

Rivista N°: 4/2015

DATA PUBBLICAZIONE: 16/10/2015

AUTORE: Davide Servetti\*

## RAGIONEVOLEZZA DELL'IMPOSTA SULLE SIGARETTE ELETTRONICHE, PRINCIPIO DI PRECAUZIONE E SCIENZA PRIVATA DEL GIUDICE COSTITUZIONALE. NOTA ALLA SENTENZA DELLA CORTE N. 83 DEL 2015

*1. Motivi d'interesse della pronuncia. – 2. Oggetto della questione e vizi denunciati. – 3. Gli argomenti della difesa erariale (con attenzione particolare a quelli esposti nell'udienza pubblica). – 4. La decisione della Corte. – 5. Rilievi critici. Una questione scientificamente controversa ignorata. – 6. Una ratio di troppo. Perché sarebbe stato sufficiente decidere sulla base dell'art. 23 Cost. senza ricorrere ad un giudizio di ragionevolezza della legge privo di "fondamento scientifico". – 7. Un uso imprudente della "scienza privata". In quale senso, ignorando gli argomenti avanzati dall'Avvocatura dello Stato, la Corte si è discostata dalla propria giurisprudenza e ha altresì sottovalutato la dignità dell'approccio precauzionale evocato a difesa della legge. – 8. Una riflessione conclusiva tra motivazione della legge, metodo della legislazione e responsabilità del giudice costituzionale.*

### 1. Motivi di interesse della pronuncia

Con la sentenza n. 83 del 2015, la Corte costituzionale ha dichiarato illegittima la disciplina autorizzatoria e fiscale, vigente per l'anno 2014, in tema di immissione in commercio delle c.d. sigarette elettroniche. La decisione, adottata in ragione della violazione degli art. 3 e 23 Cost., si mostra di particolare interesse in ordine alla lesione del primo dei due parametri, la quale viene argomentata affermando la manifesta irragionevolezza cui la norma censurata darebbe luogo introducendo, in carenza di validi presupposti scientifici, un pari trattamento tra lavorati del tabacco e prodotti sostitutivi, contenenti o meno nicotina. In particolare, colpisce come l'argomento ex art. 3 Cost. sia sorretto da una motivazione del tutto sommaria, la quale espone la sentenza ad alcuni rilievi critici, sia per l'esercizio discutibile del sindacato di ragionevolezza in assenza di un uso adeguato delle cognizioni scientifiche rilevanti

---

\* Dottore di ricerca e assegnista in Diritto costituzionale nell'Università del Piemonte Orientale. — [davide.servetti@digspes.unipmn.it](mailto:davide.servetti@digspes.unipmn.it)

nel giudizio e introdotte dalle parti, sia per il (conseguente) mancato apprezzamento della *ratio legis* nella prospettiva precauzionale invocata dalla difesa erariale.

## 2. Oggetto della questione e vizi denunciati

Il giudizio costituzionale, promosso da due ordinanze<sup>1</sup> del Tribunale amministrativo regionale del Lazio adito da alcune società attive nella produzione e commercializzazione di sigarette elettroniche e altri prodotti da fumo non contenenti tabacco, ha ad oggetto l'art. 62-*quater* del d.lgs. n. 504 del 1995<sup>2</sup>. Questa disposizione, inserita nel testo unico in parola dal d.l. n. 76 del 2013 (conv. l. n. 99/2013) e rimasta in vigore nel solo anno 2014<sup>3</sup>, ha assoggettato «i prodotti contenenti nicotina o altre sostanze idonei a sostituire il consumo dei tabacchi lavorati nonché i dispositivi meccanici ed elettronici, comprese le parti di ricambio, che ne consentono il consumo» ad un'imposta di consumo eguale a quella prevista per le sigarette tradizionali<sup>4</sup>, prevedendo inoltre una procedura di autorizzazione, facente capo all'Agenzia delle dogane e dei monopoli, per la loro commercializzazione.

Il giudice *a quo*, su istanza delle parti ricorrenti, ha contestato la costituzionalità della norma denunciando la lesione di diversi parametri.

In primo luogo, la norma conterrebbe una definizione dei prodotti in parola affetta da intrinseca irrazionalità, con conseguente lesione dell'art. 3 Cost., nel momento in cui individua i beni oggetto di tassazione facendo riferimento alla loro funzione sostitutiva dei tabacchi lavorati, ovvero ad una destinazione d'uso che, ad avviso del giudice rimettente, sarebbe il frutto di preferenze soggettive dei consumatori. Peraltra, la problematicità di tale definizione si noterebbe anche nella scelta del legislatore di accomunare ai beni succedanei i dispositivi strumentali al consumo delle sostanze sostitutive del tabacco, laddove questi non sarebbero necessariamente ed esclusivamente funzionali al «fumo elettronico».

Inoltre, l'indeterminatezza dell'oggetto dell'imposizione fiscale introdotta dall'art. 62-*quater* sarebbe tale da provocare la violazione dell'art. 23 Cost., poiché la base legale del tributo sarebbe insufficiente a soddisfare la riserva di legge, ancorché relativa, ivi contenuta, lasciando un eccessivo spazio di discrezionalità all'amministrazione competente nell'individuare i beni tassati e perciò mettendo a rischio lo stesso interesse all'imparzialità e al buon andamento dell'azione amministrativa garantito all'art. 97 Cost.

L'incertezza così generata sul mercato andrebbe a ledere anche l'art. 41 Cost., «in quanto gli operatori del settore si troverebbero nell'impossibilità di pianificare correttamente i

---

<sup>1</sup> Ordinanze n. 164 e 165 del 2014 (reg. ord. C. cost.) pubblicate in G.U., 1<sup>a</sup> serie spec. C. cost., dell'8 ottobre 2014, n. 42.

<sup>2</sup> Nel giudizio amministrativo, i ricorrenti hanno impugnato il decreto del Ministro dell'Economia e Finanze 16.11.2013, che reca la disciplina d'attuazione della norma di legge, nonché altri atti conseguenti adottati dallo stesso Ministero o dall'Agenzia delle dogane e dei monopoli.

<sup>3</sup> Come si preciserà oltre, al momento della celebrazione del giudizio, la disciplina oggetto della questione era già stata sostituita (a partire dal 1° gennaio 2015) da quella introdotta con il d.lgs. n. 188/2014.

<sup>4</sup> Pari al 58,5% del prezzo di vendita al pubblico.

propri investimenti e di adeguare le strutture aziendali alla nuova imposizione» (punto 3.2, ritenuto in fatto).

Queste censure sono prospettate anche dalle parti private costitutesi in giudizio, secondo le quali però il vizio di ragionevolezza più grave deriverebbe dall'impropria equiparazione tra i beni succedanei in questione e i prodotti lavorati dal tabacco o, semplificando ma andando al nocciolo del problema, tra le sigarette elettroniche e quelle tradizionali<sup>5</sup>. Infatti, «mentre il regime fiscale dell'accisa sui tabacchi sarebbe giustificato dal disfavore nei confronti di un bene universalmente riconosciuto come gravemente nocivo per la salute e del quale si cerca di scoraggiare il consumo, l'inesistenza di un tale presupposto in relazione alle sigarette elettroniche renderebbe manifestamente inapplicabile il medesimo regime amministrativo e tributario a beni che con il consumo del tabacco non hanno nulla in comune» (punto 5.1, ritenuto in fatto); tanto che la direttiva dell'Unione europea<sup>6</sup> intervenuta – successivamente all'emanazione del decreto-legge del 2013 – a disciplinare tali prodotti consentirebbe la tassazione delle sole sigarette elettroniche contenenti nicotina e perciò la norma nazionale potrebbe ritenersi lesiva anche degli artt. 11 e 117 Cost. per contrasto con il diritto eurounitario. La parificazione, in termini di trattamento fiscale e connesso disincentivo all'acquisto, dei tabacchi e dei beni succedanei finirebbe anche per impedire a questi nuovi prodotti di innescare positive "turbative" nel mercato delle sigarette tradizionali tali da favorire la lotta contro il tabagismo; sicché risulterebbe leso anche l'art. 32 Cost..

Ancora, ad avviso dei ricorrenti nel giudizio amministrativo<sup>7</sup>, che dubitano che l'acquisto di questi prodotti sia manifestazione di una concreta ricchezza degna di tassazione, sarebbe incomprensibile «quale sia il fatto indice di capacità contributiva considerato dal legislatore quale presupposto dell'imposta», sicché quest'ultima contrasterebbe anche con l'art. 53 Cost., con l'ulteriore rischio di incorrere in una duplicazione impositiva dal momento che il tributo in questione si applica al prezzo di vendita al lordo dell'imposta sul valore aggiunto (punto 5.2, ritenuto in fatto).

Infine, nelle memorie depositate in vista del giudizio dinanzi alla Corte, viene denunciata la lesione di parametri ulteriori rispetto a quelli ricompresi nelle ordinanze di rimessione: la norma censurata contrasterebbe sia con altri precetti costituzionali (in particolare, con l'art. 35, per le ricadute occupazionali negative che l'eccessiva onerosità dell'imposta, non programmata e non incorporabile *ex post* nel prezzo di vendita dei prodotti già in commercio, genererebbe fino a minare la sostenibilità del settore) sia con il diritto dell'Unione europea (in particolare, con le norme del diritto originario e derivato che vietano imposte in grado di turbare gli scambi transfrontalieri).

---

<sup>5</sup> Proprio perché tale vizio sarà quello tenuto in maggior considerazione dalla Corte, vale la pena notare che esso non aveva riscontrato l'accoglimento da parte del giudice *a quo*: cfr. *infra* riferimenti in nota n. 31.

<sup>6</sup> Si tratta della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2014/40/UE, sulla quale si tornerà oltre nel testo.

<sup>7</sup> Ma non del giudice *a quo*: cfr. punto 4.2.3 dell'ordinanza di rimessione n. 165.

### **3. Gli argomenti della difesa erariale (con attenzione particolare a quelli esposti nell'udienza pubblica)**

Le repliche della difesa erariale sono meritevoli di particolare attenzione non solo con riferimento alle controdeduzioni sui vizi di costituzionalità contestati alla legge, ma anche per gli elementi di conoscenza che introducono al fine di consentire alla Corte una più articolata valutazione del contesto in cui si pone la norma censurata e, dunque, della sua *ratio*.

Preliminamente, l'Avvocatura dello Stato eccepisce il difetto di rilevanza della questione nella parte in cui interessa la disciplina fiscale introdotta dall'art. 62-*quater*: nel giudizio *a quo*, infatti, i ricorrenti fanno valere la lesione dei propri interessi da parte di provvedimenti che riguardano il procedimento amministrativo di autorizzazione alla commercializzazione dei prodotti succedanei del tabacco, restando estranea al processo l'obbligazione tributaria. Tra quest'ultima e il regime autorizzatorio non esisterebbe alcun «nesso di strumentalità necessaria [...] in quanto l'imposta sarebbe comunque dovuta, a prescindere dall'autorizzazione al commercio». Il fatto che il procedimento di autorizzazione preveda adempimenti funzionali a garantire anche la futura applicazione dell'imposta non sarebbe quindi sufficiente a fondare la rilevanza della questione, poiché «il presupposto dell'imposta non è costituito dall'istituzione e dall'esercizio di un deposito fiscale, ma dall'immissione in consumo dei beni» (punto 4.1, ritenuto in fatto).

La questione sarebbe inammissibile anche perché il giudice *a quo* non avrebbe tentato l'interpretazione conforme a Costituzione che nel caso di specie è resa possibile attraverso il ricorso al diritto eurounitario. Infatti, la ritenuta indeterminatezza nella individuazione dei beni succedanei del tabacco perderebbe la denunciata capacità lesiva dei parametri evocati grazie alle definizioni presenti nella direttiva 2014/40/UE<sup>8</sup>.

All'efficacia integrativa della direttiva citata l'Avvocatura si appella anche per sostenere, nel merito, l'infondatezza della censura di irrazionalità mossa al concetto di "idoneità sostitutiva" quale criterio di identificazione dei prodotti in questione, laddove proprio le norme eurounitarie non solo lo adottano a loro volta, ma ne illuminano il significato attraverso previsioni più circostanziate rispetto a quella della norma statale. Da esse emergerebbe, in particolare, che «l'idoneità sostitutiva dei prodotti succedanei dei prodotti da fumo sarebbe quindi determinata proprio dalla qualificazione impressa dal produttore o dal rivenditore, in ordine alla destinazione dei prodotti ad essere usati per il consumo di fumo o vapore», con ciò non dipendendo dalle preferenze soggettive dei consumatori bensì dalle scelte degli operatori di questo mercato (punto 4.2.2, ritenuto in fatto).

Proprio per il «principio di sostituibilità equivalente» non sarebbe inoltre irragionevole l'equiparazione del trattamento fiscale delle sigarette elettroniche e di quelle tradizionali, «attesa la concorrente finalità della disposizione di disincentivare il consumo di prodotti succedanei dei prodotti da fumo, per obiettivi di tutela della salute umana e di lotta al tabagismo»

---

<sup>8</sup> Il riferimento è in particolare alle definizioni di «sigaretta elettronica», «contenitore di liquido di ricarica», «aroma» e «aroma caratterizzante» di cui all'art. 2 della direttiva (rispettivamente nn. 16, 17, 24, 25).

(punto 4.2.3 ritenuto in fatto). *Ratio*, quest'ultima, che sosterrebbe altresì la scelta di tassare, oltre alle sostanze destinate alla vaporizzazione, anche le altre parti dei dispositivi strumentali al consumo di quelle: tale soluzione sarebbe giustificata sia perché questi dispositivi, pur suscettibili in astratto di usi diversi, sono a ciò chiaramente finalizzati sia perché in alternativa sarebbe possibile eludere l'imposizione attraverso la scomposizione delle parti dei prodotti in questione.

A questi argomenti, richiamati nel testo della sentenza, l'Avvocatura dello Stato ne aggiunge alcuni che porta all'attenzione della Corte direttamente nell'udienza pubblica e che invece non si ritrovano nella motivazione della Corte. La seconda ordinanza di rimessione aveva dedicato particolare attenzione a riferire sull'irragionevolezza del pari trattamento fiscale tra sigarette elettroniche e tradizionali, denunciata dalle parti private per carenza di adeguato fondamento scientifico. Di fronte alla tesi delle imprese produttrici circa la completa assenza di nocività delle sigarette elettroniche, comprese quelle contenenti nicotina<sup>9</sup>, lo stesso giudice *a quo* più prudentemente aveva però affermato che «allo stato, non vi è ancora una definitiva certezza scientifica circa il fatto che la sigaretta elettronica non presenti alcun rischio per la salute dell'uomo, ovvero che costituisca un presidio utile alla disassuefazione dal tabagismo»; e pur tuttavia a suo avviso «non convince nemmeno la posizione della difesa erariale secondo cui la principale ragione dell'intervento legislativo in esame risiederebbe nella tutela della salute dei consumatori e nel principio di precauzione. Negli atti governativi e parlamentari (in particolare, nella relazione illustrativa al d.d.l. di conversione del decreto-legge), si rinviene infatti soltanto il riferimento alla necessità di salvaguardare le [en-trate] erariali derivanti dal consumo dei tabacchi lavorati, mentre, nel contesto del medesimo intervento normativo, la tutela dei consumatori viene più opportunamente affidata all'attività di "monitoraggio" da parte del Ministero della Salute "sugli effetti dei prodotti succedanei dei prodotti da fumo" (art. 11, comma 23, del d.l. n. 76/2013, come modificato dalla legge di conversione, che ha inserito un comma 10-*bis* nell'art. 51 della legge 16 gennaio 2003, n. 3)»<sup>10</sup>.

In udienza pubblica la difesa erariale dedica perciò un ampio passaggio delle proprie conclusioni a illustrare che l'intervento legislativo può ritenersi fondato su di una *ratio* di tutela della salute conforme al principio di precauzione. Se la difesa privata interveniente, citando dalla stampa quotidiana l'opinione di un illustre oncologo e di altri scienziati favorevoli all'adozione della sigaretta elettronica come strumento per far cessare il consumo di tabacco

---

<sup>9</sup> Nell'ordinanza n. 165 si legge che ad avviso dei ricorrenti «le numerose ricerche scientifiche che, fino ad oggi, hanno riguardato il mercato delle e-cig, non hanno riscontrato alcuna conseguenza nociva per la salute e, anzi, ne hanno sottolineato i vantaggi legati all'effetto di dissuasione dal tabagismo». E inoltre: «l'equiparazione sotto il profilo fiscale alle sigarette tradizionali non sarebbe comunque giustificata nemmeno nelle ipotesi nelle quali le sigarette elettroniche consentono la vaporizzazione di nicotina. La nicotina è, infatti, una sostanza che si trova in natura e non è tassata di per sé (si pensi ai cerotti antifumo, ai prodotti nicorette etc.). Nel fumo tradizionale, infatti, il danno alla salute è prodotto dai numerosi elementi mischiati tra loro che, sottoposti al processo di combustione, si trasformano in sostanze dannose per l'organismo»

<sup>10</sup> Punto 4.2.2 dell'ordinanza di rimessione n. 165.

e delle sigarette tradizionali<sup>11</sup>, sostiene l'infondatezza di ogni applicazione del principio di precauzione in difesa della salute umana, l'Avvocatura replica portando alcuni argomenti a supporto dell'opposta tesi. *In primis*, essa richiama la posizione dell'Unione europea circa l'efficacia delle sigarette elettroniche nel contrastare il tabagismo, come espressa nelle premesse della già menzionata direttiva 2014/40/UE: «Le sigarette elettroniche possono diventare un prodotto di passaggio verso la dipendenza dalla nicotina e, in ultima istanza, il consumo di tabacco tradizionale, in quanto imitano e rendono normale l'atto di fumare»<sup>12</sup>. Tale posizione, esplicitamente ispirata al principio di precauzione e opposta a quella richiamata dalla difesa privata, mostrerebbe dunque che esistono ragioni di tutela della salute idonee a fondare restrizioni al consumo dei beni in parola. In questa direzione andrebbero anche, con maggior decisione, le raccomandazioni espresse dall'Organizzazione mondiale della salute nel rapporto finale della VI sessione della Conferenza delle parti aderenti alla Convenzione quadro sul controllo del tabacco (*FCTC – Framework Convention on Tobacco Control*). Tale rapporto, recependo precedenti riserve già espresse dall'OMS sui dispositivi elettronici in discorso, invita gli Stati membri a regolare l'utilizzo di tali beni in conformità con le politiche relative ai prodotti contenenti tabacco, proibendo o limitandone la promozione del consumo, la pubblicità, la sponsorizzazione<sup>13</sup>. Inoltre, l'OMS, nell'esprimere tali raccomandazioni, non distingue tra le sigarette elettroniche a base di nicotina e quelle che ne sono prive, ma motiva espressamente l'assimilazione dei due prodotti.

Queste posizioni ufficiali autorevolmente assunte a livello sovranazionale, ad avviso dell'Avvocatura, sarebbero idonee a sgombrare il campo dalle censure di assoluta irragionevolezza dell'art. 62-quater. Da un lato esse confermerebbero il rapporto di equivalenza sostitutiva tra sigarette elettroniche e tradizionali che, oltre a offrire il criterio utile ad individuare i

---

<sup>11</sup> Si tratta dell'intervento su *La Repubblica* del 30 agosto 2014 a firma di Umberto Veronesi, il quale si schiera con quella parte della comunità scientifica che valuta negativamente la "bocciatura" delle sigarette elettroniche da parte dell'Organizzazione mondiale della sanità (su cui *infra* nel testo). Il prof. Veronesi, già Ministro della Salute, afferma infatti che, a fronte dei potenziali risultati positivi (dimostrati anche da alcune ricerche sperimentali) che un massiccio uso delle sigarette elettroniche da parte degli attuali fumatori tabagisti potrebbe avere nell'allontanarli dal fumo tradizionale e quindi nel ridurre il rischio di insorgenza del cancro al polmone, non sono proporzionate le cautele che si oppongono alla diffusione di tali dispositivi né vale in fondo la pena «sprecare anni per scoprire i possibili rischi collaterali del vapore della sigaretta elettronica».

<sup>12</sup> Si tratta del considerando n. 43, che per completezza si riporta integralmente: «Le disparità tra le normative e le pratiche nazionali in materia di pubblicità e di sponsorizzazione in relazione alle sigarette elettroniche costituiscono un ostacolo per la libera circolazione delle merci e la libera prestazione di servizi, e creano un rischio significativo di distorsione della concorrenza. Senza un'ulteriore azione a livello dell'Unione, tali disparità rischiano di accentuarsi nei prossimi anni, tenendo conto anche dell'espansione del mercato delle sigarette elettroniche e dei contenitori di liquido di ricarica. È pertanto necessario ravvicinare le disposizioni nazionali in materia di pubblicità e sponsorizzazione di tali prodotti aventi effetti transfrontalieri, basandosi su un livello elevato di protezione della salute umana. Le sigarette elettroniche possono diventare un prodotto di passaggio verso la dipendenza dalla nicotina e, in ultima istanza, il consumo di tabacco tradizionale, in quanto imitano e rendono normale l'atto di fumare. Per questo motivo è opportuno adottare un approccio restrittivo alla pubblicità delle sigarette elettroniche e dei contenitori di liquido di ricarica».

<sup>13</sup> Cfr. il rapporto finale licenziato dalla sesta sessione della *WHO-FCTC Conference* tenutasi a Mosca dal 13 al 18 ottobre 2014 (reperibile al seguente indirizzo web: <http://www.who.int/fctc/cop/sessions/cop6/en/>).

beni soggetti alla norma di legge, va a fondare l'applicazione alle prime dell'aliquota fiscale che interessa le seconde. Dall'altro, sarebbero sufficienti a fondare un intervento precauzionale a tutela della salute, fornendo anche di questa *ratio* la norma censurata. A tal riguardo, sarebbe irrilevante che questa finalità non sia considerata nella relazione illustrativa del decreto-legge, la quale motiva la norma in questione soltanto con l'esigenza di recuperare all'erario il minor gettito delle accise sul tabacco generate dalla diffusione dei prodotti sostitutivi, poiché l'interprete è chiamato a individuare la *ratio* obiettiva della norma per come essa si presenta e si colloca nell'ordinamento, anche al di là della volontà del legislatore come rinvenibile dagli atti preparatori.

#### 4. La decisione della Corte

Dopo aver dichiarato, sulla base di costante giurisprudenza, l'inammissibilità delle deduzioni delle parti private nella misura in cui esse hanno inteso ampliare il *thema decidendum* denunciando la violazione di ulteriori parametri rispetto a quelli considerati nelle ordinanze *a quibus*, la Corte ritiene per il resto del tutto ammissibili le questioni, respingendo le eccezioni formulate dall'Avvocatura dello Stato in punto di rilevanza.

Viene infatti riconosciuta una «connessione funzionale inscindibile» tra la disciplina autorizzatoria e quella fiscale contenute all'art. 62-*quater*, tale per cui la sola attinenza del processo amministrativo alla prima basta a rendere pregiudiziale la decisione della Corte nei confronti dell'applicazione della seconda.

Anche il rilievo della difesa erariale sul mancato assolvimento dell'obbligo di interpretazione conforme della norma censurata da parte del giudice *a quo* è rigettato. La direttiva europea utile all'integrazione definitoria sollecitata dall'Avvocatura non può svolgere questa funzione per diverse ragioni. Oltre ad essere stato emanato solo successivamente all'entrata in vigore della disciplina contestata<sup>14</sup>, l'atto eurounitario non risulta direttamente applicabile nell'ordinamento interno poiché è ancora in corso il termine biennale per la sua attuazione. Non va poi trascurato, ad avviso della Corte, che la stessa direttiva distingue tra aromi contenenti nicotina e aromi privi della sostanza e afferma di non armonizzare tutti i possibili aspetti di regolazione delle sigarette elettroniche, restando agli Stati membri la responsabilità tra l'altro di adottare norme sugli aromi; tuttavia ogni eventuale ulteriore restrizione o divieto viene sottoposto ad obbligo di motivazione e di previa notifica alla Commissione ex direttiva 98/34/CE<sup>15</sup>. Il che conduce il giudice costituzionale ad affermare – in maniera non del tutto convincente – che i principi e le decisioni ricavabili dalla direttiva, oltre che allo stato non vigenti, non sono neppure utilmente applicabili ai fini dell'interpretazione dell'art. 62-*quater*<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Mentre il decreto-legge n. 76 è stato emanato il 28 giugno 2013, la direttiva è datata 3 aprile 2014.

<sup>15</sup> Cfr. considerando n. 43 della direttiva 2014/40/UE.

<sup>16</sup> L'affermazione della Corte è forse eccessivamente rigorosa nei termini in cui è formulata, dal momento che un conto è sostenere la mancata insorgenza di un obbligo di interpretazione conforme a Costituzione mediante il ricorso all'ausilio di una direttiva in corso di attuazione e non ancora direttamente applicabile (e farne

La questione conserva inoltre la propria rilevanza anche alla luce dello *ius superveniens* che ha avvicendato la normativa contestata. L'art. 1, comma 1, lett. f) del d.lgs. n. 188/2014 ha modificato l'art. 62-*quater* introducendo una nuova disciplina fiscale sui beni succedanei del tabacco, la quale si distingue da quella censurata per una maggior analiticità definitoria e per una diversa strutturazione dell'imposta<sup>17</sup>. Tuttavia, la stessa novella legislativa prevede che, per le obbligazioni sorte nel periodo precedente alla propria entrata in vigore – sostanzialmente nel 2014 –, continui ad applicarsi la disciplina sostituita, oggetto del giudizio costituzionale.

Acclarata l'ammissibilità delle questioni sollevate dal TAR Lazio, la Corte ne dichiara altresì l'accoglimento nel merito. Sono due i vizi dei quali accerta la sussistenza, considerando assorbite le ulteriori censure.

In primo luogo, l'illegittimità deriva dalla violazione dell'art. 3 Cost., poiché la legge, assoggettando «ad un'aliquota unica e indifferenziata una serie eterogenea di sostanze, non contenenti nicotina, e di beni, aventi uso promiscuo» manifesta la propria «intrinsica irrazionalità». Secondo il giudice costituzionale, il nucleo di irragionevolezza della legge risiede nella carenza, a supporto della tassazione sui prodotti succedanei, del presupposto razionale che giustifica la finalità di tutela della salute rilevata a fondamento del prelievo sui tabacchi: «infatti, mentre il regime fiscale dell'accisa con riferimento al mercato dei tabacchi, trova la sua giustificazione nel disfavore nei confronti di un bene riconosciuto come gravemente nocivo per la salute e del quale si cerca di scoraggiare il consumo, tale presupposto non è ravvisabile in relazione al commercio di prodotti contenenti "altre sostanze", diverse dalla nicotina, idonee a sostituire il consumo del tabacco, nonché dei dispositivi e delle parti di ricambio che ne consentono il consumo». L'equiparazione del trattamento fiscale tra tali categorie di beni, dunque, risulta superare quel «limite della manifesta irragionevolezza» che «anche in

---

derivare l'ammissibilità o meno della questione di legittimità), un conto è affermare l'inutilità di ogni suo impiego nell'interpretazione della disposizione censurata.

<sup>17</sup> Cfr. art. 62-*quater*, comma 1-*bis*: «I prodotti da inalazione senza combustione costituiti da sostanze liquide, contenenti o meno nicotina, esclusi quelli autorizzati all'immissione in commercio come medicinali ai sensi del decreto legislativo 24 aprile 2006, n. 219, e successive modificazioni, sono assoggettati ad imposta di consumo in misura pari al cinquanta per cento dell'accisa gravante sull'equivalente quantitativo di sigarette, con riferimento al prezzo medio ponderato di un chilogrammo convenzionale di sigarette rilevato ai sensi dell'articolo 39-quinquies e alla equivalenza di consumo convenzionale determinata sulla base di apposite procedure tecniche, definite con provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli, in ragione del tempo medio necessario, in condizioni di aspirazione conformi a quelle adottate per l'analisi dei contenuti delle sigarette, per il consumo di un campione composto da almeno dieci tipologie di prodotto tra quelle in commercio, di cui sette contenenti diverse gradazioni di nicotina e tre con contenuti diversi dalla nicotina, mediante tre dispositivi per inalazione di potenza non inferiore a 10 watt. Con provvedimento dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli È indicata la misura dell'imposta di consumo, determinata ai sensi del presente comma. Entro il primo marzo di ogni anno, con provvedimento dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli È rideterminata, per i prodotti di cui al presente comma, la misura dell'imposta di consumo in riferimento alla variazione del prezzo medio ponderato delle sigarette. Dalla data di entrata in vigore del presente comma cessa di avere applicazione l'imposta prevista dal comma 1 [quella oggetto del giudizio di costituzionalità, n.d.r.], le cui disposizioni continuano ad avere applicazione esclusivamente per la disciplina delle obbligazioni sorte in vigore del regime di imposizione previsto dal medesimo comma».

materia tributaria» vincola «il principio della discrezionalità e dell’insindacabilità delle opzioni legislative» (punto 5.1, considerato in diritto).

Inoltre, la norma censurata si pone in contrasto con l’art. 23 Cost., poiché «la sola indicazione dell’idoneità a sostituire il consumo dei tabacchi lavorati – riferita ai prodotti non contenenti nicotina, e ai dispositivi che ne consentono il consumo – evidenzia [...] l’indeterminatezza della base imponibile e la mancata indicazione di specifici e vincolanti criteri direttivi, idonei ad indirizzare la discrezionalità amministrativa nella fase di attuazione della normativa primaria» (punto 5.1, considerato in diritto). Questo difetto di indeterminatezza, sul quale la Corte si sofferma richiamando un’estesa giurisprudenza in materia, resiste a tutti i possibili correttivi esperibili dall’interprete e risulta in definitiva insanabile.

## 5. Rilievi critici. Una questione scientificamente controversa ignorata

L’apparente linearità della motivazione non vale a sottrarla ad alcuni rilievi critici.

Si precisa subito che delle due *rationes decidendi* enunciate dalla Corte, è la prima concernente l’art. 3, considerato quale presidio della razionalità e ragionevolezza della legge, a non convincere. Peraltro si tratta della *ratio* asseritamente principale, essendo quella che insiste sulla violazione dell’art. 23, sulla quale il ragionamento della Corte sembra più solido<sup>18</sup>, contemplata in aggiunta alla prima<sup>19</sup>.

La contestazione al giudizio di ragionevolezza espletato dalla Corte deve muovere dalla laconicità con la quale, pacificamente, si afferma l’assenza di ogni ragionevole fondamento della disciplina dichiarata illegittima.

Tale carenza sussisterebbe perché con riferimento ai prodotti succedanei quali (troppo genericamente) definiti dall’art. 62-*quater* non sarebbe ravvisabile il presupposto della nocività per la salute, il quale invece giustificherebbe la tassazione dei tabacchi. Ammesso e non concesso che l’unica finalità delle accise sui tabacchi sia quella di dissuadere dal loro utilizzo perché dannoso per la salute – circostanza enunciata *de plano* dalla Corte benché in

---

<sup>18</sup> È tra l’altro la maggior precisione della definizione di beni succedanei adottata dal legislatore nella nuova sopravvenuta con il d.lgs. n. 188/2014 a manifestare l’esistenza di più ampi margini di determinatezza che egli avrebbe potuto praticare già in sede di elaborazione della disciplina contestata, così da soddisfare *ab origine* la riserva di cui all’art. 23 Cost.

<sup>19</sup> Depone in tal senso la lettera della sentenza laddove, dopo aver censurato la norma per il pari trattamento fiscale tra tabacchi e l’eterogenea categoria dei sostitutivi in ragione dell’assenza di presupposto “scientifico-sanitario”, afferma che quella stessa eterogeneità evidenzia anche l’indeterminatezza della base imponibile ex art. 23 Cost.: «La sola indicazione dell’idoneità a sostituire il consumo dei tabacchi lavorati – riferita ai prodotti non contenenti nicotina, e ai dispositivi che ne consentono il consumo – evidenzia, inoltre, l’indeterminatezza della base imponibile e la mancata indicazione di specifici e vincolanti criteri direttivi, idonei ad indirizzare la discrezionalità amministrativa nella fase di attuazione della normativa primaria. Discende da ciò il contrasto della disposizione in esame con la riserva di legge in materia di prestazioni patrimoniali imposte, di cui all’art. 23 Cost.» (c.vi nostri).

verità così nitidamente affermata per la prima volta proprio in questa pronuncia<sup>20</sup> – e che non possano essere sufficienti anche altre ragioni di natura meramente finanziaria e fiscale a motivare simili imposizioni<sup>21</sup>, ci si può domandare se dal giudizio emergesse così chiaramente

---

<sup>20</sup> Il regime commerciale e tributario dei tabacchi è oggetto di una giurisprudenza costituzionale relativamente copiosa, nella quale possono chiaramente distinguersi due principali filoni: quello, persistente nel tempo, riconducibile al contenzioso tra lo Stato e le Regioni ad autonomia speciale, che partecipano variamente a tale gettito; quello, che appare superato dall'evoluzione normativa connessa all'attuazione del diritto comunitario, relativo alla costituzionalità del monopolio statale sulla produzione, prima, e poi soltanto sulla distribuzione e vendita dei tabacchi lavorati. È nell'ambito di questa seconda serie giurisprudenziale che la Corte ha avuto occasione di individuare i fini generali giustificativi del regime di monopolio, «di vario e complesso contenuto e caratteristicamente consistenti nell'assicurazione di entrate tributarie, nella salvaguardia della salute pubblica e nell'occupazione dei lavoratori, di date categorie e in date zone del territorio nazionale» (sent. n. 209 del 1976, richiamata successivamente dall'ord. n. 59/1984 e dalla sent. n. 257/1994). In questo frangente, la Corte ha riconosciuto, alla base della legislazione sui tabacchi nel suo complesso, una pluralità di legittime finalità la cui stretta interrelazione fa sì che anche ogni strumento giuridico volto a conseguirle (dalle imposte alle norme sulla pubblicizzazione a quelle sulle licenze alle rivendite) possa assumerne contestualmente più d'una (cfr. sent. n. 209/1976, punto 4, considerato in diritto: «La riserva allo Stato della distribuzione e vendita dei tabacchi, infatti, si risolve in servizi che sono disimpegnati dagli ispettorati compartmentali dei monopoli di Stato, dai depositi, dai magazzini di vendita e dalle rivendite di Stato, ordinarie e speciali (e dai concessionari a mezzo di patentini) (legge 22 dicembre 1957, n. 1293 e d.P.R. 14 ottobre 1958, n. 1074), e l'attività relativa è diretta al conseguimento di un'entrata tributaria, per un importo pari, in relazione all'unità di prodotto, alla differenza tra il prezzo di vendita e l'ammontare delle quote spettanti al fornitore (che può essere la stessa azienda di Stato o un esportatore straniero), all'amministrazione dei monopoli di Stato (per le spese di distribuzione) e al rivenditore (a titolo di aggio), e nel complesso, di un provento maggiore di quello che lo Stato stesso avrebbe potuto e potrebbe conseguire in regime di libera concorrenza. In secondo luogo, posto che il consumo del tabacco, nonostante che ripetutamente e sistematicamente ne sia stata e ne venga messa in evidenza la nocività all'organismo umano, risulta essere un fatto permanente ed in aumento, lo Stato considera realisticamente il fenomeno, preoccupandosi di non favorirne l'incremento (ed a tal fine imponendo nel settore il divieto di pubblicità); e, dopo avere previsto ed attuato accorgimenti e metodi perché il prodotto abbia il più basso tasso nicotinico (compatibile con la domanda) e sia confezionato con filtri a sempre più elevato potere di assorbimento, lo custodisce e distribuisce all'ingrosso e al dettaglio nelle più favorevoli ed igieniche condizioni (soggettive ed oggettive) e d'altra parte dispone che il consumo avvenga con il minor danno per la collettività (non consentendo, con la legge 12 marzo 1968, la vendita di sigarette sciolte e imponendo, con la recente legge 11 novembre 1975, n. 584, il divieto di fumare in determinati locali e su mezzi di trasporto pubblico). Ed infine, attraverso il compimento della detta attività di impresa, trovano tutela esigenze di ordine sociale, oltre che nella fase della produzione (con la specializzazione, a vario livello, di numeroso personale e con il mantenimento e la creazione delle condizioni di gestione richiedenti un elevato impiego di mano d'opera), in quella della distribuzione (come risulta sin dalla legge 12 luglio 1908, n. 441, sulle rivendite di generi di privativa, ed ancor meglio, ed in atto, dalla citata legge n. 1293 del 1957, sull'organizzazione dei servizi di distribuzione e vendita dei generi di monopolio, e dal relativo regolamento di esecuzione, e successive modificazioni»).

<sup>21</sup> In particolare, la giustificazione sistematica delle accise sui tabacchi può essere rintracciata, oltre che nella finalità di disincentivazione dell'acquisto di un bene voluttuario e insalubre, nelle caratteristiche strutturali di questo tipo di imposta indiretta (generalità, semplicità della riscossione per numero limitato di soggetti passivi, capacità di assicurare un gettito immediato e costante, flessibilità per la finanza pubblica grazie ad una rapida modificabilità delle aliquote) che la rendono particolarmente vantaggiosa per l'erario, per il quale, nel nostro Paese, le accise rappresentano la terza fonte di gettito dopo le imposte sui redditi e quella sul valore aggiunto. In tema cfr. E. PACE, *Il mondo delle accise: le imposte di fabbricazione, i monopoli fiscali e le imposte doganali*, in A. AMATUCCI (dir.), *Trattato di diritto tributario*, vol. VI, Padova, Cedam, 1994, pp. 273 ss.; F. FICHERA, *L'armonizzazione delle accise*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 1997, n. 2, pp. 216 ss.; F.

l'assenza di ragionevoli finalità sanitarie per la tassazione delle sigarette elettroniche: circostanza che lascia più di un dubbio.

La Corte si trova in realtà di fronte a tesi opposte circa le prove scientifiche della nocività dei succedanei del tabacco. A ben vedere, il giudice *a quo*, pur concludendo per l'assenza di certezze in ordine ad entrambi, non aveva mal identificato i profili oggetto di discussione presso le sedi scientifiche e istituzionali, coincidenti da un lato con la nocività in senso stretto delle sigarette elettroniche e dall'altro con il loro effetto di disassuefazione nei confronti dei tabagisti. Il dibattito in parola è complesso, ma la Corte non è rimasta sfornita di utili elementi per accedervi, come ad esempio quelli indicati dalla difesa delle parti private e da quella erariale in udienza pubblica.

La comunità scientifica non ha ancora raggiunto alcun prevalente consenso intorno alla dannosità dei prodotti in questione. Numerosi studi clinici sono stati esperiti al fine di valutare i loro effetti nocivi, in termini di danno diretto all'organismo: alcuni di questi segnalano effetti collaterali degni di primaria attenzione da parte delle autorità sanitarie, come irritazioni delle vie aeree a causa delle elevate temperature di vaporizzazione dei liquidi aromatizzati, rischi per la funzionalità polmonare a causa del rilascio in fase di vaporizzazione di alcune sostanze nocive (*glicole propilenico, glicerolo, diacetina*), alterazione della fisiologia della tosse, ma le loro conclusioni sono ancora dibattute<sup>22</sup>.

Per altro verso, è universalmente riconosciuto che le sigarette elettroniche non rechino all'apparato respiratorio i danni devastanti provocati dal fumo di quelle tradizionali e degli altri lavorati del tabacco. Per questa ragione, visto l'effetto di riduzione del danno che i tabagisti otterrebbero dalla sostituzione dei prodotti succedanei a quelli a base di tabacco, è oggetto di studio l'effettiva capacità di disassuefazione dei primi. A questo riguardo, le risultanze degli studi empirici non sono convergenti: a quelli che rilevano risultati incoraggianti<sup>23</sup> se ne contrappongono altri di avviso contrario che segnalano l'esistenza di alternative più valide per chi desideri smettere di fumare<sup>24</sup>. Peraltro, anche quelli più aperti alla prima conclusione

---

Padovani, *Le imposte di fabbricazione e di consumo*, in P. Russo (a cura di), *Manuale di diritto tributario – Parte speciale*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 429 ss.; G. FALSITTA (agg. R. SCHIAVOLIN), *Le accise (imposte di fabbricazione e di consumo)*, in G. FALSITTA (a cura di), *Manuale di diritto tributario – Parte speciale*, Padova, Cedam, 2014, pp. 977 ss.

<sup>22</sup> Cfr. gli studi sperimentali tedeschi, statunitensi e canadesi citati in G. DOTTI, *Il sogno infranto della sigaretta salubre*, in *Oggiscienza.it*, all'interno della rubrica curata dal Master in comunicazione della scienza della SISSA di Trieste, 12 dicembre 2012, e in *Sigaretta elettronica, 4 buoni motivi per evitarla. Per gli studiosi non aiuta a smettere e fa male alla salute*, in *Huffington Post*, ed. italiana, 18 maggio 2015, nonché quelli considerati nel parere dell'ISS menzionato *infra* nel testo e in nota n. 26 (spec. pp. 9-10 all. 1B).

<sup>23</sup> Cfr. lo studio, promosso dalla Cochrane Colaboration, di H. McROBBIE, C. BULLEN, J. HARTMANN-BOYCE, P. HAJEK, *Can electronic cigarettes help people stop smoking or reduce the amount they smoke, and are they safe to use for this purpose?*, in *Cochrane.org*, 17 dicembre 2014 (citato in *Sigaretta elettronica. Pericolo dipendenza nicotina per gli adolescenti*, in *Aduc.org*, 15 febbraio 2015).

<sup>24</sup> Cfr. lo studio di R.O. ALLEHEBI, M.H. KHAN, M.B. STANBROOK, *Efficacy and Safety of Electronic Cigarettes for Smoking Cessation: A Systematic Review*, elaborato presso l'Università di Toronto e presentato alla conferenza internazionale dell'American Thoracic Society, Denver, 15-20 maggio 2015 (consultabile in [www.thoracic.org](http://www.thoracic.org)).

mettono in guardia dall'elevato rischio che la diffusione favorita o non controllata delle sigarette elettroniche abbia effetti di induzione al fumo sui non fumatori e, in particolare, sugli adolescenti, entro una dinamica in cui il fumo elettronico finirebbe per agevolare il passaggio al fumo tradizionale<sup>25</sup>.

Inoltre, nel dibattito emerge la distinzione, particolarmente rilevante nel caso di specie, tra prodotti a base di nicotina e prodotti che ne sono privi, riconoscendo indubbiamente nei primi tutti gli effetti negativi del consumo di tale sostanza, i quali non si riducono alla mera dipendenza ma involgono in danni diretti alla funzionalità di pressoché tutti gli apparati dell'organismo umano, in misura proporzionale alla quantità assunta e alla sua concentrazione nel tempo. Non è un caso che lo stesso Istituto superiore di sanità sia stato richiesto di un parere specifico sulle sigarette elettroniche contenenti nicotina<sup>26</sup>, il quale (intervenuto anteriormente al d.l. n. 76/2013) ha evidenziato molti dei profili problematici poc'anzi sommariamente richiamati, contribuendo anche a far comprendere quando è significativa la distinzione tra prodotti con e senza nicotina e quando è irrilevante<sup>27</sup>.

Stupisce quindi la serenità di giudizio con la quale il giudice costituzionale afferma la manifesta irragionevolezza dell'imposta sulle sigarette elettroniche e simili dispositivi, per carenza di presupposto scientifico analogo a quello che fonderebbe la tassazione sui tabacchi. Anche solo considerando sommariamente i predetti elementi, presi in rassegna senza adire fonti d'informazione diverse da quelle cui la "scienza privata"<sup>28</sup> della Corte avrebbe potuto

---

<sup>25</sup> Aderisce a questa posizione il legislatore eurounitario, cfr. il già citato considerando n. 43 della direttiva 2014/40/UE. Circa il dibattito relativo agli interessi delle grandi compagnie del tabacco sulle aziende produttrici di e-cig, cfr. le informazioni riportate in L. CARBONETTI, *Ecco come negli Usa i big del tabacco puntano sulle sigarette elettroniche*, in *Formiche.net*, 18 giugno 2014.

<sup>26</sup> Documento dell'Istituto superiore di sanità (prot. 20.12.2012-0046571) avente ad oggetto "Richiesta di aggiornamento scientifico in merito alla pericolosità delle sigarette elettroniche contenenti nicotina".

<sup>27</sup> Questo profilo è stato oggetto di particolare attenzione nei lavori della sesta WHO-FCTC Conference: cfr. *supra* nota n. 13.

<sup>28</sup> L'espressione "scienza privata del giudice" afferisce principalmente alla disciplina processual-civilistica e va ad indicare un complesso di conoscenze sui fatti oggetto del processo che il giudice si è formato al di fuori del giudizio. Ai sensi della legge (art. 115 c.p.c.), tali elementi di fatto, non essendo provati dalle parti né trovando riscontro nella conoscenza comune come fatto notorio (o come massima d'esperienza, laddove si tratti non tanto di situazioni di fatto quanto di "regole" astratte da ripetute esperienze di fatto), non possono essere utilizzati dal giudice nella motivazione della decisione; per un inquadramento della nozione cfr. S. PATTI, *Prova – 1) Diritto processuale civile*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, Istituto encicopedico italiano, 1991, vol. XXV (spec. pp. 7-8 della voce); per il rapporto complesso tra comune esperienza, scienza privata e prova scientifica, cfr. M TARUFFO, *Il giudizio prognostico del giudice tra scienza privata e prova scientifica*, in Id., *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, Il Mulino, 2002, pp. 329 ss. In questa sede, il riferimento al concetto di scienza privata tende naturalmente a svincolarsi dalle coordinate del discorso processual-civilistico (legate agli obblighi e ai divieti disposti dall'art. 115 c.p.c.), ma vuole coglierne l'aspetto essenziale, quale complesso di conoscenze che il giudice (nel nostro caso, la Corte) trae autonomamente da fonti né indicate dagli atti introduttivi e dalle parti processuali né provenienti da istruttorie formali. La circostanza che nel processo costituzionale sia storicamente così poco frequente il ricorso ad istruttorie formali, tenuto conto che, per converso, accade sempre più spesso che il giudizio sulle norme dipenda anche da una corretta ricostruzione dei contesti di fatto al cui interno esse operano, accresce l'importanza dell'attività istruttoria informale. Quest'ultima, pur potendo partire da fatti notori o elementi di conoscenza forniti dagli argomenti del giudice *a quo* e delle difese, richiede quasi sempre da parte della Corte un

accedere, e cogliendo spunti parzialmente forniti dalle stesse difese nel corso del processo, ci si rende conto che la questione degli effetti sulla salute delle sigarette elettroniche rappresenta una questione per nulla scontata, bensì sia scientificamente controversa e alimenti una discussione articolata su quali siano le scelte regolatorie più idonee a bilanciare tutti i diversi interessi in gioco<sup>29</sup>.

Il fatto che la Corte abbia preferito optare per una vistosa semplificazione di questi complessi *legislative facts* espone la motivazione a due critiche principali.

Da un lato, la Corte ha incautamente speso un argomento scientifico, trattando la questione controversa sul rapporto tra prodotti succedanei del tabacco e salute alla stregua di un fatto notorio, quando avrebbe potuto limitarsi a valutare la legittimità della legge sotto il profilo della indeterminatezza della base legale del tributo *ex art. 23 Cost.*, con la conseguenza di aver indebitamente esposto ad eventuale pregiudizio la normativa succeduta nel tempo a quella censurata.

Dall'altro, la Corte ha sindacato il presupposto di merito di una norma che essa stessa intende quale “evidence-based” senza mettere in campo alcuno strumento di controllo sulla c.d. ragionevolezza scientifica della legge, venendo meno così a criteri di giudizio elaborati nell'ambito della propria giurisprudenza, con la conseguenza tra l'altro di non aver preso in considerazione l'eventuale operatività del principio di precauzione in situazioni di parziale incertezza scientifica come quella *de qua*.

## **6. Una *ratio* di troppo. Perché sarebbe stato sufficiente decidere sulla base dell'*art. 23 Cost.* senza ricorrere ad un giudizio di ragionevolezza della legge privo di “fondamento scientifico”**

Si è riferito che la Corte considera la definizione dei prodotti sottoposti al prelievo fiscale introdotto dall'*art. 62-quater* («i prodotti contenenti nicotina o altre sostanze idonei a sostituire il consumo dei tabacchi lavorati nonché i dispositivi meccanici ed elettronici, com-

---

autonomo impegno euristico, con la ricerca di ulteriori fonti e riscontri, e finisce quindi per comporsi attraverso l'uso della “scienza privata” del giudice costituzionale (dove “privato” può restare anche il percorso di costruzione di detta conoscenza, che non trova in genere estesi sviluppi nella motivazione delle sentenze). Perciò, proprio in considerazione dei caratteri peculiari dell'accesso dei fatti al giudizio costituzionale (riferimenti bibliografici *infra* in note nn. 37, 38 e 44) nonché della sua eccentricità rispetto agli schemi del processo accusatorio e inquisitorio, è possibile ritenere che in questo contesto la “scienza privata” del giudice non sia assoggettata ad alcun rigido divieto ma rientri tra i mezzi ordinariamente impiegati per la formazione delle conoscenze funzionali al giudizio; il che non toglie – ed è questo il punto di vista qui adottato che dà senso all'utilizzo del concetto in discorso – che tutti i rischi della “privacy” di quest'opera di costruzione della base informativa permangano e vadano prevenuti o mitigati pretendendo che la Corte, argomentando adeguatamente il risultato di quest'opera, fornisca comunque elementi utili a ricostruirne la genesi.

<sup>29</sup> Per ulteriori elementi di conoscenza sul problema cfr. G.A. Ferro, *Note minime sulla regolamentazione della sigaretta elettronica in Italia: attendendo la pronuncia della Corte costituzionale*, in *Ambiente e diritto*, 2014, che fornisce preziosi spunti di approfondimento, pur offrendo una lettura (piuttosto adesiva alle posizioni delle parti private) delle questioni di costituzionalità sollevate dal TAR Lazio qui non condivisa.

prese le parti di ricambio, che ne consentono il consumo») eccessivamente indeterminata e quindi inidonea a soddisfare la riserva di legge relativa di cui all'art. 23 Cost. La carenza della definizione è argomentata rilevando che la norma, dopo aver indicato una categoria ampia e generica di beni, individuati sulla base della loro mera idoneità a sostituire tra i consumatori l'uso dei tabacchi lavorati, non fornisce all'amministrazione incaricata a darne esecuzione criteri direttivi sufficienti a definire in che consista detta idoneità sostitutiva, la quale ad avviso della Corte verrebbe a dipendere da valutazioni soggettive ed empiriche. L'assenza di elementi dai quali ricavare, anche in via indiretta, criteri e limiti volti a circoscrivere la discrezionalità del legislatore, unita alla mancata previsione di forme procedurali partecipative che la giurisprudenza costituzionale ritiene in questa materia utili a compensare l'elasticità delle disposizioni di legge, si pone in contrasto con la *ratio* limitativa della discrezionalità amministrativa propria dell'art. 23 e conduce a dichiarare illegittima la norma impositiva della prestazione tributaria.

Che il legislatore abbia mal operato nel definire l'oggetto della nuova imposta, del resto, sembra potersi affermare alla stregua dell'approccio più analitico mostrato sia dalla direttiva 2014/40/UE sia dalla stessa novella legislativa di cui all'art. 1, comma 1, lett. f) del d.lgs. n. 188/2014. Quest'ultima disposizione, come già accennato, ha modificato l'art. 62-*quater* introducendo una nuova disciplina sull'autorizzazione e la tassazione dei prodotti sostitutivi del tabacco, adottando una definizione più precisa dei beni sottopostile, nonché della procedura di calcolo dell'imposta medesima<sup>30</sup>.

Anziché limitarsi a rilevare la carenza della definizione legislativa per la violazione della garanzia costituzionale delle prestazioni patrimoniali, tuttavia la Corte ha inteso criticarne anche l'«intrinsica razionalità», impostando però il giudizio di ragionevolezza in modo criticabile. Il sindacato effettuato dalla Corte mostra le sembianze di un giudizio di ragionevolezza-egualanza e tratta quale *tertium comparationis* la normativa fiscale sui tabacchi<sup>31</sup>. A fronte dell'equiparazione del trattamento fiscale tra tabacchi e beni succedanei, viene rilevata l'impossibilità di equiparare i presupposti sanitari delle due imposizioni, poiché per i primi esiste una prova della loro grave nocività e per i secondi no. Il punto è che quest'ultima affermazione, che sostiene la comparazione tra le due norme, risulta apodittica e non motivata dal momento che va ad ignorare tutti gli argomenti contrari emersi nel processo.

Del resto, appare difficile poter sindacare la ragionevolezza della norma senza operare un controllo più stretto dei suoi fondamenti, i quali, prima ancora di ritrovarsi nel dibattito scientifico sulla nocività delle sigarette elettroniche, devono individuarsi in quella stessa finalità di tutela della salute che più o meno esplicitamente la Corte attribuisce alle accise sui tabacchi: è alla luce dello scopo di protezione della salute assegnato alla norma che assume rilievo l'esistenza o meno di argomenti scientifici per considerare l'imposizione concorrere

---

<sup>30</sup> Cfr. *supra* nota n. 17.

<sup>31</sup> Questo percorso argomentativo, praticato dai ricorrenti nel processo amministrativo, non risulta tra quelli suggeriti dal giudice *a quo*, il quale per altro verso ha espressamente affermato di non condividere la tesi di parte privata per cui l'equiparazione fiscale tra tabacchi e prodotti sostitutivi fosse lesiva del principio di egualanza per non assimilabilità tra le due categorie di prodotto: cfr. punto 4.2.2. dell'ordinanza di rimessione n. 165.

ragionevolmente a tale scopo. Questa circostanza avrebbe dovuto richiamare la Corte a maggior cautela nel “liquidare” la questione sotto il profilo in parola.

Ci si può domandare se, per evitare ogni argomento di carattere scientifico, il giudice costituzionale avrebbe potuto limitarsi a notare l’irragionevolezza di una norma che applica un’aliquota unica e indifferenziata ad una categoria di beni, come i prodotti succedanei del tabacco, eterogenea al suo interno, perché comprensiva sia di sostanze contenenti nicotina sia di sostanze che ne sono prive, nonché inclusiva di beni ad uso promiscuo, quali sono le parti dei dispositivi strumentali al consumo delle predette sostanze. In questi termini, la disparità di trattamento avrebbe potuto essere rilevata all’interno della categoria di prodotti sostitutivi, senza impostare alcun confronto con la categoria dei prodotti sostituiti. In tal caso, se è vero che il confronto tra sostanze con e senza nicotina avrebbe riproposto la necessità di impiegare cognizioni scientifiche per poter dar luogo ad un eventuale discriminazione tra le due, anche soltanto l’inclusione dei beni ad uso promiscuo avrebbe potuto essere sufficiente a ritenere irragionevole il pari trattamento fiscale interno alla categoria dei succedanei<sup>32</sup>.

Una soluzione del genere sarebbe stata meno problematica di quella adottata anche per un altro motivo. L’aver affermato l’assenza di presupposti sanitari scientificamente dimostrati alla base della tassazione delle sigarette elettroniche e simili prodotti potrebbe far dubitare anche della razionalità della normativa succeduta nel tempo a quella censurata, dal momento che il presupposto circa la nocività alla salute non può che ritenersi condiviso anche dalla nuova norma impositiva. Laddove, invece, la Corte avesse stigmatizzato la sola eterogeneità interna della categoria dei beni succedanei del tabacco<sup>33</sup>, tali dubbi sarebbero ora più lontani.

La decisione adottata dalla Corte conserva la propria problematicità anche se letta in termini di ragionevolezza-proporzionalità dell’imposta, poiché anche così il confronto (sempre necessario) con la tassazione sui tabacchi andrebbe supportato da un minimo apprezzamento della *ratio* di tutela della salute. Non è solo questione di nocività in senso stretto, tale per cui, essendo notorio che i lavorati del tabacco siano ritenuti più dannosi rispetto alle sigarette elettroniche, ne deriva che l’assoggettamento di queste alla stessa imposta riservata ai primi sia da ritenersi perciò solo sproporzionato. Infatti, si potrebbe sostenere – come suggerito dall’Avvocatura dello Stato – che il legislatore, assegnando un peso decisivo al possibile effetto di induzione al fumo di tabacco generato dal consumo di questi beni, ritenga per questo motivo di parificare la tassazione, intendendo così prevenire quei gravi danni

---

<sup>32</sup> In tal caso, se non fosse stato per l’illegittimità ex art. 23 Cost., la Corte avrebbe potuto addirittura optare per una dichiarazione parziale d’illegittimità, nella parte in cui la tassazione colpiva anche i beni ad uso promiscuo.

<sup>33</sup> Come sembrava propensa a fare fino ad un certo punto della motivazione, salvo poi adottare il *tertium comparationis* della norma sui tabacchi. Si tratta del passaggio del testo nel quale la Corte afferma «La violazione del parametro di cui all’art. 3 Cost. va ravvisata nell’intrinseca irrazionalità della disposizione che assoggetta ad un’aliquota unica e indifferenziata una serie eterogenea di sostanze, non contenenti nicotina, e di beni, aventi uso promiscuo» (punto 5.1 considerato in diritto).

provocati dal tabacco e con ciò adottando – come si vedrà meglio oltre – un livello di tutela della salute elevato qual è quello perseguito dal principio di precauzione.

Ecco perché la Corte, vista l'intenzione di non calarsi nella questione scientificamente controversa, avrebbe dovuto più prudentemente tenersi del tutto fuori dal terreno della ragionevolezza: perché le valutazioni sottese alla scelta legislativa sindacata implicano necessariamente la considerazione di dati scientifici non conclusivi e un conseguente bilanciamento di interessi che spetta al legislatore e che la Corte in tanto può controllare sotto il profilo della ragionevolezza in quanto voglia e sia in grado di ravvisare motivate incongruità nell'esercizio di siffatta discrezionalità. Ma per farlo, avrebbe dovuto mettere in campo strumenti di controllo che invece ha omesso di utilizzare.

**7. Un uso imprudente della “scienza privata”. In quale senso, ignorando gli argomenti avanzati dall'Avvocatura dello Stato, la Corte si è discostata dalla propria giurisprudenza e ha altresì sottovalutato la dignità dell'approccio precauzionale evocato a difesa della legge**

La critica mossa alla decisione necessita di ulteriori precisazioni. Al di là delle ragioni generali che sollecitano, sempre e con speciale attenzione nel caso dei giudizi di fatto, la solidità argomentativa delle decisioni della Corte in vista di una piena legittimazione della sua funzione costituzionale<sup>34</sup>, il difetto di motivazione della sentenza è censurabile anche alla luce dei principi e criteri di giudizio che la Corte si è data nell'ambito del sindacato sulla ragionevolezza della legge, quando questa dipenda dalla valutazione dei suoi presupposti di fatto e questi ultimi siano connotati sotto il profilo scientifico e tecnico.

In primo luogo, la Corte sembra quasi aver invertito la presunzione di ragionevolezza che essa dichiara esistere in simili situazioni. Infatti, una erronea valutazione, da parte del legislatore, dei fatti presupposti all'intervento normativo può condurre senz'altro a una dichiarazione d'illegittimità costituzionale per carenza di ragionevolezza e ciò vale anche quando l'errore consista nella mancata considerazione o nel travisamento di dati e acquisizioni di natura scientifica. L'enunciazione di questo principio, avvenuta con particolare chiarezza nella sent. n. 114/1998<sup>35</sup> (benché l'osservazione della giurisprudenza costituzionale consenta di

---

<sup>34</sup> Cfr. (nei termini in cui li richiama G. D'AMICO, *I dubbi della scienza al vaglio della Corte costituzionale: dalle incertezze della scienza alle certezze del diritto (materiali giurisprudenziali)*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 259-262) R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, ed. it. a cura di M. La Torre, Milano, Giuffrè, 1998, p. 184; A. RUGGERI, *I giudizi di costituzionalità tra riforma delle norme integrative e autoriforma della giurisprudenza (ripensando a regole e regolarità in tema di processo costituzionale e alle loro possibili innovazioni)*, in A. PIZZORUSSO, R. ROMBOLI, *Le norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale dopo quasi mezzo secolo di applicazione*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 423 ss., spec. p. 427; G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1989, p. 158 e 291.

<sup>35</sup> Sulla quale cfr. L. VIOLINI, *Sui contrasti tra valutazioni giuridiche e valutazioni scientifiche nella qualificazione della fattispecie normativa: la Corte compone il dissidio ma non innova l'approccio*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, p. 975 ss.

affermarne un'operatività anche più risalente<sup>36</sup>), va tuttavia letta contestualmente a quella dei limiti entro i quali la Corte riconosce a se stessa il potere di un simile sindacato, laddove essa afferma che «perché si possa pervenire ad una declaratoria di illegittimità costituzionale occorre che i dati sui quali la legge riposa siano incontrovertibilmente erronei o raggiungano un tale livello di indeterminatezza da non consentire in alcun modo una interpretazione ed una applicazione razionali da parte del giudice» (punto 4, considerato in diritto). Com'è stato puntualmente notato<sup>37</sup>, alle valutazioni di fatto presupposte alla legge non sarebbe dunque riconosciuto un vero e proprio “privilegio”, ma piuttosto una presunzione *iuris tantum* di adeguatezza della legge ai fatti<sup>38</sup>.

Stanti così le cose, il superamento di tale presunzione richiederebbe la “prova” circa la carentza di un benché minimo fondamento di ragionevolezza ovvero, nel caso di specie, l'assenza di ragionevoli motivi per considerare la restrizione, per via fiscale, alla commercializzazione delle sigarette elettroniche una misura di tutela della salute. Infatti, lo standard in discussione, pur manifestando «una posizione non interventista»<sup>39</sup> della Corte, sposta il problema sulle condizioni e le modalità per il superamento della presunzione. In altri termini, il *self restraint* che la Corte dichiara di voler praticare non le preclude affatto di sindacare la ragionevolezza della valutazione tecnica e scientifica presupposta alla norma legislativa, bensì la chiama ad un onere di motivazione particolarmente impegnativo.

Va tuttavia notato che detta presunzione è stata significativamente limitata da quella giurisprudenza che vede nella notissima n. 282 del 2002 il proprio *leading case*<sup>40</sup> e che ha riconosciuto il principio per cui gli interventi legislativi che incidono sull'appropriatezza delle

<sup>36</sup> Tali sono le conclusioni che sembrano potersi trarre dalla giurisprudenza presa in rassegna in alcuni studi compiuti sul tema: G. D'AMICO, *La Corte e lo stato dell'arte (prime note sul rilievo del progresso scientifico e tecnologico nella giurisprudenza costituzionale)*, in E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. Rossi (a cura di), *Il giudizio delle leggi e la sua diffusione*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 431 ss.; Id., *I dubbi della scienza*, cit., pp. 237 ss.; P. VERONESI, *Le cognizioni scientifiche nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, n. 3, pp. 591 ss.

<sup>37</sup> G. VACCARI, *Diritto, scienza e Costituzione. Tutela della salute e rilievo del dato scientifico nelle giurisprudenze costituzionali*, in C. CASONATO, C. PICIOCCHI, P. VERONESI (a cura di), *Forum Biodiritto 2008: percorsi a confronto. Inizio, fine vita e altri problemi*, Padova, Cedam, 2009, pp. 110-111.

<sup>38</sup> Cfr. M. LUCIANI, *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nel giudizio sulle leggi*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 543.

<sup>39</sup> L. VIOLINI, *Sui contrasti*, cit., p. 980.

<sup>40</sup> Come noto possono considerarsi comporre questo orientamento giurisprudenziale il precedente al quale espressamente la sentenza n. 282 si rifà nella motivazione (C. cost. n. 185/1998, alla quale vanno associate per molteplici profili di inerzia le sentt. 121/1999 e 188/2000, tutte relative al c.d. multi-trattamento Di Bella) e i suoi “epigoni” più significativi: sentt. 338/2003, 151/2009, 274/2014; qualche riserva si può esprimere sulla considerazione della sent. 162/2014 quale decisione che “consolida” siffatta giurisprudenza, apparentando invero il richiamo ai precedenti piuttosto formale nell'ambito dell'*iter* motivazionale della pronuncia: a favore della tesi sul “consolidamento” cfr. S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico. Spunti dalla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 16 giugno 2014, p. 2-3.; argomenti *contra*, a partire dalle notazioni critiche circa la vaghezza degli argomenti della Corte, anche per i profili scientificamente rilevanti, in C. TRIPODINA, *Il “diritto al figlio” tramite fecondazione eterologa: la Corte costituzionale decide di decidere*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, pp. 2593 ss.).

terapie non possono essere il frutto di «pura discrezionalità politica», ma dovrebbero «prevedere l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi – di norma nazionali o sovranazionali – a ciò deputati, dato l'«essenziale rilievo» che, a questi fini, rivestono «gli organi tecnico-scientifici (cfr. sent. 185 del 1998); o comunque dovrebbe[ro] costituire il risultato di una siffatta verifica» (punto 5, considerato in diritto). La possibilità di generalizzare più o meno estesamente l'insegnamento di questa giurisprudenza è questione non pacifica, che in questa sede interessa però relativamente. Nel momento in cui la Corte, nella sentenza qui annotata, attribuisce alla norma censurata una *ratio* di tutela della salute, infatti, viene meno una parte rilevante delle cautele che alcuni commentatori hanno giustamente posto rispetto alla estensibilità di questo orientamento oltre l'ambito della pratica terapeutica e la materia sanitaria<sup>41</sup>. È vero che un conto sono norme di legge che intervengono nel merito delle scelte terapeutiche<sup>42</sup> e un conto sono norme che veicolano politiche di prevenzione e

<sup>41</sup> Di fronte alla possibilità di considerare i principi della giurisprudenza in questione generalizzabili ad ogni ambito in cui le conoscenze scientifiche possano assumersi a fondamento delle scelte legislative, fino a fondare sulle menzionate pronunce una sorta di «dottrina» della Corte sui rapporti tra scienza e diritti, avanzano alcuni dubbi B. PEZZINI, *Diritto alla salute e dimensioni della discrezionalità nella giurisprudenza costituzionale*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Cittadinanza, Corti e salute*, Padova, Cedam, 2007, pp. 211 ss., spec. p. 215; A. MANGIA, *Discrezionalità legislativa e valutazioni tecniche*, in L. VIOLINI (a cura di), *Verso il decentramento delle politiche di welfare*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 51 ss., spec. pp. 55-59, i quali segnalano le ragioni di specificità di questa giurisprudenza sia a partire dalle caratteristiche della materia sanitaria sia in considerazione delle vicende alla base dei giudizi di costituzionalità (con riferimento puntuale alle sentt. 282/2002, 338/2003 e 151/2009). A questo proposito viene sottolineato (A. Mangia, *Discrezionalità legislativa*, cit., p. 58) che una cosa è affermare che le evidenze scientifiche vincolano il legislatore perché l'incoerenza tra acquisizioni mediche e norme di tutela della salute impedisce alla legge di perseguire la protezione di un diritto costituzionalmente garantito, per cui l'irragionevolezza deriva dalla contestuale lesione dell'art. 3 e dell'art. 32, altra cosa è sostenere che l'irragionevolezza deriva *tout court* dal mancato adeguamento alle evidenze scientifiche. Del resto anche le voci della dottrina più aperte ad una generalizzazione di questi principi, almeno con riferimento alle scienze della vita e all'ambito del biodiritto (cfr. C. CASONATO, *Evidence Based Law. Spunti di riflessione sul diritto comparato delle scienze della vita*, in *Rivista di BioDiritto*, 2014, n. 1, pp. 179 ss.) affermano che la scienza, forzando un po' il linguaggio tecnico della giustizia costituzionale, viene a costituire un «parametro interposto di costituzionalità» (*ibidem*, p. 193), riconoscendo la necessità di un parametro principale alla cui garanzia le conoscenze e le applicazioni scientifiche vengono funzionalizzate. Non vengono invece meno le cautele che questi ed altri autori segnalano quando osservano l'interazione, nel ragionamento che la Corte fa in quelle sentenze, tra le valutazioni di natura scientifica e le considerazioni di ordine istituzionale (in questi termini: G. GEMMA, *Giurisprudenza costituzionale e scienza medica*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori*, cit., pp. 31 ss., spec. 53-58), intendendo per queste ultime, ad esempio, gli argomenti inerenti al regolamento di competenza tra legislatore statale e regionale. La centralità di questi profili è stigmatizzata, pur da un diverso punto di vista, anche in Q. CAMERLENGO, *Indizi di perdurante asimmetria tra legge statale e legge regionale. La primazia delle valutazioni scientifiche*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2002, n. 5, pp. 685 ss.

<sup>42</sup> In presenza delle quali vale quella regola di fondo della pratica terapeutica che la Corte identifica nell'autonomia e responsabilità del medico, che agisce doverosamente sulla base delle acquisizioni scientifiche a disposizione. Regola che il legislatore dovrà rispettare almeno sotto due profili: anzitutto, dovrà scegliere di intervenire soltanto laddove lo richieda la tutela di diritti o doveri costituzionali diversi dal diritto alla salute della persona malata; in secondo luogo, l'intervento non potrà mai arrivare a comprimere quell'area di autonomia di scelta concreta e particolare che spetta all'incontro della volontà del paziente con l'informazione e il consiglio del medico.

promozione della salute, ma in entrambi i casi vale la correlazione essenziale tra evidenze scientifiche e obiettivi sanitari della norma legislativa. Piuttosto la valutazione di ragionevolezza della legge, nel caso *de quo*, dovrà essere più articolata poiché presumibilmente gli interessi coinvolti saranno di più e le prove di efficacia dell'intervento di prevenzione primaria saranno, per propri caratteri intrinseci, meno affidabili rispetto a quelle fornite dalla medicina clinica.

Fatte queste premesse, la sentenza n. 282 può validamente fornire il proprio insegnamento anche nel caso qui all'attenzione. Infatti, affermare che il legislatore è tenuto a fondare il proprio intervento sullo stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali, avvalendosi a questo scopo di fonti qualificate in termini di attendibilità e autorevolezza quali sono le istituzioni e gli organi tecnico-scientifici di livello nazionale o sovranazionale, significa che analogo affidamento dovrà fare la Corte nel controllare se la legge possa dirsi o meno sorretta da conoscenze validate dai predetti organi e istituzioni. Il che vale ancor più quando la contestazione della ragionevolezza dell'intervento legislativo muove da tesi di natura scientifica opposte rispetto a quelle che possono ritenersi aver animato l'intervento legislativo, perché il riferimento alla "scienza ufficiale" delle istituzioni e degli organismi nazionali e internazionali diventa un criterio rilevante anche per muoversi tra le diverse posizioni, ovvero in un contesto di incertezza circa le basi scientifiche della legge.

Se è così, ignorando gli argomenti della difesa erariale facenti leva sulla posizione dell'Unione europea e dell'Organizzazione mondiale della sanità, la Corte ha mancato di considerare proprio alcune di quelle fonti qualificate al cui necessario ricorso essa richiama il legislatore.

L'esame nel merito di quegli argomenti, inoltre, avrebbe obbligato la Corte a ricostruire più fedelmente il contesto della norma censurata, evitando di semplificarlo e di ridurre la questione sulla ragionevolezza dell'imposta sulle sigarette elettroniche all'equiparabilità tra la nocività di queste e la nocività del tabacco. In questa direzione, la Corte avrebbe potuto prendere in considerazione, ad esempio, anche elementi di conoscenza non direttamente introdotti dalle parti, ma del tutto accessibili anche senza l'uso di alcuna istruttoria formale, come quelli presenti nel già citato parere dell'Istituto superiore di sanità.

Queste fonti avrebbero portato la Corte soprattutto a riconoscere che il dibattito sui prodotti succedanei del tabacco e sulle politiche idonee a regolarne l'utilizzo in modo tale da salvaguardare il più possibile la salute è sì aperto, ma ha comunque raggiunto alcune linee generali condivise (quelle precauzionali che ben possono rinvenirsi nella direttiva dell'Unione europea e nella posizione elaborata in sede di OMS) le quali muovono proprio dalla constatazione dell'assenza di certezze assolute circa la nocività delle sigarette elettroniche, il loro potenziale di disassuefazione nei confronti dei tabagisti, il loro potenziale di induzione al tabagismo nei confronti dei non fumatori. Proprio un più accurato apprezzamento degli argomenti delle parti e la verifica di quelle stesse fonti presso le quali devono essere elaborate le acquisizioni scientifiche idonee a fondare le scelte del legislatore avrebbero consentito di rilevare che queste acquisizioni, singolarmente considerate, non sono sufficienti, ad oggi, a definire con certezza il problema sanitario sul quale la legge ha inteso intervenire e che tale intervento può invece giovarsi di un approccio in grado di "governare" l'incertezza in questio-

ne, integrando le valutazioni di fatto con quelle sugli interessi in gioco e identificando, tra questi, gli interessi che presentano al contempo una forte esigenza di tutela e una priorità assiologica su quelli configgenti. In altri termini, la migliore ricostruzione del contesto nel quale è intervenuto il legislatore avrebbe arricchito il giudizio di ragionevolezza anche della prospettiva propria del principio di precauzione, il quale era stato espressamente richiamato dalla difesa erariale<sup>43</sup>.

Da queste riflessioni emerge dunque che la motivazione della Corte può ritenersi carente, al di là del merito della decisione, proprio per le opzioni di metodo “scartate”. Ci sembra, peraltro, che tali opzioni non avrebbero comportato alcun allontanamento dalle tecniche di giudizio che la Corte utilizza di fronte a questioni tecnico-scientifiche, né per quanto concerne l'utilizzo dei poteri istruttori né per quanto attiene alla scelta del *rationality test* e alla graduazione della sua intensità.

Sotto il primo profilo, è tradizionale in dottrina la distinzione tra la posizione di chi sollecita l'opportunità di un maggior ricorso all'esercizio formale dei poteri istruttori, in omaggio ad oggettive esigenze di un elevato rigore della motivazione e di garanzie processuali migliori per le “parti” in causa<sup>44</sup>, e di chi, interpretando diversamente tali esigenze e riportandole al ruolo sistematico della Corte quale giudice della legge (in un giudizio su atti e non su fatti), consiglia maggiore prudenza<sup>45</sup>. La Corte pare finora essersi attestata sulla seconda di queste posizioni, ma ciò non la disobbliga dal ricercare una ricostruzione il più possibile completa del contesto normativo anche nei suoi risvolti scientifici, né significa che l'opzione per un'istruttoria informale rechi con sé la rinuncia a criteri formali e riconoscibili in base ai quali compierla. Se alla Corte, in assenza di perizie ufficiali e contributi esperti, resta la sua sola “scienza privata” questa dovrà essere impiegata in modo tale da essere comunque verificabile, pena la sua tenuta in termini di razionalità. Nel giudizio qui in commento, questa auspicata “disvelazione” della scienza privata del giudice costituzionale non è avvenuta, nonostante la possibilità, offerta dagli argomenti di parte e dalla agevole accessibilità della “scienza ufficiale”, di esporre e considerare nella motivazione i termini scientifici delle questioni di fatto sottese alla *ratio legis*.

---

<sup>43</sup> Sulla rilevanza essenziale della ricostruzione dei *contesti* nel giudizio di ragionevolezza della legge resta la valida la lucida impostazione di C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale* (1973), in Id., *Ricerche sul sistema normativo*, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 644-645.

<sup>44</sup> M. LUCIANI, *I fatti e la Corte*, cit., spec. pp. 538 e 555-556; T. Groppi, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 257-264 (ove la sollecitazione è accompagnata alla proposta di modifica delle norme sul processo costituzionale); Q. CAMERLENGO, *I poteri istruttori della Corte costituzionale e l'accesso degli elementi scientifici nel giudizio di costituzionalità*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Biotecnologie e valori*, cit., pp. 163 ss., spec. pp. 182-191.

<sup>45</sup> In tal senso, esprime una preferenza per un'apertura informale del contraddittorio, anziché per un maggior uso dei poteri istruttori R. BIN, *La Corte e la scienza*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 7; prudenza circa il rischio che potenziando la fase istruttoria innanzi a sé la Corte divenga giudice del fatto è consigliata da A. MANGIA, *Discrezionalità tecnica*, cit., pp. 73-74.

Un simile percorso avrebbe inoltre potuto essere praticato anche senza l'adozione di uno scrutinio stretto di quelle questioni, bensì con un più convenzionale *deferential review*, condotto però ad un accettabile grado di intensità. Come è stato persuasivamente sostenuto in dottrina<sup>46</sup>, infatti, è certamente possibile distinguere tra uno scrutinio deferenziale superficiale, il quale finisce per svuotare semanticamente lo stesso concetto di “scrutinio”, e uno scrutinio deferenziale più penetrante, impegnato a verificare, eventualmente anche soltanto mediante il ricorso ad indicatori estrinseci, il fondamento razionale, scientificamente connotato, della legge.

L'adozione di opzioni di metodo più esigenti può guidare la Corte anche in situazioni di “incertezza scientifica” come in parte è quella che riguarda il c.d. fumo elettronico, in quanto un'istruttoria attenta non solo la può orientare sul *come* costruire il giudizio di ragionevolezza, ma anche sul *se* sia opportuno effettuarlo, attesa la circostanza per cui, rispetto ad una valutazione dei fatti sommaria, è assai più apprezzabile una ricostruzione del contesto che dia atto delle difficoltà oggettive di individuare fatti certi e punti di bilanciamento costituzionalmente necessari, di fronte ai quali andrebbe riconosciuta l'impossibilità di superare la presunzione di ragionevolezza della legge. Il che vale a maggior ragione quando la Corte ritenga di poter sopprimere a più evidenti carenze dell'intervento legislativo, e così recepire istanze di tutela manifestate nell'ordinanza *a quo*, facendo ricorso a parametri diversi dal principio ragionevolezza, com'è nel caso di specie.

La sostanziale dissimulazione della situazione d'incertezza scientifica, in questo come in altri casi, finisce per sottovalutare la dignità che l'approccio precauzionale può avere nell'ambito delle politiche di prevenzione e promozione della salute.

Pur dovendo, in questa sede, rinviare largamente alla dottrina che si è occupata del tema, va notato che è proprio il principio di precauzione a poter soccorrere il legislatore di fronte a simili scenari<sup>47</sup>. È vero che il dibattito sul significato e sugli effetti del principio pone in luce diversi aspetti problematici: la ricostruzione della sua *ratio* a partire dalla lunga genesi che inizia in alcuni ordinamenti nazionali (come quelli statunitense e tedesco), transita per il diritto onusiano dell'ambiente (dove assume il rilievo generale che tutt'oggi lo connota) e prosegue con una penetrazione complessa a livello di ordinamenti internazionali regionali e di ordinamenti nazionali<sup>48</sup>; l'esistenza di interpretazioni “massimaliste” e “minimaliste” del

---

<sup>46</sup> Cfr. G. GEMMA, *Giurisprudenza costituzionale*, cit., in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori*, cit., pp. 31 ss., spec. pp. 74-77.

<sup>47</sup> Su questa caratterizzazione, anche in relazione al rapporto, di autonomia ma pure di reciproco supporto, con il principio dell'azione preventiva cfr. M. CECCHETTI, *La disciplina giuridica della tutela dell'ambiente come “diritto dell'ambiente”*, in *Federalismi.it*, 2006, n. 25, pp. 98-100.

<sup>48</sup> Sulla genesi del principio cfr. la precisa ricostruzione di F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, Giuffrè, 2005, spec. pp. 1-63; spunti ricostruttivi e preziosi riferimenti bibliografici anche in S. GRASSI, A. GRAGNANI, *Il principio di precauzione nella giurisprudenza costituzionale*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Biotecnologie e tutela del valore ambientale*, Torino, Giappichelli, 2003, pp. 149 ss., spec. pp. 150-156; M.E. BOTERO, *Il principio di precauzione e le moderne biotecnologie alla luce degli ultimi sviluppi giurisprudenziali della Corte di Giustizia di Lussemburgo e dell'ordinamento giuridico della Comunità europea*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori*, cit., pp. 137 ss., spec. pp. 148-147; M.E. GONÇALVES, *The Precautionary Principle in the European Union*, in *European Environmental Law*, 2006, 17, pp. 1-20.

principio<sup>49</sup> e la possibilità di distinguerne la dimensione del “principio giuridico” in senso stretto da quella dell’”approccio precauzionale”<sup>50</sup>; le visioni distorte generate dall’elevata conflittualità tra valori tutelati ed interessi economici sottesa alle situazioni che il principio è chiamato a governare<sup>51</sup>; la distinzione tra concezione sostanziale e procedurale<sup>52</sup>. Ma ciò non impedisce di identificarne i tratti essenziali, anche grazie ad alcune disposizioni di rilievo giuridico che, nello svilupparne la concezione procedurale, hanno delineato con precisione, seppur in astratto, le condizioni e i requisiti per una corretta applicazione<sup>53</sup>, e sono utili anche a comprendere la portata che l’approccio precauzionale può avere se assunto a metodo di produzione normativa<sup>54</sup>. Esso, in particolare, è finalizzato ad essere “attivato” quando esiste un rischio potenziale che sia in grado di minacciare gravemente l’ambiente o la salute umana o, meglio, il livello di protezione – che i trattati europei definiscono «elevato»<sup>55</sup> – adottato dal decisore per la garanzia di tali beni. All’origine dell’operatività del principio vi è proprio una situazione di incertezza (nel senso che il predetto rischio «non può essere interamente dimostrato, o la sua portata quantificata o i suoi effetti determinati per l’insufficienza o il carattere non concludente dei dati scientifici»<sup>56</sup>) di fronte alla quale il decisore è chiamato a scegliere tra inazione e intervento. Laddove reputi che il livello di rischio superi quello “accettabili”

---

*nary Principle in European Law*, in S. RODOTÀ, M. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto* (vol. I del *Trattato di biodiritto* diretto da S. RODOTÀ e P. ZATTI), Milano, Giuffrè, 2010, pp. 515 ss.; S. SPUNTARELLI, *Normatività del principio di precauzione nel processo decisionale dell’amministrazione e legittimazione procedurale*, in *Costituzionalismo*, 2013, n. 3.

<sup>49</sup> F. DE LEONARDIS, *Tra precauzione e ragionevolezza*, in *Federalismi*, 2006, n. 21, spec. pp. 5-7.

<sup>50</sup> Per un inquadramento della questione cfr. J. PEEL, *Precaution – A Matter of Principle, Approach or Process?*, in *Melbourne Journal of International Law*, 5, 2004, n. 2, pp. 483 ss.

<sup>51</sup> Per due diversi punti di vista sul problema cfr.: C.R. SUNSTEIN, *Il diritto della paura. Oltre il principio di precauzione*, Bologna, Il Mulino, 2010; M. TALLACCHINI, *Between uncertainty and responsibility. Precaution and the complex journey towards reflexive innovation*, in M.B.A. VAN ASSELT, M. EVERSON, E. Vos (a cura di), *Trade, Health and the Environment. The European Union put to the test*, London-New York, Earthscan-Routledge, 2014, pp. 74 ss.

<sup>52</sup> Spunti ricostruttivi in P. SAVONA, *Il principio di precauzione e il suo ruolo nel sindacato giurisdizionale sulle questioni scientifiche controverse*, in *Federalismi*, 2011, n. 25, spec. pp. 15-22.

<sup>53</sup> Il riferimento è alla *Comunicazione della Commissione europea sul principio di precauzione* del 2 febbraio 2000 - COMM(2000)1.

<sup>54</sup> In questa prospettiva cfr. M. CECCHETTI, *Il principio di precauzione come “matrice” del governo dell’incertezza scientifica. La decisione pubblica precauzionale e la priorità della “normazione”*, in AA.VV., *Gestire il rischio: politiche cautelative e responsabilità pubbliche*, Atti del seminario del 23 novembre 2006, Regione Toscana, 2008, pp. 31 ss.; Id., *Principio di precauzione e produzione pubblica del diritto. La funzione normativa di fronte alle sfide del “governo” dell’incertezza scientifica*, in G. GUERRA, A. MURATORIO, E. PARIOTTI, M. PICCINNI, D. RUGGIU (a cura di), *Forme di responsabilità, regolazione e nanotecnologie*, Bologna, Il Mulino, 2011, pp. 121 ss. Circa l’applicazione, perlopiù tacita, del principio di precauzione nella giurisprudenza costituzionale cfr. S. GRASSI, A. GRAGNANI, *Il principio di precauzione*, cit.; G. DI COSIMO, *Il principio di precauzione della recente giurisprudenza costituzionale*, in *Federalismi*, 2006, n. 25.

<sup>55</sup> Cfr. art. 3 del Trattato sull’Unione europea e artt. 9, 114, 168, 191 del Trattato sul funzionamento dell’unione europea. Il riferimento all’art. 191 (ex art. 174 del Trattato istitutivo delle Comunità europee) è rilevante nell’ordinamento interno anche alla luce del rinvio di cui all’art. 3-ter, d.lgs. 152/2006 (Codice dell’ambiente), che fa espressa menzione del principio di precauzione.

<sup>56</sup> *Comunicazione della Commissione europea*, cit., p. 14.

le”<sup>57</sup>, il decisore è tenuto ad intervenire, ma contestualmente deve farlo nel rispetto di alcune condizioni: dal preventivo esperimento di una valutazione del rischio il più possibile precisa sulla base dei dati disponibili al coinvolgimento di tutti i soggetti interessati sia in questa fase sia nella successiva di costruzione dell’intervento, da una configurazione delle misure che sia proporzionata al livello di protezione del bene alla loro applicazione non discriminatoria, dall’adozione di misure che possano ritenersi coerenti con quelle prese in analoghe situazioni alla valutazione di costo/beneficio delle diverse opzioni, fino alla previsione di un monitoraggio sull’efficacia delle misure e al loro riesame alla luce dell’evoluzione delle conoscenze incerte sul fattore di rischio e sui suoi effetti<sup>58</sup>.

Si tratta dunque di una decisione discrezionale governata da alcuni principi sia sostanziali sia procedurali, i quali, se riportati al contesto della decisione legislativa e del sindacato di legittimità costituzionale, vengono ad integrare i criteri funzionali al giudizio di ragionevolezza della legge<sup>59</sup>.

Ora, nel caso qui all’attenzione, atteso che la Corte non ha svolto su questo terreno il giudizio di ragionevolezza, va segnalato che il giudice *a quo* si era posto il problema. In entrambe le ordinanze, infatti, di fronte all’invocazione del principio di precauzione da parte dell’Avvocatura dello Stato, il TAR riteneva che dagli atti preparatori (in particolare dalla relazione illustrativa del d.d.l. di conversione del decreto-legge) non emergesse alcuna finalità di tutela della salute alla base della norma tributaria<sup>60</sup> e che anzi fossero evocate soltanto esigenze di finanza pubblica, consistenti nella necessità di non perdere il gettito corrispondente alla quota di accise non versate a seguito delle riduzioni di vendita delle sigarette tradizionali a vantaggio di quelle elettroniche; aggiungeva altresì che la tutela dei consumatori, a suo avviso, veniva più opportunamente affidata dal medesimo decreto-legge all’attività di monitoraggio sugli effetti dei prodotti succedanei del tabacco del quale veniva incaricato il Ministero della Salute<sup>61</sup>. In realtà, proprio alla luce di quanto si è brevemente ricordato circa i criteri

---

<sup>57</sup> È questa valutazione sull’”accettabilità” del rischio (cui deve corrispondere anche quella sull’accettabilità delle misure precauzionali) a costituire la principale componente *politica* della decisione, come sottolinea la stessa Commissione europea nella comunicazione citata: «Giudicare quale sia un livello di rischio “accettabile” per la società costituisce una responsabilità eminentemente politica. I responsabili, posti di fronte ad un rischio inaccettabile, all’incertezza scientifica e alle preoccupazioni della popolazione, hanno il dovere di trovare risposte. Tutti questi fattori devono quindi essere presi in considerazione» (punto 5 delle premesse).

<sup>58</sup> Cfr. paragrafi 5 e 6 della Comunicazione della Commissione UE citata.

<sup>59</sup> Sull’opportunità di inquadrare il giudizio sul rispetto del principio di precauzione entro le coordinate della ragionevolezza della legge, convergono diversi studiosi, cfr. *ex pluribus* L. DE LEONARDIS, *Tra precauzione e ragionevolezza*, cit.

<sup>60</sup> In realtà, va dato atto che il dibattito parlamentare sul d.d.l. di conversione del decreto n. 76, nonostante abbia mostrato un interesse molto limitato alla norma in questione, non avesse ignorato le sue finalità sanitarie, tanto da risultare espressa in quella sede la preoccupazione che la misura fiscale non producesse invece effetti opposti, incidendo negativamente sulle politiche di disincentivazione del tabagismo (a riprova della natura controversa della questione): cfr. il parere della XII Commissione Igiene e Sanità del Senato approvato nella seduta del 17 luglio 2013.

<sup>61</sup> Si tratta della previsione di cui all’art. 11, comma 23, del decreto legge n. 76/2013, il quale modificava l’art. 3 della legge n. 51 della legge n. 3/2003, inserendovi un nuovo comma 10-bis. Tale disposizione è poi stata

applicativi del principio di precauzione, non vi sarebbe stata ragione per ritenere disgiunta la misura fiscale da quella sul monitoraggio sugli effetti alla salute, dal momento che la previsione di un sistema di monitoraggio volto anche all'acquisizione di nuovi dati sui rischi per la salute del consumo dei prodotti succedanei del tabacco è funzionale all'aggiornamento e allo sviluppo di nuovi interventi idonei a contenere tale rischio, ivi comprese le restrizioni fiscali di cui all'art. 62-*quater* censurato.

Il che conferma l'impressione che la rinuncia, nella vicenda in questione, ad un attento apprezzamento, sia da parte del giudice *a quo* sia, soprattutto, da parte della Corte, della possibile rilevanza del principio di precauzione abbia indebolito nel suo complesso il controllo di costituzionalità della legge.

## **8. Una riflessione conclusiva tra motivazione della legge, metodo della legislazione e responsabilità del giudice costituzionale**

I rilievi critici mossi alla motivazione della sentenza non possono celare alcuni dei problemi di una legislazione come quella che ha veicolato la norma censurata. Tenendo a parte i difetti di formulazione dell'oggetto d'imposta, i quali non hanno retto al giudizio *ex art. 23 Cost.* ma che il legislatore del d.lgs. n. 188/2014 ha mostrato di aver, in fondo, già risolto *pro futuro* con una maggior attenzione al *drafting* formale, l'intervento legislativo in questione presentava alcune criticità ricorrenti nella normazione ormai prevalente. La scelta di inserire la misura fiscale sui prodotti succedanei del tabacco nell'ambito di un decreto-legge conteso tra materia del lavoro e fiscale<sup>62</sup> non ha reso un buon servizio all'organicità delle politiche di contrasto al fumo alle quali s'intendeva ascrivere la predetta misura, svalutando anche la connessione tra di essa e il sistema di monitoraggio sugli effetti delle sigarette elettroniche affiancate. Inoltre, il carattere frammentario – più che estemporaneo<sup>63</sup> – dell'intervento mal si concilia con la sua riconducibilità al quadro del principio di precauzione e ai criteri attuativi per esso individuati dalla Commissione europea nella menzionata comunicazione.

Da questo punto di vista, il caso conferma che politiche complesse come quelle di tutela “preventiva” della salute, bisognose di una continua interazione tra avanzamento delle conoscenze scientifiche e ponderazione dei diritti e degli interessi in gioco, esigono di essere costruite attraverso procedure adeguate, rispetto alle quali lo stesso legislatore è in difficoltà. Ciò accade senz'altro per limiti contingenti e più o meno “colpevoli” della normazione con-

---

successivamente novellata dall'art. 4, comma 5-*sexies*, del d.l. n. 104/2013 (conv. legge n. 128/2013), che ha introdotto le regole ad oggi vigenti sul consumo e la pubblicizzazione delle sigarette elettroniche e simili prodotti.

<sup>62</sup> Il titolo del decreto-legge n. 76/2013 è “Primi interventi urgenti per la promozione dell'occupazione, in particolare giovanile, della coesione sociale, nonché in materia di Imposta sul valore aggiunto (IVA) e altre misure finanziarie urgenti”.

<sup>63</sup> A far propendere per la sua frammentarietà più che per un'estemporaneità sono soprattutto i successivi sviluppi delle regole sul fumo elettronico, registrati con l'introduzione del divieto nelle scuole e le restrizioni alla pubblicizzazione del prodotto di cui al d.l. 104/2013 e con la revisione dell'imposta ad opera del d.lgs. n. 188/2014.

temporanea, quali sono l'abuso della decretazione d'urgenza, lo scarso coordinamento delle diverse misure, l'instabilità nel tempo e nei contenuti della regolazione (difetti tutti variamente riconoscibili nella fattispecie); ma dipende anche da caratteri strutturali della normazione e specialmente di quella primaria: caratteri così profondi, com'è quello dell'assenza di un obbligo di motivazione della legge, che talora vi è il rischio di non considerarli adeguatamente.

Questa situazione, nella quale la scelta del procedimento e dell'atto normativo attuativo delle predette politiche costituisce un fattore importante, non è esente da alcuni paradossi.

Per un verso, si può ritenere che nel nostro sistema delle fonti l'opzione per la decretazione d'urgenza, sottendendo l'assunzione di responsabilità da parte del Governo circa la deroga al principio di separazione dei poteri, richiami l'ordinamento ad un maggior rigore nel congegnare i controlli sulla legittimità dell'esercizio in via provvisoria della potestà legislativa da parte dell'esecutivo. Può essere letta in quest'ottica la maggiore intensità con la quale la Corte, specialmente negli ultimi anni, pratica il controllo di costituzionalità sui presupposti dei decreti-legge, il quale dà vita anche ad una forma di giudizio sulla motivazione dell'atto legislativo. Questa verifica – ammette la stessa Corte – si avvantaggia di un carattere estrinseco dell'atto, ovvero la presenza del preambolo ove quei presupposti sono dichiarati e devono essere menzionati in modo tale da non dar luogo ad una enunciazione meramente apodittica della loro esistenza, pena la messa in pericolo della legittimità stessa dell'intervento<sup>64</sup>. Pur convenendo con la necessità e la rilevanza sistemica di un tale, asseritamente più intenso, controllo sulla motivazione dell'atto legislativo, va notato che esso avvenga però in presenza di condizioni poco favorevoli, poiché l'attualità e la gravità degli straordinari motivi di necessità e urgenza più sono effettive e pressanti, più ostacolano un'accurata istruttoria e qualsiasi adempimento preliminare all'atto finalizzato a rendere conto della sua motivazione; tant'è che le regole sulla qualità della normazione – giuste o sbagliate che siano – prevedono che i disegni di legge di conversione dei decreti-legge siano esentati dall'esperimento dell'analisi d'impatto della regolamentazione<sup>65</sup>, la quale rappresenta uno strumento tanto prezioso quanto scarsamente valorizzato per rispondere alla domanda, storicamente crescente, di motivazione delle leggi<sup>66</sup>.

Diversamente, nel caso della legge parlamentare, in assenza di ragioni ritenute correntemente in grado di mitigare l'insindacabilità della motivazione dell'atto politico – ragioni

---

<sup>64</sup> Sul controllo di legittimità costituzionale relativo ai presupposti dei decreti-legge quale forma di controllo della motivazione dell'atto legislativo cfr. M. PICCHI, *L'obbligo di motivazione delle leggi*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 48-60, alla cui trattazione si rinvia anche per sostanziare e precisare, mediante i riferimenti giurisprudenziali e bibliografici ivi presenti, le affermazioni svolte nel testo.

<sup>65</sup> Cfr. art. 9, d.p.c.m. 11 settembre 2008, n. 170, "Regolamento recante disciplina attuativa dell'analisi dell'impatto della regolamentazione (AIR), ai sensi dell'articolo 14, comma 5, della legge 28 novembre 2005, n. 246". Le statistiche mostrano peraltro che, pur non esistendo per l'analisi tecnico-normativa tale esenzione, i disegni di legge di conversione siano a volte sprovvisti anche di quest'atto preliminare.

<sup>66</sup> Cfr. in tal senso R. BALDUZZI, *La sperimentazione dell'AIR in un'assemblea legislativa fra tecnica e politica*, in Senato della Repubblica, *L'analisi di impatto della regolazione nel processo legislazione*, Roma, 2002, pp. 96 ss.

che, per il decreto-legge, ruotano intorno all'eccezionalità dell'atto nel(l'astratto) sistema delle fonti –, la maggior libertà di cui tradizionalmente godrebbe il legislatore in ordine alla formazione della sua volontà è esercitata in circostanze paradossali se viste nell'ottica della “motivabilità” e della sua assoggettabilità a controllo: la legge è atto strutturalmente privo di una sede di motivazione espressa, ma per certi versi il suo procedimento di formazione, specialmente per il principio di pubblicità cui è sottoposto, sarebbe in grado di porre migliori condizioni per un controllo sulla sua motivazione anche nella prospettiva propria del sindacato di ragionevolezza (dalla possibilità di una istruttoria più ampia e trasparente – astrattamente non incompatibile con la logica della decisione precauzionale come sviluppata nell'elaborazione che ne fa la Commissione europea<sup>67</sup> – alla operatività degli strumenti di supporto alla qualità della normazione, purché seriamente intesi e utilizzati).

Sebbene il discorso sul metodo della legislazione non sia sempre adeguatamente presente nella riflessione sul giudizio della Corte sulla ragionevolezza della legge<sup>68</sup>, i termini in cui lo si è meramente introdotto e accennato evidenziano che esso partecipi a pieno titolo alla problematica in questione. Sicché quando il giudice costituzionale richiama il legislatore ad una motivazione più puntuale dei suoi atti, il rischio è che una non adeguata considerazione delle circostanze poc'anzi esposte lo conduca a non soppesare con la dovuta attenzione il senso di una tal istanza<sup>69</sup>.

Tornando al tema dei “presupposti scientifici” della legge, nel momento in cui la Corte costituzionale, con la già ricordata giurisprudenza sull'appropriatezza delle terapie, richiede al legislatore di elaborare i propri interventi in materia conformemente alle acquisizioni scientifiche così come validate in sede nazionale o sovranazionale presso istituzioni e organismi tecnico-scientifici, si pone il problema di come esso possa dar atto di aver assolto a un tale “adempimento”, magari esponendo le ragioni della scelta di una posizione piuttosto che di un'altra o illustrando quali argomenti, oltre a quelli scientifici, giustifichino la decisione incorporata nella norma legislativa: ovvero di come motivare la legge. Non a caso, riflettendo su questi arresti della giurisprudenza costituzionale, in dottrina si è osservato come «da queste

---

<sup>67</sup> Il che può condurre a rimeditare parzialmente la riflessione di M. CECCHETTI, *Il principio di precauzione come “matrice”*, cit., pp. 38-39, circa l'inadeguatezza della fonte legislativa a farsi carico direttamente dell'istruttoria presupposta e conseguente alla decisione precauzionale: se esiste per il legislatore parlamentare la possibilità di organizzare l'*iter legis* attraverso un'istruttoria rispettosa dei criteri attuativi del principio di precauzione, non è da escludersi che la legge si mostri idonea anche a veicolare aspetti sostanziali della decisione precauzionale e non soltanto a disciplinarne quelli procedurali al fine di rimettere la determinazione dei contenuti alle fonti secondarie. Sono proprio i caratteri della pubblicità e del pluralismo propri del procedimento legislativo – quando esso non subisce forzature e tali principi vengono effettivamente garantiti – a sollecitare ad avvalersi di questa possibilità tutte le volte che ve ne sono le condizioni.

<sup>68</sup> Proprio con riferimento alla normazione in ambiti scientificamente caratterizzati, come quello medico, tale connessione è invece valorizzata in termini interessanti, anche per la prospettiva comparatistica ivi adottata, in S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica*, Napoli, Editoriale scientifica, 2015, spec. pp. 98-107 e rif. bibliografici ivi presenti (consultato nell'edizione *open access* dell'Università degli studi di Trento).

<sup>69</sup> Un esempio in cui questo rischio sembra essersi concretamente manifestato è a nostro avviso la discussa sentenza n. 70 del 2015 (spec. punto 10, considerato in diritto).

enunciazioni esc[a] l'immagine dell'atto legislativo e della discrezionalità del legislatore tutta calibrata sul modello della decisione amministrativa»<sup>70</sup>, richiamando con ciò la prospettiva forse più coltivata dagli studi che ruotano intorno al tema classico della motivazione della legge, ove è frequente il ricorso a paralleli, suggestivi e talora tanto autorevoli quanto controversi, tra giudizio costituzionale e giudizio amministrativo, tra discrezionalità legislativa e discrezionalità tecnica dell'amministrazione, tra ragionevolezza ed eccesso di potere<sup>71</sup>.

Non è la sede per poter trattare, al di là dei riferimenti succinti già compiuti, l'intreccio problematico che lega il tema della motivazione della legge e del metodo della legislazione con quello della verifica dei suoi presupposti scientifici all'interno del sindacato di ragionevolezza, ma il quadro nel quale si è mossa la Corte nella sentenza in commento sembra proprio questo. Sicché le rilevate debolezze della motivazione che supporta il giudizio di ragionevolezza ivi compiuto devono valutarsi in questa dimensione “generale” del diritto costituzionale oltre che nel contesto particolare della tutela “preventiva” della salute che così fortemente caratterizza tanto i profili di fatto quanto quelli di diritto della vicenda normativa sindacata.

L'evocata complessità del bilanciamento tra interessi contrapposti che la legge è chiamata a incorporare, in presenza di incertezza delle conoscenze scientifiche e di necessità di un approccio precauzionale alla tutela del diritto alla salute, legittima ed anzi obbliga certamente la Corte ad esercitare nella pienezza dei suoi poteri la funzione di garanzia nei confronti di un legislatore eventualmente distratto, superficiale o indisponibile a “disvelare” i fondamenti razionali che ne sostanziano la volontà; tuttavia alla luce della problematicità del su evocato intreccio, un tale controllo dovrebbe essere esercitato dal giudice costituzionale nel rispetto, tra le altre, di due regole di condotta essenziali: la necessaria messa in campo di una ricerca *attiva* della *ratio* della norma, attraverso tutti gli strumenti a disposizione per accedere ad una dimensione, quella della motivazione della legge, che non trova positivizzazione nell'atto; l'applicazione, alle valutazioni di fatto che tale ricerca implica, degli stessi standard metodologici che la Corte pretende siano osservati dalla decisione legislativa, ivi compreso il riferimento alle medesime fonti istituzionali dalle quali il legislatore dovrebbe attingere le conoscenze scientifiche.

La legittimazione democratica della legge – con le mille imperfezioni delle forme sociali e istituzionali attraverso le quali essa storicamente si invera e manifesta – è un elemento

---

<sup>70</sup> A. MANGIA, *Discrezionalità legislativa*, cit., p. 59.

<sup>71</sup> Segnala peraltro la relativa rarità degli studi dedicati al tema della motivazione della legge, nonostante la sua fondamentale rilevanza, F. SORRENTINO, *Legalità e delegificazione*, in C. PINELLI (a cura di), *Amministrazione e legalità. Fonti normative e ordinamenti*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 3 ss., spec. pp. 21 ss., ove si individua il radicamento di questa scarsa attenzione nell'idea della legge come atto politico per eccellenza. Per l'inquadramento del tema v. G. LOMBARDI, *Motivazione (diritto costituzionale)*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino Utet, 1964, vol. X, pp. 954 ss.; P. CARETTI, *Motivazione (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1990, vol. XX; L. VENTURA, *Motivazione (degli atti costituzionali)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, Utet, 1995, vol. X, pp. 30 ss.; N. LUPO, *Alla ricerca della motivazione delle leggi: le relazioni ai progetti di legge in Parlamento*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Osservatorio sulle fonti*, Torino, Giappichelli, pp. 67 ss., spec. pp. 69-76. Per uno studio monografico recente v. M. PICCHI, *L'obbligo di motivazione*, cit.

costitutivo dello Stato costituzionale che la Corte finisce per ledere, ledendo anche la propria legittimazione di contro-potere, quando, usando eccessiva fretta nell'esaminare i presupposti scientifici della legge, non usi «la prudenza e il dubbio come abiti intellettuali»<sup>72</sup>. Quando interpella la scienza nel giudizio di ragionevolezza, anche se ciò avviene in assenza di interventi di esperti esterni nel processo bensì col solo ricorso agli strumenti di un'istruttoria informale e documentale, la posta in gioco è tanto delicata che la Corte non può non vestire questi abiti.

---

<sup>72</sup> Prendendo a prestito le parole di L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2007, vol. II, p. 217, citato da C. TRIPODINA, *È la corte costituzionale l'unico potere buono? Una domanda a Luigi Ferrajoli. Ovvero, sui vincoli e sui limiti del giudice delle leggi*, in *Costituzionalismo*, 2010, n. 2, le cui coordinate di riflessione sulla responsabilità della Corte e i limiti ai suoi poteri sono comuni alla critica mossa alla sentenza in questa sede.