



UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI  
FIRENZE

## FLORE

# Repository istituzionale dell'Università degli Studi di Firenze

### **Il 'Caso Tosti'. Un'altra 'vittoria di Pirro'?**

Questa è la Versione finale referata (Post print/Accepted manuscript) della seguente pubblicazione:

*Original Citation:*

Il 'Caso Tosti'. Un'altra 'vittoria di Pirro'? / CROCE M. - In: QUADERNI COSTITUZIONALI. - ISSN 0392-6664. - STAMPA. - 4:(2011), pp. 949-951.

*Availability:*

The webpage <https://hdl.handle.net/2158/1106972> of the repository was last updated on 2018-01-15T21:19:46Z

*Terms of use:*

Open Access

La pubblicazione è resa disponibile sotto le norme e i termini della licenza di deposito, secondo quanto stabilito dalla Policy per l'accesso aperto dell'Università degli Studi di Firenze (<https://www.sba.unifi.it/upload/policy-oa-2016-1.pdf>)

*Publisher copyright claim:*

La data sopra indicata si riferisce all'ultimo aggiornamento della scheda del Repository FloRe - The above-mentioned date refers to the last update of the record in the Institutional Repository FloRe

(Article begins on next page)

## Il 'Caso Tosti': un'altra 'vittoria di Pirro' per i sostenitori della legittimità costituzionale dell'esposizione del crocifisso nei pubblici uffici\*

di Marco Croce  
(6 ottobre 2011)

Nella medesima settimana in cui la Grande Camera della C.e.d.u. si è pronunciata sul *Caso Lautsi*, le SS.UU. della Corte di Cassazione hanno avuto modo di pronunciarsi sul *Caso Tosti*, ossia il caso di un giudice che si era rifiutato di tenere udienza in ragione della lesione del principio di laicità dello Stato che sarebbe stata determinata dalla 'Circolare Rocco' del 29/5/1926, che dispone l'obbligatoria presenza del crocifisso in ogni aula di udienza.

I *massmedia* hanno dato notizia di entrambe le decisioni all'opinione pubblica, ma con una superficialità sconcertante hanno descritto le stesse come veri e propri trionfi delle posizioni che sostengono la legittimità dell'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche e nei pubblici uffici. Mentre si tratta di due vittorie solo apparenti: la prima, pur avendo avuto come esito la riforma della decisione che aveva condannato il nostro paese, è comunque una sconfessione delle tesi dei giudici amministrativi riguardo alla valenza culturale del simbolo; la seconda porta ulteriori argomenti per poter sostenere che l'esposizione del solo crocifisso si pone in contrasto con il principio di laicità dello Stato.

I commenti dottrinali si sono concentrati invece esclusivamente sul *Caso Lautsi*, anche se, a ben guardare, la decisione della C.e.d.u. sembra avere una scarsa 'rilevanza costituzionale interna', che si concreta in buona sostanza nell'impossibilità di utilizzare l'art. 117, co. 1, come parametro per dichiarare l'incostituzionalità delle disposizioni che prevedono l'esposizione del crocifisso. Se proprio si volesse trovare un qualche effetto sul merito delle questioni interne attinenti alla problematica in esame esso potrebbe forse essere individuato nell'influenza come precedente autorevole: i giudici amministrativi, per rispettarne compiutamente l'esito, dovrebbero rimodulare il loro apparato argomentativo, non potendosi più sostenere la non religiosità del simbolo. E siccome la 'teoria del simbolo culturale' era stata avanzata per aggirare le censure basate sul principio di laicità delle disposizioni che prevedono l'esposizione del crocifisso (a contrario quindi si potrebbe pensare che qualora esso fosse stato considerato religioso si sarebbe dovuta dichiararne l'incostituzionalità) è evidente che la questione, nelle giurisdizioni interne, sia tutt'altro che chiusa.

Ben più rilevanti appaiono alcune asserzioni presenti nella decisione delle SS.UU. sul *Caso Tosti* e nelle decisioni che hanno scandito la storia di questo caso, che ha impegnato

\* Scritto sottoposto a *referee*.

i giudici ordinari, i giudici amministrativi, la Corte costituzionale e il C.S.M. La vicenda, come si è detto, trae origine dal rifiuto di Luigi Tosti di tenere udienza in ragione del fatto che nelle aule di giustizia è prevista dalla 'Circolare Rocco' l'esposizione del crocifisso, con conseguente lesione e del principio di laicità dello Stato e della necessità dell'imparzialità nell'esercizio della funzione giurisdizionale. In un primo momento, il giudice aveva tentato la strada del ricorso al giudice amministrativo per far condannare il Ministro della giustizia e il Presidente del Tribunale di Camerino alla rimozione del simbolo, ma aveva ottenuto solamente il rigetto dell'istanza cautelare e poi una decisione di incompetenza: il T.a.r. Marche, infatti, statui che fosse il giudice ordinario ad essere "il giudice naturale dei diritti soggettivi, anche nei rapporti tra privati e pubblica amministrazione" (Sez. I, ord. n. 468/2004). Due anni più tardi le Sezioni Unite (nel *Caso Smith*) avrebbero invece attribuito la giurisdizione al giudice amministrativo, non mancando peraltro di mettere un 'monito tra le righe', specificando che il crocifisso "per il suo valore escatologico e di simbolo fondamentale della religione cristiana" non può essere "considerato alla stregua di qualsiasi componente dell'arredo scolastico" e sottolineando la necessità di prendere in considerazione la presenza di "sempre più pressanti esigenze di tutela delle minoranze religiose, etniche e culturali in un ordinamento ispirato ai valori della tolleranza, della solidarietà, della non discriminazione e del rispetto del pluralismo" (ord. n. 15614/2006, in [www.olir.it](http://www.olir.it), con acuti rilievi di F. CORTESE, *Crocifisso: la Corte di cassazione al cospetto del «potere autoritativo della p.a.»*).

A questo punto il giudice sollevava conflitto di attribuzione contro il diniego del Ministro della Giustizia in relazione alla sua richiesta di rimozione del crocifisso, ma la Corte dichiarava inammissibile il ricorso, precisando come un organo giudiziario con funzioni giudicanti sia legittimato, a causa del carattere diffuso del potere cui appartiene, a proporre conflitto tra poteri dello Stato solo in quanto «esso sia *attualmente* investito del processo» (ord. n. 127/2006).

Nelle more di questa decisione, frattanto, avendo rifiutato di tenere udienza, Tosti veniva sottoposto a procedimento penale e a procedimento disciplinare: sotto il primo profilo, veniva dapprima condannato per il reato di omissione di atti d'ufficio dal Tribunale de L'Aquila (s. n. 622/2005; decisione confermata dalla Corte d'appello in data 23/5/2007) e poi assolto dalla Cassazione, che annullava la sentenza di condanna "perché il fatto non sussiste", dal momento che il giudice aveva informato il Presidente del Tribunale della sua astensione dalla udienze e lo stesso lo aveva prontamente sostituito. Non era dunque stata integrata la fattispecie penale e il comportamento del Tosti poteva solamente essere censurato in sede disciplinare (VI sez. pen., n. 28482/2009). La Suprema Corte non

manca comunque di sottolineare che, pur considerando assorbita la questione sulla base dell'assenza del fatto di reato, sarebbero stati comunque meritevoli di approfondimento i seguenti punti: "a) la circolare del Ministro di Grazia e Giustizia del 29/5/1926 è un atto amministrativo generale, che appare però privo di fondamento normativo e quindi in contrasto con il principio di legalità dell'azione amministrativa (artt. 97 e 113 Cost.); b) detta circolare, tenuto conto anche dell'epoca a cui risale, non sembra essere in linea con il principio costituzionale di laicità dello Stato e con la garanzia, pure costituzionalmente presidiata, della libertà di coscienza e di religione; c) occorre individuare l'eventuale sussistenza di una effettiva interazione tra il significato, inteso come valore identitario, della presenza del crocifisso nelle aule di giustizia e la libertà di coscienza e di religione, intesa non solo in senso positivo, come tutela della fede professata dal credente, ma anche in senso negativo, come tutela del credente di fede diversa e del non credente che rifiuta di avere una fede".

Dal punto di vista disciplinare, invece, il procedimento dinanzi alla relativa sezione del C.S.M. portava alla sospensione del Tosti dalle sue funzioni, con decurtazione dello stipendio; non si mancava però di rilevare, con una motivazione ricchissima di riferimenti alla giurisprudenza costituzionale interna e straniera: a) che "la circolare del ministro della giustizia del 29 maggio 1926 n. 2134/1867 è un atto amministrativo generale, *privo di fondamento normativo e quindi contrastante con il principio di legalità dell'azione amministrativa*"; b) che "anche a poter ritenere non decisivo questo profilo, resta poi che *la predetta circolare appare in contrasto con il principio costituzionale di laicità dello Stato e con la garanzia della libertà di coscienza e di religione*, essendo pacifico ... che nessun provvedimento amministrativo può limitare diritti fondamentali di libertà, al di fuori degli spazi eventualmente consentiti da una legge ordinaria conforme a costituzione"; c) che "appare convincente la tesi dell'incolpato secondo la quale l'esposizione del crocifisso nelle aule di giustizia, in funzione di solenne "ammonimento di verità e giustizia", *costituisce un'utilizzazione di un simbolo religioso come mezzo per il perseguimento di finalità dello Stato e, pertanto, appare in contrasto con il principio supremo di laicità dello Stato*"; e d) che le tesi dei giudici amministrativi in materia fossero viziate da un'evidente "contraddizione logica tra l'affermazione del valore identitario e quella della portata universale del simbolo" per concludere poi che, "anche a poter condividere la tesi del significato meramente culturale del crocifisso, il problema della tutela della libertà di coscienza e del pluralismo si sposterebbe dal terreno esclusivamente religioso a quello appunto culturale, ma non sarebbe risolto, in quanto dai principi costituzionali in precedenza individuati deriva che l'amministrazione pubblica non può scegliere di

*privilegiare un aspetto della tradizione e della cultura nazionale, sia pure largamente maggioritario, a discapito di altri minoritari*” (ord. 23/11/2006). Il *plenum* del C.S.M. ha poi disposto l'espulsione dalla magistratura del giudice in data 22 gennaio 2010 (con motivazione depositata il 25 maggio), ritenendo che oggetto del procedimento non fosse la verifica della compatibilità tra i principi di laicità dello Stato e la presenza del crocifisso nelle aule, ma la compatibilità del rifiuto di tenere udienza ed il rispetto delle regole organizzative del servizio e delle esigenze funzionali del corretto svolgimento dell'esercizio delle funzioni giurisdizionali, e affermando che la presenza del crocifisso, indipendentemente dalla legittimità o vigenza della norma regolamentare che la prevede, non determinava in sé per il solo fatto di essere generalmente osservata nelle aule giudiziarie della nazione, una lesione diretta del fondamentale diritto soggettivo di libertà religiosa e di opinione del Tosti, che avrebbe potuto esser messa in discussione solo gli fosse stato imposto l'obbligo di esercitare la giurisdizione, in contrasto con le sue più profonde e radicate convinzioni, in un'aula in cui era presente “la tutela simbolica religiosa”.

Le SS.UU. hanno confermato l'impostazione del *plenum* del C.S.M., respingendo il ricorso sulla base dell'asserita assenza di interesse ad agire: il fatto che gli fosse stata concessa la possibilità di tenere udienza in un'aula priva di crocifisso rendeva insussistente la lesione del suo diritto soggettivo di libertà religiosa; né egli avrebbe potuto agire a tutela dell'interesse generale alla laicità dello Stato lamentandosi della presenza del crocifisso nelle restanti aule giudiziarie in ragione del fatto che non è possibile per il singolo assumere la tutela e la rappresentanza di interessi diffusi o collettivi in antitesi con il soggetto esponenziale e, quindi, in funzione dell'esercizio strumentale dell'azione popolare, al di fuori dei casi in cui essa è ammessa nel nostro ordinamento. Ciò rendeva ingiustificato il rifiuto di tenere udienza e quindi corretta la sanzione disciplinare. Da questo punto di vista, la s. n. 5924/2011 (in *Foro it.*, 2011, I, c. 1043 e ss.) sconfessa il precedente rappresentato dalla IV sez. penale n. 439/2000 nel *Caso Montagnana* (v. dal punto 7.1. della decisione fino a 10), quando venne assolto uno scrutatore che si era rifiutato di prestare la sua opera in ragione del fatto che, non essendosi assicurata la rimozione del crocifisso da tutti i seggi elettorali, sussisteva una 'violazione generale' del principio di laicità dello Stato. Ma, a parte questo non trascurabile profilo, che risulta decisivo per la risoluzione del caso concreto e potrebbe rendere problematiche future azioni giudiziarie, appare molto interessante, dal punto di vista del giudizio di legittimità costituzionale delle disposizioni che prevedono la presenza del crocifisso, un passaggio della motivazione: la Cassazione, infatti, *en passant* nota che “sul piano teorico il principio di laicità è

compatibile sia con un modello di equiparazione verso l'alto (laicità per addizione) che consenta ad ogni soggetto di vedere rappresentati nei luoghi pubblici i simboli della propria religione, sia con un modello di equiparazione verso il basso (laicità per sottrazione)” (v. punto 6.6). Da ciò si potrebbe arguire che secondo la Suprema corte le disposizioni che prevedono la presenza del *solo* crocifisso siano incostituzionali. Peraltro, non si manca di specificare che la scelta di introdurre atti normativi che prevedano la presenza di più simboli religiosi, “presuppone che siano valutati una pluralità di profili, primi tra tutti la praticabilità concreta ed il bilanciamento tra l'esercizio della libertà religiosa da parte degli utenti di un luogo pubblico con l'analogo esercizio della libertà religiosa negativa da parte dell'ateo o del non credente, nonché il bilanciamento tra garanzia del pluralismo e possibili conflitti tra una pluralità di identità religiose tra loro incompatibili”. Tale inciso potrebbe dunque far pensare che le SS.UU. considerino più praticabile la formula della laicità per sottrazione.

Forum di Quaderni Costituzionali

stituzionali