON, *Il problema della giustificazione nella filosofia del diritto di Hans Kelsen* (2012), ed. it., Torino 2014, 70 ss.

diritto nella prima metà del Novecento<sup>23</sup>. La teoria in parola, in sintesi, considera possibile se non necessario «derivare dalla conoscenza dei caratteri rilevanti di alcune realtà sociali la disciplina giuridica più adatta a esse, indipendentemente da atti soggettivi di scelta». I «caratteri rilevanti» delle «realtà sociali», da intendersi qui «in termini descrittivi e non metaempirici», assurgerebbero in questo modo a «fonti normative per il contesto cui appartengono»<sup>24</sup>.

È una teoria nota e ben calzante.

La sentenza n. 33/2019, al di là del richiamo a consolidati schemi interpretativi, pare assegnare una particolare rilevanza alla “natura della cosa”, che sembra emergere in modo oggettivo ed imporre da sé la disciplina più adeguata al caso, con l’effetto pratico e immediato di travolgere le contrastanti volizioni legislative. Queste ultime, in effetti, vi si trovano rappresentate come “ingegneristiche” e dunque artificiali, destinate a soccombere innanzi alla «geografia funzionale», la quale altro non esprimerebbe, appunto, che la “natura della cosa”, nella specie del singolo ente comunale, inferita dalla sua «collocazione geografica» e dai suoi «caratteri demografici e socio ambientali».

Difficile non pensare alle parole di Gustav Radbruch, uno dei principali teorici della *Natur der Sache*, scritte riflettendo sul sistema giuridico inglese: un diritto fondato sulla “natura delle cose” «non vuole fare violenza ai fatti

---

<sup>23</sup> Si segnalano almeno G. RADBRUCH, *La natura delle cose come forma giuridica del pensiero*, in *Riv. int. fil. dir.*, 21/1941, 145 ss.; N. BOBBIO, *Über den Begriff “Natur der Sache”*, in *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 44/1958, 305 ss.; A. BARATTA, *Natura del fatto e diritto naturale*, in *Riv. int. fil. dir.*, XXXVI (1959), 177 ss.

<sup>24</sup> V. OMAGGIO, *Natura della cosa*, in *Enc. fil.*, VIII (2006), 7759.

con la ragione [...] cerca la ragione nelle cose, e la ragione è la “natura dei fatti”»<sup>25</sup>.

#### 4. *Le prospettive aperte dalla sentenza n. 33/2019*

L’argomentazione della Corte è di indubbia rilevanza, se si considera che nel caso di specie viene impiegata, in modo inedito<sup>26</sup>, per affermare una prevalenza *omisso medio* (salva la necessità di colmare lacune tecniche<sup>27</sup>) del principio autonomistico sul principio di legalità.

Reca con sé rischi non secondari, è vero.

---

<sup>25</sup> G. RADBRUCH, *Lo spirito del diritto inglese* (1958), ed. it., Milano 1962, 8. L’«elemento naturalistico» insito nella teoria della *Natur der Sache* è richiamato come possibile fondamento del principio di ragionevolezza da B. RANDAZZO, *Diversi ed uguali: le confessioni religiose davanti alla legge*, Milano 2008, 185, 186.

<sup>26</sup> Vi è chi ha rinvenuto l’argomento della natura della cosa già nella sentenza n. 58 del 24 novembre 1958 (R. IBRIDO, *L’Unione bancaria europea. Profili costituzionali*, Torino 2017, 94, nota 277). In quel caso, tuttavia, la Corte lo ha usato per affermare la competenza della legge statale a negare quella della legge regionale, e dunque a sostegno del principio di legalità e non già del principio autonomistico. Ad ogni modo, il criterio della “natura delle cose” appare nel complesso infrequente (si veda ad esempio Corte cost. 165 del 6 dicembre 1963) e non pacifico (cfr. L. PALADIN, *Il principio costituzionale di uguaglianza*, Milano 1965, 194; C. MORTATI, *Note sul potere discrezionale*, in *Scritti giuridici*, Milano 1972, III, 997).

<sup>27</sup> Come sottolinea la Corte stessa: «Spetterà, da un lato, ai giudici comuni trarre dalla decisione i necessari corollari sul piano applicativo, avvalendosi degli strumenti ermeneutici a loro disposizione, e, dall’altro, al legislatore provvedere a disciplinare, nel modo più sollecito e opportuno, gli aspetti che richiedono apposita regolamentazione», punto 7.5 del *Considerato in diritto*.

Quello principale è il rischio – che accompagna ogni oggettivismo interpretativo, formalista o sostanzialista che sia – di dispiegarsi a danno della soggettività (degli «atti soggettivi di scelta»); in questo caso, della soggettività dello Stato-persona (e del suo atto soggettivo di scelta per eccellenza, la legge). Ma è un rischio che la Corte sembra assumersi consapevolmente, proprio nel tentativo di mettere in discussione, per usare una celebre espressione di Paolo Grossi, una mitologia giuridica della modernità<sup>28</sup>, che tanto pesa, in concreto, sull’effettività delle prerogative delle autonomie<sup>29</sup>. Insomma, è bensì vero che la Corte, attraverso quella che appare una dottrina implicita della natura della cosa, eccede sia la mera funzione di legislatore negativo sia la funzione di custode della ragionevolezza astrattamente intesa; lo fa tuttavia da custode della ragionevolezza intesa in concreto, e dunque con riguardo ad un caso concreto, che come tale non deve necessariamente tradursi in un canone generale. La Corte stessa si premura di circondare la sua argomentazione di cautele, precisando che gli esoneri dall’obbligo di gestione associata sono necessari per superare la irragionevole «rigidità della disciplina» e che tuttavia non si estendono ai casi in cui l’obbligo gravi sulla generalità dei comuni, senza distinzione tra comuni obbligati e non obbligati<sup>30</sup>. Il rischio di un dispiegamento generale dell’oggettivismo interpretativo (sostanzialista, in questo caso) sembra in effetti scongiurato e comunque abbastanza remoto.

C’è poi il rischio di una non sufficiente cognizione del “fatto”, proprio per via della natura “tavolare” del giudizio di legittimità. Nella giurisprudenza costituzionale, spesso le circostanze *de facto* si trovano affermate in modo

---

<sup>28</sup> P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano 2007.

<sup>29</sup> Sul punto, F. PIZZOLATO, *Democrazia come autogoverno: la questione dell’autonomia locale*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2015.

<sup>30</sup> Punto 7.5 del *Considerato in diritto*.

eccessivamente apodittico<sup>31</sup>; oppure solo presuntivo<sup>32</sup>. Tale apoditticità e tale presuntività sono in qualche modo fisiologiche e inevitabili. Il “fatto”, per sua definizione, non appartiene alla scienza ufficiale del giudice. La Corte costituzionale, tuttavia, non è priva di adeguati mezzi istruttori. In dottrina si è più volte sottolineata l’opportunità di un più ampio ricorso alle ordinanze istruttorie (assai scarso nella prassi), in particolare nei giudizi che maggiormente involgono circostanze di fatto, non di rado poste a fondamento delle decisioni<sup>33</sup>. In mancanza di un’adeguata allegazione, prova e motivazione in punto di fatto, il rischio che prende forma è quello, opposto al precedente, di soggettivismo interpretativo<sup>34</sup>. Se il “fatto” è destinato ad assumere sempre più rilievo nel giudizio di costituzionalità, è allora necessario che il suo accertamento sia sempre meno sommario od occasionale.

---

<sup>31</sup> Si pensi, a titolo di esempio, a quando la Corte afferma che «l’eliminazione dei limiti agli orari e ai giorni di apertura al pubblico degli esercizi commerciali favorisce, a beneficio dei consumatori, la creazione di un mercato più dinamico e più aperto all’ingresso di nuovi operatori e amplia la possibilità di scelta del consumatore», sentenza n. 299 del 2012.

<sup>32</sup> Come accade proprio nella sentenza n. 33/2019, la quale mette in discussione (ancorché correttamente, a parere di chi scrive) la reazione irriflessa tra crisi fiscale e centralizzazione del potere di spesa – che è stata al fondamento della legislazione e della giurisprudenza “della crisi” – revocando in dubbio che, almeno in astratto, al sacrificio delle autonomie corrispondano necessariamente «economie di scala e/o miglioramenti, in termini di efficacia ed efficienza, nell’erogazione dei beni pubblici alle popolazioni di riferimento».

<sup>33</sup> Tra i contributi più recenti sul punto, G.P. DOLSO, *Prospettive inedite sui poteri istruttori della Corte costituzionale*, in *Forum di Quad. cost.*, 2 maggio 2017; M. NISTICÒ, *Le problematiche del potere istruttorio nelle competenze della Corte*, in *Gruppo di Pisa*, n. 1/2017.

<sup>34</sup> In tal senso, M. DOGLIANI, I. MASSA PINTO, *Elementi di diritto costituzionale*, Torino 2017, 185.

Pur con i rischi ora evidenziati, è nondimeno aperta la via per una definizione giurisprudenziale dell’“ontologia giuridica” delle autonomie. È una via che non potrà che essere percorsa gradualmente, ma che quantomeno non è più preclusa da un’interpretazione eccessivamente rigida del principio di legalità. Il “quasi-monito” della Corte ad adottare una “Carta delle autonomie” sembra esserne una conferma.

Non resta che attendere, per comprendere se la pronuncia n. 33/2019 è destinata ad essere un caso isolato o – lasciandosi suggestionare da quella che potrebbe apparire una progressiva “anglosassonizzazione”<sup>35</sup> della nostra giurisprudenza costituzionale – un *case law*.

---

<sup>35</sup> La «sempre maggiore osmosi fra i due universi di *civil law* e di *common law*» è sottolineata da P. GROSSI, *Il giudice civile. Un interprete*, in ID., *L’invenzione del diritto*, cit., 85.