

CORTE COSTITUZIONALE

SERVIZIO STUDI

Area di diritto comparato

**LA LIBERTÀ DI ASSOCIAZIONE SINDACALE
DEI MILITARI**

a cura di P. Passaglia

con contributi di

C. Guerrero Picó

S. Pasetto

M. T. Rörig

C. Torrìsi

marzo 2018

Avvertenza

La Corte costituzionale ha la titolarità, in via esclusiva, dei contenuti del presente documento.

La Corte costituzionale fa divieto, in assenza di espressa autorizzazione, di riprodurre, estrarre copia ovvero distribuire il documento o parti di esso per finalità commerciali. Il riutilizzo per finalità diverse è soggetto alle condizioni ed alle restrizioni previste nel contratto di licenza Creative Commons (CC by SA 3.0).

Per informazioni e richieste, si invita a contattare il Servizio Studi, scrivendo al seguente indirizzo email: servstudi@cortecostituzionale.it.

**LA LIBERTÀ DI ASSOCIAZIONE SINDACALE
DEI MILITARI**

INDICE

<i>Introduzione</i>	7
---------------------------	---

FRANCIA

1. Premessa	9
2. L'inquadramento delle limitazioni soggettive all'esercizio della libertà sindacale e del diritto di sciopero	10
2.1. Le limitazioni soggettive all'esercizio della libertà sindacale	10
2.2. Le limitazioni soggettive al diritto di sciopero	11
3. La disciplina della libertà sindacale dei militari	12
3.1. La disciplina della libertà sindacale dei militari prima delle sentenze nn. 10609/10 e 32191/09 della Corte EDU del 2 ottobre 2014, <i>Matelly</i> e <i>Adefdromil</i>	12
3.2. L'evoluzione del quadro giuridico francese in seguito alle sentenze della Corte EDU <i>Matelly</i> e <i>Adefdromil</i>	14
3.2.1. <i>L'origine dei ricorsi</i>	14
3.2.2. <i>Le sentenze nn. 10609/10 e 32191/09 della Corte EDU del 2 ottobre 2014, Matelly e Adefdromil</i>	16
3.2.3. <i>Le novelle interne in seguito alle sentenze della Corte EDU</i>	17

GERMANIA

1. Le fonti normative relative alla libertà sindacale ed al diritto di sciopero	19
2. Inquadramento delle limitazioni soggettive all'esercizio della libertà sindacale nei servizi pubblici	21
2.1. Introduzione	21
2.2. Le limitazioni soggettive	22
2.2.1. <i>I funzionari</i>	23

2.2.2. <i>I militari</i>	25
2.2.3. <i>Gli impiegati pubblici</i>	26
2.2.4. <i>Osservazioni conclusive</i>	27
3. I problemi di compatibilità della normativa nazionale con l'art. 11 Cedu	28

REGNO UNITO

1. Introduzione	35
2. L'associazionismo nelle forze armate: cenni storici	36
3. La normativa	37
3.1. La disciplina sui sindacati	37
3.2. Disciplina della libertà sindacale dei militari	39
3.2.1. <i>Le associazioni professionali militari</i>	40
3.2.2. <i>L'Armed Forces Pay Review Body</i>	43

SPAGNA

1. Introduzione	45
2. Sul (mancato) riconoscimento della libertà sindacale e sull'appartenenza a partiti politici dei militari	47
2.1. La scelta del legislatore	47
2.2. Il dovere di neutralità politica e sindacale	48
3. Il diritto di associazione	49
3.1. Il riconoscimento delle associazioni cc.dd. rivendicative dei militari ad opera della STC 219/2001	49
3.2. L'incorporazione della dottrina costituzionale nell'attuale disciplina legale	52
4. I diritti di riunione e di manifestazione	55
4.1. I limiti posti dal legislatore all'esercizio dei diritti	55
4.2. La sentenza del 24 marzo 2017 del Tribunale supremo	56

Introduzione

Una analisi comparatistica del grado di riconoscimento della libertà sindacale in capo ai militari mostra l'esistenza, all'interno dei vari ordinamenti, di alcuni profili di comunanza e di alcuni profili di non trascurabile differenziazione.

Un tratto comune è dato dall'accento che viene posto sul dovere di neutralità (variamente definito e qualificato) che si impone ai militari, ripercuotendosi sull'estensione della loro libertà di associazione. Sullo sfondo del bilanciamento tra questa libertà individuale e le esigenze dell'ordine e della sicurezza pubblici, cui l'azione delle forze armate è precipuamente rivolta, l'associazione sindacale rappresenta, ovunque, una tematica oggetto di dibattito, sia per quanto attiene all'*an* del riconoscimento sia – soprattutto – con riferimento ai contenuti che di essa possono essere propri allorché si tratti di personale militare. È, in effetti, avendo riguardo ai contenuti ed alle modalità di esercizio che emerge un altro tratto comune fortemente caratterizzante, almeno delle esperienze che sono state prese in considerazione in questa sede: le particolari mansioni cui sono chiamati i componenti delle forze armate sono ritenute incompatibili con l'esercizio del diritto di sciopero, ma – tendenzialmente – anche con l'esercizio delle attività che più connotano l'azione sindacale (si pensi, ad esempio, alla contrattazione collettiva).

Poste queste premesse, dalle quali può trarsi una omogeneità di fondo delle soluzioni adottate in Francia, Germania, Regno Unito e Spagna, emergono, tuttavia, differenziazioni di non poco momento, sulle quali conviene appuntare l'attenzione già in sede introduttiva.

Nel novero degli ordinamenti presi in considerazione, la Germania rappresenta certamente un caso piuttosto particolare, giacché i limiti che si impongono all'esercizio della libertà sindacale dei militari discendono solo per i soldati dalla delineazione di un loro *status sui generis*, mentre per i *funzionari* militari discendono piuttosto dall'estensione a questa categoria di soggetti del regime generale previsto per tutti i funzionari pubblici. Il diritto di associarsi in sindacati spetta comunque a tutti gli individui (quindi anche ai militari), ferme restando, comunque, le limitazioni inerenti al tipo di azioni esercitabili dai sindacati che si deducono dal bilanciamento con altri principi e diritti costituzionali. Proprio alla luce di tale bilanciamento, la possibilità di ampliamento dei diritti sindacali in capo ai funzionari impiegati nell'ambito militare è necessariamente limitata: in

quest'ottica, l'attuale dibattito (su cui a breve sarà chiamato ad intervenire anche il *Bundesverfassungsgericht*) relativo alla legittimità del divieto di sciopero imposto ai funzionari pubblici (nella specie, impiegati nelle scuole), non pare che possa avere ripercussioni significative sui diritti dei componenti delle forze armate.

All'estremo opposto rispetto all'esperienza tedesca si pongono, probabilmente, quella britannica e quella spagnola, nelle quali, a stretto rigore, sussiste un divieto per i militari di costituire sindacati. La distanza tra le due soluzioni, apparentemente molto marcata, si riduce in misura sensibile allorché si ponga mente alla nozione che di sindacato viene data sia nel Regno Unito che dal Tribunale costituzionale spagnolo, una nozione tale per cui possono non configurarsi alla stregua di sindacati anche associazioni di carattere professionale, che formulino proposte relative allo *status* dei rappresentati e che prestino loro assistenza dinanzi agli organi amministrativi. In buona sostanza, se in Germania si riconosce la libertà sindacale, salvo amputarla di contenuti relativamente ai militari (*recte*, ai funzionari pubblici), nel Regno Unito ed in Spagna si circoscrive la nozione di sindacato, onde consentire ai militari di costituire associazioni che svolgano alcune delle funzioni (certo, non quelle di maggiore momento) che dei sindacati sono proprie.

La soluzione britannica e spagnola è stata, di recente, adottata anche in Francia, dove, a seguito della condanna pronunciata dalla Corte di Strasburgo nei confronti del rigoroso divieto per i militari di costituire associazioni professionali, il legislatore è intervenuto, autorizzando la costituzione di associazioni professionali militari, tra l'altro integrate anche nel processo di concertazione.

Paolo Passaglia

FRANCIA

di Céline Torrisi

1. Premessa

Nell'ordinamento francese si ha una netta distinzione tra la libertà di associazione e la libertà sindacale. Quest'ultima è stata sancita alla fine del XIX secolo con la legge del 21 marzo 1884 sulla creazione dei sindacati professionali (c.d. legge Waldeck-Rousseau), la quale permetteva la creazione di tali associazioni senza l'autorizzazione del Governo¹. La libertà di associazione è stata introdotta con la legge del 1° luglio 1901 sul contratto associativo². Tale distinzione è stata poi ribadita all'indomani della Seconda guerra mondiale con la consacrazione della libertà sindacale nel 6° comma del Preambolo della Costituzione del 1946, il quale stabilisce che qualunque soggetto può difendere i propri diritti ed i propri interessi mediante l'azione sindacale e può aderire al sindacato a propria scelta. Non vi è, invece, alcun riferimento diretto alla libertà di associazione nel testo costituzionale. È solo nel 1971, con la decisione n. 71-44 DC del 16 luglio 1971³, che il *Conseil constitutionnel* ha conferito valore costituzionale a tale libertà, integrandola nel c.d. "*bloc de constitutionnalité*".

Sia la libertà sindacale, con la legge n. 46-2294 del 19 ottobre 1946 sullo statuto generale dei funzionari, che il diritto di sciopero, con la sentenza n. 01645 del 7 luglio 1950, *Dehaene*⁴, sono stati riconosciuti in capo ai funzionari. Entrambi i diritti sono stati oggetto di limitazioni per determinate categorie di soggetti e, in particolare, per i membri delle forze armate (tra i quali sono compresi i membri della *gendarmerie*). In quest'ultimo caso, però, una notevole

¹ Ad oggi, la libertà sindacale è sottoposta ad un regime di dichiarazione preventivo: un sindacato può liberamente costituirsi previo deposito del suo statuto in comune.

² Il testo della legge è reperibile *on line* alla pagina <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006069570&dateTexte=20090506>.

³ La sentenza è reperibile *on line*, in lingua francese, alla pagina <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1971/71-44-dc/decision-n-71-44-dc-du-16-juillet-1971.7217.html> e, in lingua inglese, alla pagina <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/english/case-law/decision/decision-no-71-44-dc-of-16-july-1971.135366.html>.

⁴ La sentenza è reperibile *on line* alla pagina <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Les-decisions-les-plus-importantes-du-Conseil-d-Etat/7-juillet-1950-Dehaene>.

evoluzione legislativa è stata realizzata all'indomani della condanna della Francia da parte della Corte EDU con le sentenze nn. 10609/10 e 32191/09 del 2 ottobre 2014, *Matelly c. France* e *ADEFDROMIL c. France*, in seguito alle quali il legislatore ha riconosciuto la possibilità, per i militari, di creare o semplicemente aderire ad una associazione professionale nazionale.

2. L'inquadramento delle limitazioni soggettive all'esercizio della libertà sindacale e del diritto di sciopero

2.1. Le limitazioni soggettive all'esercizio della libertà sindacale

Nell'ordinamento francese, la libertà sindacale dei funzionari e dei dipendenti pubblici è stata sancita, per la prima volta, dalla legge n. 46-2294 del 19 ottobre 1946, sullo statuto generale dei funzionari. Ad oggi, lo statuto generale dei funzionari è composto da quattro leggi, aggiornate annualmente, e la disciplina della libertà sindacale dei funzionari è sancita dall'art. 8 della legge n. 83-634 del 13 luglio 1983, sui diritti e sugli obblighi dei funzionari (c.d. legge Le Pors). In virtù di tale articolo, "il diritto sindacale è garantito ai funzionari. Gli interessati possono liberamente creare organizzazioni sindacali, aderirvi e esercitarvi mandati. Tali organizzazioni possono agire in giudizio. Possono adire le giurisdizioni competenti per contestare atti regolamentari che riguardino lo statuto del personale e decisioni individuali che ledano gli interessi collettivi dei funzionari".

Rimangono esclusi dall'esercizio di tale diritto i membri del corpo prefettizio ed i membri delle forze armate. Per i prefetti, l'esclusione è prevista dall'art. 15 del decreto n. 64-805 del 29 luglio 1964⁵ sulle disposizioni regolamentari applicabili ai prefetti e, per i vice-prefetti, dall'art. 18 del decreto n. 64-260 del 14 marzo 1964⁶. Tali disposizioni stabiliscono che, dovendo mantenere una neutralità politica assoluta e dovendo applicare la politica del Governo in carica senza esprimere le proprie opinioni, i prefetti non possono appartenere ad una associazione sindacale, né tantomeno possono godere del diritto di sciopero.

⁵ Il testo del decreto è reperibile *on line* alla pagina <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006061224>.

⁶ Il testo del decreto è reperibile *on line* alla pagina <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT00000327700>.

Per quanto riguarda, invece, i membri delle forze armate, fino alla riforma del 2015 vigeva un divieto assoluto di libertà sindacale. L'art. 4121-4 del Codice della difesa stabiliva, in effetti, che “l'esistenza di associazioni professionali militari di natura sindacale nonché [...] l'adesione dei militari ad associazioni professionali [fossero] incompatibili con le regole della disciplina militare”. Tale disposizione è stata contestata davanti alla Corte EDU e modificata con la legge n. 2015-917 del 28 luglio 2015, di attualizzazione della programmazione militare per il periodo 2015-2019 e recante diverse disposizioni sulla difesa⁷ (v. par. 3.3).

2.2. Le limitazioni soggettive al diritto di sciopero

Anche il diritto di sciopero, ovviamente, è sottoposto ad alcune limitazioni per determinate categorie di soggetti, quali il personale della polizia nazionale, i membri delle *compagnies républicaines de sécurité (CRS)*, i magistrati ordinari, i militari (compresi i *gendarmes*), il personale dei servizi esterni dell'amministrazione penitenziaria ed il personale che svolge attività presso i servizi di trasmissione del Ministero dell'Interno⁸.

Con la sentenza n. 79-105 DC, del 25 luglio 1979, il *Conseil constitutionnel*, riaffermando il valore costituzionale del diritto di sciopero⁹, ha riconosciuto la legittimità e la necessità della limitazione, a determinate condizioni, di tale diritto. Il *Conseil* ha stabilito che tali limitazioni potevano tradursi in un divieto di sciopero “per gli agenti la cui presenza è indispensabile per garantire il buon funzionamento del servizio [pubblico] la cui interruzione violerebbe i bisogni

⁷ Il testo della legge è reperibile *on line* alla pagina <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000030943133&categorieLien=id>.

⁸ I c.d. “*agents des transmissions*” si occupano dell'installazione, della gestione e della manutenzione dell'infrastruttura delle trasmissioni del Ministero dell'interno.

⁹ V. L. GAY, *Droit de grève et liberté syndicale dans la jurisprudence constitutionnelle: des libertés «particulières»?*, in *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n. 45, *Le Conseil constitutionnel et le droit social*, ottobre 2014. L'articolo è reperibile *on line* alla pagina <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-45/droit-de greve-et-liberte-syndicale-dans-la-jurisprudence-constitutionnelle-des-libertes-particulieres.142403.html>.

essenziali del paese”¹⁰. Da allora, il *Conseil* è stato raramente chiamato a pronunciarsi sulla questione del divieto di sciopero¹¹.

3. La disciplina della libertà sindacale dei militari

3.1. La disciplina della libertà sindacale dei militari prima delle sentenze nn. 10609/10 e 32191/09 della Corte EDU del 2 ottobre 2014, *Matelly e Adefdromil*

Fino al 2015, il Codice della difesa vietava in maniera assoluta il diritto di sciopero e la libertà di associazione professionale per i membri delle forze armate. L’art. L. 4121-4 disponeva, in effetti, che l’esercizio del diritto di sciopero fosse incompatibile con la funzione militare e che l’esistenza di associazioni professionali militari di natura sindacale, nonché l’adesione dei militari in servizio ad associazioni professionali, fossero incompatibili con le regole della disciplina militare¹².

Nel 2003, la commissione di revisione dello statuto generale dei militari aveva auspicato il mantenimento di tale divieto. Si sosteneva, all’epoca, che le responsabilità ricoperte dalla Francia presso le istanze internazionali come l’ONU e la NATO, le necessità legate all’organizzazione ed alla gestione dell’esercito per fini operativi e, infine, i doveri di disciplina ai quali sono sottoposti i militari (fedeltà, lealtà e neutralità) non fossero compatibili con il diritto dei militari di creare associazioni professionali per la difesa dei propri interessi. Tale divieto era considerato conforme sia alle esigenze costituzionali (che, comunque, non menzionano nulla di specifico al riguardo) sia ai trattati internazionali firmati dalla Francia, che riconoscono, per la maggior parte, la possibilità di adottare regole

¹⁰ *Conseil constitutionnel*, dec. n. 79-105 DC, del 25 luglio 1979, *Legge di modifica delle disposizioni della legge n. 74-696 del 7 agosto 1974 sulla continuità del servizio pubblico della radio e della televisione in caso di sospensione concertata del lavoro, considérant* 1. La sentenza è reperibile *on line* alla pagina <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-con.decision-n-79-105-dc-du-25-juillet-1979.7724.html>.

¹¹ La decisione del 2013 sul lavoro dei detenuti è l’unica che, ad oggi, riguarda un regime di divieto di sciopero: *Conseil constitutionnel*, dec. n. 2013-320/321 QPC, del 14 giugno 2013, *M. Yacine T. et autre*, cons. 9.

¹² Il testo è reperibile *on line* alla pagina https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?jsessionid=9768A2F27F476407A161A3E6B1754B0F.tplgfr41s_3?idArticle=LEGIARTI000006540246&cidTexte=LEGITEXT000006071307&categorieLien=id&dateTexte=20150729.

specifiche e, quindi, restrizioni legali alla libertà sindacale per i membri della funzione pubblica, della polizia e delle forze armate¹³.

Il divieto sancito nel diritto francese è stato riaffermato nel 2005, al momento della modifica dello statuto generale dei militari con la legge n. 2005-270 del 24 marzo 2005¹⁴. In parallelo, è stato creato l'*Haut comité d'évaluation de la condition militaire* (art. D. 4111-1 del Codice della difesa), organo indipendente con funzioni di consulenza per il presidente della Repubblica e per il Parlamento sulla situazione e l'evoluzione della condizione militare¹⁵. Per "condizione militare" si intende, ai sensi dell'art. L. 4111-1, l'insieme delle obbligazioni e delle subordinazioni proprie della funzione militare nonché le garanzie ed i compensi dati dalla Nazione ai militari. Include gli aspetti statutari, economici, sociali e culturali suscettibili di avere una influenza sull'attrattività della professione e dei percorsi professionali, il morale e le condizioni di vita dei militari e dei loro aventi diritto, la situazione e l'ambiente professionale dei militari, il sostegno ai malati, ai feriti ed alle famiglie, nonché le condizioni di ritiro dall'esercito e le condizioni di lavoro una volta lasciata la carriera militare.

La questione della costituzionalità delle limitazioni opposte alla libertà sindacale (e, quindi, al diritto di sciopero) delle forze armate è stata sollevata una unica volta nel 2008 quando, nell'ambito di un ricorso in annullamento contro tre decreti del Ministro della Difesa (v. di seguito il par. 3.2.1.a), il ricorrente, l'associazione di difesa dei diritti militari (*Adefdromil*), sosteneva che le disposizioni dell'art. L. 4121-4 del Codice della difesa violassero il Preambolo della Costituzione del 1946, nella parte in cui garantisce la libertà sindacale ed il diritto di sciopero. Tuttavia, la questione prioritaria di costituzionalità (d'ora in avanti QPC) sollevata davanti al *Conseil d'État*¹⁶ non poté essere trasmessa al

¹³ Nello specifico, si faceva riferimento all'art. 22 § 2 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, all'art. 8 §2 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali; all'art. 11 §2 della Convenzione EDU e, infine, all'art. 5 della Carta sociale europea per la libertà sindacale (restrizioni possibili per le forze armate). L'unico testo internazionale che non enuncia la possibilità di tali restrizioni è la Carta europea dei diritti fondamentali, negli artt. 12 e 28.

¹⁴ Il testo della legge è reperibile *on line* alla pagina <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT00000808186>.

¹⁵ Il testo dell'articolo è reperibile *on line* alla pagina <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006071307&idArticle=LEGIARTI000006540239>.

¹⁶ *Conseil d'État*, dec. n. 307403, 11 dicembre 2008, *Adefdromil*. La sentenza è reperibile *on line* alla pagina <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000020868369&fastReqId=1511846979&fastPos=1.VSi>.

Conseil constitutionnel giacché la legge organica di disciplina della QPC non era ancora entrata in vigore. Il *Conseil d'État* ha quindi rigettato la richiesta dei ricorrenti. Da allora, non si è avuto alcun altro tentativo di denuncia dell'incostituzionalità della disciplina. La battaglia giudiziaria si è però spostata sul terreno della convenzionalità della disciplina della libertà sindacale dei militari, concludendosi con la condanna della Francia dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo (d'ora in avanti, Corte EDU) per violazione dell'art 11 della Convenzione EDU, con le sentenze nn. 10609/10 e 32191/09 del 2 ottobre 2014, *Matelly e Adefdromil*.

3.2. L'evoluzione del quadro giuridico francese in seguito alle sentenze della Corte EDU *Matelly e Adefdromil*

3.2.1. L'origine dei ricorsi

a. Il caso Adefdromil c. Francia

Il primo procedimento opponeva lo Stato francese all'Associazione di difesa dei diritti militari (*Adefdromil*), costituitasi nel 2001 ed avente come oggetto statutario lo studio e la difesa dei diritti, degli interessi materiali, professionali e morali, collettivi o individuali, dei militari. Benché informati, né il Presidente della Repubblica, né il capo di stato maggiore dell'Esercito, né il Primo ministro avevano reagito alla creazione di tale associazione. Nel mese di novembre 2002, sottolineando che l'oggetto dell'associazione era di natura sindacale, il capo di gabinetto del ministro della Difesa aveva informato i militari in attività che non potevano aderirvi e che, qualora vi avessero già aderito, avrebbero dovuto recedere, pena sanzioni disciplinari. Numerosi esponenti delle forze armate avevano fatto recesso. L'associazione ricorrente, che non poteva impugnare la decisione del capo di gabinetto, aveva adito il *Conseil d'État* per chiedere l'annullamento di tre decreti del Ministro della Difesa i quali, si sosteneva, violassero lo statuto generale dei militari e il principio di uguaglianza¹⁷. Il *Conseil d'État*¹⁸ aveva rigettato il ricorso, considerando che l'associazione ricorrente non potesse chiedere l'annullamento dei decreti, in quanto tale azione violava le

¹⁷ I decreti riguardavano le spese occasionate dai cambiamenti di residenza dei militari.

¹⁸ *Conseil d'État*, dec. n. 307403, 11 dicembre 2008, *Adefdromil*, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000020868369&fastReqId=1511846979&fastPos=1.VSi>. La sentenza è commentata da J. BOUGRAB, in *Actualité Juridique – Droit administratif*, 2009, 148.

disposizioni del Codice della difesa, nella parte in cui impedivano ai militari di aderire ad associazioni che avessero come oggetto la difesa degli interessi professionali. Per il *Conseil d'État*, “tali disposizioni [...] che non impedi[va]no l'adesione dei militari ad associazioni diverse da quelle che [avevano] come oggetto la difesa dei loro interessi professionali, costitui[va]no restrizioni legittime ai sensi dell'art. 11” della Convenzione EDU. L'alta giurisdizione amministrativa aveva così raggiunto la posizione del Comitato europeo dei diritti sociali che, nella decisione del 4 dicembre 2000, aveva considerato citando i lavori preparatori della Carta sociale europea, che “gli Stati sono autorizzati a porre ‘qualunque limitazione ed anche la soppressione integrale della libertà sindacale dei membri delle forze armate’”¹⁹. L'associazione aveva quindi adito la Corte europea dei diritti dell'uomo per violazione dell'art. 11 della Corte EDU.

b. Il caso Matelly c. Francia

Il secondo procedimento opponeva la Francia a Jean-Hugues Matelly, *chef d'escadron*²⁰ di gendarmeria. Nel marzo 2008, Matelly aveva creato l'associazione *Forum gendarme et citoyen* il cui statuto prevedeva la difesa della condizione materiale e morale dei *gendarmes*²¹. Il direttore generale della gendarmeria era stato informato della creazione di tale associazione. Nel mese di maggio 2008, considerando che tale iniziativa presentava i caratteri di un'associazione professionale di natura sindacale, aveva ordinato a Matelly e ad altri gendarmi membri dell'associazione di recedere immediatamente, a pena di sanzione. Ancor prima di aver ricevuto tale ordine, Matelly aveva indicato che era pronto a cambiare lo statuto dell'associazione nella parte in cui vi fossero formule ambigue relative agli obblighi militari. Tale ordine di recedere dall'associazione era contestato dinanzi al *Conseil d'État*, che aveva dato ragione alla gerarchia militare, confermando che l'associazione – la quale si era data come oggetto, tra gli altri, la difesa della condizione materiale e morale dei gendarmi – presentava le tre caratteristiche di un'associazione professionale, vietata dal Codice della

¹⁹ § 28, dec. del 4 dicembre 2000 sulla legittimità del reclamo n. 2/1999.

²⁰ Il grado di *Chef d'escadron* (*Capo di squadrone*), appartiene ad alcune armi dell'esercito francese e, in particolare, all'artiglieria, all'*Arme de train* e alla *Gendarmerie*. Corrisponde al grado di *Commandant*, equivalente a quello di Maggiore nell'esercito italiano.

²¹ Matelly aveva criticato la riforma della gendarmeria ed era stato radiato dai dirigenti dell'esercito mediante decreto del Presidente della Repubblica. Il decreto, dopo essere stato sospeso dall'*ordonnance* del *Conseil d'État* n. 338462, del 29 aprile 2010, Matelly, era stato finalmente annullato con la decisione del *Conseil d'État* n. 338461, del 12 gennaio 2011, Matelly.

difesa²². Dopo aver infruttuosamente adito, una prima volta, la Corte EDU per violazione dell'art. 10 della Convenzione EDU²³, Hugues Matelly aveva adito nuovamente il giudice, invocando, stavolta, l'art. 11 della medesima Convenzione.

3.2.2. *Le sentenze nn. 10609/10 e 32191/09 della Corte EDU del 2 ottobre 2014, Matelly e Adefdromil*

Adita sulla base dell'art. 11 della Convenzione EDU, la Corte doveva stabilire se il secondo paragrafo del medesimo articolo autorizzi una restrizione che consista in un divieto assoluto di costituire o di aderire ad un'associazione professionale di natura sindacale. Richiamandosi alla sentenza *Demir e Baykara c. Turchia*, la Corte ha stabilito che la possibilità di restrizione contemplata all'art. 11 deve essere oggetto di un'interpretazione *stricto sensu*. Questo implica che tale limitazione possa riguardare solo l'esercizio dei diritti che discendono dalla libertà sindacale e non l'essenza stessa di tale libertà. La Corte ha poi sottolineato che le restrizioni all'esercizio della libertà di associazione sono legittime solo se sono previste dalla legge, se perseguono un obiettivo legittimo e se sono necessarie in una società democratica.

Verificando che tali condizioni sussistevano nei casi sottoposti al suo esame, la Corte ha dedotto che i primi due criteri fossero rispettati, ma che il divieto assoluto di costituire o di aderire ad una associazione professionale fosse totalmente sproporzionato. Di conseguenza, non poteva essere considerato come una necessità in una società democratica.

In entrambi i procedimenti, la Corte EDU ha quindi accolto le doglianze dei ricorrenti, condannando la Francia per violazione dell'essenza stessa della libertà sindacale sancita all'art. 11 della Convenzione²⁴.

²² *Conseil d'État*, dec. n. 322176, 26 febbraio 2010, *Matelly*.

²³ Corte EDU, dec. n. 30330.04, 15 settembre 2009, *Matelly c./ France*.

²⁴ Sulla decisione, v. GARDIN A., *L'expression collective des militaires: vers une (r)évolution? (À propos de CEDH, 2 octobre 2014, Matelly c/ France et Adefdromil c/ France)*, in *Revue des droits et libertés fondamentaux*, *Chron.* 1, 2015, <http://www.revuedlf.com/droit-administratif/l'expression-collective-des-militaires-vers-une-revolution-a-propos-de-cedh-2-octobre-2014-matelly-c-france-et-adeafdromil-c-france/>. Si veda anche J.-B. AUBY, *Le mouvement de banalisation de la fonction militaire*, in *Droit administratif*, 2014, n. 12, *repère* 11; A. TAILLEFAIT, *Militaires: restez groupés!*, in *AJDA*, 2014, 1969; L. BURGORGUE-LARSEN, *Actualité de la CEDH*, in *AJDA*, 2015, 150; L.-M. LE ROUZIC, *Vers la fin du cantonnement juridique des militaires*, in *AJDAI*, 2015, 204 e A. ZARKA, *L'Europe des droits de l'Homme et la liberté syndicale des militaires*, in *AJFPI*, 2015, 42.

Adottando tale posizione, la Corte EDU si è contrapposta al Comitato europeo dei diritti sociali, il quale aveva considerato, nella precitata decisione del 4 dicembre 2000, che gli Stati sono autorizzati dalla Carta sociale europea a limitare, in qualunque modo, e anche a sopprimere integralmente la libertà sindacale delle forze armate²⁵. Tale orientamento era stato invocato come argomento difensivo dal Governo francese, ma la Corte di Strasburgo non ne ha tenuto conto.

3.2.3. *Le novelle interne in seguito alle sentenze della Corte EDU*

Prendendo atto delle decisioni dalla Corte EDU, il Presidente della Repubblica ha chiesto ai ministri della Difesa e dell'Interno di redigere un progetto di legge per rendere il diritto francese conforme alla Convenzione EDU. È stata quindi adottata la legge n. 2015-917 del 28 luglio 2015, di modifica del Codice della difesa²⁶. L'art. L. 4121-4 di tale codice autorizza la costituzione delle associazioni professionali nazionali militari che abbiano come oggetto quello di preservare e di promuovere gli interessi dei militari, per quanto riguarda la condizione militare. Tali associazioni sono integrate nel processo di concertazione, risiedendo nel Consiglio superiore della funzione militare (c.d. CSFM). Sono costituite esclusivamente da militari di carriera, con contratto o riservisti. Rappresentano i militari, senza distinzione di grado, appartenendo all'insieme delle forze armate e delle formazioni ad esse afferenti o almeno ad una di queste forze.

Anche il Comitato europeo dei diritti sociali ha modificato la propria posizione in seguito alle sentenze *Matelly* e *Adefdromil*. Nel 2016, si è espresso sul reclamo collettivo depositato dal Consiglio europeo dei sindacati di polizia (d'ora in avanti CESP) nel mese di giugno 2013²⁷. Il CESP sosteneva che, sottoponendo il personale "militare" della *Gendarmerie nationale* (vale a dire gli ufficiali, i sottoufficiali e i volontari) al regime militare e, quindi, sottoponendolo ad uno statuto che non è giustificato dalle missioni che svolge (le quali sono, al 95%, della stessa natura di quelle svolte dalla *Police nationale*), lo Stato francese avesse violato le disposizioni degli artt. 5 e 6 della Carta sociale europea. Nella decisione del 4

²⁵ V. C. DEMESY, *La liberté syndicale et le droit de négociation collective des militaires*, in *Revue Française de Droit Administratif*, 2003, 546.

²⁶ V. P. COMBEAU, *La «grande muette» bientôt syndiquée? Les apories de l'ouverture du droit de la fonction militaire à la liberté syndicale*, in *Montesquieu Law Review*, n. 3, 2015, https://montesquieulawreview.eu/mlr3/mlr3_f/combeau_fr.pdf.

²⁷ *Conseil Européen des Syndicats de Police (CESP) c. France*, reclamo n. 101/2013 del 12 giugno 2013. Il documento è reperibile *on line* alla pagina <https://rm.coe.int/reclamation-n-101-2013-conseil-europeen-des-syndicats-de-police-cesp-c/16804839fe>.

luglio 2016²⁸, sulla legittimità del reclamo n. 101/2013, il Comitato europeo dei diritti sociali ha considerato che, qualora le funzioni della *Gendarmerie nationale* equivalgano a quelle di una forza di polizia, si ha effettivamente una violazione dell'art. 5 della Carta, ma, qualora equivalgano a quelle di una forza armata, tale violazione non sussiste. Il Comitato ha poi concluso nel senso della mancata violazione dell'art. 6§1 e della violazione dell'art. 6 §2 della Carta, in quanto le associazioni professionali nazionali militari non sono dotate di mezzi che consentono loro di difendere effettivamente gli interessi morali e materiali dei loro membri.

²⁸ La decisione è reperibile *on line* alla pagina [http://hudoc.esc.coe.int/fre/#{"ESCDcIdentifier":\["cc-101-2013-dmerits-fr"\]}](http://hudoc.esc.coe.int/fre/#{).

GERMANIA

di Maria Theresia Roerig

1. Le fonti normative relative alla libertà sindacale ed al diritto di sciopero

In Germania, il fondamento normativo della libertà di associazione e di coalizione e contrattazione collettiva è costituito dall'art. 9, comma 3, della Legge fondamentale, mentre il comma 1 dell'art. 9 disciplina la libertà associativa in generale¹.

La libertà sindacale ovvero “di coalizione” (*Koalitionsfreiheit*) incorpora i requisiti della libertà associativa di cui al comma 1 e deve inoltre essere finalizzata agli scopi indicati al comma 3, aventi ad oggetto le condizioni e l'ordine della vita lavorativa, senza che ciò significhi che la “coalizione” debba necessariamente avere i requisiti di un sindacato con la “capacità di contrattazione stipendiale”. La libertà sindacale, come risulta chiaramente dal comma 3, primo paragrafo, è riconosciuto fundamentalmente a *tutti gli individui*, ivi inclusi anche gli impiegati ed i funzionari pubblici², i giudici, i militari³ e le forze della polizia.

Esistono infatti in Germania numerose ed importanti associazioni sindacali di dette categorie, tra cui in particolare il *Deutscher Bundeswehrverband* (DBWV – associazione dell'esercito federale tedesco) con circa 200.000 membri (tra cui funzionari, soldati, dipendenti e veterani), il *Verband der Arbeitnehmer der Bundeswehr* (VAB – associazione degli impiegati della *Bundeswehr*), il *Verband der Beamten der Bundeswehr* (VBB – associazione dei funzionari della *Bundeswehr*), il *DBB Beamtenbund und Tarifunion* (associazione dei funzionari

¹ L'art. 9 LF così recita: “(1) *Tutti i tedeschi hanno diritto di costituire associazioni e società.*

“(2) *Sono proibite le associazioni i cui scopi o la cui attività contrastino con le leggi penali o siano dirette contro l'ordinamento costituzionale, o contro il principio della comprensione fra i popoli.*

“(3) *Il diritto di formare associazioni per tutelare e migliorare le condizioni di lavoro ed economiche deve essere garantito ad ogni individuo e ad ogni occupazione o professione. Gli accordi che limitano o cercano di mettere in pericolo questo diritto sono nulli; misure dirette a tal fine devono essere ritenute illecite. I provvedimenti adottati in forza degli articoli 12a, 35, secondo e terzo comma, 87a, quarto comma e 91, non possono essere diretti contro associazioni impegnate in vertenze sindacali ai sensi del primo comma del presente paragrafo, al fine di tutelare e migliorare le condizioni economiche e di lavoro.*”

² Cfr. BVerfGE 19, 303 (323 s.).

³ Cfr. BVerfGE 57, 29, 35 ss.

tedeschi), con oltre 1,3 milioni di membri, il *BDZ Deutsche Zoll- und Finanzgewerkschaft* (sindacato per la dogana e degli appartenenti al settore tributario), con circa 25.000 membri, e la *Bundespolizeigewerkschaft* (sindacato della polizia federale), con circa 12.000 membri, nonché la *Deutsche Polizeigewerkschaft* (il sindacato della polizia tedesca), con circa 185.000 membri.

Non esiste quindi un divieto radicale di associazione sindacale in capo alle categorie in esame, ma si riconosce loro (quantomeno parzialmente) questa libertà. Per dette categorie, come si vedrà meglio, limitazioni nell'ambito dell'esercizio di tale libertà sono tuttavia previste (in particolare in relazione alle modalità di protesta): è necessario distinguere chiaramente, in effetti, tra il diritto di coalizione ed il suo esercizio concretamente concesso.

Da segnalare è altresì che l'art. 9 LF non disciplina direttamente il diritto (o il divieto) di sciopero (il quale non viene comunque ad oggi riconosciuto alle categorie di persone sopra menzionate), facendolo però discendere in generale dalla libertà sindacale (o più precisamente dalla libertà di coalizione). La giurisprudenza costituzionale ha espressamente riconosciuto la tutela costituzionale del diritto di sciopero nell'ambito della libertà sindacale (BVerfGE 88, 103, 114; v. anche BVerfGE 18, 18, 32; 50, 290, 371)⁴. Le vicende dell'agitazione sindacale e dello sciopero non sono state, almeno finora, disciplinate in modo organico dal legislatore.

Un ruolo fondamentale viene al riguardo svolto dalla giurisprudenza (non tanto costituzionale ma quanto delle corti del lavoro), che fissa in assoluto i parametri giuridici all'interno dei quali uno sciopero è considerato legale o meno. Lo sciopero è generalmente definito come un "blocco di lavoro pianificato e svolto congiuntamente da un numero considerevole di lavoratori (specie di un'industria o di uno stabilimento) finalizzato proprio al conseguimento di tale obiettivo; ne consegue che esso deve essere legato ad un contratto collettivo o deve essere indetto da un sindacato". Emerge, quindi, l'importanza dell'obiettivo comune di raggiungere un'intesa su una vertenza di lavoro collettiva. I limiti imposti all'esercizio di tale diritto – oltre a quelli soggettivi meglio descritti *infra* – vengono stabiliti dalla prassi giurisprudenziale ed in via di autoregolamentazione dagli accordi collettivi e dagli statuti sindacali: in quest'ultimo caso, la base normativa di riferimento è la Legge sulla contrattazione collettiva (*Tarifvertragsgesetz – TVG –*), sicché il diritto di intraprendere azioni collettive

⁴ Ci sono tuttavia anche voci che fanno discendere tale diritto dalla libertà generale di azione di cui all'art. 2, comma 1, LF.

diviene oggetto principale della contrattazione collettiva (il c.d. sciopero di solidarietà, “*Das Solidaritätsstreik*”, è, in linea di principio, illegale in Germania così come lo sciopero politico, pur essendovi però alcune condizioni perché si possa ritenere uno sciopero di solidarietà legale⁵).

2. Inquadramento delle limitazioni soggettive all’esercizio della libertà sindacale nei servizi pubblici

2.1. Introduzione

La libertà sindacale di cui all’art. 9, comma 3, LF non viene garantita in maniera assoluta e può essere limitata⁶. Secondo l’opinione prevalente⁷, l’art. 9, comma 2, LF, secondo cui sono “*vietate le associazioni il cui scopo o la cui attività siano contrarie alla legge penale o che siano dirette contro l’ordinamento costituzionale o contro l’ideale di concordia tra i popoli*”, non deve riferirsi al solo comma 1, ma deve applicarsi anche con riferimento alla libertà sindacale di cui al comma 3. Sebbene la questione sia controversa, dottrina e giurisprudenza sono tuttavia unanimi circa la generale affermazione di limitazioni della libertà sindacale anche deducibili dallo stesso diritto costituzionale, in riferimento a diritti confliggenti (diritti fondamentali contrastanti nell’ambito della norma stessa, diritti fondamentali di terzi ed altri beni di rango costituzionale). Si ritiene che sia compito del legislatore concretizzare le limitazioni (“*Schranken*”) e risolvere conflitti tra più diritti fondamentali tenendo conto del principio della *praktische Konkordanz*, del principio di proporzionalità e dei “controlimiti” (*Schranken Schranken*)⁸. Si sono tra l’altro formati nel tempo più livelli di

⁵ 1) *In primis*, l’azione principale non deve essere illegittima; 2) l’azione secondaria deve poi essere necessaria, giusta, e ragionevole in rapporto all’obiettivo; 3) deve interessare una delle parti della vertenza principale; e 4) non deve perseguire la promozione di interessi individuali propri degli aderenti.

Accanto a questi requisiti, si aggiunge la circostanza per cui i datori di lavoro di entrambe le vertenze (principale e secondarie) devono appartenere ad un unico blocco di interesse economico, dovendo avere la possibilità di influenzarsi a vicenda (un esempio può essere la strettissima collaborazione con i subappaltatori).

⁶ Ambigua al riguardo è la formulazione utilizzata dal Tribunale costituzionale in *BVerfGE* 92, 26 (41), *BVerfGE* 84, 212; 88, 103.

⁷ Cfr. rif. citati da SCHOLZ in Maunz/Dürig, *Grundgesetz-Kommentar*, 81. Edizione settembre 2017, art. 9 LF, n. 336 ss., nota 2, 4, 5 *beck online*.

⁸ Cfr. HÖFLING in Sachs, *Grundgesetz*, 8. ed., 2018, art. 9, n. 151 con ult. rif. ; v. anche BVerfG, ordinanza del 10.3.2014, 1 BvR 377/13, che giustifica un’incidenza sulla libertà di coalizione (nella fattispecie, di un’associazione con tendenze potenzialmente neonaziste) alla luce

limitazioni, le c.d. “*Stufen*”: rileva, al riguardo, anche il mezzo di coalizione in questione, giacché i limiti cambiano se si tratta dell’autonomia collettiva o invece dell’agitazione con cui si esercita pressione sull’altra parte. Secondo un orientamento piuttosto diffuso, le associazioni sindacali sono vincolate, alla luce del loro compito sociale e pubblico, ai propri obblighi e responsabilità sociali (“*Sozialpflichtigkeit*”): devono dunque rispettare gli interessi del bene comune, motivo per cui tra l’altro l’agitazione e lo sciopero non sono in genere consentiti in settori in cui si tutela la sicurezza pubblica o i servizi di interesse generale, la c.d. *Daseinsvorsorge*, ed in cui si agisce all’interno di infrastrutture essenziali (ad esempio, è fatto divieto di sciopero per i medici o nel settore della telecomunicazione, della sicurezza del trasporto aereo e ferroviario)⁹. Ciò è una conseguenza, in particolare, del principio di proporzionalità, che opera anche ove i servizi siano stati privatizzati.

2.2. Le limitazioni soggettive

In Germania esistono, come accennato, limitazioni *soggettive* all’esercizio della libertà sindacale (quantomeno di alcune forme di essa). Tra queste, in particolare, rileva il divieto di sciopero in capo a determinate professioni: funzionari pubblici, giudici, militari ed agenti di polizia (forze dell’ordine e della sicurezza pubblica).

Al riguardo, debbesi preliminarmente dar conto dell’organizzazione complessa – sia a livello del *Bund* che dei *Länder* – dei vari servizi e forze pubbliche, ivi inclusi anche l’esercito federale (*Bundeswehr* - Difesa federale)¹⁰, la polizia federale (e quella dei *Länder*)¹¹ e/o l’amministrazione federale della dogana

di altre esigenze costituzionali che comprendono la neutralità e la funzionalità dell’esercito federale (*Bundeswehr*).

⁹ Critico invece HÖFLING in Sachs, op. cit., art. 9 LF, n. 136.

¹⁰ La *Bundeswehr*, per la quale lavorano sia militari che collaboratori civili (funzionari ed impiegati pubblici) è suddivisa nella componente militare (le forze armate, o *Streitkräfte*) e nella componente civile, con l’amministrazione della difesa (*Wehrverwaltung*), l’ufficio federale per gli armamenti (*Bundesamt für Wehrtechnik und Beschaffung*) e l’ufficio federale per la gestione dell’informazione e della tecnologia dell’informazione del *Bundeswehr* (*Bundesamt für Informationsmanagement und Informationstechnik der Bundeswehr*). La componente militare della forza di difesa federale consiste nell’Esercito (*Deutsches Heer*), la Marina (*Deutsche Marine*), l’Aeronautica militare (*Luftwaffe*), il servizio di supporto interforze (*Streitkräftebasis*) ed i servizi medici centrali (*Zentraler Sanitätsdienst*).

¹¹ Le forze di polizia in Germania sono suddivise su due livelli: quello federale, che comprende la *Bundespolizei*, il *Bundeskriminalamt* e la polizia del *Bundestag*; quello locale, in cui le polizie sono sotto la responsabilità dei *Länder*, come è il caso delle *Landespolizei* e del *Landeskriminalamt*.

(*Bundeszollverwaltung* con alcune funzioni che in Italia spettano invece alla guardia di finanza¹²) alle dipendenze del Ministero federale delle finanze. In tutti questi settori, sono impiegati sia i c.d. funzionari pubblici (“*Beamte*”) sia i (semplici) dipendenti pubblici (“*öffentliche Angestellte*”), con diritti – anche in termini di libertà associativa – diversi a seconda dello *status*.

In altri termini, nel servizio pubblico si hanno essenzialmente due (nell’ambito militare anche tre) diverse categorie di lavoratori pubblici, che godono – in linea di principio – della libertà di associazione: i *Beamte*¹³ (funzionari pubblici che devono avere la cittadinanza tedesca oppure europea e che giurano fedeltà allo Stato tedesco) sottoposti al diritto pubblico, gli *Angestellte* (impiegati), sottoposti al regime di diritto privato; nella *Bundeswehr*, si aggiungono i militari, con categorie regolate ognuna da un regime legislativo differente.

2.2.1. I funzionari

La libertà sindacale e l’autonomia salariale dei *Beamte* che coprono gran parte dei posti di lavoro nel settore pubblico (ivi inclusi il settore militare, della dogana e della polizia) trova un limite nei principi sanciti dall’art. 33, comma 5, Legge fondamentale, che così recita: “*Il diritto dei servizi pubblici va regolato e sviluppato in considerazione dei principi tradizionali validi per i pubblici ufficiali di carriera*”. Oltre a porre una garanzia d’istituto per il pubblico impiego, si prevede espressamente che gli *hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums* (i principi tradizionali della categoria dei pubblici funzionari), che risalgono all’*Allgemeines Preußisches Landesrecht* del 1794, devono essere tenuti in debita considerazione (anche nell’ambito delle altre libertà costituzionali). Con ciò viene introdotto uno statuto speciale (“*besonderes Gewaltverhältnis*”) del funzionario come una disciplina basata sulle basi tradizionali di un rapporto di servizio e di fiducia, disciplinato dalle legislazioni risalenti al Codice generale prussiano. Lo

Il *Bundeskriminalamt* (BKA), l’ufficio federale della polizia criminale, anch’esso – come la *Bundespolizei* – al servizio del Ministero degli Interni, ha come obiettivo quello di coordinare l’applicazione della legge e di cooperare strettamente con le agenzie di polizia criminale dei *Länder* (*Landeskriminalamt*, LKA), oltre a condurre indagini in alcune aree di crimini importanti che coinvolgono altri Paesi. Il BKA è inoltre responsabile della protezione delle istituzioni federali e delle loro sedi. Il BKA, inoltre, rappresenta la Germania nell’ambito dell’Interpol.

¹² Non esiste peraltro una forza di polizia tributaria alla stregua della guardia di finanza.

¹³ Cfr. D. SCHEFOLD, *Le garanzie di imparzialità degli addetti alla pubblica funzione, Un problema dell’etica pubblica in Germania*; reperibile alla pagina: http://www.giurisprudenza.unipg.it/files/generale/IMPORT/univali_unipg/materiali/Schefold_2009.pdf.

statuto speciale del funzionario escludeva, originariamente, anche l'applicabilità dei diritti fondamentali in capo al funzionario: tale esclusione non è più consentita, ma resta fermo il fatto che il rapporto speciale del funzionario possa ancora legittimare certe limitazioni dei suoi diritti.

Gli obblighi dei *Beamte* sono regolati anzitutto nella legge sullo statuto dei funzionari (*Beamtenstatusgesetz-BeamStG*), del 17 giugno 2008, che ha sostituito, con piccole modifiche, la legge cornice sui funzionari (*Beamtenrechtsrahmengesetz-BRRG*) del 1957.

L'art. 33, comma 1, BeamStG così dispone: "Funzionarie e funzionari servono tutto il popolo, non un partito. Devono adempire i loro compiti imparzialmente e correttamente e devono svolgere le loro funzioni per il bene comune. Devono conformarsi in tutti i loro comportamenti all'ordinamento liberal-democratico nel senso della Legge fondamentale e devono impegnarsi a mantenerlo". Questa disposizione, che si riferisce ad un'etica pubblica, è completata da altri obblighi. Così, l'art. 34 impone al funzionario l'impegno di dedicarsi alla funzione pienamente in maniera altruistica, mantenendo il rispetto alla funzione. Gli artt. 35 e 36 disciplinano gli obblighi nei confronti dei preposti, il senso di ubbidienza, collaborazione, controllo e autoresponsabilità, l'art. 37 sancisce i principi di confidenzialità ed il segreto d'ufficio, l'art. 38 il giuramento, l'art. 39 la possibilità di impedire l'esercizio delle funzioni, l'art. 40 l'esercizio di altri lavori, l'art. 42 il divieto di accettare regali.

I *Beamte* godono anche, sempre in base a detti principi tradizionali (art. 33, comma 5, LF), di un trattamento salariale, pensionistico e sanitario speciali. Il loro trattamento economico viene stabilito da una legge (federale), in particolare il *Bundesbesoldungsgesetz*, quindi tramite l'intervento del parlamento per determinare diritti e doveri, nonché la remunerazione e la pensione dei funzionari statali (i *Länder* hanno l'opportunità di variare i salari per i propri funzionari, a seconda del livello economico del *Land*). I *Beamte* (contrariamente agli impiegati pubblici) non hanno quindi il diritto alla contrattazione collettiva relativa alle condizioni di lavoro e tanto meno, almeno secondo l'opinione dominante, il diritto di agitazione, di sciopero o di porre in essere azioni simili¹⁴. La libertà sindacale

¹⁴ SCHOLZ in Maunz-Dürig, op. cit., art. 9 LF n. 362 e n. 377 con ult. rif.; v. già *BVerwGE*, sentenza del 16.11.1978, I D 82.77; *BVerfGE* 8, 1 (17); 44, 249 (264); *BAGE* 12, 184 (193); 49, 303 (312); *BGHZ* 70, 277 (279 ff.); *BVerwG, NJW* 78, 178 (179); *BVerwG, DÖV* 2114, 622 ss.; DI FABIO, *Das beamtenrechtliche Streikverbot*, 2012; LÖWISCH, *Zulässiger und unzulässiger Arbeitskampf im öffentlichen Dienst*, 1980; in senso contrario, v. invece R. HOFFMANN, *AöR* 91, 141 (183 ss.).

dei funzionari viene inoltre limitata dalla necessità di garantire il funzionamento del servizio e dagli obblighi di servizio, che non devono essere pregiudicati¹⁵.

Inoltre, salvo che per comportamenti estremamente gravi, i funzionari non possono essere licenziati. Lo *status* di *Beamte* non può essere eliminato una volta assegnato. Per eventuali controversie con il datore di lavoro (lo stato federale o il *Land*) sono competenti le corti amministrative. *Beamte* sono impiegati nelle autorità pubbliche e anche nella scuola, nella polizia e nell'esercito. Per la polizia lavorano quasi esclusivamente *Beamte*, mentre l'esercito si compone per la maggior parte di militari, poi di impiegati pubblici ed infine di *Beamte*.

2.2.2. I militari

Per quanto riguarda i militari (più precisamente, i soldati), la libertà sindacale conosce limiti simili¹⁶. Per essi, dal giuramento discende l'impegno ad osservare i vari doveri della vita militare, ed in primo luogo l'ubbidienza, senza pregiudizio del principio di base secondo cui "*il militare è un cittadino in uniforme il quale non può e non deve estraniarsi dalla vita pubblica*". I doveri militari impegnano anche nei riguardi della vita pubblica. Ad esempio, "*il militare deve riconoscere il libero ordine democratico nello spirito della Costituzione e garantirne il mantenimento col suo comportamento generale*".

La fonte più importante del diritto militare tedesco è il *Soldatengesetz* (*SoldG*), che disciplina lo *status* di militare ed i diritti e doveri ad esso inerenti; altra fonte di diritto è il *Wehrbeschwerdeordnung* (*WBO*), che prevede la tipologia delle sanzioni disciplinari ammesse e definisce anche il procedimento per la loro applicazione. Taluni doveri sorgono come limitazioni di diritti, mentre il militare conserva il diritto concessogli dalla Legge fondamentale di coltivare ed esternare in privato le proprie opinioni politiche, e perfino di presentarsi alle elezioni come candidato di un'organizzazione o di un partito¹⁷. Nei limiti dell'impegno per l'ordine democratico (art. 8 *SoldG*), del dovere di cameratismo (art. 12 *SoldG*), della discrezione (art. 14 *SoldG*), della riservatezza nell'attività politica (art. 15

¹⁵ Cfr. SCHOLZ in Maunz-Dürig, op. cit., art. 9 LF, n. 385.

¹⁶ Cfr., per ulteriori informazioni, F. DONATI, *I regolamenti di disciplina nel mondo: Germania Federale*, in *Zeitschrift: Rivista militare della Svizzera italiana*: 49 (1977), fasc. 3, reperibile alla pagina: <https://www.e-periodica.ch/cntmng?pid=rmi-002:1977:49::476>.

¹⁷ All'interno di aree militari non si deve fare propaganda per un qualsivoglia partito politico. Inoltre, il militare non deve indossare l'uniforme assistendo a manifestazioni politiche. Egli poi non deve, avvalendosi della sua qualità di superiore, influire sull'orientamento politico dei propri sottoposti.

SoldG), della disciplina e del comportamento dignitoso (artt. 17/1 e 17/2 SoldG), il militare ha libertà di espressione e di riunione, associazione e coalizione, e può tenere conferenze o collaborare a giornali o riviste senza chiedere preventiva autorizzazione.

L'attività sindacale nell'ambito della *Bundeswehr* è stata formalmente riconosciuta da una circolare del Ministero della Difesa del 1° agosto 1966, il c.d. *Gewerkschaftserlass*, la quale stabilisce che, a norma della Legge fondamentale, il militare, come ogni altro cittadino, ha il diritto di costituire associazioni professionali e di categoria, per la protezione ed il progresso delle condizioni di lavoro ed economiche, ha il diritto di appartenere a tali associazioni e di svolgere le attività conseguenti. Ciò vale anche per le associazioni e le attività sindacali, sempre comunque nel quadro e nei limiti dei doveri stabiliti per legge per i militari e di eventuali particolari esigenze del servizio.

Tale quadro normativo ha consentito l'attività della c.d. Associazione Sindacale Tedesca della *Bundeswehr* «DBwV» (*Deutscher Bundeswehr - Verband*)¹⁸, che è stata costituita già nel 1956, e che prevede statutariamente (art. 2, comma 4) il rifiuto del ricorso al mezzo dello sciopero da parte di soldati e funzionari pubblici per l'attuazione degli scopi sociali. Come per i funzionari, si ritiene che per i soldati sussista un divieto assoluto di agitazione e sciopero¹⁹.

2.2.3. Gli impiegati pubblici

Le condizioni di lavoro, salariali e di formazione degli *Angestellte* sono regolate dal contratto nazionale per la pubblica amministrazione federale (*Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD)*), concordato ogni due anni tra sindacato e pubblica amministrazione. Condizioni specifiche di lavoro vengono quindi determinate sulla base di una negoziazione tra i datori di lavoro ed il sindacato, e non per legge. Tuttavia, non sussiste una c.d. consultazione e un coinvolgimento paritetico dei lavoratori nell'ambito pubblico (per motivi di responsabilità di governo democratico da cui deriva un potere organizzativo dello Stato anche in relazione al personale). Agli impiegati spetta però, come ai

¹⁸ Fra le richieste avanzate dalla «DBwV» possono ricordarsi: l'istituzione di una «indennità vacanze» annuale, per i militari a lunga ferma, da soldato a tenente; il pagamento della 13^a mensilità anche per i militari di leva; l'istituzione d'una «indennità bunker» per il personale che presta servizio in impianti sotterranei; l'adozione della divisa estiva; l'adozione per i Quadri di una divisa da società; ecc. Anziché alla DBwV, i militari possono appartenere al concorrente sindacato ÖTV (della Pubblica Amministrazione, Trasporto e Traffico) presso cui, però, i delegati militari possono svolgere solo un'azione consultiva.

¹⁹ Cfr. SCHOLZ in Maunz-Dürig, op. cit, art. 9 LF, n. 380.

dipendenti privati, anche il diritto di fare ricorso all'agitazione ed allo sciopero nei limiti sopra accennati; eccezioni vengono riconosciute nell'ambito dei servizi essenziali ovvero nei casi in cui un impiegato svolga mansioni e funzioni sovrane e amministrative che in realtà dovevano essere assegnate ad un funzionario pubblico. In tal senso può sussistere un divieto di sciopero ai sensi dell'art. 33, comma 5, LF "in via analogica"²⁰; inoltre un tale divieto può emergere anche alla luce dei principi degli obblighi sociali (v. *supra*).

2.2.4. Osservazioni conclusive

La legge e la prassi stabiliscono una distinzione in base allo *status* piuttosto che alla natura delle mansioni, tra i dipendenti pubblici che hanno lo status di "Beamte" ed altre persone impiegate ai vari livelli nel servizio pubblico ("Angestellte"). Lo Stato ha, come visto, in un certo senso la scelta tra il tipo di rapporto di lavoro che vuole istituire, e con tale scelta influisce indirettamente sull'ambito della libertà sindacale del lavoratore. Tuttavia, almeno per le funzioni ed i compiti strettamente espressivi della sovranità, lo Stato deve in linea di principio incaricare un funzionario pubblico che è vincolato allo Stato da un particolare rapporto di fiducia e lealtà ed in capo a cui sussistono maggiori limiti della libertà sindacale. La posizione del funzionario non può in realtà essere costituita che per l'esercizio di compiti di diritto pubblico (autoritario, sovrano "hoheitsrechtlich": art. 3 BeamStG; o comunque al fine della sicurezza dello Stato e della vita pubblica): art. 33, comma 4, LF²¹.

Sebbene ai funzionari sia riconosciuto, come agli impiegati pubblici (e privati), il diritto di associarsi, essi non possono negoziare i termini e le condizioni del loro impiego, essendo questi dettati da una legge. Al contrario degli altri impiegati statali (e privati), i *Beamte* non hanno il diritto di sciopero. Lo stesso può dirsi per i militari di carriera. I militari professionali (come tra l'altro anche i giudici), benché non funzionari in senso giuridico, godono di discipline legislative molto simili, influenzate dal diritto dei funzionari che, dunque, si pone a modello dei doveri che possono costituire un'etica pubblica.

Di recente, peraltro, sono sorti dubbi circa la legittimità di un divieto di sciopero *tout court* in capo ai funzionari pubblici, a prescindere dalle loro mansioni concrete, in particolare con riferimento agli insegnanti alle scuole. Al

²⁰ Cfr. SCHOLZ in Maunz-Dürig, op. cit., art. 9 LF, n. 379.

²¹ "L'esercizio permanente di poteri connessi alla sovranità è di regola affidato a pubblici funzionari nell'ambito di un rapporto di servizio e fiduciario di diritto pubblico".

riguardo, si sottolinea come gli insegnanti abbiano a volte lo *status* di funzionario e a volte invece di (semplice) impiegato pubblico pur svolgendo le stesse mansioni (e solo nell'ultimo caso viene loro riconosciuto il diritto di sciopero, circostanza che ha condotto ad una certa tensione). L'Unione Nazionale Insegnanti (*Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft*, GEW) insiste infatti sul diritto di azione collettiva anche per i funzionari statali e invita, non di rado, ad interruzioni del lavoro. I datori di lavoro pubblici reagiscono con misure disciplinari. I funzionari pubblici contestano tali repressioni con ricorsi presso i tribunali amministrativi che offrono opinioni/decisioni differenti (positive e negative).

A tale dibattito ha in particolare contribuito la giurisprudenza della Corte EDU (v. *infra*). La questione attinente al divieto di sciopero in capo agli insegnanti aventi lo *status* di funzionario pubblico è stata per ora decisa con una pronuncia del 27 febbraio 2014 (2 C 1/13) resa dal Tribunale amministrativo federale (BVerwG), che nega alla luce della situazione legislativa attuale il diritto di sciopero ai funzionari pubblici (*Beamte*) in generale ed a prescindere della loro funzione concreta, facendo riferimento all'art. 33, comma 5, LF: *“Il divieto di partecipare ad azioni sindacali (scioperi) è considerato un principio tradizionale di cui all'art. 33, par. 5, Legge fondamentale, riguardante tutti i funzionari pubblici (Beamte) a prescindere dalle loro mansioni. Un diritto alla contrattazione collettiva ed all'azione collettiva è considerato incompatibile con la garanzia costituzionale del servizio civile professionale”*²². Tale decisione è tuttavia stata oggetto di ricorsi diretti attualmente pendenti davanti al Tribunale costituzionale federale, che a breve dovrà prendere posizione al riguardo essendosi tenuta l'udienza pubblica in data 18 gennaio 2018.

La posizione della Corte suprema amministrativa è stata accettata fino ad oggi dalla maggior parte degli studiosi e dalla dottrina tradizionale. Scioperi all'interno delle funzioni pubbliche fondamentali che coinvolgono funzionari ministeriali, di polizia o militari sono sconosciuti e non all'ordine del giorno.

3. I problemi di compatibilità della normativa nazionale con l'art. 11 Cedu

Il divieto assoluto di sciopero che viene dedotto, come illustrato, per tutti i funzionari (ivi inclusi quelli impegnati nell'ambito militare) dall'art. 33, commi 4 e 5, LF, è stato messo in dubbio alla luce della giurisprudenza della Corte Edu in

²² Cfr. anche BVerwG, ordinanza del 26 febbraio 2015, 2 B 6/15.

relazione all'art. 11 Cedu. Secondo tale giurisprudenza, il diritto di sciopero è riconosciuto a livello internazionale come un diritto umano fondamentale e le restrizioni possono essere imposte solo su parti dei servizi pubblici legate a funzioni specifiche di pubblico interesse, ma non possono derivare dal mero *status* di funzionario, a prescindere delle mansioni.

La Corte Edu ha infatti riconosciuto, nella decisione *Enerji Yapi-Yol Sen c. Turchia* del 21 aprile 2009 (*Requête* no 68959/01), “che il diritto di sciopero non ha carattere assoluto. Può essere sottoposto a condizioni ed essere oggetto di alcune restrizioni. Pertanto, il principio di libertà di associazione può essere compatibile con il divieto di sciopero per i dipendenti pubblici che esercitano l'autorità in nome dello Stato. Tuttavia, se il divieto di sciopero può interessare determinate categorie di funzionari (vedere, mutatis mutandis, *Pellegrin c. Francia* [GC], no 28541/95, §§ 64-67, 1999VIII CEDU), non si può estendere ai dipendenti pubblici in generale, come in questo caso, o ai lavoratori pubblici di imprese commerciali o industriali dello Stato. Pertanto, le restrizioni legali al diritto di sciopero dovrebbero definire chiaramente e più strettamente possibile le categorie di funzionari interessati” (par. 32).

Inoltre, la Corte Edu (Grande Sezione, 12 novembre 2008) ha specificato, nel caso *Demir e Baykara c. Turchia*, (n. 34503/97), quanto segue:

“107. ... «i membri dell'amministrazione dello Stato» non possono essere esclusi dal campo di applicazione dell'articolo 11 della Convenzione. Al massimo, le autorità nazionali hanno il diritto di imporre «restrizioni legali» a quei membri, conformemente all'articolo 11 § 2. Nel caso di specie, tuttavia, il governo non è riuscito a dimostrare come la natura delle mansioni svolte dai ricorrenti, come funzionari comunali, richieda loro di essere considerati «membri dell'amministrazione dello Stato» soggetti a tali restrizioni.

108. Di conseguenza, i ricorrenti possono legittimamente invocare l'articolo 11 della Convenzione e l'obiezione sollevata dal governo su questo punto deve quindi essere respinta.

147. La Corte osserva che nel diritto internazionale, il diritto alla contrattazione collettiva è protetto dalla Convenzione OIL n. 98 concernente il diritto di organizzazione e di contrattazione collettiva. Adottato nel 1949, questo testo, che è uno degli strumenti fondamentali relativo alle norme internazionali del lavoro, è stato ratificato dalla Turchia nel 1952. Esso afferma, all'articolo 6, che non riguarda la posizione di «dipendenti pubblici impegnati nella gestione dello Stato». Tuttavia, il Comitato di esperti dell'OIL ha interpretato questa disposizione nel senso che esclude solo quei funzionari le cui attività siano

specifiche per l'amministrazione dello Stato. Con tale eccezione, tutte le altre persone impiegate dal governo, da imprese pubbliche o da istituzioni pubbliche autonome, dovrebbero beneficiare, secondo il Comitato, delle garanzie previste dalla Convenzione n. 98 nello stesso modo degli altri dipendenti, e di conseguenza dovrebbero essere in grado di impegnarsi nella contrattazione collettiva per quanto riguarda le loro condizioni di lavoro, comprese le retribuzioni”.

La Convenzione Edu consente peraltro espressamente ai sensi, dell'art. 11, comma 2, per. 2 (quale *lex specialis* rispetto all'art. 11, comma 2, per. 1) limitazioni per la libertà sindacale, ivi incluso il diritto di sciopero: “*Il presente articolo non vieta che restrizioni legittime siano imposte all'esercizio di questi diritti da parte dei membri delle forze armate, della polizia o dell'amministrazione dello Stato*”. Tuttavia, la Corte Edu cerca di interpretare tale disposizione in maniera restrittiva, condizionando le restrizioni al diritto di sciopero alla funzione ed alla mansione *concreta* del funzionario (cfr. la pronuncia del 21.5.2015 – 45892/09 (n. 30) – *ER. N. E. c. Spagna*).

In Germania, si sono di conseguenza sviluppati orientamenti giurisprudenziali divergenti al riguardo²³, circostanza che è stata criticata dalla dottrina. Si riconosce, non da ultimo anche con la sopra citata sentenza della *Bundesverwaltungsgericht* del 27 febbraio 2014, la sussistenza di un contrasto tra il diritto tedesco, che fa discendere un divieto di sciopero in capo ai funzionari in base al loro mero *status*, e l'approccio più funzionale della Corte Edu.

Secondo molti²⁴, la Convenzione EDU non è però in grado, nonostante la tesi dell'interpretazione ‘a favore del diritto internazionale’ (*völkerrechtsfreundlichen Auslegung*) sostenuta da parte del *Bundesverfassungsgericht*²⁵, di mettere in

²³ VG (Tar) Düsseldorf, in *AuR* 2011, 74 ss.; OVG (Corte amministrativa superiore) Münster, *ZBR* 2012, 170 ss.; VG Kassel, *ZPA* 2011, 386 ss.; VG Osnabrück, *ZPA* 2011, 389 ss.

²⁴ SCHOLZ in Maunz-Dürig, op. cit., art. 9 LF, n. 316.

²⁵ Il Tribunale costituzionale federale ha messo in risalto il significato della Convenzione a livello costituzionale, come ausilio interpretativo della Legge fondamentale. Alla luce del principio di apertura o di *favor* verso il diritto internazionale (*Völkerrechtsfreundlichkeitsprinzip*), la Cedu contribuisce così a chiarire il contenuto e la portata dei diritti fondamentali. Due sentenze del Tribunale costituzionale federale tedesco sono particolarmente rilevanti per comprendere il rapporto tra la Convenzione e la Costituzione: Nel caso *Görgülü* (BVerfG 5.4.2005 – 1 BvR 1664/04, in *NJW* 2005, 1765), ha sottolineato che “*le decisioni della Corte EDU detengono una certa importanza in quanto esse riflettono lo stato di sviluppo della CEDU e dei suoi Protocolli. L'effetto vincolante di una decisione della Corte si estende a tutti gli organi statali, e li obbliga principalmente – sempre nel rispetto delle loro competenze, nonché del vincolo alla legge e al diritto ex art. 20, comma 3, LF – a non violare la Convenzione, nonché a stabilire una situazione (a livello di diritto nazionale) in sua conformità. Tuttavia il rispetto della CEDU e delle sue garanzie rientra proprio all'interno di quanto previsto dall'art. 20, comma 3, LF. Inoltre,*

dubbio il dettato costituzionale di cui all'art. 33, commi 4 e 5, LF, il che significa affermare un divieto generale e assoluto di sciopero per tutti i funzionari a prescindere dalla loro mansione e funzione (più o meno sovrana). I difensori della dottrina tradizionale sostengono infatti che la "natura di servizio pubblico" non può tollerare azioni sindacali come quella dello sciopero. Secondo tale orientamento si potrebbe comunque ipotizzare una riforma della Legge fondamentale nella direzione indicata dalla Corte Edu, considerando che l'art. 33, comma 5, LF comprende peraltro un'opzione di ulteriore "sviluppo" per la disciplina dell'impiego pubblico.

La Corte suprema amministrativa, che ha riconosciuto nella sentenza del 27 febbraio 2014 un contrasto tra diritto tedesco e Cedu ed anche l'eventuale necessità di distinguere tra le varie categorie di funzionario pubblico, pur confermando il divieto di sciopero, ha ravvisato la soluzione del contrasto in un possibile intervento del legislatore ordinario. La dottrina ha criticato tale approccio: visto che la Corte ha ritenuto non superabile il divieto di sciopero ricavato dall'art. 33, comma 5, LF, neppure avvalendosi delle norme della Cedu o della relativa giurisprudenza della Corte di Strasburgo, allora solo il legislatore costituzionale potrebbe risolvere il conflitto²⁶.

nonostante il principio del rispetto del diritto internazionale, un non rispetto delle sentenze della Corte EDU sarebbe possibile per evitare la violazione di principi fondanti della Legge fondamentale; Ciò non toglie che le autorità e le corti nazionali debbano comunque confrontarsi con le sentenze della Corte EDU, nonché motivare la loro - eventuale - non osservanza". V. anche BVerfGE del 26 febbraio 2008 – Caroline-Urteil III (1 BvR 1602, 1606, 1626/07). Tale tesi emerge in maniera ancora più chiara nella sentenza sulla detenzione preventiva del 4 maggio 2011 (2 BvR 2365/09, 2 BvR 740/10, 2 BvR 2333/08, 2 BvR 571/10, 2 BvR 1152/10): Sebbene la Cedu sia a livello nazionale al di sotto della Legge fondamentale, le disposizioni della Legge fondamentale devono essere interpretate conformemente ovvero in un'ottica di favor per i trattati internazionali. I diritti della Convenzione, così come interpretati dalla Corte di Strasburgo, rifluiscono nel giudizio di proporzionalità. Nella sentenza i giudici di Karlsruhe hanno anche affermato che "la Völkerrechtsfreundlichkeit della legge fondamentale è espressione di una concezione della sovranità, che non solo non si oppone ai vincoli nei contesti inter- e sovranazionali, così come al loro ulteriore sviluppo, ma che questi stessi [vincoli e sviluppo] presuppone e si attende". Alla luce di ciò, "anche l'ultima parola della Costituzione tedesca non contrasta con un dialogo internazionale ed europeo". Il Tribunale riserva in ogni caso a sé ed agli operatori nazionali un margine per continuare ad interpretarli secondo la tradizione giuridica dell'ordinamento di provenienza. A questo proposito, rileva come "le somiglianze nel testo normativo non possano trarre in inganno circa le differenze che risultano dai contesti degli ordinamenti": i diritti umani delle convenzioni internazionali, infatti, "devono essere 'ripensati' nel contesto dell'ordinamento costituzionale che li accoglie nell'ambito di un procedimento attivo (di recezione)".

²⁶ Cfr. la nota alla sentenza del 27 febbraio 2014 di N. SCHAKS con ult. rif. ; cfr. anche KAWIK, *Streikverbot für Beamte ?* in *DÖV* 2016, 212 ss.

Si ricorda al riguardo come la Germania segue un sistema dualistico, non monistico, per quanto riguarda l'applicazione del diritto internazionale. La Convenzione EDU e i suoi Protocolli integrativi, in quanto trattati internazionali, sono stati introdotti nell'ordinamento tedesco mediante legge formale (*ex art. 59, comma 2, Legge fondamentale - LF*), e si collocano, secondo l'opinione prevalente, al rango di semplice legge federale²⁷, quindi ad un livello inferiore rispetto alla Legge fondamentale.

Con riferimento al dibattuto caso degli insegnanti “funzionari” attualmente pendente davanti al Tribunale costituzionale, alcune voci favorevoli ad un'interpretazione più vicina al diritto internazionale sottolineano che l'art. 33 LF cita solo i “principi tradizionali” e non pone un divieto esplicito di sciopero²⁸.

Il Tribunale costituzionale dovrà dunque decidere se la Legge fondamentale tedesca imponga inequivocabilmente un divieto di sciopero dei funzionari pubblici, e quindi se violi la Cedu, oppure se sia aperta ad un'interpretazione più vicina al diritto internazionale, nel senso che il diritto di sciopero per i funzionari pubblici può essere previsto per coloro che non hanno compiti sovrani o specifici riguardanti l'amministrazione dello Stato²⁹.

Ad ogni modo, in dottrina si ritiene che l'attuazione del dettato della Cedu nel caso di una condanna della Germania non condurrebbe alla perdita dello *status* di funzionario per i *Beamte*. A questi bisognerebbe dare la possibilità di convertire il loro rapporto di lavoro in un rapporto da (semplice) impiegato pubblico, con i relativi diritti sindacali, mentre per esigenze di rispetto del principio di uguaglianza (rispetto agli impiegati pubblici) non sarebbe possibile assegnare ai

²⁷ Cfr. al riguardo anche una recente ordinanza del 15 dicembre 2015 – 2 BvL 1/12 (*Treaty Override*), secondo cui al legislatore tedesco non è impedito adottare o modificare una legge federale anche se ciò, alla luce dell'art. 59, comma 2, per. 1, LF, si traduce in un contrasto con trattati internazionali. Secondo la Legge fondamentale, i trattati internazionali – se non rientrano nel campo di applicazione di una particolare clausola di apertura ai sensi degli artt. 23-35 LF – hanno il rango di legge federale semplice, e quindi possono essere limitati da successive leggi contrastanti (*lex posterior derogat legi priori*). Un'interpretazione diversa contrasterebbe con il principio democratico. Solo le norme generali del diritto internazionale hanno invece un rango superiore alle leggi federali, sebbene comunque inferiore alla Costituzione tedesca (*ex art. 25, per. 2, LF*).

²⁸ Cfr., per alcuni riferimenti, KAWIK, *op. cit.*, tra cui: T. BLANKE – D. STERZEL *Beamtenstreikrecht*, 1980, 8 ss. già in relazione alla carta sociale.

²⁹ R. BUSCHMANN, *Gewerkschaftliches Centrum für Revision und Europäisches Recht*, Progetto “Courts and Charters”, *Workshop II*, Torino 6 ottobre 2014, reperibile alla pagina: https://courtsandcharters2.files.wordpress.com/2014/09/buschmann_diritto-azione-collettiva-dipendenti-pubblici.pdf.

Beamte, in aggiunta alla loro posizione già privilegiata, anche il diritto di sciopero.

La Corte amministrativa tedesca (BVerwG) ha evidenziato, inoltre, come l'art. 28 della Carta di Nizza, che sancisce il diritto di sciopero, non trovava applicazione nel caso in esame, concernente la libertà sindacale dei funzionari pubblici (gli insegnanti), poiché la disposizione riguarda, in base all'art. 51, comma 1, della Carta, solamente l'attuazione del diritto dell'Ue. Il settore del diritto di lavoro e della contrattazione collettiva non deve essere disciplinato negli Stati membri secondo il dettato del diritto dell'Ue, per cui non si ha – ad avviso della Corte amministrativa – un vincolo dall'art. 28 della Carta di Nizza.

Per quanto riguarda, infine, la libertà sindacale dei membri dell'esercito federale e delle forze della polizia come parte del potere dello stato contemplati dall'art. 11, comma 2, per. 2 Cedu (non oggetto del ricorso costituzionale di cui sopra), viene sottolineato in dottrina come queste forze siano essenziali per la tutela dell'integrità dello Stato verso l'esterno nonché della sicurezza e dell'ordine pubblico e dei diritti dei cittadini verso l'interno e garantiscano così in maniera centrale la funzionalità dello Stato. Pertanto, là dove la funzione (e l'autorità) dell'esercito e della polizia venga pregiudicata (e di conseguenza la sicurezza dell'ordine pubblico), la libertà sindacale deve essere limitata anche in base alla Cedu. La dottrina tedesca evidenzia che la Corte Edu ha contemplato, ad esempio, le particolarità per la libertà sindacale della polizia nella pronuncia del 25 settembre 2012 – 11828/08 (par. 67), *Sindacato di polizia della Repubblica slovacca c. Slovacchia*, e nella pronuncia del 21 maggio 2015 - 45892/09 (par. 30), *ER. N. E. c. Spagna*. Tuttavia, il principio di proporzionalità deve essere applicato anche in questo caso: mentre i requisiti particolari che valgono per l'esercito possono quindi giustificare una limitazione della libertà sindacale, essi non giustificano necessariamente la sua completa esclusione (cfr. pronuncia della Corte Edu del 2 ottobre 2014 – 32191/09 (parr. 52, 55), *Adefdromil c. Francia*), che comunque in Germania non si ha: vengono infatti escluse solo alcune misure sindacali come l'agitazione e lo sciopero. D'altra parte, si segnala come la Corte Edu abbia avallato un divieto di sciopero per le forze della polizia al fine della tutela della sicurezza pubblica nelle pronunce del 21 aprile 2015 – 45892/09 (parr. 34 ss.), *Junta Rectora de Ertzainen Nazional Elkartasuna c. Spagna*, e del 21 maggio 2015 – 45892/09 (par. 30), *ER. N. E. c. Spagna*. Anche secondo la sentenza del 27 febbraio 2014 della Corte amministrativa federale, l'attività

amministrativa di natura genuinamente sovrana, tra cui quella delle forze militari e di polizia rientra senz'altro nella definizione di amministrazione e attività di cui all'art. 11, comma 2, per. 2, Cedu, che giustifica una limitazione della libertà sindacale.

REGNO UNITO

a cura di Sarah Pasetto

1. Introduzione

La sussistenza di una libertà sindacale nelle forze armate britanniche è una questione che pone notevoli problemi di inquadramento. Oltre ai fattori generali (l'assenza di una costituzione codificata e la conseguente difficoltà a ragionare in termini di "libertà" univocamente definite, essendo piuttosto necessario ricostruirle con riferimento ad un ventaglio più o meno ampio di fonti a seconda della libertà in questione: v., *infra*, par. 3.1.1.; la tendenza, riscontrabile anche nel Regno Unito, verso la de-sindacalizzazione ed il rafforzamento della posizione del datore di lavoro registrabile nella maggior parte degli ordinamenti mondiali)¹, si pone una discrasia tra il piano teorico ed una prassi ondivaga.

In breve, i membri delle forze armate possono formare ed organizzarsi in associazioni, ma queste non possono avere la forma del sindacato. I militari possono iscriversi a sindacati civili, ma al solo scopo di rafforzare le proprie capacità professionali e facilitare il reinserimento nella vita civile. In nessun caso un militare può partecipare ad azioni sindacali quali lo sciopero, come stabilito nelle *Queen's Regulations*, che disciplinano l'attività di servizio dei singoli militari (*infra*, par. 3.2); ai membri delle forze armate non si applica, in ogni caso, la normativa generale a disciplina dei sindacati. Le associazioni militari attualmente presenti sul territorio non hanno un preciso ancoraggio normativo, ma sono state formate su iniziativa degli stessi militari e/o delle loro famiglie.

Va inoltre sottolineato che, da una panoramica delle associazioni presenti nel Regno Unito, si evince che queste possono svolgere molte delle funzioni

¹ A. BOGG – K.D. EWING, *Freedom of association*, in M.W. FINKIN – G. MUNDLAK, *Comparative Labor Law*, 2015, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK; in effetti, strumenti anche fondamentali del diritto sindacale, come lo sciopero, risultano attualmente in buona misura snaturati a seguito dei numerosi interventi legislativi volti alla loro regolamentazione e limitazione: si v., ad esempio, il comunicato stampa diffuso dall'Esecutivo britannico per annunciare l'entrata in vigore del *Trade Union Act 2017*, che enfatizza la necessità della "democraticità" della decisione di scioperare ed i benefici della nuova legislazione, che "ridurrà gli scioperi nei servizi pubblici importanti del 35%; impedirà la perdita di oltre 1,5 milioni di ore - lavorative all'anno a causa degli scioperi; e darà all'economia 10 milioni di sterline all'anno": <https://www.gov.uk/government/news/trade-union-act-measures-come-into-force-to-protect-people-from-undemocratic-industrial-action>.

tradizionalmente di competenza del sindacato, ad eccezione naturalmente dell'organizzazione di azioni industriali.

2. L'associazionismo nelle forze armate: cenni storici

Nella storia recente, il Regno Unito ha conosciuto diversi tentativi di sindacalizzazione da parte delle forze armate². Il primo, nel 1919, è sfociato nella formazione della *Soldiers', Sailors', and Airmen's Union*, a seguito delle pessime condizioni in cui versavano le truppe sul finire della I Guerra Mondiale; gli aderenti sono stati immediatamente congedati dal servizio ed una retata della sede del sindacato da parte dei servizi segreti ha portato allo screditamento e, poco dopo, allo scioglimento dell'organizzazione. Si sono avuti moti di protesta, di notevole rilievo, da parte delle forze armate anche verso la fine del secondo conflitto mondiale (si pensi all'ammutinamento dei piloti della *Royal Air Force* del 1946), privi però di una forma di associazione duratura. Infine, negli anni '70 del secolo scorso, la crescente sindacalizzazione in generale (movimento, questo, che aveva raggiunto l'apice negli anni successivi alla II Guerra Mondiale) si è estesa anche al settore delle forze armate; tuttavia, nel decennio successivo, il Governo Thatcher ha smorzato tali aspirazioni attraverso la concessione di importanti aumenti salariali ai militari (nonché alle forze di polizia). Risulta dunque che gli appelli alla creazione di organi di rappresentanza delle forze armate sono conseguiti ai momenti di massima diffusione di una scarsa fiducia nei confronti dei vertici³.

Sir William Bett, incaricato nel 1995 di redigere una relazione sulle strutture di carriera e remunerazione nelle forze armate, ha raccomandato la creazione di un organo di rappresentanza, avente una qualunque forma, soluzione, questa, appoggiata dal 66% del personale in servizio intervistato⁴.

² V. R. BARTLE, *The British armed forces*, in R. BARTLE – L. HEINECK (a cura di), *Military Unionism in the Post-Cold War Era*, Taylor & Francis, 2006, cap. 2.

³ Mancanza esacerbata anche dai drastici tagli al personale ed alle spese, che avrebbero colto alla sprovvista molti militari ed inciso, in maniera drammatica, sul morale delle truppe: BARTLE, cit.

⁴ M. BETT, *Independent Review of the Armed Forces' Manpower, Career, and Remuneration Structures*, Cmd 2800, 1995.

3. La normativa

3.1. La disciplina sui sindacati

Le limitazioni considerevoli alle libertà civili e politiche imposte nei confronti dei membri delle forze armate sono ampiamente constatate, non senza critiche; ad esempio, l'organizzazione senza scopo di lucro *ForcesWatch*, impegnata nell'assicurare l'osservanza di criteri etici nel settore militare, afferma che tali restrizioni sono più rigorose rispetto a quelle in vigore per le forze armate negli Stati Uniti ed in molti Stati membri dell'Unione europea, ricordando che anche il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha raccomandato di far sì che i membri delle forze armate godano della libertà di espressione e dell'associazione pacifica sancite dagli artt. 10 ed 11 CEDU⁵.

Infatti, la principale legge a disciplina della libertà sindacale, il *Trade Union & Labour Relations (Consolidation) Act 1992*, non si applica a determinate categorie di lavoratori, tra cui i membri delle forze armate. La legge, che ha la funzione essenziale di consolidare ed aggiornare la normativa britannica vigente sul tema (rimasta sostanzialmente la stessa dal 1906), definisce cosa sia un sindacato, tutela il diritto dei lavoratori alla sindacalizzazione, crea un quadro per la contrattazione collettiva e garantisce il diritto dei lavoratori all'azione sindacale (sciopero ed altre misure). L'espressa esclusione dei membri delle forze armate è stabilita alla *section 274*: "Forze armate. (1) La *Section 273* (applicazione della [presente] legge al personale della Corona) non si applica al servizio in qualità di membro delle forze navali, militari od aeronautiche della Corona. (2) Tuttavia, la stessa *section* si applica ai rapporti di lavoro da parte di un'associazione creata agli scopi della *Part IX* del *Reserve Forces Act 1996* (associazioni delle forze territoriali, ausiliari e di riserva), nella misura in cui si applica ai rapporti di lavoro costituiti agli scopi di un dipartimento governativo". Inoltre, la *section 275* della legge prevede l'esclusione di determinati gruppi di persone, od anche determinati individui, che lavorano per la Corona, allo scopo di salvaguardare la sicurezza nazionale: ciò significa che i contratti di lavoro dei membri delle agenzie per la sicurezza e l'*intelligence* possono legittimamente contenere una clausola che vieta l'adesione a sindacati.

⁵ HOUSE OF COMMONS DEFENCE COMMITTEE, *Recruiting and retaining Armed Forces personnel, Fourteenth Report of 2007-08*, HC 424, 2008, 192 ss.

Nel caso *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service*⁶, del 1983, il *Council of Civil Service Unions* aveva impugnato la decisione del Primo ministro di vietare l'iscrizione a sindacati dei funzionari impiegati presso il *Government Communication Headquarters* (di seguito, GCHQ, l'organo responsabile per la sicurezza delle comunicazioni militari ed ufficiali del Regno Unito). Il divieto era stato imposto a seguito di numerosi scioperi indetti presso la GCHQ, che avevano provocato notevoli disagi. L'Esecutivo argomentava che la decisione era immune dallo scrutinio in sede giudiziale, non solo perché era stata adottata in base alle prerogative regie il cui esercizio spetta all'Esecutivo, ma anche a causa della natura assai delicata del lavoro svolto dal GCHQ, di talché considerazioni relative alla sicurezza nazionale dovevano necessariamente prendere il sopravvento rispetto agli interessi sindacali dei lavoratori. Davanti alla *House of Lords*, all'epoca la massima giurisdizione del Regno Unito, l'argomentazione della sicurezza nazionale è stata decisiva: sebbene l'esercizio delle prerogative regie possa essere assoggettato al controllo giurisdizionale, vi sono delle eccezioni, tra cui quella della sicurezza nazionale, di talché “[I]e corti non sono il luogo in cui stabilire se un trattato debba essere concluso o se si debba disporre delle forze armate in una determinata maniera”. Il divieto di sindacalizzazione è dunque rimasto in vigore.

Da tempo, si sostiene la necessità di istituire tramite legge, anche per le forze armate, un organo rappresentativo sul modello di quello posto in essere per le forze di polizia già nel 1919 per mezzo del *Police Act 1919*, il quale ha istituito la *Police Federation of England and Wales*, organizzazione avente lo scopo di rappresentare gli interessi degli agenti di polizia riguardo soprattutto ai servizi sociali ed all'efficienza delle forze di polizia⁷. È necessario precisare che quest'organo non è un sindacato, bensì un'associazione professionale.

L'iscrizione alla *Federation* è aperta ai gradi di *constable*, *sergeant*, *inspector* e *chief inspector* (quindi, i massimi gradi; sono esclusi i *superintendent* e *chief superintendent*). L'associazione ha la missione di negoziare sui termini e sulle condizioni di lavoro degli agenti, rappresentare e fare pressioni relativamente a tematiche che influiscano sull'attività degli agenti ed anche sull'efficacia della polizia; dà, inoltre, pareri relativamente alle revisioni del regolamento applicabile agli agenti di polizia.

⁶ [1983] UKHL 9. Il *Council of Civil Service Unions*, sciolta nel 2010, era un'organizzazione per la contrattazione collettiva che riuniva i sindacati e le associazioni a tutela degli interessi dei funzionari civili.

⁷ HOUSE OF COMMONS DEFENCE COMMITTEE, cit., 194.

3.2. Disciplina della libertà sindacale dei militari

Le *Queen's Regulations*, aggiornate da ultimo nel 1975 (per quanto riguarda l'esercito), sono l'insieme di regolamenti ed ordinanze che forniscono direttive e linee guida per gli ufficiali delle forze armate britanniche su questioni di disciplina e condotta personale; sono vincolanti per ogni militare in servizio. Tale vincolatività è assicurata dalla necessità di garantire la sicurezza nazionale e la prontezza militare del paese.

Le *Regulations* disciplinano l'adesione del personale in servizio a sindacati, a determinate condizioni. Le previsioni rilevanti sono le seguenti:

“*Queen's Regulation J5.079B(f)*

Contenziosi sindacali. Il personale in servizio può iscriversi a sindacati ed associazioni professionali civili al fine di migliorare le proprie capacità e conoscenze professionali e per favorire il reinserimento nella vita civile. Il personale non parteciperà ad azioni sindacali, né a qualsiasi forma di attività politica organizzata dai sindacati o dalle associazioni professionali civili là dove si ritenga che sia in corso un contenzioso sindacale, al fine di salvaguardare la reputazione del Servizio [militare]; gli ufficiali di comando non dovrebbero autorizzare o dovrebbero ritirare l'autorizzazione concessa rispetto all'impiego presso l'organizzazione in questione concesso per l'orario non di servizio. Là dove vi fossero dubbi circa la sussistenza di un contenzioso sindacale, l'ufficiale di comando dovrebbe adire la propria catena di comando, con tutti i dettagli e le raccomandazioni [del caso]. [...]"

“*Queen's Regulation J5.588 – Sindacati*⁸

(a) Il personale di servizio regolare può iscriversi ai sindacati ed alle associazioni professionali civili al fine di migliorare le proprie capacità e conoscenze professionali e per favorire il reinserimento nella vita civile. Il personale non parteciperà ad azioni sindacali, né a qualsiasi forma di attività politica organizzata dai sindacati o dalle associazioni professionali civili.

(b) Non si porrà alcuna limitazione alla partecipazione alle riunioni dei sindacati e delle associazioni professionali civili, né ai corsi di formazione predisposti da queste organizzazioni là dove la partecipazione a tali riunioni o corsi sia intesa a migliorare le capacità e le conoscenze professionali. La

⁸ È riportato il testo delle *Queen's Regulations for the Army*; di analogo tenore alla norma di specie sono, rispettivamente, la *Regulation 910(7)(f)* e la *Regulation J1011* delle *Queen's Regulations for the Royal Navy*.

partecipazione a tali riunioni e corsi è soggetta alla condizione che non sia indossata la divisa, i doveri relativi al Servizio non siano ostacolati e non si intraprenda alcuna azione che possa danneggiare la reputazione del Servizio.

(c) Solo per l'Esercito. Queste regole non si applicano ai membri del *Royal Irish Regiment (Home Service Part Time)*. Tuttavia, essi non dovrebbero indossare l'uniforme o screditare il Servizio quando partecipano alle attività di un sindacato o di un'associazione professionale civile".

3.2.1. Le associazioni professionali militari

Nonostante il divieto di sindacalizzazione, gli appelli all'istituzione di un organo di rappresentanza sono sfociati nella costituzione di diverse associazioni, ad opera principalmente degli sforzi auto-organizzativi degli stessi membri delle forze dell'ordine. Ciò non solo perché, a livello giuridico, vi sarebbe un obbligo in tal senso a seguito dello *Human Rights Act 1998* e la direttiva Ue 94/45/CE, sui consigli di lavoro europei⁹, ma anche a causa delle evoluzioni professionali che il settore sta subendo¹⁰.

Si ha, quindi, la *Combined Armed Forces Federation (CAFF)*, istituita nel 2003 ed aperta a tutti i gradi dell'esercito, anche se di fatto gli *officers* (il grado più basso dopo gli *under officers*) possono iscriversi, ma non possono divenire membri dei suoi comitati esecutivi e di gestione.

Tra le principali per rilievo sociale e numero di affiliati¹¹, nel 2006, è stata istituita la *British Armed Forces Federation (BAFF)*, un'associazione professionale indipendente per il personale regolare e di riserva, nonché per i veterani, di ogni grado. La BAFF è del tutto indipendente dall'Esecutivo britannico (segnatamente, dal Ministero della difesa) nonché dalle catene di comando militari; la sua missione è quella di rappresentare i propri aderenti provenienti dalle forze navali, militari ed aeronautiche britanniche, compresi quelli i riservisti.

⁹ V., comunque, BOGG – EWING per un commento critico sul ruolo delle organizzazioni sovranazionali, ed in particolare dell'Ue: BOGG – EWING, cit., 299 ss.

¹⁰ BARTLE – HEINECKEN, 2006, i quali rilevano, ad esempio, la crescente e sempre più stretta collaborazione tra personale civile e militari, a tal punto da raggiungere una sorta di commistione, che rende difficile giustificare il trattamento differenziato in termini di libertà associativa.

¹¹ Si precisa, tuttavia, che non vi è un'unica organizzazione a detenere una netta maggioranza del personale delle forze armate: A. ALEXANDROU, in HOUSE OF COMMONS DEFENCE COMMITTEE, cit., 192 ss.

Giuridicamente, la BAFF è una società a responsabilità limitata senza scopo di lucro basata sulle quote di partecipazione degli aderenti. L'iscrizione è aperta a tutti coloro che prestano servizio in qualsiasi ramo delle forze militari del Regno Unito ed anche al personale in pensione. La BAFF non è, né aspira ad essere, un sindacato delle forze armate e non rappresenta persone che non siano ad essa iscritte.

Sul sito ufficiale, la BAFF sottolinea di aver sempre sostenuto la posizione secondo cui la natura di sindacato, inteso in senso tradizionale, non sarebbe stata quella opportuna per un organo di rappresentanza del personale delle forze armate militari britanniche. Ciò alla luce delle *Queen's Regulations* tuttora vigenti a disciplina dell'operato delle forze armate, secondo cui l'adesione a sindacati e ad associazioni professionali civili da parte dei membri delle forze armate è permessa al solo fine del potenziamento delle loro capacità e conoscenze professionali e dell'aiuto al loro reinserimento nella vita civile; ma anche alla luce della normativa a disciplina dei sindacati, che espressamente non si applica al personale militare di servizio, che non è classificato alla stregua di personale dipendente. La BAFF precisa espressamente che “la questione del sindacato militare non ha nulla a che fare con attività di fantasia quali ‘lo sciopero’ o ‘votare su decisioni da prendere sul campo di battaglia’”¹². Facendo proprio quanto ribadito dalle *European Organisation of Military Associations* (EUROMIL), che annovera tra i propri membri sia sindacati sia associazioni non formalmente definibili come tali, si precisa che “le associazioni militari, in tutto e per tutto, rispettano e si conformano alla catena di comando, e non giustificano né sostengono l'insubordinazione o l'ammutinamento. Le associazioni non intendono pronunciarsi su questioni strategiche od operative”. Così si esprime anche la Costituzione della BAFF, la quale prevede che “[l]’azione industriale, l'insubordinazione, la disubbidienza, ecc. sono specificamente vietate. La [BAFF] non giustifica, né incoraggia né partecipa a qualsiasi forma di azione industriale da parte dei suoi iscritti né [giustifica] l'insubordinazione da parte di qualunque suo iscritto nei confronti dei suoi superiori nella catena di comando, e non si commetterà, né si agevolerà la commissione da parte di qualsiasi persona di qualsiasi servizio, di un qualsiasi reato, tra cui l'ammutinamento, l'omessa soppressione dell'ammutinamento, la cattiva condotta nei confronti di un ufficiale superiore, la disubbidienza ad ordini legittimi o comportamenti pregiudiziali al

¹² Si v. il sito *Internet* dell'associazione, in particolare la pagina reperibile all'indirizzo seguente: <https://baff.org.uk/more-about-baff>.

buon ordine ed alla disciplina”¹³. La BAFF chiarisce che nessuna associazione rappresentativa militare europea, comprese quelle che sono effettivamente sindacati, è mai stata coinvolta in azioni industriali.

Nel Regno Unito è attiva anche la *United Kingdom Defence Association* (UKNDA), fondata nel 2007 da un gruppo di esponenti rinomati del mondo politico e vertici militari da poco pensionati. Missione della UKNDA è quella di agire in qualità di gruppo di pressione al fine di ottenere più risorse – di natura finanziaria e non –, sistemazioni migliori e cure sanitarie di qualità più elevata per il personale delle forze armate¹⁴.

Da questa breve panoramica si può dunque evincere la frammentarietà del panorama delle associazioni professionali militari britanniche, reso complesso anche da contrasti tra i diversi gruppi: si pensi ad esempio alla disputa tra CAFF e BAFF, con la prima che sostiene che la BAFF debba limitarsi a rappresentare gli ufficiali, mentre tutti gli altri gradi dovrebbero essere rappresentati dalla CAFF; o anche al fatto che la UKNDA è costituita da personaggi di elevato livello politico che dovrebbero dunque essere in una posizione migliore per ottenere finanziamenti e partecipare a processi decisionali, ma che, in assenza di sforzi di armonizzazione, rimane una “concorrente” delle altre associazioni. Un assetto scoordinato di questo genere potrebbe ben servire gli interessi del Ministero della difesa, che può così evitare di contribuire alla legittimazione di un organo di rappresentanza, conservando, di conseguenza, una posizione di potere rispetto alle iniziative autonome dei vari soggetti.

Si segnala inoltre che nella sessione parlamentare 2007-2008, il *Member of Parliament* Kevan Jones, del Partito laburista, aveva presentato un disegno di legge intitolato *Armed Forces (Federation) Bill*, volto ad istituire una federazione per la rappresentanza del personale militare; a fondamento della propria proposta, aveva adottato un decalogo redatto dalla BAFF¹⁵. Tuttavia, il disegno di legge non

¹³ BAFF, *British Armed Forces Federation Constitution*, par. 5(a) (<https://baff.org.uk/about-baff/baff-constitution>).

¹⁴ A queste associazioni vanno aggiunte tutte quelle che riuniscono il personale in base alla religione (l'*Armed Forces Christian Union* o l'*Armed Forces Muslim Association*), al grado (l'*Officers' Association*), all'ubicazione geografica (il *Commonwealth Soldiers Association*) ed allo stato di servizio (si pensi alle associazioni a tutela degli interessi dei veterani, quale la *Gulf Veterans' Association*, ma anche i soggetti che rappresentano le famiglie dei soldati, come ad esempio le *Service Families' Federations*). Queste, però, tendono ad essere organizzazioni non a scopo di lucro, che comunque forniscono importanti servizi di sostegno generale.

¹⁵ Il decalogo, noto come il *Ten-Point Plan*, consiglia l'istituzione di un'associazione alla stregua di quelle che da tempo ormai esistono in altri ordinamenti, che rispecchi però le tradizioni e l'etica delle forze armate britanniche, tenendo ferma la conformità alla normativa britannica ed

è stato sottoposto all'esame delle Camere. A riprova delle gravi problematiche poste dalla frammentazione del sistema rappresentativo, deve essere rilevato che la BAFF aveva (naturalmente) dato il proprio sostegno al disegno di legge, mentre la CAFF si era fortemente opposta, giungendo persino a contattare direttamente i deputati per chiedere loro di non appoggiare il *Bill*.

3.2.2. L'Armed Forces Pay Review Body

Per quanto riguarda le problematiche legate alla remunerazione dei militari, esiste l'*Armed Forces Pay Review Body* e, dal 2015, il *Service Complaints Ombudsman for the Armed Forces*. Quest'ultimo ha la funzione di fornire una supervisione indipendente ed imparziale del sistema di ricorsi predisposto internamente per i membri delle forze armate del Regno Unito, il *Service complaints system*. In particolare, svolge tre mansioni: (1) aiutare il personale in servizio ad accedere al sistema di ricorsi, ad essi aperto se hanno subito un torto in una questione relativa alla loro vita in servizio, sulla base del diritto applicabile al servizio; (2) indagare su questioni ad esso riferite (ad esempio, rivedere decisioni che rigettano un ricorso od un appello); e (3) monitorare e redigere relazioni annuali sul sistema di ricorsi interno.

Il Ministero della difesa ed i gradi militari più elevati ritengono che l'*Armed Forces Pay Review Body* rappresenta gli interessi e le opinioni del personale militare relativamente ai termini ed alle condizioni di lavoro. Tuttavia, il *Body* non è del tutto indipendente, essendo comunque obbligato a sottostare alle limitazioni ed alle condizioni di volta in volta imposte dall'Esecutivo britannico, soprattutto relativamente agli aspetti finanziari: se il *Body* deve formulare raccomandazioni avendo riguardo, per esempio, al bisogno di reclutare e conservare personale adeguatamente qualificato, tenendo conto delle circostanze peculiari della vita militare, esso deve anche considerare i fondi di cui dispone il Ministero della

internazionale applicabile. La missione dell'associazione dovrebbe essere quella di rappresentare, favorire e promuovere gli interessi professionali, personali ed altri dei membri della federazione, in tal modo contribuendo all'efficacia operativa ed alla continuata adesione del personale. L'associazione dovrebbe essere di natura democratica e rappresentativa e dovrebbe rispondere ai propri iscritti. Tra le funzioni dell'associazione dovrebbero figurare quelle di favorire: l'avanzamento professionale degli iscritti tramite iniziative di istruzione ed informazione; la comunicazione e la risposta a proposte o modifiche riguardanti le forze dell'ordine; la prestazione di servizi di *advocacy* e consulenza per tutelare e migliorare le condizioni di servizio, nonché per fornire il sostegno opportuno al personale citato in giudizio. L'associazione dovrebbe essere indipendente e non dovrebbe avere la forma del sindacato, né potrebbe organizzare forme di azione sindacale. Il *Plan* è consultabile per intero all'indirizzo Internet <https://baff.org.uk/baff-ten-point-plan-2006>.

difesa, così come stabiliti dall'Esecutivo, nonché gli obiettivi inflazionistici generali determinati da quest'ultimo. Inoltre, le informazioni raccolte dal *Body* in base alle quali redige le relazioni e le raccomandazioni non sarebbero sufficientemente rappresentative delle diverse tipologie di individui che appartengono alle forze armate. Tra i vantaggi della rappresentazione indipendente, ALEXANDROU rileva anche la capacità, per la catena di comando, di liberarsi di questioni fondamentalmente amministrative e dedicare le proprie risorse alle attività più propriamente militari¹⁶.

¹⁶ ALEXANDROU, in HOUSE OF COMMONS DEFENCE COMMITTEE, cit., 193 ss.

SPAGNA

a cura di Carmen Guerrero Picó

1. Introduzione

Il regime giuridico dei diritti politici dei militari spagnoli è contraddistinto dal suo carattere restrittivo¹. La Costituzione del 1978 ha introdotto esplicite limitazioni al loro diritto di elettorato passivo (art. 70, comma 1, par. e) ed al loro diritto di petizione (art. 29, comma 2, Cost.); nel resto dei casi, però, la decisione di privarli di certi diritti o di comprimere le facoltà collegate al loro esercizio è stata adottata dal legislatore in ossequio alla necessità di garantire l'imparzialità del militare. La giurisprudenza ordinaria e costituzionale accettano che i diritti fondamentali dei militari possano essere limitati in base a necessità collegate al rispetto della gerarchia, della disciplina, dell'unità e dell'efficacia, beni costituzionalmente protetti perché funzionali alla realizzazione delle missioni che l'art. 8 Cost. affida alle Forze armate, cioè la preservazione della sovranità e dell'indipendenza della Spagna e la difesa dell'integrità territoriale e dell'ordinamento costituzionale².

¹ Sull'esercizio dei diritti fondamentali da parte dei militari, v. I. FERNÁNDEZ GARCÍA, *El ejercicio de derechos fundamentales por los militares* (tesi di dottorato), 2014, https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/11522/rep_706.pdf;jsessionid=55E2E9902052FB537315925BDD517AB1?sequence=1 (ai presenti fini, v., in particolare, 246 ss.); D. REY MORAL, *Particularidades de los derechos fundamentales y libertades públicas de los militares desde la ley orgánica 9/2011*, in *Revista Española de Derecho Militar*, n. 105, gennaio-giugno 2016, 213, ss., https://publicaciones.defensa.gob.es/pprevistas/REVISTAS_PAPEL19131/pubData/mobile/index.htm#/212/.

² L'art. 8 Cost. così recita: “1. Le Forze armate, costituite dall'Esercito, dalla Marina e dall'Aeronautica, hanno come missione di garantire la sovranità e l'indipendenza della Spagna, difenderne l'integrità territoriale e l'ordinamento costituzionale. – 2. Una legge organica regolerà i fondamenti della organizzazione militare conformemente ai principi della presente Costituzione”. Oggi è in vigore la legge organica n. 5/2005, del 17 novembre, sulla difesa nazionale, reperibile *on line* alla pagina <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2005-18933>.

Per ulteriori approfondimenti sul modello costituzionale di Forze armate, v., per tutti, L. COTINO HUESO, *El modelo constitucional del Fuerzas Armadas* (tesi di dottorato), 1999, <https://dialnet.unirioja.es/download/tesis/1218.pdf> (lavoro pubblicato anche dal Centro de Estudios Constitucionales nel 2002); e J. LÓPEZ MEDEL, *El Ejército como institución. Análisis del artículo 8 de la Constitución Española*, in *Revista Española de Derecho Militar*, n. 99, gennaio-dicembre 2012, 373 ss., https://publicaciones.defensa.gob.es/media/downloadable/files/links/R/E/REVISTAS_PDF3383.pdf.

Negli ultimi anni, il legislatore ha provveduto al rinnovamento del quadro normativo delle Forze armate³ e, in questo contesto, ha approvato la legge organica n. 9/2011, del 27 luglio, sui diritti e doveri dei membri delle Forze armate⁴, che ha aggiornato in forma dettagliata la disciplina tenendo conto del processo di ammodernamento e professionalizzazione degli eserciti, della condizione dei militari di servitori pubblici⁵ sottoposti alla disciplina militare e della giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali. Come è noto, i tribunali spagnoli hanno l'obbligo – *ex art. 10, comma 2, Cost.* – di interpretare i diritti fondamentali prendendo in considerazione, tra le altre, l'interpretazione della CEDU operata dalla Corte di Strasburgo⁶, come ha fatto il Tribunale costituzionale quando nel 2001 ha riconosciuto il diritto dei militari a costituire associazioni professionali.

³ V., oltre all'anzidetta legge organica n. 5/2005, la legge n. 39/2007, del 19 novembre, sulla carriera militare, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-19880>; il regio decreto n. 96/2009, del 6 febbraio, recante le *Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas*, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2009-2074>; la legge organica n. 8/2014, del 4 dicembre, sul regime disciplinare delle Forze armate, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2014-12652>; e la legge organica n. 14/2015, del 14 ottobre, recante il Codice penale militare, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11070>.

⁴ Il testo consolidato della legge è reperibile *on line* alla pagina <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-12961>.

⁵ Per ulteriori approfondimenti su questo particolare v. I. FERNÁNDEZ GARCÍA, *La sujeción especial del militar tras la nueva Ley Orgánica de Derechos y Deberes*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 102, settembre-dicembre 2014, 127 ss., <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=1332&IDA=37190>, e *La debatida especialidad de la administración militar*, in *Revista Española de Derecho Militar*, n. 106, luglio-dicembre 2016, 67 ss., <https://publicaciones.defensa.gob.es/media/downloadable/files/links/r/e/redem106.pdf>.

⁶ I profili che hanno presentato maggiori problemi di compatibilità con la CEDU sono collegati al regime disciplinare dei militari (si ricordi che la Spagna aveva opposto riserva agli artt. 5 e 6 nella misura in cui fossero incompatibili con il regime disciplinare delle Forze armate) ed alla giurisdizione militare. V. a questo proposito, S. RIPOLL CORULLA, *La justicia militar española ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, in *Revista Española de Derecho Militar*, n. 89, gennaio-giugno 2007, 15 ss., https://publicaciones.defensa.gob.es/media/downloadable/files/links/R/E/REVISTAS_PDF1085.pdf; e M. E. RUIZ HERNÁNDEZ, *La impugnación de sentencias ante el tribunal ad quem. La segunda instancia en el Derecho penal militar*, in *Revista Española de Derecho Militar*, n. 102, luglio-dicembre 2014, 17 ss., https://publicaciones.defensa.gob.es/media/downloadable/files/links/r/e/redem_102.pdf.

2. Sul (mancato) riconoscimento della libertà sindacale e sull'appartenenza a partiti politici dei militari

2.1. La scelta del legislatore

A differenza di quanto accade per giudici, magistrati e pubblici ministeri, che, per volere del costituente, non possono appartenere a partiti politici e sindacati quando siano in servizio (art. 127, comma 1, Cost.), la Costituzione non ha previsto un siffatto divieto per i militari.

Per quanto riguarda specificamente la partecipazione a partiti politici, al silenzio del costituente⁷ si somma quello della legge organica n. 6/2002, del 27 luglio, sui partiti politici, ma la legge organica n. 9/2011 la esclude (v. *infra*, in riferimento all'art. 7). Nel caso della libertà sindacale, il costituente, pur non prevedendo restrizioni, ha permesso esplicitamente che il legislatore potesse introdurle. Infatti, il primo paragrafo dell'art. 28, comma 1, Cost., stabilisce che “tutti hanno diritto di associarsi liberamente in sindacati. La legge potrà limitare o stabilire eccezioni all'esercizio di questo diritto per le Forze o Corpi armati sottoposti a disciplina militare e regolerà le peculiarità di questo esercizio per i funzionari pubblici”.

Lo Stato spagnolo ha formulato una riserva all'art. 11 CEDU nella misura in cui questo possa essere compatibile con gli anzidetti artt. 28 e 127 Cost.⁸.

⁷ Secondo PASCUA MATEO, dai lavori della Costituente non è possibile desumere la volontà di vietare per i militari l'appartenenza a partiti politici. Nel *voto particular* n. 56 (emendamento n. 322) del senatore Sánchez Agesta all'attuale art. 8, comma 2, Cost. – iniziativa che non è stata accolta – si abilitava il legislatore a disciplinare i diritti ed i doveri specifici dei membri delle Forze armate nel quadro dei principi della Costituzione (“*Las leyes regularán las bases de la organización militar y los derechos y deberes específicos de sus miembros dentro de los principios de la presente Constitución*”). L'autore aveva giustificato l'emendamento dichiarando che, se non fosse stato accettato, le limitazioni che l'ordinamento conteneva su diritti che non erano stati esplicitamente enunciati nella Costituzione (tra cui l'adesione ai partiti politici) avrebbero potuto essere denunciate per la loro illegittimità costituzionale. Cfr. F. PASCUA MATEO, *Reflexiones en torno al derecho de asociación de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil*, in *Revista de Administración Pública*, n. 160, gennaio-aprile 2003, 361 ss., <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/637454.pdf>.

⁸ Cfr. *Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente*, in *Boletín Oficial del Estado*, n. 243, del 10 ottobre 1979, 23564 ss., https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1979-24010.

Il legislatore, sulla base di criteri di opportunità politica, ha optato per escludere i militari dall'ambito soggettivo del diritto nell'art. 1, comma 3, della legge organica n. 11/1985, del 2 agosto, sulla libertà sindacale⁹, negando loro, quindi, la possibilità di utilizzare gli strumenti dell'azione sindacale.

Il Tribunale costituzionale, in un *obiter dictum* della STC 101/1991, del 13 maggio, che giudicava un ricorso in via principale presentato dal Difensore civico nei confronti della terza disposizione aggiuntiva della legge organica n. 11/1985, ha dichiarato che la neutralità politica dei militari è un'esigenza che si confà alle missioni costituzionali attribuite dall'art. 8 Cost. alle Forze armate¹⁰.

2.2. Il dovere di neutralità politica e sindacale

L'art. 7 della legge organica n. 9/2011 pone il principio di “neutralità politica e sindacale”¹¹. La disposizione così recita:

La nota sentenza della Corte di Strasburgo del 21 aprile 2015, che ha giudicato il caso *Junta Rectora Del Ertzainen Nazional Elkartasuna (ER.N.E.) c. Spagna*, non riguardava i militari, ma i membri delle forze di sicurezza, sottoposti ad un'apposita disciplina ed a cui il legislatore ha riconosciuto il diritto di costituire o aderire ai sindacati, ma non il diritto di sciopero. Nelle sue memorie, il rappresentante del Governo spagnolo riteneva che non fosse necessario approfondire la portata della riserva posta all'art. 11 CEDU, perché il comma 2 della norma e la giurisprudenza EDU concedono allo Stato un margine di apprezzamento sufficientemente ampio in ossequio alla particolare natura dell'attività degli agenti. Difatti, la Corte EDU, all'unanimità, ha negato che nel caso di specie vi fosse alcuna violazione dell'art. 11 CEDU. Il testo della sentenza è reperibile *on line* alla pagina <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22tabview%22:%5B%22document%22%5D%2C%22itemid%22:%5B%22001-153921%22%5D%7D>.

⁹ Il testo della legge è reperibile *on line* alla pagina <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-16660>.

¹⁰ V., in particolare, il FJ 4. Il testo della decisione è reperibile *on line* alla pagina <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/1740>. Più di recente, il Tribunale costituzionale ha confermato la legittimità dell'esigenza di neutralità come limite specifico ai diritti dei militari – in quel caso alla libertà di espressione – nella STC 38/2017, del 24 aprile, FJ 3. La decisione ha accolto il ricorso di *amparo* del rappresentante di un'associazione professionale militare illegittimamente sanzionato per un suo commento riguardante l'attività associativa. Cfr. http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/25310#complete_resolucion&completa.

¹¹ Cfr. I. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *Los derechos políticos de los miembros de las Fuerzas Armadas a la luz del principio de neutralidad política*, in *Estudios de Deusto*, vol. 62, n. 2 (2014), <http://revista-estudios.revistas.deusto.es/rt/printerFriendly/254/405>, e *La neutralidad política del militar español desde una perspectiva constitucional*, in *Revista Española de Derecho Militar*, n. 104, luglio-dicembre 2015, 17 ss., https://publicaciones.defensa.gob.es/media/downloadable/files/links/r/e/redem_104_1.pdf.

“1. Il militare è soggetto al dovere di neutralità politica. Non può costituire né iscriversi a partiti politici e manterrà una rigorosa neutralità pubblica riguardo all’attività dei partiti politici.

“2. Il militare non può esercitare la libertà sindacale e, di conseguenza, non potrà fondare né iscriversi ai sindacati né svolgere attività sindacali. Del pari, il loro esercizio non è permesso nell’ambito delle Forze armate, fatte salve le eccezioni riguardanti il personale civile previste nella legge organica n. 11/1985, del 2 agosto, sulla libertà sindacale e nelle restanti norme applicabili. In ogni caso, [il militare] manterrà la sua neutralità in relazione all’attività dei sindacati.

“I membri delle Forze armate non possono fare ricorso agli strumenti propri dell’azione sindacale, intesa questa come contrattazione collettiva, adozione di misure di conflitto collettivo ed esercizio del diritto di sciopero. Parimenti, non possono realizzare azioni sostitutive di o simili a questo diritto, né altre concordate al fine di alterare il normale funzionamento delle unità delle Forze armate”.

I doveri ed i divieti collegati al principio di neutralità permeano l’intero articolato della legge organica n. 9/2011 e, in particolare, le norme sui diritti di riunione, manifestazione ed associazione. Le infrazioni alle anzidette norme sono sanzionate negli artt. 6, commi 27 e 31; 7, commi 7, 32, 32 *bis*, 33, 34 e 35, nonché nell’art. 8, comma 13, della legge organica n. 8/2014, del 4 dicembre, sul regime disciplinare delle Forze armate.

3. Il diritto di associazione

3.1. Il riconoscimento delle associazioni cc.dd. rivendicative dei militari ad opera della STC 219/2001

L’art. 22 Cost. dispone quanto segue: “1. Si riconosce il diritto di associazione. – 2. Le associazioni che perseguono finalità o utilizzino modalità qualificate come reato sono illegali. – 3. Le associazioni costituite nel rispetto di questo articolo dovranno essere registrate soltanto agli effetti della pubblicità¹². – 4. Le

¹² L’iscrizione, quindi, non è costitutiva. La STC 291/1993, del 18 ottobre, ha accolto il ricorso di *amparo* presentato dopo la mancata iscrizione dell’associazione *Unión Democrática de Guardias Civiles* per silenzio diniego. Il Tribunale costituzionale ha dichiarato che l’autorità incaricata del registro delle associazioni non può respingere l’iscrizione – e, quindi, limitare un diritto fondamentale – senza una decisione esplicita e motivata (FJ 2). Il testo della decisione è reperibile *on line* alla pagina http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/2420#complete_resolucion&completa.

associazioni potranno essere sciolte o sospese dalla loro attività in virtù di un procedimento giudiziario motivato. – 5. Sono proibite le associazioni segrete e quelle di carattere paramilitare”.

La Costituzione non ha previsto specificità o limitazioni per i militari e la disciplina sul diritto di associazione¹³ rinvia alle norme applicabili in ambito militare¹⁴, che inizialmente escludevano che i membri delle Forze armate potessero costituire associazioni cc.dd. rivendicative.

Il Tribunale costituzionale è stato chiamato a pronunciarsi sulla possibilità che i militari potessero costituire associazioni a difesa dei loro interessi professionali quando era in vigore la legge n. 85/1978, del 28 dicembre, recante le *Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas*¹⁵.

L’art. 181 delle *Reales Ordenanzas* stabiliva che: “I membri delle Forze armate, sui cui interessi vigila lo Stato, non potranno partecipare a sindacati ed associazioni con finalità rivendicativa. Parimenti, non potranno condizionare, in alcun caso, l’adempimento dei loro compiti ad una migliore soddisfazione dei loro interessi personali o professionali né fare ricorso ad alcuna modalità diretta od indiretta di sciopero.

“I militari potranno appartenere ad altre associazioni legalmente autorizzate di carattere religioso, culturale, sportivo o sociale”.

La *Hermandad de Personal de las Fuerzas Armadas en Situación de Reserva Transitoria* era un’associazione di militari in situazione di riserva transitoria iscritta nel Registro delle associazioni nel 1988. Tra le finalità dell’associazione rientrava la realizzazione delle gestioni necessarie affinché i membri potessero ottenere i maggiori benefici possibili sul piano economico e sul piano morale o sociale (art. 3, lettera c, degli statuti). In seguito all’uniformazione delle categorie di riservisti avvenuta per via legislativa, l’associazione aveva deciso di cambiare

¹³ In precedenza, la legge n. 191/1964, del 24 dicembre, sulle associazioni e, poi, la legge organica n. 1/2002, del 22 marzo, recante la disciplina del diritto di associazione, ancora in vigore e reperibile *on line* alla pagina <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-5852>. Dopo il 2011, l’art. 3 della legge organica n. 1/2002 dispone che alle organizzazioni professionali dei militari si applicano specificamente le norme della legge organica n. 9/2011.

¹⁴ Sui precedenti dell’associazionismo militare in Spagna, v. J. C. DE LA CERRA JUAN, *El asociacionismo militar desde el siglo XVIII hasta la transición española*, in *Revista Española de Derecho Militar*, n. 106, luglio-dicembre 2016, 231 ss., <https://publicaciones.defensa.gob.es/media/downloadable/files/links/r/e/redem106.pdf>. Sulla disciplina in vigore prima della novella del 2011, v., per tutti, F. PASCUA MATEO, *Reflexiones en torno al derecho de asociación de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil*, cit., 361 ss.

¹⁵ Il testo della legge – oggi abrogata – è reperibile *on line* alla pagina <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1979-868>.

di denominazione, passando a chiamarsi *Hermandad de Personal Militar en Situación Ajena al Servicio Activo*, e di ampliare l'ambito soggettivo a coloro che, in precedenza, erano chiamati riservisti attivi. Le finalità dell'associazione erano restate invariate, ma l'autorità amministrativa si era rifiutata di iscrivere la riforma degli statuti, ritenendo che l'*Hermandad* sarebbe diventata un'associazione con fini rivendicativi, vietata quindi dalle *Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas*.

I tribunali ordinari avevano confermato la decisione amministrativa. A loro avviso, un'attività era rivendicativa qualora fosse diretta alla difesa ed al perseguimento di interessi ed obiettivi economici o sociali di segno professionale, ed il divieto di associazioni rivendicative era volto ad evitare la creazione di enti associativi sindacalizzati o parasindacali avvalendosi da sotterfugi formalistici, come sarebbe avvenuto nel caso di specie.

La STC 219/2001¹⁶, del 31 ottobre, ha accolto il ricorso di *amparo* presentato dall'associazione¹⁷. Il *plenum* ha ritenuto che il rifiuto dell'iscrizione della novella statutaria non rispettasse le garanzie costituzionali previste per poter limitare il diritto fondamentale di associazione, ovvero che la limitazione fosse introdotta con legge organica, che rispettasse le esigenze di certezza e prevedibilità (come richiesto dalla Corte EDU nella sentenza del 20 maggio 1999, *Rekvenyi c. Ungheria*), che la restrizione fosse proporzionale e rispettosa del contenuto essenziale del diritto fondamentale (FJ 7).

Per il Tribunale costituzionale, il diritto di associazione di cui all'art. 22 Cost. si riferisce ad un *genus* – l'associazione – nel quale rientrano diverse *species*, tra le quali alcune forme associative cui viene riconosciuta una speciale rilevanza costituzionale, come i partiti politici, i sindacati e le associazioni di imprenditori (artt. 6 e 7 Cost.). Tuttavia, la comune appartenenza a questo ampio *genus* non permette di affermare che un'associazione, per il mero fatto di perseguire la soddisfazione di interessi economici, sociali o professionali dei suoi associati,

¹⁶ Il testo della decisione è reperibile *on line* alla pagina <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/4515>. La sentenza recava l'opinione concorrente del giudice costituzionale Julio Diego González Campos, secondo cui il *plenum* avrebbe dovuto porsi una questione interna di legittimità sull'art. 181 delle *Reales Ordenanzas*. Per un commento alla decisione, v., per tutti, J. J. HERBÓN COSTAS, *Sobre el derecho de asociación profesional del militar: ¿hacia una libertad sindical?*, in *Revista Española de Derecho Militar*, n. 97, gennaio-giugno 2011, 19 ss., https://publicaciones.defensa.gob.es/media/downloadable/files/links/R/E/REVISTAS_PDF1092.pdf.

¹⁷ La ricorrente denunciava la violazione dell'art. 22 Cost. e del principio di eguaglianza di cui all'art. 14 Cost., perché ad altre associazioni di militari meno "litigiose" e con finalità pressoché identiche non si era negata l'iscrizione. Una volta accertata la violazione dell'art. 22 Cost., il *plenum* del Tribunale costituzionale non si è pronunciato sulla violazione dell'art. 14 Cost.

diventi un sindacato o possa essere ad esso equiparato agli effetti dell'art. 28, comma 1, Cost. Questo presupporrebbe, in primo luogo, una restrizione indebita del diritto di associazione, per l'applicazione di un criterio contrario al principio di interpretazione della legalità nel senso più favorevole all'effettività dei diritti fondamentali, sancito dalla giurisprudenza costituzionale. In secondo luogo, presupporrebbe anche un'estensione indebita del concetto di sindacato, ignorando i tratti che storicamente e giuridicamente lo contraddistinguono: l'essenziale collegamento dell'azione sindacale con il diritto di sciopero (art. 28, comma 2, Cost.), la contrattazione collettiva e l'adozione di misure di conflitto collettivo (art. 37, commi 1 e 2, Cost.). Il riconoscimento di questi mezzi di azione ai sindacati è sufficiente per intendere che l'art. 28, comma 1, Cost. abbia permesso alla legge di eccettuare dall'esercizio della libertà sindacale i membri di istituzioni sottoposte alla disciplina militare (FJ 10).

Nel caso di specie, l'*Hermandad* si era costituita come associazione e, come tale, si era iscritta nell'apposito registro; le finalità enunziate nell'art. 3 dei suoi statuti consentivano di ritenerla un'associazione rivendicativa, ma non facevano sì che la si potesse considerare una associazione sindacale o parasindacale. L'*Hermandad*, come i sindacati di cui all'art. 7 Cost., perseguiva la soddisfazione di interessi economici e sociali, ma questa affinità non la rendeva un sindacato né portava a confonderla con questo: dalle finalità statutarie non si desumeva che l'associazione si costituisse in un contropotere di fronte all'Amministrazione militare né che intendesse – superando lo stretto ambito soggettivo dei suoi soci – difendere o promuovere gli interessi propri dei militari.

Alla luce di queste considerazioni, si è addivenuti alla declaratoria di illegittimità del rifiuto dell'iscrizione (FFJJ 11-12).

3.2. L'incorporazione della dottrina costituzionale nell'attuale disciplina legale

Accogliendo la giurisprudenza costituzionale sopra ricordata, il legislatore ha ammesso la creazione di associazioni professionali, sottoponendo queste ultime ad una dettagliata disciplina, onde evitare la creazione di associazioni parasindacali.

L'art. 14 della legge organica n. 9/2011 così dispone:

“1. I militari hanno il diritto di creare associazioni e di associarsi liberamente per il raggiungimento di finalità legittime, in conformità con quanto disposto dalla legge organica n. 1/2002, del 22 marzo, che disciplina il diritto di associazione.

“2. Quando l’esercizio di questo diritto abbia come finalità la difesa dei propri interessi professionali e dei diritti sanciti in questa legge organica, dovrà rispettare le disposizioni del titolo III [*Del ejercicio del derecho de asociación profesional*], capo I [*De las asociaciones profesionales de miembros de las Fuerzas Armadas*].

“3. Le associazioni di membri delle Forze armate non potranno svolgere attività politiche o sindacali, né vincolarsi a partiti politici o sindacati”.

Le associazioni volte alla promozione ed alla difesa degli interessi professionali, economici e sociali degli associati (art. 33 della legge organica n. 9/2011) devono essere di ambito nazionale¹⁸ e non devono avere scopo di lucro¹⁹. Possono realizzare attività sociali che favoriscano l’esercizio della professione, la deontologia militare e la diffusione di una cultura di sicurezza e difesa, ma non possono interferire nelle decisioni politiche in materia di sicurezza e difesa, nell’ideazione e nello sviluppo di operazioni militari e nell’impiego della forza (artt. 33, comma 2, e 41).

Le associazioni professionali sono tenute a rispettare il principio di neutralità e non possono includere nella denominazione o nei loro statuti riferimenti politici o ideologici, così come non sono ammessi loro legami con organizzazioni politiche o sindacali; non possono porre in essere, insieme con queste, attività o interventi pubblici né partecipare nelle loro riunioni o manifestazioni (art. 33, comma 3). Inoltre, si esclude che, nel loro ambito di attività, possano chiamare all’esercizio del diritto di sciopero, alla contrattazione collettiva ed all’adozione di misure di conflitto collettivo, nonché realizzare azioni che eccedano l’esercizio dei diritti dei membri delle Forze armate ed in particolare la libertà di espressione ed informazione ed il diritto di riunione e manifestazione (art. 42, comma 1). Non possono realizzare attività paramilitari né esercizi di formazione ed istruzione di questa natura (art. 42, comma 2).

La legge prevede che possano iscriversi a queste associazioni i militari, purché non siano stati sospesi, ed i membri delle Forze armate in pensione (a condizione che lo prevedevano gli statuti e nel rispetto delle limitazioni stabilite nella legge), ma non gli allievi delle accademie militari (art. 34).

¹⁸ Le associazioni professionali di militari possono raggrupparsi tra di loro e formar parte di organizzazioni internazionali similari (art. 34, comma 3).

¹⁹ I mezzi di finanziamento delle associazioni professionali sono le quote dei soci e le risorse previste dagli statuti; possono ricevere sovvenzioni pubbliche, ma vi è il divieto di ricevere donazioni private (art. 35).

Le associazioni professionali si devono iscrivere in un apposito registro, il *Registro de Asociaciones Profesionales de miembros de las Fuerzas Armadas*²⁰, presso il Ministero della difesa. La richiesta di iscrizione e gli statuti²¹ devono rispettare quanto previsto dalla legge organica n. 9/2011 e dalla legge organica sul diritto di associazione.

Passati tre mesi dalla richiesta senza alcun pronunciamento da parte dell'amministrazione si applica la regola del silenzio assenso. L'iscrizione può essere rifiutata per il mancato adempimento dei requisiti legali, ma prima si deve concedere un termine di venti giorni perché si possano sanare i vizi individuati (passato questo termine senza correzioni, l'iscrizione si riterrà rifiutata). Il rifiuto dell'iscrizione può avvenire solo con decisione motivata del Ministro della difesa (art. 36).

Le associazioni più rappresentative, che raggiungono una percentuale di iscritti stabilita dall'art. 48, comma 2, possono essere rappresentate nel neoistituito Consiglio del personale delle Forze armate (art. 46), organismo di raccordo tra il Ministero della difesa e le associazioni professionali dei militari, ed hanno il diritto di intervenire nei progetti normativi riguardanti lo *status* giuridico ed economico del personale delle Forze armate (art. 40, comma 2).

Tutte le associazioni professionali hanno il diritto di formulare proposte, redigere informative e presentare suggerimenti collegati alle loro finalità, prestare assistenza ai soci e rappresentarli dinanzi agli organi amministrativi competenti, nonché ricevere informazioni dal Ministero della difesa sul regime del personale, sulla protezione sociale e su altri temi che favoriscano il perseguimento dei loro fini statuari (art. 40, comma 1).

²⁰ V. l'Orden DEF/3217/2011, del 18 novembre, che regola il *Registro de Asociaciones Profesionales de miembros de las Fuerzas Armadas*, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-18528>. La pagina web del registro è <http://www.defensa.gob.es/rapfas/>.

²¹ Gli statuti dell'associazione devono contenere: la denominazione, il domicilio e l'ambito nazionale dell'attività, le finalità e le attività dell'associazione, descritti in maniera precisa, i requisiti dei membri (gruppo o insieme di militari che possono iscriversi, modalità di ammissione e separazione, sanzioni, conseguenze del mancato pagamento delle quote), diritti e doveri dei membri, criteri che garantiscano il funzionamento democratico dell'associazione con pieno rispetto del pluralismo, organi di governo e rappresentanza (composizione, procedimento di elezione, durata delle cariche, cause di cessazione, forma di deliberazione, adozione ed esecuzione degli accordi, numero di associati per convocare sedute o proporre l'ordine del giorno), regime di amministrazione e contabilità, patrimonio iniziale e risorse economiche di cui sia possibile fare uso, cause di scioglimento e destinazione del patrimonio, se del caso (art. 37, comma 1). Si applica in via suppletiva la legge organica sulle associazioni (art. 37, comma 2).

La legge prevede che negli stabilimenti militari siano predisposti spazi e procedimenti idonei alla diffusione degli annunci, delle comunicazioni o delle pubblicazioni delle associazioni professionali e che il Ministero della difesa debba agevolare la loro diffusione attraverso le comunicazioni elettroniche (art. 44).

Per le riunioni dell'associazione, che devono avvenire al di fuori dell'orario di lavoro, non si possono utilizzare locali che appartengano o che siano stati ceduti a organizzazioni politiche o sindacati (art. 44, comma 4), ma si può richiedere l'utilizzo di locali delle Forze armate, comunicandolo con un anticipo di almeno quarantadue ore (art. 45).

4. I diritti di riunione e di manifestazione

4.1. I limiti posti dal legislatore all'esercizio dei diritti

L'art. 21 Cost. così recita: “1. Si riconosce il diritto di riunione pacifica e senza armi. L'esercizio di questo diritto non necessiterà di previa autorizzazione. – 2. Nei casi di riunione in luogo pubblico e di manifestazioni dovrà essere data comunicazione preventiva all'autorità, che potrà proibirla soltanto quando sussistano ragioni fondate di turbativa dell'ordine pubblico, con pericolo per persone o cose”.

Per quanto riguarda le specificità dell'esercizio del diritto di riunione da parte dei militari, l'art. 13 della legge organica n. 9/2011 dispone quanto segue:

“1. Il militare può esercitare il diritto di riunione, in conformità con le disposizioni della legge organica n. 9/1983, del 15 luglio, che disciplina il diritto di riunione²², ma non può organizzare né partecipare *attivamente*²³ a riunioni o manifestazioni di natura politica o sindacale.

“Indossando la divisa o facendo uso della sua condizione di militare, non può organizzare, partecipare o assistere in luoghi di transito pubblico a manifestazioni o riunioni di natura politica, sindacale o rivendicativo.

²² Il testo è reperibile *on line* alla pagina <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1983-19946>.

²³ Il corsivo è aggiunto. FERNÁNDEZ GARCÍA evidenzia le difficoltà dovute all'introduzione di questo aggettivo durante l'*iter* parlamentare alla Camera (nel testo iniziale si parlava di mera partecipazione). Ragionando *a contrario*, sembra che rientri nel legittimo esercizio dell'art. 21 Cost. la mera presenza o partecipazione non attiva ad una riunione o manifestazione di natura politica o sindacale, purché non si indossi la divisa o non si ostenti la condizione di militare, ma resta il problema di distinguere tra partecipazione attiva e partecipazione che attiva non è. Cfr. *El ejercicio de derechos fundamentales por los militares*, cit., 323-324.

“2. Gli incontri che si tengono nelle unità devono essere preventivamente ed espressamente autorizzati²⁴ dal loro capo, che può impedirli motivatamente, ponderando la salvaguardia della disciplina e le necessità del servizio”.

In ossequio alla sua condizione di istituzione armata di natura militare, l'applicazione dell'art. 13, comma 1, è stata estesa ai membri della *Guardia Civil* con l'approvazione della legge organica n. 11/2011²⁵.

4.2. La sentenza del 24 marzo 2017 del Tribunale supremo

A proposito del diritto di manifestare riveste particolare interesse la sentenza n. 512/2017²⁶, del 24 marzo, resa dalla *sala* contenzioso-amministrativa del Tribunale supremo. Con tale decisione si è giudicato un ricorso nell'interesse della legge con cui l'Avvocatura dello Stato richiedeva che il Tribunale supremo stabilisse che, agli effetti dell'art. 13, comma 1, della legge organica n. 9/2011, fossero considerate “manifestazioni o riunioni in luoghi di transito pubblico di carattere rivendicatorio quelle che [avessero] ad oggetto rivendicazioni professionali”²⁷.

La controversia trae origine da una sentenza resa il 6 novembre 2015 dal Tribunale superiore di giustizia di Madrid, che aveva accolto il ricorso di un'associazione di *guardias civiles* cui l'autorità amministrativa aveva impedito di manifestare, ritenendo la manifestazione uno strumento di conflitto collettivo di

²⁴ L'autorizzazione richiesta all'art. 13, comma 2, non lo è per l'esercizio del diritto fondamentale né potrebbe esserlo, considerata la lettera dell'art. 21 Cost., che non richiede autorizzazione alcuna, ma la semplice comunicazione all'autorità amministrativa. L'autorizzazione si esige perché, dato il luogo in cui si svolgerà la riunione, si richiede l'utilizzo a fini privati di un bene del demanio pubblico. Cfr. I. FERNÁNDEZ GARCÍA, *El ejercicio de derechos fundamentales por los militares*, cit., 321. Sarebbe più preciso l'art. 8, comma 2, della legge organica n. 11/2007, del 22 ottobre, regolatrice dei diritti e dei doveri dei membri della *Guardia Civil*. La norma prevede che, nel caso in cui le riunioni si vogliano celebrare in sedi ufficiali, queste saranno comunicate al capo dell'unità o servizio corrispondente, che potrà decidere di non autorizzarle per cause collegate al funzionamento del servizio.

²⁵ Il testo della legge organica n. 11/2011, del 1° agosto, *para la aplicación a la Guardia Civil del artículo 13.1 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas* è reperibile *on line* alla pagina <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-13238>.

²⁶ Il testo della decisione è reperibile *on line* alla pagina <https://www.augc.org/media/download/5169>. Per un commento, v. E. ROJO TORDECILLA, *Reconocimiento del derecho de reunión y manifestación de los miembros de la Guardia Civil. Notas a la sentencia del TS (C-A) de 24 de marzo de 2017*, 31/03/2017, <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/03/reconocimiento-del-derecho-de-reunion-y.html>.

²⁷ V. il terzo *antecedente de hecho*.

natura sindacale e politica nei confronti dell'Amministrazione generale dello Stato-datore di lavoro, contrario quindi al dovere di neutralità.

Ad avviso del Tribunale superiore di giustizia di Madrid, la tesi dell'amministrazione secondo cui il divieto di cui all'art. 13, comma 1, si estendeva fino a vietare le rivendicazioni di carattere professionale non poteva accogliersi per due motivi:

“In primo luogo, perché, in ossequio alla lettera della norma, l'estensione [del divieto] opera solo quando l'esercizio [dei] diritti [interessati] avviene «indossando la divisa o facendo uso della sua condizione militare», circostanze che non [erano] state provate nel caso di specie. Del pari, non si può identificare l'«uso della condizione di militare» con il mero fatto che gli organizzatori siano *guardias civiles* o la convocazione sia diretta a questo collettivo, perché per questa via si vieterebbe ogni esercizio del diritto di manifestazione ai membri di questo Corpo, il che sarebbe contrario al nucleo essenziale del diritto [...], svuotando il primo comma della norma.

“In secondo luogo, e fondamentalmente, poiché il termine «rivendicativo» non può comprendere qualsivoglia rivendicazione, giacché questo escluderebbe qualsiasi pretesa di natura professionale, sociale o economica [...], [che invece sono] protette perché formano parte del contenuto minimo del diritto di associazione. In caso contrario, il diritto di riunione e di manifestazione (*ex art. 21 Cost.*) dei membri della *Guardia Civil* [...] si svuoterebbe. O, per dirla con altre parole, in ogni esercizio del diritto di riunione e di manifestazione, che – non si dimentichi – è a sua volta una manifestazione del diritto alla libertà di espressione, c'è inevitabilmente una componente di rivendicazione, ma per rispettare il contenuto minimo del diritto fondamentale che viene esercitato (specialmente nel caso di suo esercizio da parte di un'associazione professionale) si deve distinguere tra la rivendicazione puramente professionale, sociale o economica e quella prettamente sindacale o politica, altrimenti ogni riunione professionale risulterebbe di per sé esclusa dall'esercizio del diritto e, quindi, sarebbe lasciato vuoto di ogni contenuto il diritto”.

Con la sentenza del 24 marzo 2017, il Tribunale supremo ha respinto il ricorso nell'interesse della legge. Questo specialissimo rimedio processuale richiede che si impugni una decisione definitiva da cui deriva un grave danno contro l'interesse generale difeso dall'Amministrazione, che deve essere identificato in maniera concreta e precisa dal ricorrente, il che non era integrato nella specie, perché era stato provato che, dopo l'entrata in vigore della legge organica n. 11/2011, lo stesso organo amministrativo, in almeno due occasioni, aveva autorizzato

manifestazioni della stessa associazione convocate in condizioni e con finalità sostanzialmente coincidenti con quelle del caso di specie²⁸.

²⁸ V. il sesto *fundamento de derecho*.