

Juzgado de lo Social de Toledo, n. 1, 27 novembre 2014, n. 00667/2014 – Giudice Pilar Elena Sevilleja Luengo

Contratto di sostegno agli imprenditori – Carta Sociale Europea – Contrasto con legge nazionale – Prevalenza del Trattato internazionale ratificato – Disapplicazione norma interna – Illegittimità del licenziamento.

La giudice di Toledo ritiene illegittimo il licenziamento di una commessa, assunta mediante contratto di sostegno all'imprenditoria in quanto contrario all'art. 4.4 della Carta Sociale Europea.

Juzgado de lo Social de Mataró, n. 1, 29 aprile 2014, n. 492/2013 – Giudice Clarisa González Fernández

Contratto di sostegno agli imprenditori – Periodo di prova di un anno – Licenziamento per mancato superamento della prova – Carta Sociale Europea – Contrasto con legge nazionale – Prevalenza del Trattato internazionale ratificato – Disapplicazione norma interna – Illegittimità del licenziamento.

Il Tribunale di Mataró ritiene illegittimo il licenziamento di un lavoratore non qualificato per il quale la legge del 2012, che istituisce il contratto a tempo indeterminato di sostegno agli imprenditori, prevede un anno di prova. La giudice disapplica la norma nazionale e applica l'art. 4.4 della Carta Sociale Europea gerarchicamente superiore e vincolante per la giudice.

Juzgado de lo Social de Barcelona, n. 2, 19 novembre 2013, n. 412/13 – Giudice Maria Luisa Sanz Anchuela

Contratto di sostegno agli imprenditori – Periodo di prova di un anno – Licenziamento per mancato superamento della prova – Carta Sociale Europea – Contrasto con legge nazionale – Prevalenza del Trattato internazionale ratificato – Disapplicazione norma interna – Illegittimità del licenziamento.

Il Tribunale di Barcellona ritiene il contratto a tempo indeterminato di sostegno agli imprenditori, che consente un periodo di prova di un anno, in contrasto con la Carta Sociale Europea di 1961. La Carta Sociale è gerarchicamente superiore a quella nazionale, in particolare l'art. 4.4 che riconosce il diritto dei lavoratori a un ragionevole periodo di preavviso in caso di cessazione del rapporto di lavoro. La norma nazionale non tutela il lavoratore contro questo rischio, perciò la giudice ritiene illegittimo il recesso per mancato superamento del periodo di prova.

★ ★ ★

Maria Dolores Santos Fernández

**Applicazione della Carta Sociale Europea in Spagna:
eccessi non permessi dalle magistrature del lavoro**

Sommario: 1. L'eccessivo periodo di prova del contratto de *apoyo a los emprendedores*. 2. Il periodo di prova di un anno viola la Carta Sociale Europea. 3. L'incompetenza dell'Unione Europea.

1. *L'eccessivo periodo di prova del contratto de apoyo a los emprendedores*

La sentenza di primo grado pronunciata dal *Juzgado de lo Social* di Toledo 27 novembre 2014 ha dichiarato illegittimo un licenziamento per mancato superamento del periodo di prova, disapplicando la norma nazionale in quanto incompatibile con l'art. 4.4 della Carta Sociale Europea (CSE)

del 1961, ratificata dalla Spagna nel 1980, che riconosce il diritto di tutti i lavoratori ad un ragionevole periodo di preavviso in caso di cessazione del rapporto di lavoro. Si tratta della più recente tra le pronunce di alcune magistrature del lavoro spagnole¹ che cercano di bloccare uno degli aspetti maggiormente criticati della riforma del diritto del lavoro del 2012 del *Partido Popular*². La sentenza di Toledo risolve positivamente la questione promossa dall'ufficio vertenze del sindacato *Comisiones Obreras*, che aveva sollevato davanti al tribunale l'illegittimità del licenziamento di una commessa, assunta mediante il contratto *indefinito de apoyo a los emprendedores* ("contratto di sostegno all'imprenditoria"), di cui all'art. 4.3, l. 6 luglio 2012, n. 3; l'unica peculiarità della fattispecie introdotta dalla riforma rispetto al contratto *standard* risiede nell'abnorme ampliamento del periodo di prova, fino a un anno per le imprese che occupano meno di cinquanta dipendenti, in deroga all'art. 14 dello *Estatuto de los Trabajadores*³. Solo queste imprese, che però costituiscono ben il 99,23% delle aziende spagnole come spudoratamente segnalato dallo stesso *Preámbulo* della legge 3/12, possono stipulare contratti *de apoyo a los emprendedores* e quindi godere di tale agevolazione nell'assunzione dei lavoratori⁴. Sebbene si tratti di una logica – quella della modulazione della durata della prova in rapporto all'organico aziendale – già contenuta nell'*Estatuto*, la deroga operata dalla riforma del 2012 apre una crepa talmente profonda da poter far franare definitivamente il paradigma classico del contratto *standard*.

L'innalzamento generale della prova fino a un anno, infatti, va ben oltre il senso e la ragionevolezza della modulazione delle regole e rappresenta un eccesso normativo, come i fatti delle sentenze in commento mettono in luce. La lavoratrice licenziata a Toledo per mancato superamento dell'anno di prova lavorava come commessa in un supermercato della città, attività per la quale la verifica delle qualità e capacità della lavoratrice ben

¹ Durante la correzione delle bozze una magistrata del Juzgado de lo Social n. 2 de Toledo ha emesso una sentenza, datata 9 aprile 2015, che mantiene lo stesso orientamento della sentenza in commento.

² Per una sintesi critica degli aspetti più rilevanti di tale riforma, v. SANTOS FERNÁNDEZ, *La riforma del diritto del lavoro in Spagna*, in *RGL*, 2012, I, p. 615.

³ L'art. 14 dello *Estatuto* prevede, in mancanza di contratto collettivo, un periodo di prova che può arrivare fino a sei mesi per i tecnici qualificati e fino a due o tre mesi per gli altri lavoratori, a seconda delle dimensioni dell'impresa (più o meno di 25 dipendenti).

⁴ V. ancora il *Preámbulo* della legge 3/12.

si poteva esaurire nei due/tre mesi che l'*Estatuto* prevede per chi non è tecnico qualificato, o addirittura in trenta giorni, come previsto dal contratto collettivo applicabile⁵.

La *ratio* dell'istituto della prova viene completamente stravolta dalla nuova disciplina, non essendo più la natura e/o complessità dell'attività a giustificare la lunghezza del periodo di verifica, bensì la dimensione dell'organico dell'impresa e la modalità contrattuale che lega le due parti del rapporto, determinando anche un duplice *status* giuridico, che però sembra nel tempo destinato a scomparire a favore del generalizzato ampliamento progressivo del periodo di prova di un anno a tutti i lavoratori.

La riforma non ha trovato un argine sistemico nell'ordinamento interno, in quanto la Corte Costituzionale spagnola ha ritenuto legittima tale modalità contrattuale utilizzando l'argomento, di scarsa consistenza giuridica, secondo cui essa contribuirebbe a creare occupazione stabile⁶. Tale orientamento della Corte è stato confermato qualche mese dopo in una nuova sentenza nella quale essa aggiunge la considerazione per cui la fattispecie determinerebbe un sacrificio, per le garanzie del lavoratore, proporzionato rispetto ai benefici individuali e collettivi che essa può comportare⁷. Quest'ultima sentenza, peraltro, è stata strategicamente pubblicata subito dopo il parere del Comitato europeo dei diritti sociali⁸ per distogliere l'attenzione degli addetti ai lavori da un documento nel quale la Spagna viene considerata inadempiente (per il triennio 2010-2013) rispetto a molteplici norme contenute nella CSE, in particolar modo per il lungo periodo di prova del citato contratto che vulnererebbe le garanzie sul recesso contenute nell'art. 4.4 della Carta stessa.

⁵ Art. 11 del Contratto collettivo provinciale del settore alimentare del 21 febbraio 2013 (BOP 21 febbraio 2013), che contiene comunque una deroga per i contratti *de apoyo a los emprendedores* ai quali si applica la nuova disciplina.

⁶ C. Cost. 16 luglio 2014 n. 119 (BOE 15 agosto 2014), che ha respinto il ricorso presentato dal Parlamento di Navarra contro la legge 3/12.

⁷ C. Cost. 22 gennaio 2015 n. 8 (BOE 24 febbraio 2015), che ha respinto il ricorso presentato dal PSOE e *Izquierda Plural* contro la legge 3/12.

⁸ Conclusions XX-3 (2014) di gennaio 2015, in www.coe.int/t/dghl/monitoring/social-charter/Conclusions/State/SpainXX3_en.pdf.

2. *Il periodo di prova di un anno viola la Carta Sociale Europea*

Il caso proposto alla giudice di Toledo si inquadra in un conflitto fra legge nazionale, rafforzata dalla sua conformità alla Costituzione spagnola secondo il giudice delle leggi, e la norma internazionale ratificata, e quindi a tutti gli effetti parificata a quella nazionale, che invece ostacolerebbe tale normativa a parere del Comitato europeo dei diritti sociali. La giudice spagnola prova a mettere ordine in questo conflitto, facendo riferimento alla Costituzione. Infatti, il principio di gerarchia normativa contenuto negli artt. 10.2 e 96 della norma fondamentale determina che la CSE, trattato internazionale vincolante, abbia un rango normativo superiore alla legge nazionale e, su questa premessa di metodo, mette a confronto l'art. 4.3 della legge del 2012 con la Carta Sociale e l'interpretazione da essa fatta dal Comitato. Tale scelta metodologica trova conferma sia nella recente legge 27 novembre 2014 n. 25 sui Trattati e altri Accordi internazionali, il cui art. 31 prevede che le norme giuridiche contenute nei Trattati internazionali, validamente stipulati e pubblicati ufficialmente, prevalgono su qualsiasi norma dell'ordinamento interno in caso di conflitto tra di loro, fatta eccezione per le norme di rango costituzionale, sia nella dottrina dei *Tribunales Superiores de Justicia* (secondo grado di giudizio) e della Corte Costituzionale spagnola⁹; in particolare, secondo questi ultimi, le Decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali costituiscono giurisprudenza applicabile dai giudici nazionali, legittimati pertanto a disapplicare la norma interna, che cede il passo di fronte ad una di rango superiore, in questo caso l'art. 4.4 della CSE, con il risultato finale di dover preferire la norma dell'*Estatuto de los Trabajadores*, che rinvia al contratto collettivo applicabile.

La magistrata indaga le potenzialità della CSE in un momento di attacco progressivo alla tutela dei diritti sociali da parte delle istituzioni nazionali¹⁰, confrontando la norma nazionale – che prevede un periodo di prova di un anno – con i contenuti della CSE relativi al diritto di tutti i lavoratori a un ragionevole periodo di preavviso nel caso di cessazione del lavoro (art. 4.4), non potendo fare riferimento al più pertinente diritto

⁹ Si veda, per tutte, C. Cost. 8 aprile 1981 n. 11 (BOE 25/04/1981) sul diritto di sciopero.

¹⁰ In questo senso anche FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *La Carta Sociale Europea quale strumento di tutela dei diritti sociali in ambito nazionale*, in RGL, 2014, II, pp. 543-544.

ad una tutela in caso di licenziamento (art. 24), in quanto la Spagna non rientra tra i paesi firmatari della versione della CSE riveduta nel 1996, che introduce tale ultima norma. La giudice fonda la propria decisione su tutele, come il periodo di preavviso, che verrebbero meno durante il lungo periodo di prova e potrebbero svuotare nella sostanza i diritti a tutela dei lavoratori, traendo espressamente ispirazione da un caso simile greco¹¹; in esso una norma aveva determinato l'innalzamento generalizzato da 2 a 12 mesi del periodo di prova ed era stata considerata contraria all'art 4.4 della CSE dal Comitato europeo dei diritti sociali, con la Decisione del 23 maggio 2012, perché non consentiva di osservare le garanzie su notificazione e indennizzo previste in caso di cessazione del rapporto.

Tale percorso argomentativo era stato già seguito da altre due sentenze emesse da due diverse magistrature catalane. La prima è la sentenza del *Juzgado de lo Social* di Barcellona del 19 novembre 2013, in cui la giudice ritiene illegittimo il recesso per mancato superamento del periodo di prova di un lavoratore, assunto con il citato contratto creato dalla riforma del 2012 e adibito alle mansioni di spostare i pneumatici da un posto ad un altro per il loro riciclaggio. Per queste mansioni il contratto collettivo applicabile prevedeva un periodo di sole due settimane di prova¹². La seconda è la sentenza del *Juzgado de lo Social* di Mataró del 29 aprile 2014, che affronta un caso di un lavoratore non qualificato per il quale la legge avrebbe previsto al massimo tre mesi di prova ma, essendo stato assunto con contratto *de apoyo a los emprendedores*, esso viene allungato fino a un anno e, qualche giorno prima della scadenza del termine, riceve una lettera di licenziamento per mancato superamento del periodo di prova.

Ciò che accomuna i tre casi è che riguardano mansioni piuttosto elementari, che non richiedono un periodo di un anno per la verifica del loro corretto apprendimento ma pochi mesi o addirittura qualche settimana, come previsto dalla contrattazione collettiva, e le tre magistrature del lavoro hanno provato a riavvicinare le norme ai fatti e a dare senso all'istituto del patto di prova, riconducendo la situazione normativa entro margini di ragionevolezza.

A differenza di quella di Toledo, le due sentenze di merito catalane sono anteriori rispetto alle pronunce della Corte Costituzionale sopra ci-

¹¹ Nemmeno la Grecia ha ratificato la revisione del 1996.

¹² Art. 10 del Contratto Collettivo nazionale di recupero di residui e materie prime secondarie, del 9 ottobre 2013 (BOE 25 ottobre 2013).

tate, che hanno avallato l'intera riforma del diritto del lavoro spagnolo del 2012. Forse nella speranza di ispirare una risposta diversa da parte della Corte Costituzionale, o comunque a fronte dell'assenza di pronunce di tale rango, entrambe si erano sentite legittimate nel loro percorso argomentativo a riportare dei ragionamenti giuridici di più ampio respiro rispetto alla più stringata sentenza di Toledo. La sentenza di Barcellona, in particolare, riproducendo parte della citata Decisione del Comitato europeo dei Diritti Sociali del 23 maggio 2012 sull'ordinamento greco, ricorda in alcuni suoi passaggi che la durata del periodo di prova deve essere conseguenza delle condizioni richieste dal tipo di lavoro svolto e deve comunque trattarsi di un termine accettabile. In ogni caso, il periodo di prova, che permette all'imprenditore di verificare le qualifiche dei lavoratori e se questi possiedono i requisiti richiesti dalle mansioni attribuite, non può subire un'estensione tale da determinare che le garanzie relative alla notifica e all'indennizzo in caso di recesso diventino inefficaci.

La sentenza di Mataró¹³ aggiunge a tali argomentazioni anche dei riferimenti alla normativa dell'Unione Europea partendo dalla considerazione che un periodo di prova di un anno potrebbe essere interpretato come la creazione surrettizia di un nuovo contratto a termine acasuale¹⁴; esso sarebbe contrario non solo all'equilibrio esistente a livello europeo tra contratti a tempo determinato e indeterminato ma potrebbe anche portare ad un abuso delle assunzioni a termine, vietato appunto dalla Direttiva 99/70, nella misura in cui tale disposizione normativa supporrebbe una violazione del principio di stabilità nell'impiego – o comunque di tutela di fronte all'instabilità – che ispira la Direttiva, come interpretata dalla Corte di Giustizia¹⁵. Infine, la sentenza di Mataró ricorda che la

¹³ La sentenza è stata recentemente revocata dalla sentenza di appello del *Tribunal Superior de Justicia* de Cataluña, del 2 dicembre 2014, che accoglie la tesi della Corte Costituzionale senza tener presente l'art. 4 della CSE e, in particolare, la necessità di un ragionevole periodo di preavviso.

¹⁴ La sentenza 9 aprile 2015 del *Juzgado de lo Social* di Toledo considera espressamente che un anno di prova equivale alla conclusione di un contratto a tempo determinato acasuale. Questa è la prima sentenza di merito dopo la pronuncia della Corte Costituzionale del gennaio scorso. Come tra l'altro già anticipato da PÉREZ REY, *El contrato de apoyo a los emprendedores: una nueva vuelta de tuerca a la precariedad como fórmula de fomento del empleo*, in *RDSoc*, 2012, n. 57, pp. 52 ss.

¹⁵ Tra le prime: C. Giust. 4 luglio 2006, *Adelener*, causa C-212/04; C. Giust. 7 settembre 2006, *Marrosu e Sardino*, causa C-53/04; C. Giust. sentenza 7 settembre 2006, *Vassallo*, causa C-

norma nazionale disapplicata – l'art. 4.3 della legge 3/2012 – violerebbe il divieto di discriminazione tra lavoratori assunti con contratto *de apoyo a los emprendedores* e tutti gli altri, richiamando a tale proposito gli artt. 20 (principio di eguaglianza), 21 (divieto di discriminazione) e 30 (tutela contro il licenziamento ingiustificato) della Carta di Nizza.

3. *L'incompetenza dell'Unione Europea*

Il richiamo alle norme dell'ordinamento dell'UE non è stato, però, accolto dalla Corte di Giustizia che, con la sentenza 5 febbraio 2015, causa Nisttahuz Poclava (C-117/14), ha risposto alla questione pregiudiziale sollevata dal *Juzgado de lo Social* di Madrid sulla compatibilità, appunto, del periodo di prova di un anno previsto da questa fattispecie contrattuale sia con l'art. 30 della Carta di Nizza sia con gli obiettivi e la disciplina della Direttiva 99/70. La Corte ricorda che l'ambito di applicazione della Carta di Nizza è limitato all'azione degli Stati quando applichino il Diritto dell'Unione e in esso non rientra né l'utilizzo del *contrato de apoyo a los emprendedores* – contratto a tempo indeterminato e perciò escluso dalla Direttiva 99/70 – né il periodo di prova e, pertanto, non può pronunciarsi al riguardo. In questo modo, la Corte continua ad applicare in campo sociale il criterio del collegamento tra diritto nazionale e diritto dell'UE in maniera rigida e formalistica, ovvero solamente quando esista una norma di recepimento di una direttiva¹⁶. Per tale motivo l'art. 30 della Carta di Nizza citato dal giudice spagnolo non può essere utilizzato dalla Corte, proprio a causa dell'assenza di direttive in materia di licenziamento individuale e, infatti, la Corte non l'ha mai usato¹⁷.

L'argomentazione, anche se rigida e formalistica, sarebbe risultata più convincente se solo un anno prima, rispetto a una controversia invece chiaramente rientrante nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione secondo i parametri sopra accennati¹⁸, la Corte non avesse ritenuto l'art. 27

180/04, con la mia nota: *Riflessioni comparate sulla recente giurisprudenza della CGCE in materia di successione di contratti a termine*, in *questa rivista*, 2006, pp. 689 ss.

¹⁶ ORLANDINI, *I diritti fondamentali dei lavoratori nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa*, 17 luglio 2014, pp. 5-6.

¹⁷ ORLANDINI, *op. ult. cit.*, p. 5.

¹⁸ Il caso riguardava la possibilità di disapplicare una norma francese che esclude i lavora-

della Carta – informazione e consultazione – di per sé insufficiente a conferire un diritto invocabile “in una controversia tra privati al fine di disapplicare, se del caso, la norma nazionale non conforme alla citata direttiva”¹⁹.

La ragione sembrerebbe essere che mentre il principio di non discriminazione per età costituirebbe principio generale dell’ordinamento europeo, pertanto, di per sé sufficiente a conferire ai singoli un diritto invocabile in quanto tale²⁰ ed applicabile a controversie fra privati (insorte dinanzi a giudici nazionali), l’art. 27 della Carta, invece, non potrebbe essere invocato in una controversia fra privati.

Tornando al caso del contratto di sostegno all’imprenditoria spagnolo, la Corte sostiene che nemmeno l’art. 151 del TFUE, che fissa gli obiettivi dell’Unione e degli Stati membri in materia di politica sociale, impone alcun obbligo particolare riguardo ai periodi di prova nei contratti di lavoro. A tale proposito, la Corte ricorda che anche nell’esame del «contratto di nuovo impiego» francese²¹ si era espressa nello stesso modo; essa, infatti, aveva ritenuto che, sebbene la tutela dei lavoratori in caso di risoluzione del contratto di lavoro fosse uno dei mezzi per raggiungere gli obiettivi fissati dall’articolo 151 TFUE e il legislatore dell’Unione sia competente in tale settore, in base all’articolo 153. 2 TFUE, le situazioni che non sono state oggetto di misure adottate sul fondamento di tali articoli non rientrano nell’ambito di applicazione del diritto dell’Unione²². La Corte, utilizzando argomentazioni formalistiche, si dichiara nuovamente incompetente e sceglie di non fare ricorso agli strumenti giuridici a propria disposizione per farvi rientrare una materia che, invece, ben potrebbe collegarsi al più generale equilibrio che la direttiva del ’99 intende stabilire fra temporaneità e

tori con un contratto speciale di inserimento dalla base di calcolo per costituire rappresentanze sindacali titolari dei diritti di informazione e consultazione previsti dalla direttiva 2002/14, in applicazione dell’art. 27 della Carta di Nizza. C. Giust. 15 gennaio 2014, *AMS*, causa C-176/12.

¹⁹ C. Giust. 15 gennaio 2014, *AMS*, causa C-176/12, par. 48-49. Con nota di DORSSEMONT, *The right to information and consultation in article 27 of the charter of fundamental rights of the European Union*, in *Current Issue MJ*, 2014-4, p. 704 ss.

²⁰ V. ad es. C. Giust. 19 gennaio 2010, *Kücükdeveci*, causa C-555/07.

²¹ Modalità contrattuale introdotta in Francia nel 2005 che prevedeva un periodo di “consolidamento” di due anni durante il quale il lavoratore minore di 26 anni poteva essere licenziato senza necessità di giustificazione e che fu dichiarata dalla Corte di Cassazione francese (sentenza 1° luglio 2008 n. 1210) in contrasto con la normativa internazionale, in concreto con la Convenzione OIL n. 158, del 22 giugno 1982, sulla tutela contro il licenziamento ingiustificato.

²² Ordinanza della Corte 16 gennaio 2008 - *Polier/Najar*, causa C-361/07.

stabilità sul lavoro oppure – come espressamente richiesto dal giudice nazionale – alla tutela contro il licenziamento ingiustificato (art. 30 della Carta), che resta priva di impatto normativo diretto nonostante le sue notevoli potenzialità²³.

La Corte di Giustizia mantiene la stessa posizione astensionista anche rispetto alla possibilità di utilizzo della Carta Sociale Europea in quanto ritiene sinteticamente che, alla luce dell'art. 267 TFUE, si tratta di norme internazionali che vincolano gli Stati membri ma che rimangono escluse dalla sfera dell'UE. Così, mentre la Corte di giustizia sceglie di tirarsi fuori dal dibattito, il Comitato europeo dei diritti sociali analizza, invece, con attenzione la normativa nazionale riguardante il periodo di prova di un anno, a conferma dell'esistenza di due differenti livelli europei di tutela, in alcuni casi "addirittura" opposti²⁴. Le sentenze spagnole che disapplicano il diritto nazionale e applicano la Carta Sociale europea riaprono un dibattito già molto acceso in Spagna²⁵ dove sempre più spesso il livello di tutela dei diritti sociali non raggiunge neanche i minimi garantiti dal diritto internazionale.

Key words

Periodo di prova, Politiche occupazionali, Tribunali nazionali, Carta Sociale Europea, Carta di Nizza, Corte di Giustizia Europea.

Trial period, Employment policies, National Courts, European Social Charter, Nice Charter, European Court of Justice.

²³ Come ricorda ORLANDINI, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione Europea*, in *DLRI*, 2012, pp. 642-643.

²⁴ FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 545.

²⁵ Come dimostrano anche gli studi recenti al rispetto, tra i quali: ALFONSO MELLADO (et alt.), *La Jurisprudencia del Comité europeo de derechos sociales frente a la crisis económica*, Bomarzo, Albacete, 2014; SALCEDO BELTRÁN, *Negociación colectiva, conflicto social y Carta social europea*, Bomarzo, Albacete, 2014; TEXEIRA ALVÉS, *El cumplimiento de la Carta Social europea en materia de salarios. Un estudio comparado de los ordenamientos laborales portugués, español e italiano*, Atelier, Barcelona, 2014.