

il Giurista del Lavoro

Mensile di approfondimento giuridico, fiscale, previdenziale e assicurativo in materia di lavoro

Giugno
2010

Sommario

Approfondimenti	
Gli usi aziendali (Parte prima) di Pietro Scudeller	2
Il codice disciplinare di Marco Gualtierotti	10
La procedura informativa sindacale nel trasferimento d'azienda di Luigi Pelliccia	16
Ricorsi amministrativi ex artt. 16 e 17, D.Lgs. n.124/2004 di Antonio Saccone	23
L'imponibilità dell'indennità di trasferimento del dipendente di Sergio Mogorovich	28
Clausole e accordi	
Il patto di non concorrenza nell'ambito del lavoro subordinato di Evangelista Basile	31
Osservatorio Giurisprudenziale a cura di Romina Dalzini	38
Ultime dalla Cassazione a cura di Romina Dalzini	42

Supplemento Monografico

Commento al Testo Unico sulla sicurezza del lavoro 5a parte di Daniele Iarussi

Gli usi aziendali

Parte prima

PIETRO SCUDELLER

Gli usi aziendali costituiscono tema di diritto del lavoro assai controverso, poichè non può ancora dirsi, nonostante le prime elaborazioni risalenti almeno ai primi anni 80, del tutto pacifica ed acquisita la loro definizione giuridica e la teorica ricostruzione della loro natura e dei loro effetti, nonostante la notevole rilevanza pratica e la amplissima casistica giurisprudenziale che li riguarda.

Basti pensare, per comprenderne l'importanza, che è per effetto di usi aziendali che sono sorti istituti come la tredicesima mensilità e l'indennità di anzianità, poi divenuta trattamento di fine rapporto.

Ma si pensi anche all'importanza per i datori di lavoro di sapere, ogniquale volta essi danno corso ripetutamente all'attribuzione di certi benefici ai lavoratori, se tali attribuzioni ripetute diventino vincolanti ed in tal caso a quali condizioni, ovvero se resti in loro facoltà cessarle liberamente ed a propria discrezione.

Le domande che ci si deve porre al riguardo sono dunque molte e assai rilevanti sul piano pratico: quando si forma un uso aziendale? Quali caratteristiche esso deve avere? Soprattutto, quando esso diventa vincolante per il futuro? È richiesto un certo *animus* del datore di lavoro o no? L'errore del datore di lavoro esclude o no la vincolatività dell'uso? L'uso aziendale vincola anche i dipendenti assunti dopo il suo formarsi? È possibile dismettere o modificare un uso aziendale con un contratto collettivo successivo (nazionale, provin-

ziale o aziendale)? Oppure con un uso successivo contrario? Le modifiche successive sono possibili solo *in melius* o anche *in peius*?, ecc.

Si tenterà quindi nel presente lavoro di ripercorrere le principali questioni interpretative sorte al riguardo, riassumendo le varie posizioni ed orientamenti sviluppatasi in dottrina ed in giurisprudenza, per offrire al lettore un quadro riassuntivo dello... stato dell'arte sull'argomento.

1. Le norme del codice civile rilevanti in argomento

Per introdurre il tema sembra utile partire dall'esame delle norme, tutte presenti nel codice civile, che vengono in rilievo al riguardo, al fine di una prima illustrazione introduttiva e di una miglior comprensione delle tesi dottrinali e giurisprudenziali.

Nel diritto civile, infatti, si sogliono distinguere varie categorie di usi - normativi, negoziali o contrattuali, interpretativi, individuali e generali - e già in tale materia si rilevano vari contrasti interpretativi su tali categorie e sulle norme che le regolano; con la conseguenza che poi anche gli usi aziendali finiscono per risentire di tali contrasti interpretativi, trovando difficoltà ad essere inquadrati in una categoria piuttosto che nell'altra.

Tali classificazioni sono peraltro rilevanti anche sul piano pratico, poichè ad ognuna di esse corrisponde una disciplina diversa.

Pare quindi opportuno partire dalla decina di articoli che regolano gli usi in generale, esaminando

le varie categorie e ricostruzioni civilistiche, per passare solo poi ad una trattazione e ad un inquadramento degli usi aziendali.

1.1 Gli usi normativi negli artt. 1 e 8 preleggi, 2078 e 1374 c.c.

L'art. 1 delle disposizioni sulla legge in generale, le c.d. preleggi al codice civile, innanzitutto, come noto, pone il fondamentale principio della gerarchia delle fonti nel nostro ordinamento, citando proprio gli usi, in generale, all'ultimo posto della scala gerarchica, dopo le leggi, i regolamenti e le norme corporative.

Negli articoli seguenti delle citate preleggi si regolano poi i rapporti tra queste fonti del diritto e, per quel che qui più interessa, è l'art. 8 ad occuparsi degli usi.

In esso si ritrovano le due regole per cui *nelle materie regolate da leggi e regolamenti gli usi hanno efficacia solo se da essi richiamati* (1° comma) e *le norme corporative prevalgono sugli usi, anche se richiamati da leggi o regolamenti, salvo che in esse sia diversamente disposto* (2° comma).

Quando si nominano, in questi due articoli, gli usi, si fa riferimento agli usi normativi, fonti appunto di diritto, altresì detti consuetudini.

Perché un uso possa diventare normativo, cioè consuetudine, è noto che ricorrono due elementi fondamentali: l'elemento materiale o oggettivo della ripetizione generale, uniforme, costante, frequente e pubblica di un certo comportamento e l'elemento spirituale o soggettivo di una consapevolezza della giuridica necessità o doverosità della condotta (c.d. *opinio iuris ac necessitatis*).

Vedremo in seguito come questo secondo elemento soggettivo, sicuramente necessario nell'uso normativo, sia invece nell'uso aziendale tutt'altro che pacifico, talora non richiedendosi, talaltra sì, e peraltro, laddove richiesto, rimanendone incerti i contenuti, le caratteristiche.

Se quella dell'art. 8 è dunque la regolamentazione dell'efficacia degli usi normativi in generale,

nell'ambito del diritto del lavoro esiste un'altra norma speciale (*lex specialis derogat generali*), che è contenuta nell'art. 2078 c.c.

Tale articolo, contenuto nel capo III (Del contratto collettivo di lavoro e delle norme equiparate) del titolo I (Della disciplina delle attività professionali) del libro V (Del lavoro), contiene tre norme, la prima: *gli usi si applicano in mancanza di leggi e di contratto collettivo*; la seconda: *tuttavia gli usi più favorevoli prevalgono sulle norme dispositive di legge*; la terza: *gli usi non prevalgono sui contratti individuali di lavoro*.

Da un raffronto tra le due norme (o meglio tra i due gruppi di norme) dell'art. 8 preleggi e dell'art. 2078 c.c., si ricava la disciplina degli usi (normativi) in ambito lavoristico e ne emergono le peculiarità: innanzitutto essi sono efficaci, sia in generale che nel diritto del lavoro, solo se leggi e regolamenti non dispongono (*consuetudo praeter legem*) oppure, ove dispongano, laddove richiamati (*consuetudo secundum legem*). Tuttavia se l'uso è più favorevole al lavoratore rispetto alle leggi, esso, in ambito lavoristico, prevale anche su queste ultime (*consuetudo contra legem*). Infine gli usi non prevalgono mai sui contratti individuali di lavoro.

Dunque, riassumendo: in generale le consuetudini valgono se *praeter legem* o *secundum legem*, mai *contra legem*.

Nel diritto del lavoro esse invece valgono se *praeter legem* o *secundum legem* (come avviene, ad esempio, nei casi di cui agli artt. 2109, comma 2, 2110, commi 1 e 2, 2118, comma 1, 2130, 2240, 2243, c.c.), ma anche se *contra legem*¹ se più favorevoli al prestatore di lavoro.

Un altro articolo del codice civile che si riferisce, per unanime interpretazione, agli usi normativi è l'art. 1374 c.c.

Si suol affermare che esso preveda un meccanismo legale di integrazione degli effetti del contratto: *il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma*

(1) La legge derogata, precisa la norma, deve essere dispositiva e quindi non imperativa: tuttavia nella pratica le norme imperative nel diritto del lavoro sono tali per la tutela che accordano alla parte più debole (più che per esigenze di tutela dell'ordine pubblico o del buon costume); quindi una eventuale deroga ad esse che sia ancor più favorevole al lavoratore o è difficile da immaginare o comunque difficilmente potrebbe porsi un suo problema di invalidità.

anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge o, in mancanza, secondo gli usi o l'equità.

Il senso della disposizione è chiaro: si faccia un esempio traibile sempre dal mondo del lavoro. Se per legge, o anche solo per consuetudine, il datore di lavoro deve sopportare l'onere di redigere la busta paga del dipendente, tale onere diventa, ancorché non previsto nel contratto di lavoro, un obbligo anche contrattuale del datore di lavoro nei confronti del proprio dipendente, perché richiamato tra gli effetti del contratto, appunto, dall'art. 1374 c.c.

La norma dunque, come l'art. 2078 sopra visto, si riferisce evidentemente agli usi normativi, alle consuetudini appunto. Ebbene vi è autorevole giurisprudenza che ha ricondotto gli usi aziendali proprio all'art. 1374 c.c. e ne ha spiegato l'efficacia vincolante sulla base di tale norma (questa tesi è quella più recente in giurisprudenza e che si va consolidando).

Si può allora subito osservare che il ricondurre a tale previsione di legge anche la vincolatività di un uso aziendale equivale ad attribuirgli natura di uso normativo.

Al contrario, come si vedrà meglio in seguito, è stato invece sostenuto che gli usi aziendali avrebbero tipiche caratteristiche negoziali e dovrebbero essere piuttosto riconducibili o inquadrabili nella fattispecie dell'art. 1340 c.c.; essi sarebbero quindi caratterizzati proprio dall'essere tipicamente diversi dagli usi normativi, riconducibili invece agli artt. 1374 e 2078 c.c.

La norma dell'art. 1374 c.c., incidendo sugli effetti del contratto, consente di ritenere tra di essi presente un obbligo per così dire aggiuntivo, che trae la sua forza vincolante non dalla volontà delle parti, ma da se stesso, in quanto obbligo portato da una legge o da una consuetudine o uso normativo. Ricondurre gli usi aziendali nello schema del 1374 c.c. significa quindi far perdere ad essi natura negoziale e rendere quindi del tutto irrilevante qualsiasi elemento

volontaristico delle parti. A prescindere dalle volontà delle parti, cioè, e per l'appunto dopo che le stesse si sono definite e perfezionate con la conclusione del contratto, la norma di cui all'art. 1374 produrrebbe l'effetto di ricomprendere tra le conseguenze del contratto anche un elemento aggiuntivo, ed esterno alla volontà delle parti, dato da una regola preesistente che discende da un uso (aziendale).

Chi dunque riconduce gli usi aziendali all'art. 1374 c.c. (anziché all'art. 1340 c.c.), pertanto, finendo con il ricomprenderli nella categoria degli usi normativi, dovrebbe trarne poi tutte le conseguenti necessità, sia in termini di requisiti formativi (caratteri della generalità e astrattezza, ad esempio, ma anche esistenza a prescindere dall'atteggiarsi delle volontà delle parti), sia in termini di forza vincolante (l'uso di natura normativa, in quanto fonte normativa terziaria, potrebbe prevalere sulle leggi solo se dispositive e in quanto più favorevole ai lavoratori, in forza del primo comma dell'art. 2078 c.c.; parimenti, in virtù della stessa norma, risulterebbe tangibile da modifiche, anche *in peius*, provenienti dai contratti collettivi successivi; infine sarebbe modificabile dai contratti individuali di lavoro, per effetto dell'ultimo comma, suvviso, dell'art. 2078 c.c.), sia in termini di regole processuali (ad esempio rilevabili *ex officio* dal giudice e censurabili in Cassazione).

Coloro che rinviano all'art. 1374 c.c. associano spesso ad esso anche l'art. 1173 c.c. che, tra le fonti delle obbligazioni, accanto al contratto ed al fatto illecito, pone anche *ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico*, principio generale rispetto al quale il 1374 costituirebbe uno dei corollari.

1.2 Gli usi negoziali e gli usi individuali: artt. 1333 e 1340 c.c.

Accanto agli usi normativi appena descritti, il nostro ordinamento conosce però anche i c.d. usi negoziali o contrattuali².

(2) Si fa riferimento alla distinzione che più spesso si ritrova nella manualistica civile: gli usi negoziali o contrattuali vengono ricondotti al 1340 c.c.; mentre gli usi normativi sarebbero quelli regolati nell'art. 1374 c.c.: cfr. ad esempio A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Cedam, 1985, pag. 676 o F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, E.S.I., 2004, pagg. 31 e 888.

Tali sarebbero gli usi che trovano origine nella volontà delle parti³.

Come sopra preannunciato, vi è anche chi ha proposto, dunque, di riconoscere valore vincolante agli usi aziendali attraverso il meccanismo dell'applicazione di queste norme, riconducendo così questi ultimi tra i c.d. usi negoziali (oppure tra gli usi interpretativi, come si dirà oltre⁴), contrapposti ai normativi di cui s'è detto sopra.

Così, in tema di formazione del contratto, vi è chi ha richiamato l'art. 1333 c.c., il quale dispone che *la proposta diretta a concludere un contratto da cui derivano obbligazioni per il solo proponente è irrevocabile appena giunge a conoscenza della parte alla quale è destinata. Il destinatario può rifiutare la proposta nel termine richiesto dalla natura dell'affare o dagli usi. In mancanza di tale rifiuto il contratto è concluso.*

In tale prospettiva è dunque evidente che l'uso aziendale sarebbe ricondotto ad una implicita proposta del datore di lavoro, che dunque dovrebbe riscontrarsi non solo nella semplice ripetizione di un certo comportamento datoriale, ma anche nella volontà negoziale o contrattuale del datore di lavoro, che dovrebbe accompagnare la condotta.

Rimarrebbe poi da capire se la conclusione del contratto debba intendersi intervenuta con ogni singolo dipendente coinvolto nell'attribuzione patrimoniale ripetuta (pluralità di contratti individuali) o, piuttosto, con l'insieme dei dipendenti coinvolti (contratto collettivo).

La norma alla quale tradizionalmente ci si richiama per l'operatività degli usi negoziali è però l'art. 1340 c.c., sulle clausole d'uso; esso enuncia che *le clausole d'uso s'intendono inserite nel contratto, se non risulta che non sono state volute dalle parti.*

Per molti anni la giurisprudenza ha ritenuto che gli usi aziendali fossero riconducibili a questa

fattispecie astratta, trovando riscontri poi anche in dottrina ed essendo tuttora una delle tesi principali, ancorché fortemente osteggiata da altra giurisprudenza più recente.

Al proposito, è stato rilevato innanzitutto che le clausole d'uso divergono dagli usi: nel senso che un semplice uso, cioè il ripetersi fattuale di un atto, non può diventare clausola d'uso, cioè patto, se non è accompagnato da una idonea volontà contrattuale, dalla volontà quindi, di entrambe le parti, di obbligarsi.

S'è altresì osservato poi che le clausole d'uso, con le caratteristiche suddette, dovrebbero essere anche preesistenti alla situazione in cui vengono applicate, e perciò anche esterne alla singola azienda nei cui contratti vengono ad essere inserite (seppur sempre originate da precedenti incontri volontaristici).

Al di fuori degli usi aziendali lavoristici, infatti, si parla normalmente di clausole d'uso che si inseriscono in un determinato contratto quando tali clausole trovano già una certa diffusione nel luogo in cui le parti contrattuali si trovano, tanto da poter essere definite, appunto, d'uso, cioè clausole che sono usuali in quel certo luogo o ambito territoriale.

Ma, ci si chiede allora, l'uso che si forma in una singola azienda, e solo in quella, come potrebbe ritenersi inserito necessariamente nei contratti della stessa azienda per effetto di tale norma⁵?

Vero è che la norma non esclude che «d'uso» possa essere anche una clausola divenuta tale in un ambito assai ristretto come quello di una singola azienda; in tal caso un determinato comportamento (o meglio, dovrebbe dirsi, un patto, una clausola) ripetuto così a lungo da potersi definire usuale, viene ritenuto dalla giurisprudenza come inserito automaticamente anche nei successivi

(3) "Tradizionalmente si distigue, in dottrina e in giurisprudenza, tra usi normativi e usi contrattuali: i primi sarebbero fonti del diritto sullo stesso piano delle altre norme giuridiche, subordinati nell'efficacia alle leggi e ai regolamenti, ma non diversi da questi nella funzione normativa; i secondi, invece, sarebbero parificati alle clausole contrattuali, forniti della stessa efficacia di queste, e tali da inserirsi nel contratto anche se non previsti o non conosciuti dalle parti. Gli usi normativi, in quanto subordinati nella loro efficacia a leggi (e regolamenti), non potrebbero derogarvi nemmeno quando si tratti di leggi (e regolamenti) a carattere dispositivo; gli usi contrattuali, invece, così come le clausole di contratto, non potrebbero derogare alle norme imperative di legge (o regolamento), ma potrebbero derogare alle norme dispositive, sotto questo aspetto manifestando un'efficacia più intensa degli usi normativi." V. RIZZO, in *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di PIETRO PERLINGIERI, Zanichelli ed., 1991, sub 1340, pag. 347.

(4) Anche gli usi interpretativi avrebbero natura negoziale, distinguendosi però dagli usi negoziali o contrattuali di cui all'art. 1340 c.c. per attenersi all'interpretazione del contratto piuttosto che alla formazione di esso.

(5) Cfr. la critica in tal senso di SPAGNUOLO VIGORITA, in *Enc. Dir., Aggior. V*, voce Usi aziendali, pag. 1121.

rapporti contrattuali, in virtù della previsione dell'art. 1340 c.c.; sempre che, quindi, come prevede espressamente la norma, esso non sia escluso da una specifica volontà contraria delle parti.

Mentre nell'art. 1374 si prevede un meccanismo di integrazione degli *effetti* del contratto, nell'art. 1340 si afferma essere in presenza di un meccanismo legale di integrazione del *contenuto* del contratto.

Tuttavia proprio nella interpretazione dell'art. 1340 c.c. non sono mancate le tesi più disparate e diverse: è stato ritenuto infatti che gli usi richiamati in tale norma siano anch'essi normativi, come pure è emersa altra tesi che li definisce usi individuali, diversi sia dai normativi che dai negoziali⁶.

Si esaminino quindi brevemente questi tre filoni interpretativi diversi (gli usi normativi, gli usi contrattuali, gli usi individuali).

Va detto innanzitutto che la quasi unanime dottrina ritiene, anche per la collocazione di tale articolo nella sezione dedicata all'accordo delle parti, che esso abbia funzione integrativa o suppletiva della volontà delle parti, nella formazione del contenuto del contratto.

Secondo un primo orientamento⁷, dunque, anche gli usi richiamati dall'art. 1340 c.c. sarebbero usi normativi: i sostenitori di tale tesi criticano la differente opinione che vede in questi usi gli usi individuali, ritenendo che questi ultimi vadano ricondotti piuttosto all'art. 1362, 2° comma, c.c.; sostengono che gli autori della tesi della natura negoziale invece non siano giunti ad una sufficiente definizione di tale categoria; ritengono, infine, che la norma non costituirebbe un sostanziale doppione (inutile) dell'art. 1374 c.c., ponendosi piuttosto in rapporto di specie a genere con la stessa, anche perché l'una riguardante il contenuto, l'altra gli effetti del contratto. Infine, a favore della tesi per cui gli usi citati nel 1340 c.c. sarebbero usi normativi s'è osservato che essi si inseriscono automaticamente nel contratto a prescindere non solo da una sia pur tacita volontà in tal senso delle parti, ma anche in caso di ignoranza delle parti degli stessi (richiedendosi solo che non siano

espressamente esclusi): ciò che contrasterebbe con una natura negoziale.

Nell'orientamento che riconosce invece natura contrattuale agli usi del 1340 c.c. (e natura normativa a quelli dell'art. 1374 c.c., e natura interpretativa agli usi di cui all'art. 1368 c.c.), si sottolineano la differenza tra "uso" e "clausola" d'uso; si rimarca l'inutilità di doppione che conseguirebbe all'art. 1340 se si riferisse agli usi normativi come l'art. 1374; si sottolinea l'insanabile antinomia derivante dalle diverse discipline dei due articoli, che quindi non possono riferirsi allo stesso oggetto (cioè entrambe agli usi normativi): infatti mentre l'art. 1340 consente alla volontà delle parti di escluderli, il termine "obbliga" usato nell'art. 1374 imporrebbe un inserimento automatico ed obbligatorio, che prescinde da ogni volontà delle parti. In positivo, poi, tale orientamento definisce gli usi negoziali (o contrattuali) come privi delle caratteristiche della *vetustas* e della *opinio iuris ac necessitatis*, come operanti su di un piano meno esteso di quello degli usi normativi, come vincolanti per effetto della volontà delle parti, anziché a prescindere da essa.

Peraltro non si è mancato di osservare che nella pratica tali usi contrattuali sarebbero ben difficilmente distinguibili da quelli normativi, poiché nelle raccolte delle Camere di Commercio non si menziona alcuna distinzione tra gli uni e gli altri.

Infine il terzo orientamento, pur condividendo con il secondo la natura negoziale degli usi di cui al 1340, nega che essi possano identificarsi con le pratiche generali del luogo, che ritiene insufficientemente definite, e sostiene che essi debbano identificarsi piuttosto con gli usi individuali, riferibili cioè soltanto alle parti stipulanti; mentre gli usi generali sarebbero quelli citati dall'art. 1368 c.c.

1.1 Gli usi interpretativi negli articoli 1362 e 1368 c.c.

Uno sguardo, quindi, per completezza, va dato anche alle norme di cui agli artt. 1362 e 1368 c.c., in tema di interpretazione del contratto.

Tradizionalmente si riconosce che la seconda norma richiama gli usi generali, ovvero gli usi

(6) Sul punto cfr., in particolare, V. RIZZO, in *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di PIETRO PERLINGIERI, ed. Zanichelli, 1991, sub 1340, pag. 344 e ss.

(7) Per gli Autori che sostengono tale tesi, come per le altre successive, v. fonte citata alla nota che precede.

osservati da una pluralità di persone, non il comportamento delle parti del contratto; la rilevanza di quest'ultimo, invece, sarebbe riconosciuta dall'art. 1362, secondo comma.

Quanto agli usi aziendali, sebbene vi sia stato anche chi li ha ricondotti agli usi interpretativi, più spesso essi sono richiamati solo per escludere che gli usi aziendali possano essere ad essi ricondotti.

Si tende cioè ad escludere, ma talora pure si afferma, che gli usi aziendali possano costituire quel comportamento (individuale), anche successivo alla conclusione del contratto, di cui al secondo comma dell'art. 1362 c.c., o quelle pratiche generalmente in uso nel luogo di conclusione del contratto, di cui all'art. 1368 c.c., che possono contribuire a chiarire la volontà delle parti qual essa era alla conclusione del contratto.

2. Definizione degli usi aziendali e loro difficile collocazione tra le suddette categorie di usi

Alla luce delle premesse ed anticipazioni fatte sopra è facile comprendere come sia ben difficile giungere ad una definizione condivisa ed universalmente accettabile degli usi aziendali. S'è infatti visto sopra come tale istituto sia da alcuni ricollegato alle volontà delle parti, secondo altri a fenomeno esterno ad esse, altre volte ancora finendo con il confondersi, del tutto o quasi, con gli usi normativi.

Il problema degli usi aziendali consiste proprio nella disputa tuttora aperta circa la loro riconducibilità all'una o all'altra di tali categorie di usi, non mancando chi sostiene che essi rappresentano una sorta di categoria a sè stante o di natura mista.

Partendo dal fenomeno in sè, indipendentemente dalle classificazioni giuridiche e dalle caratteristiche variabili che gli vengono attribuite, si può dire ch'esso è definito da tutti sostanzialmente sempre allo stesso modo: si tratta infatti di comportamenti datoriali o prassi aziendali nei quali una attribuzione ai lavoratori, più vantaggiosa di quelle

spettanti per legge e contratti collettivi, viene ripetutamente e costantemente riconosciuta e corrisposta nel tempo, a vantaggio della generalità dei dipendenti o di una categoria di essi o di una definita cerchia di essi.

Nella manualistica⁸, di solito, la prima cosa che si afferma sugli usi aziendali è che essi vanno tenuti distinti dagli usi normativi, ripetto ai quali sarebbero dunque ben diversi; e la diversità generalmente riconosciuta viene identificata nella natura negoziale, quindi contrattuale, degli usi aziendali, a dispetto della natura di fonte eteronoma del diritto tipica degli usi normativi.

S'è visto però anche che già questa pretesa diversità evidente finisce poi, secondo alcune ricostruzioni, per appassire fino a scomparire o quasi, nonostante si affermi sempre la teorica natura negoziale degli usi aziendali.

Non a caso, infatti, una nota di autorevole esponente della dottrina a due sentenze del 1999 e del 2000 della Cassazione si intitola "ma l'uso aziendale esiste?"⁹.

Tradizionale, e sostanzialmente resistente anche nelle varie ricostruzioni teoriche che si vedranno, è anche l'affermazione che gli usi aziendali non richiedono, o - si dovrebbe meglio dire - non tollerano, l'*opinio iuris ac necessitatis*, tipica invece, come visto sopra, degli usi normativi (al pari di ogni altra fonte del diritto).

Il che significa che se il datore di lavoro agisce perché mosso dalla convinzione della necessità dell'attribuzione che corrisponde, o della sua doverosità, quale che ne sia la fonte (legge, contratto collettivo o consuetudine stessa o persino regolamento aziendale), siamo al di fuori del campo degli usi aziendali¹⁰.

Ciò, ovviamente, anche se invero la fonte non esista e la convinzione del datore di lavoro si riveli erronea: l'attribuzione riconosciuta per errore, anche se protrattasi per lungo tempo, non crea quindi un uso aziendale che obblighi il datore di lavoro ad attenersi ad esso anche, ad esempio, dopo aver scoperto l'errore¹¹.

(8) Cfr., ad esempio, A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Cedam, 2005, pag. 39; G. FALASCA, *Manuale di diritto del lavoro*, ed. Il Sole 24 Ore, 2008, pag. 30.

(9) LAURA CASTELVETRI, in RIDL 2000, 4, pag. 608.

(10) Cass. Sez. Un., 30 marzo 1994, n. 3134, in FI 1994, I, 2114.

(11) Hanno escluso l'uso aziendale per la presenza di errore Cass. 12 agosto 2000 n. 10783, 98/7774, Cass. 67/1025, Prct. Roma 15.05.1984, in D. Lav. 85, II, 206, nota di CASULLI.

Così pure nel caso in cui il comportamento datorile sia dovuto non a spirito di liberalità, ma all'esigenza di evitare il rischio di una soccombenza giudiziale, per la presenza di un dubbio interpretativo, si è detto che l'uso non può ritenersi vincolante per carenza dell'elemento della spontaneità dell'attribuzione patrimoniale¹².

Tipiche degli usi normativi sono altresì le caratteristiche della generalità ed astrattezza; gli usi aziendali, per converso, non richiedono ed in genere non dovrebbero avere tali caratteristiche.

L'uso aziendale, dunque, ben può formarsi anche nell'ambito di una sola singola azienda.

Mantenendo ferma la distinzione tra usi normativi ed usi negoziali, le conseguenze della loro diversità "ontologica" si rifletterebero poi anche sulla loro diversa disciplina, sia sostanziale che processuale.

Sotto il primo profilo mentre l'uso normativo può derogare alle norme di legge, solo se dispositive e se (in campo lavoristico) più favorevole ai lavoratori, viceversa ciò è consentito all'uso negoziale (limitatamente a quelle dispositive) anche *in peius*; inoltre esso prevale anche sull'uso normativo (ex 2078, ultimo comma).

Inoltre l'uso normativo si applica anche se ignorato dalle parti; l'uso negoziale, invece, presuppone almeno l'inesistenza di una volontà contraria di una delle parti e quindi non dovrebbe applicarsi se una delle parti riesce a dimostrare che gli era ignoto o che non l'ha voluto.

Sul piano processuale, poi, l'uso normativo può essere dimostrato con qualsiasi mezzo, rilevato anche d'ufficio dal giudice (*iura novit curia*) e pure applicato dal giudice anche d'ufficio, pur in assenza di istanza di parte; l'uso negoziale deve invece essere allegato e provato da chi intende avvalersene (*onus probandi incumbit ei qui dicit*).

Similmente, l'uso normativo potrà essere oggetto anche di sindacato da parte del giudice di legittimità, cioè della Corte di Cassazione, che, al contrario, non potrà sindacare l'accertamento

o la valutazione dell'uso aziendale compiuta dal giudice di merito, se logicamente e congruamente motivata, attenendo esso ai fatti di causa.

3. Requisiti degli usi aziendali

Riassumendo invece in positivo le caratteristiche che gli usi aziendali dovrebbero avere, si può affermare che la prima è quella oggettiva di un comportamento di tipo uniforme, continuativo, non posto in essere in esecuzione di un obbligo, da parte del datore di lavoro.

Esso poi deve rivolgersi indistintamente verso tutti i dipendenti o quantomeno verso una categoria omogenea di essi.

Quanto all'estensione territoriale dell'uso, come visto sopra nell'analisi degli artt. 1340 e 1374 c.c., la sua riconduzione al primo dei due articoli consente senz'altro di ritenere che l'uso aziendale non debba necessariamente essere diffuso tra tutte le aziende di una certa zona o di un certo settore merceologico, bastando invece che esso risulti affermato presso una sola azienda¹³.

La sua riconduzione all'art. 1374 c.c., invece, richiederebbe una diffusione di una certa minima ampiezza, comunque sovra aziendale, per coerenza con la sua dichiarata caratteristica di uso normativo, tali essendo gli usi richiamati da detta norma: tuttavia si vedrà in seguito come tale coerenza manchi nella giurisprudenza che richiama questo articolo del codice civile, per cui la diffusione territoriale, anche in questo caso, non è richiesta.

Più difficile è però la definizione delle caratteristiche soggettive che il comportamento datorile deve avere.

Innanzitutto si afferma che la caratteristica dell'uso aziendale dovrebbe essere la spontaneità del comportamento datorile ripetuto¹⁴.

Più controverso è invece se alla spontaneità del comportamento datorile debba aggiungersi anche uno specifico e consapevole intento negoziale, quindi l'elemento volontaristico ti-

(12) Cost. Cass. 6 nov. 1996 n. 9690, in Dir. lav. 1998, II, 31.

(13) In questo senso Cass. 86/6063.

(14) In tal senso si è pronunciata la fondamentale sentenza delle Sezioni Unite del 30 marzo 1994 n. 3134, in Foro it. 1994, I, 2114; poi confermata da molte altre: Cass. 00/10783, 00/10642, 00/9764, 98/5689, 98/9663, 98/7774; 96/900, 96/10767, 95/3101, 95/2217.

pico dei contratti¹⁵, ovvero se esso sia inutile o indifferente¹⁶.

Si vedrà meglio in seguito che la diatriba è collegata anche, come accennato, alla divisione tra coloro che riconducono l'uso aziendale al 1340 c.c. e coloro che invece lo collegano all'art. 1374 c.c.

Secondo una parte della giurisprudenza¹⁷ la volontà del datore di lavoro dovrebbe altresì essere accompagnata dal convincimento della necessità di conservare la propria condotta a tempo indeterminato: ma s'è già detto sopra come il richiedere anche un siffatto convincimento finisca per attribuire agli usi aziendali una caratteristica tipica degli usi normativi, confondendoli, e di come, anzi, la presenza del convincimento di un obbligo escluda la vincolatività dell'uso aziendale.

Altra questione di un certo rilievo pratico è poi quella della quantità di tempo lungo la quale il comportamento deve ripetersi per potersi definire consolidato e quindi usuale, sulla quale peraltro la giurisprudenza non offre molte indicazioni.

Ad esempio Tribunale di Bologna 5.4.1987¹⁸ ha ravvisato un uso aziendale nell'attribuzione continuativa per tre anni a tutti i trasfettisti dell'adeguamento annuale della indennità di trasferta.

Quale altro esempio può citarsi una sentenza¹⁹ nella quale è stato escluso l'uso aziendale nella corresponsione in tre occasioni di incentivi all'esodo, giacché determinati di volta in volta da momenti patologici della vita dell'impresa, caratterizzati da specifici accadimenti di fatto.

Infine Cass. 19 novembre 2001 n. 14487²⁰ richiede una congrua durata della condotta per il sorgere dell'uso, considerando rilevanti, per questa valutazione, anche le dimensioni dell'impresa.

Non può certo affermarsi una regola fissa al riguardo; si deve piuttosto accertare, caso per caso, se il comportamento ripetuto possa definirsi usuale, quindi sempre applicato in tutte le circostanze uguali precedenti, costante e quindi senza eccezioni, e per un numero di volte tale da ingenerare un affidamento nei lavoratori nella sua ripetibilità anche in futuro.

Si è anche osservato, infatti, che se il comportamento datorile è legato a specifiche circostanze o ad esigenze contingenti, il venir meno delle stesse fa cessare il vincolo di doversi attenere all'uso²¹.

Infine, quanto al trattamento contributivo e fiscale di tali attribuzioni di miglior favore, pur essendo esse inizialmente corrisposte per spirito di liberalità, una volta divenute uso aziendale devono ritenersi di natura retributiva, in quanto inserite nei contratti individuali e pertanto divenute obbligatorie e corrispettive della prestazione lavorativa; il carattere liberale viene meno sia per la presunzione di onerosità, sia perché la liberalità può giustificarsi solo se occasionale e collegata ad eventi eccezionali²².

*_*_*

Nella seconda parte del presente intervento, di prossima pubblicazione, si ricostruiranno le principali correnti interpretative dottrinali e giurisprudenziali nel loro evolversi storico, evidenziandone poi conseguenze e contraddizioni, tentando infine, sulla base delle norme già illustrate e di una coerente logica degli istituti maneggiati, di offrire una plausibile ricostruzione teorica degli usi aziendali (o, perlomeno, di illustrare quella che sembra essere, al fine, la migliore possibile).

(15) Come ritengono Cass. 11 luglio 2007 n. 15489, in Giust. civ. Mass. 2007, 7-8; Cass. 20 maggio 2004 n. 9653, GL, 2004, n. 29, 31; Cass. 20 maggio 2004 n. 9626; Cass. 10 novembre 2000 n. 14606; Cass. 27 novembre 99 n. 13294.

(16) Come ritengono invece Cass. Sez. Un., 13 dicembre 2007 n. 26107, in Giust. civ. Mass. 2007, 12; Cass. 17 maggio 2002 n. 7200, MGL, 2002, 596; Cass. 7 agosto 1998 n. 7774; Cass. 2 settembre 1996 n. 8027, RIDL, 1997, II, 681; Cass. 25 febbraio 1995 n. 2217, Mass. giur. lav. 1995, 370; Cass. Sez. Un., 30 marzo 1994 n. 3134, FI 1994, I, 2114; Cass. 28 nov. 1985 n. 5906, MGL, 1986, suppl., 13.

(17) Cass. 20 maggio 2004 n. 9626.

(18) In Lav. '80, 87, 781.

(19) Cass. 03 giugno 2004 n. 10591, in Giust. civ. Mass. 2004, 6.

(20) In RIDL 2002, II, 789.

(21) Così sia Cass. 87/6392, sia SPAGNUOLO VIGORITA, in Mass. giur. lav. 1990, 684.

(22) Così Cass. 2 agosto 2002 n. 11607 e Cass. 5 febbraio 2003 n. 1693.