



20 FEBBRAIO 2019

Il giudice amministrativo e la XII
disposizione finale della Costituzione:
osservazioni a partire dall'ordinanza
del TAR Brescia sul ricorso di
Casapound

di Alessandro Lauro

Cultore della materia in Diritto costituzionale
Università degli studi di Brescia



Il giudice amministrativo e la XII disposizione finale della Costituzione: osservazioni a partire dall'ordinanza del TAR Brescia sul ricorso di Casapound*

di Alessandro Lauro

Cultore della materia in Diritto costituzionale
Università degli studi di Brescia

Abstract: Il saggio analizza l'interpretazione data dal Giudice amministrativo alla XII disposizione finale della Costituzione, che vieta la ricostituzione del partito fascista sotto qualsiasi forma. Le riflessioni si sviluppano a partire da una recente decisione del TAR Brescia che ha autorizzato il Comune della città a pretendere una dichiarazione di antifascismo da parte di coloro che volessero ottenere la concessione di uno spazio pubblico. Lo scritto riflette dunque sulla possibilità che questa disposizione costituzionale fornisca all'Amministrazione una base legale per l'utilizzo di poteri atipici ed innominati, interrogandosi se ciò sia compatibile con il principio di legalità sostanziale.

Sommario: **1.** Una vicenda di partenza: l'ordinanza del TAR Brescia e alcune questioni su cui riflettere – **2.** La giurisprudenza amministrativa e la XII disposizione finale – **3.** La XII disposizione finale e il principio di legalità dell'azione amministrativa – **4.** La problematicità della pronuncia bresciana – **5.** Possibili sviluppi nell'applicazione della XII disposizione in relazione a poteri amministrativi – **6.** In conclusione.

1. Una vicenda di partenza: l'ordinanza del TAR Brescia e alcune questioni su cui riflettere

Con ordinanza datata 8 febbraio 2018, il Tribunale amministrativo regionale della Lombardia, sezione di Brescia, ritenendo insussistente il requisito del *fumus boni iuris*, ha respinto l'istanza cautelare presentata dall'associazione di estrema destra Casapound. La domanda era diretta a sospendere l'efficacia di un atto adottato dalla Giunta comunale di Brescia che dettava gli indirizzi relativi alla concessione di spazi pubblici.

In particolare, il Comune di Brescia ha deciso di pretendere da tutti coloro che richiedono la concessione di spazi pubblici una dichiarazione che affermi l'adesione ai principi costituzionali e il ripudio del nazifascismo da parte del richiedente. Questi è tenuto anche a dichiarare: “di non professare e non fare propaganda di ideologie neofasciste e neonaziste”, “di non perseguire finalità antidemocratiche”, “di non compiere manifestazioni esteriori inneggianti le ideologie fascista e/o nazista”.

* Articolo sottoposto a referaggio.

L'atto adottato dal Comune portava in premessa un ampio richiamo alla XII disposizione finale, vietante la ricostituzione del disciolto partito fascista, alla sua legge di attuazione 20 giugno 1952 n. 645 (la cd. Legge Scelba), alla legge 25 giugno 1993 n. 205 (di conversione del d.l. "Mancino" del 26 aprile 1993, n. 122) contro le discriminazioni razziali, etniche e religiose. La stessa delibera si premurava anche di sottolineare che la libertà di associazione ex art. 18 Cost. deve essere esercitata all'interno della cornice di garanzia fissata da queste norme e che trova nella XII disposizione finale il suo fondamento costituzionale.

Il TAR, nella sua ordinanza, considera *in primis* che *“l’insieme dei principi fondamentali, delle libertà costituzionali e, più in generale dei diritti e doveri del cittadino di cui alla Parte I della Costituzione esclude totalmente la tollerabilità, da parte dell’ordinamento italiano, di comportamenti riconducibili all’ideologia fascista”* e dunque ritiene che *“la richiesta di dichiarare di ripudiare l’ideologia fascista non possa essere qualificata come lesiva della libertà di pensiero e di associazione, dal momento che se tale libertà si spingesse fino a fare propri principi riconducibili all’ideologia fascista sarebbe automaticamente e palesemente in contrasto con l’obbligo e l’impegno al rispetto della Costituzione italiana e che, dunque, l’aver subordinato l’accesso agli spazi pubblici all’avversata dichiarazione, seppur in parte ridondante, non possa comunque essere considerata contraria alla legge e, dunque, espressione di un eccesso di potere”¹.*

Questa vicenda ha già sollecitato l'attenzione della dottrina per i suoi rilievi prettamente costituzionalistici e per la valorizzazione della matrice antifascista della nostra Legge fondamentale².

C'è però un aspetto che merita di essere indagato, collocando detta pronuncia all'interno di un quadro più ampio ed in particolare leggendola assieme ad altri arresti del giudice amministrativo: si tratta dell'uso della XII disposizione finale per legittimare l'azione amministrativa. Soffermarsi un istante su queste pronunce può mettere in luce la novità del caso bresciano, ma anche indurre ad una riflessione circa il rapporto esistente fra la norma costituzionale antifascista ed il principio di legalità sostanziale che permea l'ordinamento costituzionale in relazione all'esercizio di poteri amministrativi.

2. La giurisprudenza amministrativa e la XII disposizione finale della Costituzione

L'ambito in cui il giudice amministrativo si è confrontato con l'applicazione della XII disposizione finale della Costituzione è indubbiamente il procedimento elettorale preparatorio.

1 L'ordinanza è stata confermata dal Consiglio di Stato (Sez. V, ord. 17 maggio 2018 n. 2177), che in verità non si è espresso sul requisito cautelare del *fumus*, ritenendo piuttosto insussistente il *periculum in mora*, considerata la natura di atto di indirizzo del provvedimento impugnato.

2 F. PARUZZO, *Il Tar Brescia rigetta il ricorso di CasaPound: l'antifascismo come matrice e fondamento della Costituzione*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 2/2018.

La I sezione consultiva del Consiglio di Stato ebbe a pronunciarsi con un parere, richiesto dal Ministero dell'Interno, sull'evenienza che un Movimento denominato – alquanto ossimoricamente – “Fascismo e libertà” potesse essere ammesso alla competizione elettorale nazionale, con un contrassegno recante il fascio romano.

La domanda si giustificava alla luce dell'art. 14 del D.P.R. n. 361/1957 (Testo unico sulle elezioni della Camera): in tale norma non si rinviene infatti un esplicito divieto di presentare simboli aventi un legame con il regime fascista. I giudici di Palazzo Spada si espressero con forza sottolineando che *“al di là dei divieti espressi dal testo unico del 1957, e ferma restando, di massima, la tassatività del relativo elenco, non è concepibile che un raggruppamento politico partecipi alla competizione elettorale sotto un contrassegno che si richiama esplicitamente al partito fascista bandito irrevocabilmente dalla Costituzione, con norma tanto più grave e severa, in quanto eccezionalmente derogatoria al principio supremo della pluralità, libertà e parità delle tendenze politiche”*, ritenendo dunque non ammissibile una lista che presentasse un diretto richiamo al partito fascista nel nome. Diversamente, ritennero che l'uso del fascio romano – simbolo variamente utilizzato nella storia e passibile di diverse rappresentazioni grafiche – all'interno del contrassegno elettorale non potesse essere autonomo motivo di esclusione³.

Nel 2010 lo stesso movimento intese partecipare alle elezioni per il Consiglio provinciale di Torino, presentando il proprio contrassegno recante a chiare lettere il termine “fascista”. Dinanzi alla modifica del contrassegno, avvenuta ex art. 33 comma 4 del D.P.R. 570/1960, la Commissione elettorale ritenne che il simbolo – sebbene epurato dalla dicitura letterale “fascista” - avesse nei suoi contorni (il fascio, una grande F, i colori del tricolore) tutte le caratteristiche che richiamavano la simbologia del partito fascista repubblicano di Salò, così escludendo la lista dalla competizione.

Sul ricorso degli esclusi, il TAR Piemonte (sent. 29 gennaio 2010, n. 466), oltre a confermare l'assoluta riconducibilità del simbolo al partito fascista, affermò: *“posto che, effettivamente, sul piano letterale la causa di esclusione per rievocazione del partito fascista da parte di un determinato schieramento elettorale non è espressamente annoverata tra le fattispecie definite alla norma in analisi, va tuttavia rimarcato che la conformità all'ordinamento costituzionale repubblicano è una condicio iuris implicita o presupposta all'impianto dell'art. 33 del D.P.R. n. 570/1960”*. Dunque ben poteva *“ritenersi che la causa di esclusione consistente nel rievocare simboli, principi e ideologie*

3 *«È vero che di questo emblema si è appropriato anche il partito mussoliniano, dapprima solo con riferimento ad una ispirazione genericamente rivoluzionaria, poi con l'intenzione - tanto insistitamente declamata, quanto arbitraria e ingiustificata nei fatti - di accreditare il regime mussoliniano come l'erede e il continuatore della Roma repubblicana ed imperiale. Ed è anche vero che all'occhio dell'osservatore italiano l'emblema del fascio non può non richiamare alla memoria, primariamente, proprio il regime fascista. Ma non si può dire che quel simbolo, in sé e per sé, abbia un significato unico ed univoco – e forse si dovrebbe anche distinguere a seconda delle varie elaborazioni grafiche, diversificate dalla forma della scure e dalla sua posizione rispetto alle verghe: solo alcune versioni, infatti possono dirsi tipicamente fasciste. In conclusione, l'emblema del fascio romano, disgiunto dalla parola "fascismo", si può considerare ammissibile, ai fini contemplati dal quesito del Ministero dell'interno».*

appartenenti al disciolto partito fascista opera come precetto implicito o presupposto alla norma di cui all'art. 33 del D.P.R. n. 570/1960". Sul piano delle attribuzioni amministrative e del principio di legalità allora: *"il potere di escludere la lista che non abbia ottemperato all'invito rivolto al fine di eliminare ogni possibile confusione con le simbologie esteriori proprie del fascismo, o che vi abbia ottemperato solo parzialmente, discende quindi con sicurezza dal potere di deliberare sulle modificazioni eseguite, conferito agli Uffici elettorali dall'ultimo comma dell'art. 33 del D.P.R. n. 570/1960"*.

Nel 2012 una lista "Fascismo e libertà" viene esclusa dalla competizione elettorale per il Comune di Montelapiano, in provincia di Chieti. Dinanzi alle censure dei ricorrenti, il TAR Abruzzo, sezione di Pescara, annulla tale esclusione, ritenendola illegittima a causa della natura tassativa delle cause di ricusazione delle liste elettorali⁴.

In sede di appello avverso questa pronuncia, il Consiglio di Stato, sez. V, si esprime in via definitiva con la sentenza 6 marzo 2013 n. 1354, con la quale detta chiaramente i termini della questione.

Anzitutto il Consiglio osservò che *"il diritto di associarsi in un partito politico, sancito dall'art. 49 Cost., e quello di accesso alle cariche elettive, ex art. 51 Cost., trovano un limite nel divieto di riorganizzazione del disciolto partito fascista imposto dalla XII disposizione transitoria e finale della Costituzione. Detto precetto costituzionale, fissando un'impossibilità giuridica assoluta e incondizionata, impedisce che un movimento politico formatosi e operante in violazione di tale divieto possa in qualsiasi forma partecipare alla vita politica e condizionarne le libere e democratiche dinamiche"*. Il massimo giudice amministrativo non trascura di aggiungere *"che l'attuazione di tale precetto, sul piano letterale come sul versante teleologico, non può essere limitata alla repressione penale delle condotte finalizzate alla ricostituzione di un'associazione vietata ma deve essere estesa ad ogni atto o fatto che possa favorire la riorganizzazione del partito fascista"*.

Conseguentemente allora i poteri esercitati dalle Commissioni elettorali nel giudizio di ammissibilità delle liste elettorali si svolgono all'interno di un perimetro già fissato nella Costituzione *"che, dettando un requisito originario per la partecipazione alla vita politica, fonda il potere implicito della Commissione di ricusare le liste che si pongano in contrasto con detto precetto"*.

Lo stesso giudice confermò il proprio precedente, seguito poi da altri⁵, poco dopo, con la sent. 11 maggio 2013 n. 2573, nella quale affermò pure che *"in presenza di richiami simbolici tanto pregnanti, il Collegio ritiene"*

4 Tar Pescara, sent. 26 luglio 2012 n. 363: *«La lettura delle disposizioni vigenti in materia, non fanno cenno alcuno alla possibile valutazione circa il valore politico, democratico o meno, del simbolo presentato, da parte della Sottocommissione circoscrizionale, anche perché trattasi di una discrezionalità che va oltre i tipici aspetti amministrativi; il legislatore ha fatto una elencazione puntuale e tassativa che l'organismo amministrativo è tenuto a rispettare. In tal senso sono gli artt. 49 e 51 cost. (C. Cost. n.256/2010) e la stessa disposizione XII, che, peraltro, ha trovato attuazione con la L. n.645/20.6.1952, la quale prevede, ai fini decisori, la competenza del Tribunale penale (artt.2,4,5,5-bis,6,7) e la riserva ministeriale (art.3)»*.

5 Lo stesso precedente viene richiamato ed applicato dal TAR Palermo, sempre su ricorso di "Fascismo e libertà", con sentenza 22 maggio 2017 n. 1366. Lo stesso principio è stato fatto proprio dal TAR Brescia, sentenza 24 gennaio 2018 n. 105 nell'annullare le elezioni del Comune di Sermide e Follonica, dove era stata ammessa ed aveva ottenuto una percentuale non insignificante di voti la lista "Fasci italiani del lavoro". La sentenza è stata poi

superfluo il pur sollecitato esame degli elementi contenutistici dello statuto ed atto costitutivo del Movimento”, dunque negando che il giudice amministrativo dovesse procedere ad un preciso esame dell'ideologia politica di un determinato movimento per verificare o meno la sua ammissibilità, nei termini della XII disposizione, alla competizione elettorale.

3. La XII disposizione finale e il principio di legalità dell'azione amministrazione

Richiamati questi arresti nei loro contenuti essenziali, la novità dell'ordinanza del Tar Brescia sul ricorso di Casapound emerge nitidamente: la portata normativa della XII disposizione “esce” dall'ambito elettorale, fornendo la base per “nuovi poteri” di cui l'Amministrazione può servirsi. Quand'anche si volesse condividere l'affermazione del TAR circa la non violazione dell'art. 21 Cost. da parte della delibera giuntale (vizio dell'atto censurato con il ricorso)⁶, c'è però un interrogativo che resta in sottofondo: la XII disposizione finale può autorizzare l'Amministrazione a porre oneri o limiti in qualunque campo della vita sociale?

Esemplificando, si potrebbe chiedere una dichiarazione simile a quella adottata dal comune di Brescia, in caso di contrattualistica pubblica, di rilascio di autorizzazioni⁷, di partecipazione a pubblici concorsi?

confermata, ordinando l'esclusione di tale lista, da Consiglio di Stato, sez. III, 29 maggio 2018 n. 3208, che di nuovo afferma limpidamente: “*un movimento politico che si ispiri ai principî del disciolto partito fascista deve essere incondizionatamente bandito dalla competizione elettorale, secondo quanto impone la XII disposizione transitoria e finale della Costituzione, il cui precetto, sul piano letterale e teleologico, non può essere applicato solo alla repressione di condotte finalizzate alla ricostituzione di una associazione vietata, come l'appellante principale a torto sostiene, ma deve essere esteso ad ogni atto o fatto che possa favorire la riorganizzazione del partito fascista, per sua essenza stessa antidemocratico, e quindi anche al riferimento inequivoco ai suoi principî fondanti, ai sensi dell'art. 1 della l. n. 645 del 1952*”.

6 Su cui si sofferma F. PARUZZO, *Il Tar Brescia rigetta il ricorso di CasaPound: l'antifascismo come matrice e fondamento della Costituzione*, cit., p. 3 s. Critica invece B. PEZZINI, *La qualità fondativa e fondante della cittadinanza politica e dell'antifascismo: tra mitologia e attualità*, in F. CORTESE- C. CARUSO – S. ROSSI (a cura di), *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea Costituente*, Milano, 2018, p. 362 afferma che «*non convincono le argomentazioni [del] TAR Brescia poiché «si [sottovaluta] la differenza tra mera ideologia (libertà di manifestazione del pensiero- art. 21 Cost.) e azione politica organizzata (libertà di associazione in partiti – art. 49 – con l'eccezione del fascismo – Xii disp; non c'è un'equivalenza tra la richiesta in via preventiva di ripudiare il fascismo o, addirittura di riconoscersi tout-court nei valori della Costituzione (una professione di fede nella Costituzione), come condizione per accedere ad uno spazio comunale, ed i comportamenti tipizzati dalla legge Scelba per riconoscere la riorganizzazione del partito fascista*».

7 A dimostrazione che non si tratta di una mera ipotesi di scuola, valga, come esempio, il decreto ministeriale 6 ottobre 2009 disciplinante l'elenco prefettizio relativo al personale addetto ai servizi di controllo delle attività di intrattenimento e di spettacolo (ex art. 3, commi 7 e ss. della legge 15 luglio 2009 n. 94) vieta l'iscrizione di soggetti aderenti a movimenti vietati dalla Legge Mancino, senza che di per sé la legge 94/2009 – che generalmente demanda alla fonte ministeriale l'individuazione dei requisiti – esplicitasse un simile requisito. Di recente il Tar Lazio, sent. 23 marzo 2018 n. 3285, ha ritenuto fondata la decisione della Prefettura di Roma di rifiutare l'iscrizione ad un soggetto simpatizzante del movimento Forza Nuova. Il TAR da un lato valorizza quanto ha affermato la Cassazione penale sullo stesso movimento («*sebbene il movimento politico “Forza Nuova” non risulti essere stato direttamente destinatario di provvedimenti giurisdizionali o amministrativi volti ad irrogare le sanzioni previste dalla richiamata legge Mancino, esistono pronunce della Corte di Cassazione che qualificano espressamente “Forza Nuova” come un movimento caratterizzato dall'adesione all'ideologia fascista e pertanto portatore di convinzioni discriminatorie intimamente connaturate a detta ideologia*») e dall'altro ritiene il concetto di “aderenza” più ampio e flessibile rispetto ad una “appartenenza” («*può ritenersi*

Ci pare che, prima di dare un risposta critica all'interessante quesito, vada esaminato il rapporto intercorrente fra il principio di legalità⁸ e la possibilità di rinvenire nella XII disposizione finale (e nelle sue norme di attuazione) una fonte di poteri amministrativi atipici ed innominati.

La Corte costituzionale, nella celebre sentenza 115/2011⁹, ha affermato che l'ordinamento costituzionale è permeato da un principio di legalità sostanziale¹⁰, tratto saliente dello Stato di diritto. Il principio in parola presuppone che la legge non solo autorizzi l'esercizio di un potere, ma, nella “*pur elastica copertura*” data dallo stesso atto legislativo, lo determini nelle modalità e nel contenuto, “*non [essendo] sufficiente che che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore*”.

In questo contesto – e stante anche il generale rinvio alla legge ordinaria, chiamata ad attuarla – la Costituzione non sembra, in linea generale, idonea a soddisfare, già da sé, il principio di legalità e ad

adeguatamente supportata la valutazione espressa dalla Prefettura circa l'“aderenza” del ricorrente al movimento politico “Forza Nuova”, anche ponendo mente che il concetto di “aderenza”, così come definito dal disposto normativo, è indubbiamente più lato di quello di appartenenza, in quanto l'aderenza può concretizzarsi anche nel mero appoggio esterno, ancorché attivo, prestato dal soggetto al movimento, non richiedendosi anche la prova di un suo inserimento stabile all'interno del movimento attraverso il relativo tesseramento»).

8 La dottrina sul principio di legalità è vastissima. Qui ricordiamo i principali contributi in relazione all'attività amministrativa: AA.VV., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia* (Atti del LIII Convegno di studi di Scienza dell'amministrazione, Varenna, 20-22 settembre 2007), Milano, 2008; A- BARTOLINI – A. PIOGGIA, *La legalità dei principi di diritto amministrativo e il principio di legalità*, in M. RENNA – F. SAIITA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 79 ss.; N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001; S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, in ID. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, I, Milano, 2003, p. 195 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano, 1990; V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Diritto pubblico*, n. 2/2007, p. 346 ss.; S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1995; S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIII, Milano, 1973, p. 659 ss.; F. LEVI, *Legittimità (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIV, 1974, p. 124 ss.; F. MERUSI, *I sentieri interrotti della legalità*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2006, p. 273 ss.; ID. *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, in *Diritto pubblico*, n. 2/2007, p. 427 ss.; G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Diritto amministrativo*, n. 4/2007, p. 703 ss.; F. SAIITA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969; F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento VI, Milano, 2002, p. 85 ss.; D. SIMEOLI, *Appunti sul principio di legalità amministrativa*, in *Questione Giustizia*, n. 4/2016; D. SORACE, *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in *Diritto Pubblico*, n. 2/2007, p. 385 ss.; A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Diritto Pubblico*, 1995.

9 A commento si vedano, fra le altre, P. CERBO, *Principio di legalità e “nuove ed inedite” fattispecie di illecito create dai Sindaci*, in *Le Regioni*, n. 1-2/2012, p. 215 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Sindaco legislatore?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 2/2011, p. 1600 ss.; G. MELONI, *Le ordinanze (forse non solo) ordinarie dei sindaci in materia di sicurezza urbana tra legalità sostanziale e riserve relative*, in *Federalismi*, n. 14/2011.

10 F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, cit., p. 88 già osservava che «*si può affermare che il principio di legalità non vige (in forma in autentica), ma vige come principio di legalità sostanziale, in quanto le norme vincolanti l'amministrazione non si limitano a predeterminare poteri (a ad autorizzarne l'esercizio), ma disciplinano le finalità da raggiungere e i modi di di esercizio*». F. MERUSI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, cit. p. 433, ritiene che la legalità sostanziale sia «*il cemento*» della legalità formale.

ergersi a norma attributiva di potere amministrativo¹¹. È vero: talvolta è la stessa legge fondamentale ad indicare l'esistenza di poteri ed atti amministrativi, sia normativi e generali (ad es. i regolamenti governativi ex art. 87, comma quinto), sia di portata più precisamente provvedimentale (si pensi alle ispezioni sanitarie previste all'art. 14 o ai divieti per le manifestazioni in luogo pubblico di cui all'art. 17 per motivi di sicurezza o incolumità pubblica¹², oppure alle decisioni assunte dal Consiglio superiore della Magistratura ex art. 105 Cost.), ma, presto o tardi, il legislatore ordinario ha avvertito la necessità di dettare norme specifiche per inquadrare questi poteri, richieste invero dallo stesso dettato costituzionale¹³. Se così non fosse saremmo di fronte allo snaturamento del principio di legalità, la cui funzione più risalente è stata (ed è tuttora) proprio quella di garantire la prevalenza del legislativo sull'esecutivo¹⁴.

Questo, dunque, è il primo aspetto: la Costituzione come fonte di poteri amministrativi.

Ve n'è però un altro, che attiene all'applicazione diretta della Legge fondamentale da parte dell'Amministrazione. Tale applicazione può a sua volta seguire due binari diversi.

Da un lato, l'Amministrazione, pur in assenza di una previsione legislativa di dettaglio, potrebbe essere chiamata a fare applicazione della legge fondamentale, restando però nell'alveo di poteri già concessi ai plessi amministrativi. Dall'altro lato, la Carta potrebbe offrirsi come strumento interpretativo (in particolare evolutivo) di norme legislative che debbono trovare esecuzione¹⁵.

11 È vero che, come insegna G. MORBIDELLI, *I poteri normativi delle autorità indipendenti (profili problematici e spunti tratti dalla giurisprudenza statunitense)*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, n. 1/2010, p. 89, il principio di legalità è soddisfatto «non soltanto dalla interpositio legislatoris, ma anche attraverso i principi e le regole ricavabili dal sistema ordinamentale che rendono in concreto l'atto sindacabile». Eppure «non va trascurato che quando si versa, come nella specie, in materie che incidono su diritti costituzionalmente garantiti, una rete di regole sovraordinate non può mancare» (p. 88).

12 I due esempi sono tratti da V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, cit., p. 359.

13 Nel caso dei regolamenti – a parte l'annoso dibattito circa il fondamento del potere regolamentare del Governo – è intervenuta a quarant'anni di distanza dall'entrata in vigore della Costituzione la legge 400/1988, in attuazione dell'art. 95, terzo comma Cost. L'art. 14, comma secondo Cost. stabilisce che gli accertamenti e le ispezioni sanitarie siano regolati da leggi speciali. L'art. 17 presupponeva – come affermato dalla Corte costituzionale, sent. n. 9/1956 e 27/1958 – la vigenza del Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza (che all'art. 18 individua nel Questore il titolare del potere previsto dalla norma costituzionale). Per quanto riguarda il CSM più tempestivamente è stata approvata la legge 195/1958 (e gli artt. 105 e 106 espressamente richiedevano norme sull'ordinamento giudiziario subcostituzionali), che all'art. 17 disciplina la forma dei provvedimenti e ne prevede l'impugnabilità dinanzi alla giustizia amministrativa, eccettuati quelli aventi natura disciplinare, ricorribili davanti alle Sezioni Unite della Cassazione.

14 M. DOGLIANI, *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, in *Diritto pubblico*, n. 1/2008, p. 6 ss. enuncia le tre funzioni del principio di legalità: «a) regolare il rapporto tra potere legislativo e potere esecutivo assicurando la preminenza del primo; b) instaurare una forma di potere legale-razionale, che consenta la prevedibilità e calcolabilità dell'azione dei pubblici poteri; c) far coincidere il diritto oggettivo (che realizza tale ultima funzione) con la legge parlamentare, manifestazione del potere rappresentativo, garantito come sovrano dalla prima delle tre funzioni ora ricordate».

15 U. ALLEGRETTI, *La Costituzione interpretata dalla pubblica amministrazione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2018, n particolare p. 41 ss.

Ma se l'interpretazione costituzionalmente orientata da parte dell'Amministrazione non suscita grandi perplessità¹⁶, viceversa occorre adoperare cautela nel considerare la Costituzione come fonte autosufficiente di poteri amministrativi, anche perché, così facendo, si rischia di rinunciare alla *interpositio legislatoris* in favore di una *interpositio iudicis*. Di fatti, si delegherebbe al giudice, al momento del controllo sulla validità dell'atto amministrativo, il compito di definire i poteri dell'Amministrazione partendo dalla vaghezza dei principi costituzionali.

Queste prospettive possono riportarsi anche al caso della XII disposizione finale. Essa è, dal canto suo, una norma netta nella finalità che persegue¹⁷, eppure troppo stringata e generica per soddisfare pienamente la condizione di legalità sostanziale. Ed in fondo non ne va diversamente delle sue normative d'attuazione (leggi Scelba e Mancino), che, di fatti, si occupano principalmente di definire cosa effettivamente costituisca attività vietata ai sensi della norma costituzionale e di indicarne le sanzioni penali e le attività funzionali all'effettività di queste ultime.

Certo, talune disposizioni sono chiaramente attributive di un potere autoritativo discrezionale (ad es. l'art. 2 della Legge Mancino, che conferisce all'autorità di pubblica sicurezza il potere di interdire l'accesso a luoghi dove si svolgono competizioni agonistiche ai soggetti che sfoggiano simboli o emblemi di associazioni vietate) o più spesso vincolato (come nel caso del decreto di scioglimento delle associazioni vietate, adottato dal Ministro dell'Interno sentito il Consiglio dei Ministri, adottato o in base all'art. 3 della Legge Scelba o in forza dell'art. 7 della Legge Mancino), però la formulazione delle norme – ed in fondo anche la loro *ratio*, connotata dalla scelta di privilegiare una politica criminale, con le conseguenti garanzie

16 *Ibidem*, p. 42: «Di fronte a disposizioni, seppur di legge, che non paiono quadrare con norme costituzionali, l'impiego dei normali mezzi interpretativi, anche di tipo evolutivo, di cui possono godere tutti i soggetti dell'ordinamento senza bisogno dell'autorevole affermazione di un giudice, apparirebbe non già solo possibile ma dovuta da parte dell'amministrazione, sia per evitare di incorrere in contrasti con la Costituzione che per adeguarsi in maggior misura al tenore di questa». Si noti che lo stesso U. ALLEGRETTI, *Amministrazione e Costituzione*, Padova, 1996, p. 158 metteva viceversa in luce l'ampia indulgenza del giudice costituzionale nei confronti dell'Amministrazione, anche quando i poteri di questa rivelavano una «sostanziale evanescenza in concreto della sottoposizione dell'Amministrazione alla legalità».

17 B. PEZZINI, *Attualità e attuazione della XII disposizione: la matrice antifascista della Costituzione repubblicana*, in AA.VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, p. 1401, afferma «il principio della XII deve necessariamente trovare un'attuazione sganciata dai soggetti che non ci sono più e direttamente collegata ai contenuti e alle procedure: i primi devono definire il fascismo con riferimento esplicito ai miti del radicalismo di destra — nazionalismo, razzismo e colonialismo — coniugati al suo patrimonio ideologico e politico — fatto di antiegalitarismo, autoritarismo, corporativismo e antiparlamentarismo — nonché aggiornati in riferimento alla concentrazione dei poteri insofferente dei controlli e allo svuotamento della rappresentanza politica; le seconde vanno rivolte alla neutralizzazione dell'organizzazione politica piuttosto che alla (sola) repressione penale della partecipazione ad essa». Ci pare, appunto, che tale “attuazione attualizzata” debba però essere *in primis* legislativa e non realizzarsi in una congerie di interventi amministrativi in ordine sparso, della cui utilità teleologica si può finanche dubitare.

giurisdizionali – non sembra sufficiente a dilatare in maniera indeterminata la capacità della norma antifascista di fondare una serie di poteri amministrativi innominati ed adespoti.

La chiave di volta del ragionamento, a nostro avviso, sta proprio in questo: le possibilità “espansive” della XII disposizione, per avvenire nei limiti e nelle forme proprie dello Stato di diritto, non possono essere date per scontate e per assolute, ma devono essere apprezzate in relazione a ciascun ambito della vita civile in cui possono sprigionarsi, dovendo comunque confrontarsi – soprattutto quando siano coinvolti interessi diversi – con il generale limite costituito dal principio di proporzionalità¹⁸.

Di conseguenza, ciò significa che non tutti i pubblici poteri possono “attingere” direttamente alla fonte costituzionale.

Orbene, è chiaro che, ad esempio, nell'ambito dei procedimenti elettorali preparatori non si ravvisano stridori fra il principio di legalità sostanziale e l' “uso alternativo” della XII disposizione finale¹⁹, poiché, molto banalmente, il divieto della norma costituzionale mira proprio a preservare la comunità politica democratica dall'irrompere di un partito neofascista, per definizione incapace di accettare i principi del confronto e del metodo democratico, predicato e imposto anche dall'art. 49 Cost. In questi termini, allora, sì, che la XII disposizione diviene parametro integrativo ed interpretativo delle norme elettorali e validamente fonda il potere di esclusione di liste che si ricolleghino all'ideologia fascista, perché – come giustamente ha osservato il Consiglio di Stato – il divieto di ricostituzione del partito fascista è un prerequisito per partecipare alla vita politica del nostro Paese.

18 Principio che, secondo il Consiglio di Stato, V sez. 23 dicembre 2016 n. 5443 *«impone all'Amministrazione di adottare un provvedimento non eccedente quanto è opportuno e necessario per conseguire lo scopo prefissato. Alla luce di tale principio, nel caso in cui l'azione amministrativa coinvolga interessi diversi, è doverosa un'adeguata ponderazione delle contrapposte esigenze, al fine di trovare la soluzione che comporti il minor sacrificio possibile; in questo senso il principio in parola rileva quale elemento sintomatico della correttezza dell'esercizio del potere discrezionale in relazione all'effettivo bilanciamento degli interessi. La proporzionalità dell'attività amministrativa non deve essere considerata come un canone rigido e immutabile, ma si configura quale regola che implica la flessibilità dell'azione amministrativa e, in ultima analisi, la rispondenza della stessa alla razionalità e alla legalità. Tale principio va inteso nella sua accezione etimologica e dunque da riferire al senso di equità e di giustizia, che deve sempre caratterizzare la soluzione del caso concreto, non solo in sede amministrativa, ma anche in sede giurisdizionale»*. Si tratta dunque non solo di un canone per il sindacato giurisdizionale, ma *«rappresenta un parametro di riferimento costante per la pubblica amministrazione»* (D.U. GALLETTA, *Principio di proporzionalità*, in *Diritto on line*, 2012).

19 Sia consentito l'utilizzo della locuzione “uso alternativo” che, come noto, rimanda ad un'impostazione ideologica filomarxista che vedeva nella Costituzione (e in particolare nel principio di eguaglianza sostanziale) la possibilità di derivare direttamente dalla Legge fondamentale la soluzione dei casi concretamente *sub iudice*: cfr. P. BARCELLONA (a cura di), *L'uso alternativo del diritto*, Roma-Bari, 1973. A questo proposito giova citare G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 211, che stigmatizza una simile operazione logica definendola *«un'amputazione»* del procedimento legislativo e democratico, che si realizza *«nella categorizzazione di senso e valore del caso alla luce della Costituzione e nella deduzione dai suoi principi della regola, come se essi costituissero un sistema chiuso, senza spazi per il legislatore»*.

A voler ben vedere tale potere di esclusione politico-elettorale si fonda addirittura nel “patto costituzionale” originario²⁰, se si vuole nella stessa Costituzione materiale – intesa nel senso originalmente mortatiano²¹ – e la norma costituzionale non richiede particolari attuazioni (dal punto di vista elettorale ed amministrativo, non ovviamente penale) per individuare quali sono i contorni di questo potere e soddisfare così il principio di legalità sostanziale, di pari livello costituzionale. E pertanto possiamo perfettamente scorgere – nella combinazione fra la norma costituzionale e le norme legislative pertinenti – sia il bene o valore tutelato (la democraticità dell'ordinamento costituzionale), il contenuto del potere (l'esclusione dalle competizioni elettorali di liste che si professino fasciste), la modalità di esercizio (la riacquisizione dei contrassegni elettorali e delle liste).

Detto ancora diversamente, il giudice amministrativo in questo caso non crea *ex novo* un potere amministrativo²²: giustamente lo qualifica come implicito, ricavandolo dalla trama di principi costituzionali che presiedono alle competizioni politiche ed elettorali²³.

20 Cfr. P. RIDOLA, *Partiti politici*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXII, Milano, 1982, p. 113: « L'art. 49 e la XII disp. trans., la regola e la sua eccezione, trovano perciò origine entrambe nelle caratteristiche dell'accordo politico sul quale è nata la Costituzione del 1947, nell'esigenza di arretrare i limiti generali alla libertà dei partiti al di qua del limite ideologico, e ad un tempo di recuperare quest'ultimo nei confronti di un'esperienza storica verso la quale s'intendeva precludere al nuovo ordinamento costituzionale una posizione di neutralità: ché anzi - si è aggiunto - con la discriminazione nei confronti dei movimenti neofascisti, i Costituenti vollero introdurre un elemento di rottura in una società che aveva mantenuto una continuità nell'assetto dell'ordinamento statale e nella struttura economica pur nel mutamento del regime politico».

21 Intesa cioè come insieme delle forze dominanti che imprimono un determinato indirizzo alla società. La tesi è ovviamente esposta nel celebre C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, Milano, 1940, in particolare p. 53 ss. (nell'ed.1998 curata da G. Zagrebelsky).

22 Senza dimenticare l'avvertimento di M.A. SANDULLI, “Principi e regole dell'azione amministrativa”: riflessioni sul rapporto tra diritto scritto e realtà giurisprudenziale, in *Federalismi.it*, n. 23/2017, la quale A. giustamente osserva che «pur riconoscendo e apprezzando il ruolo fondamentale svolto dalla giurisprudenza, in particolare quella amministrativa, nell'affermazione e nella costruzione di fondamentali principi di garanzia dei cittadini in coerenza con il quadro costituzionale e, oggi, euro unitario, non si può dimenticare che rimettere l'attuazione dei principi costituzionali (necessariamente generali e indeterminati) direttamente al potere giurisdizionale significa, inevitabilmente, rinunciare alla certezza delle regole del vivere sociale e alla prevedibilità delle conseguenze (positive e negative) dei propri comportamenti».

23 Nel caso specifico ben si vede allora come la teoria dei poteri impliciti funga da «criterio interpretativo, talvolta indubbiamente esercitato in maniera discutibile, ma che è funzionale all'individuazione del contenuto del precetto legislativo» (G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i cd. “poteri impliciti”*, cit., p. 708). Benché in relazione a contesti diversi (i poteri regolatori delle Autorità indipendenti) sembra pertinente anche alla nostra riflessione l'osservazione dell'A. a pag. 777: «è frequente che i provvedimenti vengano costruiti in funzioni delle finalità, estendendone così il contenuto tipico. Ma le finalità possono servire per interpretare, non per costituire un nuovo oggetto. Né le finalità pur commendevoli possono fare aggio sul principio di legalità. Né - come talvolta si sostiene - è possibile il bilanciamento tra valori... un tale genere di bilanciamento lo fanno il legislatore o la Corte costituzionale, non l'Amministrazione».

4. La problematicità della pronuncia bresciana

Viceversa, nel caso dell'ordinanza bresciana sul ricorso di Casapound ci sono alcuni elementi che non convincono fino in fondo²⁴.

Per prima cosa – diversamente dalla giurisprudenza in materia elettorale, dove sempre si combinava a precise disposizioni di legge – qui la XII disposizione è la sola fonte che legittima la Giunta comunale ad adottare la delibera in questi termini e ad indirizzarla indifferentemente a singoli o a gruppi. E – si badi – la stessa delibera ammette la possibilità di irrogare sanzioni ai sensi dei Regolamenti COSAP e di polizia urbana del Comune, entrando in una pericolosa linea di collisione con l'art. 23 Cost. sulla possibilità di imporre prestazioni solo in base alla legge, uno dei principali parametri su cui la Corte costituzionale ha fondato l'esistenza del principio di legalità sostanziale²⁵.

D'altronde non si vede esattamente quale sia la natura del potere di cui si avvale il Comune. O meglio: la giunta emana delle direttive in base al regolamento comunale COSAP, a sua volta emanato in forza degli art. 52 e 63 del D.Lgs. 15 dicembre 1997 n. 336, però il contenuto di tale direttiva è riconosciuto dal giudice amministrativo come scaturente dalla XII disposizione e le motivazioni dell'atto si rifanno espressamente alla norma costituzionale.

Non siamo davanti ad un caso di “potere straordinario”, poiché non solo manca in radice la predeterminazione legislativa, ma anche la straordinarietà della circostanza che lo giustifica²⁶. Non si tratta nemmeno di un “potere implicito”, perché resta la difficoltà a comprendere quale sia l'effettivo contributo che tale scelta amministrativa apporta (al di là del significato politico, che per quanto apprezzabile, proprio perché politico, non per forza incontra i favori del giurista) alle finalità preventive e sanzionatorie proprie del principio costituzionale e delle sue norme attuative²⁷.

24 Non si può dimenticare che, trattandosi di fase cautelare, il TAR ha adottato una deliberazione a cognizione sommaria della vicenda. Tuttavia l'ordinanza ha – sui punti di nostro interesse – tratti decisori molto netti, tali da definire nel merito il ricorso, sicché ci si permette di commentarla come se fosse una pronuncia fatta a cognizione piena.

25 R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, cit. p. 427 : «La riserva di legge garantisce dunque che i poteri della pubblica amministrazione singolarmente considerati trovino un referente legislativo ed inoltre che si consideri inesistente ogni potere della pubblica amministrazione che non trovi nella legge stessa la previsione del " tipo " di prestazione imposta».

26 V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, cit., p. 354 parlando dei poteri straordinari di ordinanza osserva che: «Si tratta di poteri previsti nell'ordinamento positivo in capo a diverse autorità ed eventualmente anche a quella di cui si tratta, in via ordinaria (che possa trattarsi di poteri del tutto innominati, cioè non previsti dall'ordinamento in capo ad alcuna autorità amministrativa, mi pare evenienza del tutto irrealistica); ma essi in tale evenienza vengono esercitati (in via straordinaria, appunto) del tutto a prescindere dal profilo dell'attribuzione e della competenza». È dunque la straordinarietà dell'evenienza che autorizza l'adozione di misure non esattamente predeterminate o un sovvertimento delle attribuzioni o delle competenze.

27 Sulla finalità come elemento di discernimento del criterio dei poteri impliciti si veda il contributo di G. MORBIDELLI citato *supra*, alla nota 18. Se si tiene presente il potere di ricasazione dei contrassegni elettorali ammesso come potere implicito (perché derivato dal combinato disposto di una norma attributiva del potere e del principio costituzionale) si coglie il perché non si riesce ad ammettere l'esistenza di un potere implicito

La democraticità dell'ordinamento (valore indubbiamente ispiratore della XII disposizione) è tutelata imponendo una dichiarazione di “fedeltà costituzionale” per la concessione di spazi comunali²⁸? O – ipotizzando un'estensione ad altri casi – per la partecipazione a bandi di gara o a concorsi pubblici? Ci pare difficile leggere nella XII disposizione (e nell'impianto della Costituzione in genere) un valore così altamente “assolutizzante” della stessa Costituzione, se è vero che la nostra – come afferma pacificamente la dottrina – non appartiene al novero delle democrazie protette in cui non è sostanzialmente ammesso professare valori politici contrari al dettato costituzionale²⁹. La XII disposizione è volta, semmai, ad imporre un limite negativo alla libertà di associazione partitica, più che ad imporre un obbligo positivo di consonanza ideologica con la Legge fondamentale.

Non sembra poi inutile sottolineare che l'art. 54 Cost. – si noti – impone la *fedeltà* alla Repubblica e l'*osservanza* della Costituzione³⁰ e stabilisce che sia la legge a fissare in quali casi è necessario il giuramento per i cittadini a cui sono affidate cariche pubbliche. Di talché una simile dichiarazione – configurata in maniera molto simile ad un giuramento “per iscritto” – non potrebbe che essere prevista dalla legge, a conferma di quanto da noi sostenuto, e per di più non potrebbe che essere imposta ai soggetti investiti di pubbliche funzioni, non a qualunque privato cittadino che intrattenga rapporti con l'amministrazione. Ma v'è di più: siamo certi che sia nell'interesse della democrazia relegare – per l'effetto – a spazi privati, riservati e quindi segreti le attività di gruppi che, al contrario, dovrebbero essere ben “tenuti d'occhio”? L'art. 18 Cost., in verità, esprime un chiara reprimenda nei confronti delle associazioni occulte che perseguono fini politici, sicché sarebbe opportuno che l'azione dei pubblici poteri non incentivasse tale segretezza, nell'inseguire – secondo il classico paradigma dell'eterogenesi dei fini – la difesa di un valore

all'ordinamento che autorizzi l'Amministrazione a imporre una dichiarazione di antifascismo per l'accesso a determinate concessioni o prestazioni.

28 Giustamente B. PEZZINI, *La qualità fondativa e fondante della cittadinanza politica e dell'antifascismo: tra mitologia e attualità*, cit., p. 362 afferma che «si [sottovaluta] la differenza tra mera ideologia (libertà di manifestazione del pensiero- art. 21 Cost.) e azione politica organizzata (libertà di associazione in partiti – art. 49 – con l'eccezione del fascismo – XII disp; non c'è un'equivalenza tra la richiesta in via preventiva di ripudiare il fascismo o, addirittura di riconoscersi tout-court nei valori della Costituzione (una professione di fede nella Costituzione), come condizione per accedere ad uno spazio comunale, ed i comportamenti tipizzati dalla legge Scelba per riconoscere la riorganizzazione del partito fascista».

29 Cfr. G. CUOMO, *I partiti politici nella Costituzione*, Napoli, 1964, p. 65 ss., secondo il quale i partiti possono darsi come fine ideologico la sostituzione del regime democratico, essendo questo un fine non ingabbiato nell'imposizione del “metodo democratico” ex art. 49 Cost. Sul carattere “non protetto” della democrazia italiana vedasi L. ELIA, *L'attuazione della Costituzione in materia di rapporti tra partiti e istituzioni*, in *Il ruolo dei partiti nella democrazia italiana: Cadenabbia, 18-19 settembre 1965: atti del Convegno di studio*, Bergamo, 1965, p. 67 ss., e ancora A. D'ANDREA, *Costituzione e partiti “antisistema”*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 24 marzo 2007. F. BLANDO, *Movimenti neofascisti e difesa della democrazia*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2014, p. 6, dopo aver ribadito il carattere non “protetto” della democrazia italiana afferma che «il divieto contenuto [nella XII disposizione] si presenta come un ineludibile denominatore comune, disegna, insieme, il più netto rifiuto contro l'eredità fascista e una precisa prescrizione per i poteri dello Stato». Sul tema, in una prospettiva di comparazione, il volume A. DI GIOVINE (a cura di), *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Torino, 2005.

30 Dunque non una fedeltà ideologica alla Costituzione.

che trova una sua incrollabile tutela in altri settori della vita pubblica e per opera di altri plessi dell'Amministrazione³¹.

Insomma con la pronuncia del TAR pare intravedersi nella XII disposizione la fonte di poteri, innominati, perenni ed adespoti³², che sembrano fuoriuscire dalle tassonomie proprie del diritto amministrativo³³, andando ad incidere, peraltro, su sfere giuridiche legate alle libertà personali, dunque coperte da riserva di legge.

5. Possibili sviluppi nell'applicazione della XII disposizione in relazione a poteri amministrativi

Tutto quel che precede non significa – e lo si pensa convintamente – che dal punto di vista amministrativo la garanzia antifascista debba essere relegata al mero ambito elettorale.

Al contrario, possono esistere plurimi casi in cui la XII disposizione fornisce – soprattutto in combinazione con altre norme – un chiaro appiglio per l'esercizio di poteri autoritativi, segnatamente quando si verta in materia di pubblica sicurezza, dove il valore democratico ed antiviolento della norma costituzionale³⁴ imprime una particolare e necessitata direzione all'esercizio del potere (si pensi alle autorizzazioni di polizia per esercitare particolari attività professionali³⁵, ma anche alle ordinanze contingibili ed urgenti ex art. 54 TUEL o in forza dell'art. 2 del Testo unico sulle leggi di pubblica sicurezza). È in questi casi, ci pare, che la norma costituzionale diviene idonea a contribuire – proprio come parametro interpretativo ed integrativo di altre disposizioni legislative – all'individuazione e alla

31 Altro conto, a modesto avviso di chi scrive, sarebbe stato richiedere una dichiarazione non generalmente improntata ad una professione ideologica, ma che impegnasse *nel concreto* a non condurre *negli spazi comunali* azioni riconducibili al divieto della XII disposizione, anche se non propriamente integranti il reato di cui agli art. 1 e 2 della legge Scelba: in questo caso l'azione amministrativa attuerebbe esattamente i fini previsti dalla norma costituzionale e dalla sua norma legislativa d'attuazione, tenuto conto di quanto condivisibilmente affermato dal Consiglio di Stato circa la necessità che «*l'attuazione di tale precetto, sul piano letterale come sul versante teleologico, non può essere limitata alla repressione penale delle condotte finalizzate alla ricostituzione di un'associazione vietata ma deve essere estesa ad ogni atto o fatto che possa favorire la riorganizzazione del partito fascista*». Similmente P. RIDOLA, *Partiti politici*, cit., p. 113 scrive: «*dalla stessa lettera della disposizione, col riferimento ad un divieto di "riorganizzazione", è inseparabile una funzione di prevenzione, preordinata all'esigenza di colpire il neofascismo nel "solo tentativo di venire in vita", funzione preventiva che viene per lo più ritenuta estranea all'art. 49*».

32 Dunque non definiti nei loro contenuti, utilizzabili in qualsiasi momento e da parte di qualunque autorità amministrativa.

33 Salvo che non si configurino proprio come «*poteri non previsti (inesistenti nell'ordinamento positivo)*», di cui V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, p. 359 ritiene difficile l'individuazione.

34 «*Vi fu accordo nell'Assemblea Costituente nel considerare la sopraffazione violenta il disvalore politico assoluto (come emerge chiaramente dagli artt. 11, 18, 49 e dalla XII Disposizione finale della Costituzione)*» scrive G. SILVESTRI, *La nascita della Costituzione italiana e i suoi valori fondamentali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1/2006, p. 594.

35 Cfr. Tar Lazio, sent. 23 marzo 2018 n. 3285, già citata alla nota 7: il decreto ministeriale che individua i requisiti ben può attingere alla XII disposizione (o alla Legge Mancino, come nel caso di specie) per dettare condizioni personali che non contraddicano il divieto costituzionale di ricostituzione del partito fascista.

giustificazione di poteri impliciti all'ordinamento, che debbono quindi essere consustanziali alla stessa garanzia antifascista.

Neppure si può escludere che il divieto assoluto di ricostituzione del partito fascista – che in base all'art. 2 della Legge Scelba può configurarsi in varie forme, anche meno evidenti, come “l'esaltazione di esponenti, principi, fatti e metodi propri del predetto partito” – operi come norma inibitrice di un potere amministrativo³⁶, tale da determinare senza dubbio l'annullabilità del provvedimento, se non anche la nullità dell'atto che si ponga in contrasto con essa³⁷.

In definitiva, il potere amministrativo che si eserciti in nome della XII disposizione, se vuole trovare in essa un valido fondamento senza contravvenire al principio di legalità sostanziale, non solo deve essere diretto a realizzare concretamente i fini di tutela democratica del principio costituzionale, ma nel suo contenuto deve avere una chiara consonanza con quanto stabilito dalla normativa di attuazione del divieto antifascista e le sue modalità di esercizio devono essere idonee a prevenire o ad impedire quegli atti vietati in quanto costituenti riorganizzazione del partito totalitario.

Perciò imporre autoritativamente una dichiarazione di adesione ideologica, addirittura passibile di sanzioni amministrative, in realtà significa fuoriuscire dalla cornice di quelle attività vietate in applicazione della XII disposizione – che, non a caso, sono “manifestazioni esteriori”, come stabilisce in chiusura l'art. 1 della Legge Scelba – e in definitiva realizza l'esercizio di un potere che esorbita dalle competenze dell'amministrazione e forse persino da quelle del legislatore ordinario, arrivando a lambire il potere costituente.

6. In conclusione

Concludendo, non si può non mettere in luce come la società italiana stia attraversando un delicato momento di aperto confronto con il proprio passato autoritario, che vive un'inedita e preoccupante riabilitazione e a cui si contrappongono reazioni invero un po' scomposte, le quali, cercando di intervenire

36 Si pensi, ad esempio, all'intitolazione di una strada ad un esponente del regime fascista o alla realizzazione di un monumento: si tratterebbe di atti certamente celebrativi, volti all'esaltazione di personaggi legati al partito vietato e dunque in contrasto con la XII disposizione, come attuata dalla Legge Scelba.

37 Ai sensi dell'art. 21 *septies* della legge 241/90, si potrebbe opinare che la nullità derivi da un difetto assoluto di attribuzione (se non addirittura un caso di nullità tassativa, scritta nel testo costituzionale), in quanto la norma costituzionale determinerebbe l'inefficacia della norma attributiva del potere, allorché l'atto sia indirizzato a fini contrari alla XII disposizione finale. In altri termini nessuna norma dell'ordinamento attribuisce – stante il divieto assoluto di ricostituzione del partito fascista – ad un'amministrazione il potere di operare per tale ricostituzione. Il ragionamento, ovviamente in relazione a parametri diversi, si basa su quanto di recente affermato dal TAR Catania, sent. 6 agosto 2018 n. 1671.

emotivamente sui sintomi (ma non approfondendo le cause) sfociano poi in azioni di scarsa pregnanza giuridica e di dubbia utilità pratica, se non addirittura contraddittorie rispetto ai loro fini³⁸.

Ecco che allora, piuttosto che irrigidire in ordine sparso le barriere giuridiche antifasciste (in verità più solide di quanto non voglia far credere il dibattito politico³⁹), anche con torsioni che mal si conciliano con altri principi costituzionali posti a garanzia dello stesso ordine democratico, i pubblici poteri dovrebbero occuparsi di rinforzare gli anticorpi sociali, andando a fondo nel tentare di comprendere ed alleviare il disagio presente nella società (strascico della crisi economica, della sua gestione e delle sue lunghe conseguenze), fertile terreno per sirene che offrano una rivoluzionaria palingenesi.

È con l'istruzione, la coesione sociale, l'offerta di prospettive (in fondo con la costruzione di un sentimento di “sicurezza esistenziale” della popolazione) che si prevencono fenomeni autoritari, si rifugge l'idea dell'uomo forte, provvidenziale salvatore, e al contempo si protegge la democrazia costituzionale, che è garanzia di libertà civili e di diritti sociali. È vano pensare che i semi dell'autoritarismo si combattano (solo o prevalentemente) con atti d'autorità.

38 Sul punto sia consentito rinviare a A. LAURO, *Piazza della Vittoria, la memoria nazionale e l'art. 9 della Costituzione italiana*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2018, dove si riflette, in relazione alla proposta di legge “Fiano” della scorsa legislatura, sulla necessità di tutelare il patrimonio artistico anche di derivazione fascista come testimonianza storica, onde evitare pericolose rimozioni nella memoria collettiva, primi passi per ripetere gli errori del passato.

39 M. MANETTI, *Lacune vere o presunte nella repressione della propaganda nazifascista. A proposito del d.d.l. Fiano*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2017, p. 883 ss.