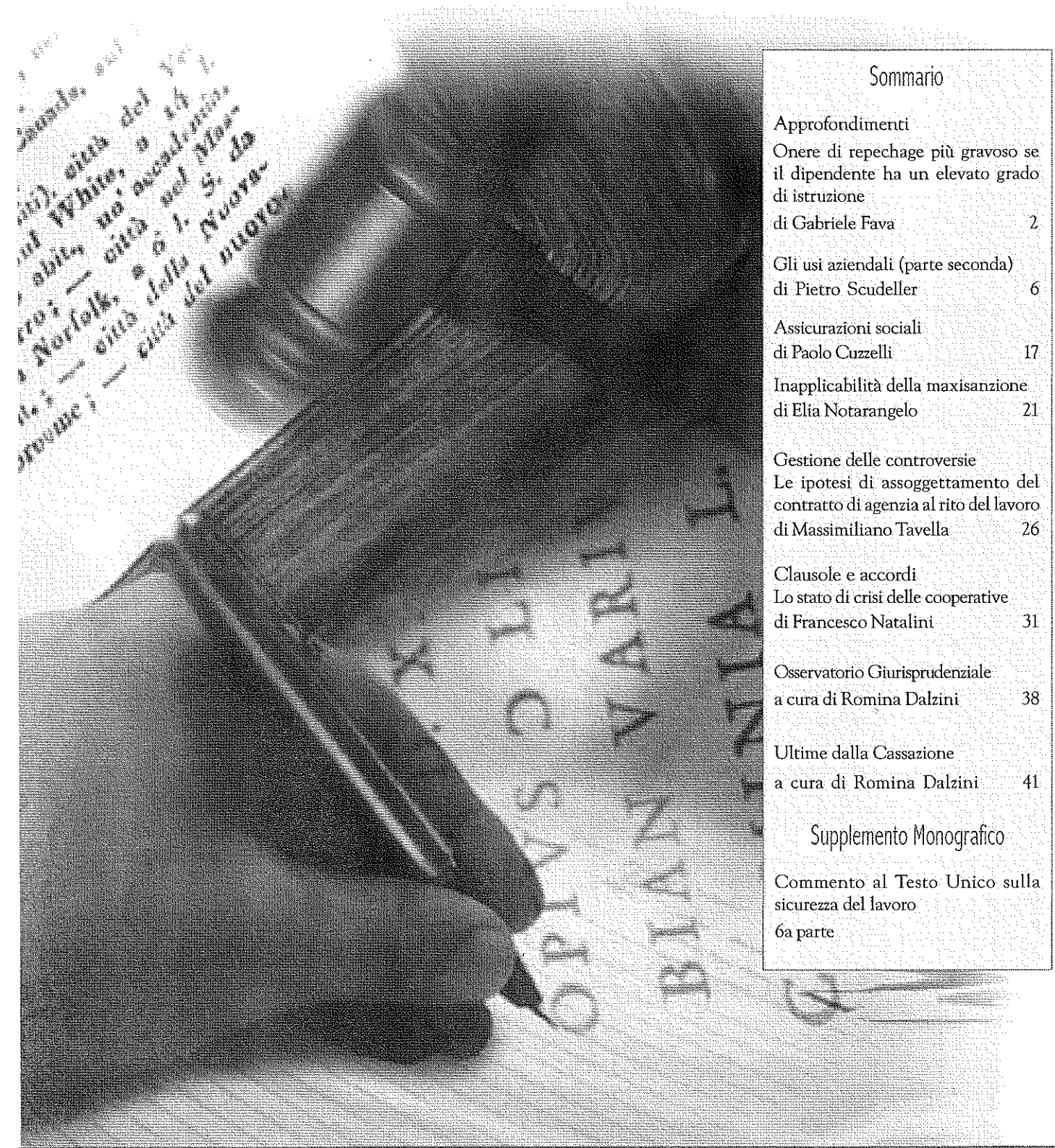
il Giurista del Lavoro

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

Luglio 2010



Sommario

Approfondimenti

Onere di repechage più gravoso se il dipendente ha un elevato grado di istruzione
di Gabriele Fava 2

Gli usi aziendali (parte seconda)
di Pietro Scudeller 6

Assicurazioni sociali
di Paolo Cuzzelli 17

Inapplicabilità della maxisanzione
di Elia Notarangelo 21

Gestione delle controversie
Le ipotesi di assoggettamento del contratto di agenzia al rito del lavoro
di Massimiliano Tavella 26

Clausole e accordi
Lo stato di crisi delle cooperative
di Francesco Natalini 31

Osservatorio Giurisprudenziale
a cura di Romina Dalzini 38

Ultime dalla Cassazione
a cura di Romina Dalzini 41

Supplemento Monografico

Commento al Testo Unico sulla sicurezza del lavoro
6a parte

Centro Studi Lavoro e Previdenza®

Sistema di Informazione Integrato
Area Lavoro

Gli usi aziendali

Parte seconda

PIETRO SCUDELLER

Nella prima parte del presente intervento si è cercato di offrire al lettore gli strumenti di comprensione dei molteplici problemi teorici sottesi alla disciplina degli usi aziendali, presentando le norme più spesso richiamate e tentando di riassumere le caratteristiche principali dell'istituto. Tuttavia, essendo gli usi aziendali un istituto di creazione puramente giurisprudenziale (e dottrinale), è soltanto dall'esame dell'evoluzione della giurisprudenza su di essi che è possibile cogliere e delineare i principi che li regolano e gli effetti che ad essi possono collegarsi.

In questa seconda parte del lavoro si cercherà dunque di illustrare le diverse teorie che la giurisprudenza ha percorso nel descrivere l'istituto degli usi aziendali, con le diverse conseguenze di ciascuna di esse e pertanto anche con le critiche che a ciascuna di esse sono state mosse dalle correnti giurisprudenziali diverse ma soprattutto dalla dottrina; per giungere, infine, ad un tentativo di mettere ordine concettuale nella materia.

4. L'origine dell'istituto nelle prime sentenze

L'inizio dell'esame può essere fatto partire da tre sentenze del 1980[1].

La precedente giurisprudenza di merito riconduceva gli usi aziendali al meccanismo dell'art. 1340 c.c., sostenendo che esso consentiva l'integrazione del contratto collettivo di settore.

Le tre sentenze del 1980, invece, deviando da tale impostazione, affermarono che gli usi aziendali, in quanto usi convenzionali, ripetevano la loro efficacia dalla volontà delle parti ed integravano quindi il contratto individuale, non già quello collettivo, restando quindi insensibili alle successive modifiche delle pattuizioni collettive anche aziendali.

Tali sentenze affermarono quindi che l'uso aziendale è modificabile soltanto tramite un nuovo accordo tra le stesse parti individuali tra le quali si è affermato e che una diversa pattuizione collettiva non può rappresentare quella volontà contraria che (come visto nella prima parte del presente intervento) impedisce l'efficacia della clausola d'uso *ex* art. 1340 c.c.

Iniziava così[2] il dibattito sull'istituto, che vedeva nella giurisprudenza degli anni '80 diverse oscillazioni: alcune sentenze privilegiavano infatti la qualificazione oggettiva del comportamento del datore di lavoro, ritenendo per esempio irrilevante l'errore dell'azienda[3], altre volte riconoscendo ri-

(1) Cass. 19.4.1980 n. 2583, in *Mass. giur. lav.* 1980, 729; Cass. 19.4.1980 n. 2585, in *Foro it.*, 1980, I, 2504; Cass. 19.4.1980 n. 2586, inedita.

(2) *Rectius* inizia qui, come detto sopra invero, il presente esame; l'istituto degli usi aziendali era ben noto anche da molti anni prima: basti citare, ad esempio, Cass. 29 maggio 1967 n. 1176, in *MGL*, 1968, con nota di ASQUINI, che riconduceva le clausole d'uso agli usi normativi, o una delle prime opere dell'Autore più dedito alla materia: SPAGNUOLO VIGORITA, *Gli usi aziendali*, Morano, Napoli, 1965.

(3) Cass. 27 novembre 1991 n. 12712, in *Dir. lav.* 1992, II, 3.

levanza invece alla volontà contraria espressa dal datore di lavoro[4], altre ancora riconoscendo che la prassi possa essere condizionata alla concreta situazione aziendale o limitata nel tempo[5].

5. La sentenza De Luca 3134/1994: gli usi aziendali si riconducono all'art. 1340 c.c.

Una delle sentenze più importanti sull'istituto è costituita tuttavia da Cass. Sezioni Unite 30 marzo 1994 n. 3134[6]: in tale circostanza, infatti, le Sezioni Unite vennero chiamate a pronunciarsi proprio per dirimere i contrasti giurisprudenziali preesistenti sulla questione dell'elemento soggettivo nel datore di lavoro necessario per la configurazione dell'uso aziendale.

È quindi la Suprema Corte stessa, in tale sentenza, a richiamare i propri precedenti (e ad essa si può quindi rinviare per l'elencazione più completa degli stessi), sottolineando come fosse già ampiamente maggioritario il filone interpretativo secondo il quale gli usi aziendali vanno ricondotti agli usi negoziali di cui all'art. 1340 c.c., e non già, come invece affermato da orientamento nettamente minoritario, agli usi normativi di cui agli artt. 1, n. 4, e 8 delle preleggi.

Essa afferma quindi che, come tali, gli usi concorrono ad integrare il contenuto del contratto, in assenza di una contraria volontà delle parti, da manifestare contestualmente alla sua stipulazione, oppure contestualmente alla successiva formazione dell'uso.

L'inserzione delle clausole d'uso, quindi, continua la Corte, può essere ricondotta alla volontà delle parti, che può manifestarsi anche tacitamente, *per facta concludentia*; e l'inserzione delle clausole d'uso avviene, in assenza di una volontà contraria ex art. 1340 c.c., quindi anche se ignorate dalle parti, nei singoli contratti individuali di lavoro, non nei contratti collettivi.

Al pari di ogni altra clausola individuale, esse possono derogare i contratti collettivi soltanto *in melius*.

La volontà delle parti non ha quindi alcuna rilevanza, salvo che si tratti di volontà contraria, volta ad impedire l'inserimento della clausola d'uso. Perciò è indifferente l'atteggiamento psicologico del datore di lavoro, così come non occorre alcun requisito di *opinio iuris seu necessitatis* o di generalità dell'uso o di sussidiarietà di esso (rispetto alla legge), che sono requisiti degli usi normativi.

Ciò non esclude, secondo la Corte, qualsiasi rilevanza all'elemento volontaristico, perché la spontaneità del comportamento datorile è requisito indefettibile dell'uso aziendale, come pure più in generale di tutti gli usi negoziali o di fatto.

Tale requisito va però giudicato sulla base di una valutazione a posteriori che riguardi non già i singoli episodi uno ad uno, ma l'insieme della prassi consolidatasi; sicché l'esistenza oggettiva di un obbligo pregresso, ma non già l'eventuale erronea supposizione di esso da parte del datore di lavoro, assume rilievo al fine di escludere l'indefettibile requisito della spontaneità.

Dunque questa importante sentenza si fa rappresentativa del filone, fino ad allora largamente maggioritario, che riconduce gli usi aziendali al meccanismo previsto dall'art. 1340 c.c., riconoscendone la natura negoziale.

Una prima critica alla sentenza può subito essere annotata: essa sembra escludere la rilevanza dell'eventuale errore del datore di lavoro (erronea supposizione dell'esistenza di un obbligo), ma ciò pare in netto contrasto con la natura negoziale dell'uso e con la affermata rilevanza della volontarietà e spontaneità di esso: si è infatti osservato[7] anche che il richiedere l'assenza di una volontà contraria equivale ad affermare la necessità di una volontà favorevole, quantomeno implicita; ma la sussistenza di un errore, anche solo psicologico o putativo, fa venir meno la spontaneità del comportamento datorile e dovrebbe quindi, per coerenza, portare a negare l'insorgenza dell'uso aziendale (o l'inserimento di esso nei contratti individuali, quale clausola vincolante anche per

(4) Cass. 27.05.1987 n. 4748, in *Foro it.* 1987, I, 2737.

(5) Cass. 22.07.1987 n. 6392, *Foro it., Rep.* 1987, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 494.

(6) Così detta sentenza De Luca, dal nome del relatore. In *Foro it.*, 1994, I, 2114 (con nota di P. Bellocchi).

(7) M. Miscione, *Usi aziendali e diritti individuali*, in *Il lav. nella giur.* n. 5/2008, pag. 448: "una volontà 'non negativa' corrisponde a quella positiva".

il futuro) (ciò che infatti verrà detto in molte pronunce successive).

Ma le prime critiche della dottrina alla teoria degli usi aziendali *ex* art. 1340 c.c. riguardarono il problema della eliminabilità della regola, osservandosi che, una volta ritenuto che l'uso migliorativo s'inserisce nei contratti individuali dei lavoratori, divenendo patrimonio consolidato negli stessi, esso tenderebbe a diventare un vincolo giuridico perpetuo: infatti, occorrendo un nuovo patto individuale per potervi rinunciare, esso ben difficilmente verrà accettato dal lavoratore, né potrà essere sufficiente un nuovo contratto collettivo per eliminarlo. Il problema può diventare rilevante per la parte datorile, soprattutto in momenti di crisi aziendali o in occasione di trasferimenti di aziende[8].

Dalle descritte esigenze presero le mosse quindi gli autori che ritennero di contestare il ricorso all'art. 1340 c.c. per spiegare il fenomeno.

S'è detto quindi che «la disciplina negoziale usuale, destinata alla funzione integrativa, non può che essere - rispetto alla singola manifestazione negoziale, sottoposta ad integrazione - autonoma, esterna e preesistente. Nel caso dell'uso aziendale, invece, i reiterati comportamenti negoziali del datore di lavoro assumerebbero ad un certo punto - e per il mero fatto della reiterazione - valore di 'clausola d'uso', dotata della funzione di oggettiva integrazione di contratti già in essere. Oltretutto, la sorprendente metamorfosi giuridica si realizzarebbe anche nel piccolo esercizio commerciale con tre dipendenti, riferimento ambientale a sua volta idoneo - secondo il tradizionale orientamento giurisprudenziale - a configurare come 'clausola d'uso' il comportamento aziendale reiterato, atteso che si chiama in causa l'entità aziendale come tale, indipendentemente dalle sue dimensioni»[9].

Per tale Autore, quindi, l'uso aziendale si configura più correttamente come manifestazione negoziale a carattere collettivo; con il risultato, che l'Autore si prefiggeva fin dall'inizio, di eliminare quella insopportabile vincolatività perenne dell'uso, consentendosi infatti così che, con una nuova contraria volontà collettiva, esso possa essere modificato o soppresso.

Tali tesi sono state poi riprese, come visto sopra, dalla successiva giurisprudenza (in particolare dalla sentenza Fedeli del 1990), ma anche da altri importanti Autori[10].

Tra questi ultimi, vi è anche chi[11] ha sottolineato che risulta inspiegabile come la semplice reiterazione di un comportamento possa essere di per sè sufficiente «ad attribuire un diverso valore causale alle attribuzioni patrimoniali aggiuntive, ma senza spiegare in che modo un'attribuzione, inizialmente liberale o gratuita, assuma, in forza della reiterazione, non soltanto la (diversa) natura retributiva - perciò onerosa -, ma anche il valore di indizio della sussistenza di un patto modificativo dei termini contrattuali»[12].

In questo passaggio, a mio parere, si concentra il fulcro delle problematiche connesse alla teoria che spiega gli usi aziendali attraverso l'istituto dell'art. 1340 c.c.; ed è questa critica, in effetti, che ha finito per orientare molta parte della successiva giurisprudenza verso soluzioni alternative, con il ricorso all'art. 1374 c.c., o a soluzioni collettive (variamente motivate).

Se, infatti, la clausola d'uso, in quanto clausola, non basta che sia ripetuta, cioé d'uso, ma occorre che sia prima di tutto un patto, una clausola appunto, essa non può prescindere dall'elemento volontaristico del datore di lavoro, cioé dalla sua volontà, dal suo intento di impegnarsi; elemento volontaristico che può sì essere, in ipotesi, dedotto anche esclusivamente da un comportamento di fatto, ma occorre che tale comportamento sia tale da consentire tale deduzione; e soprattutto non si può prescindere dall'accertamento, affermazio-

(8) La critica è stata espressa *in primis* da L. Spagnuolo Vigorita, *Usi aziendali e diritto del lavoro*, in *Mass. giur. lav.* 1990, 685 e in *Enc. Dir.*, Aggiorn. V, 2001, voce *Usi aziendali*, pag. 1120.

(9) L. Spagnuolo Vigorita in *Enc. Dir.*, Aggiorn. V, 2001, voce *Usi aziendali*, pag. 1121.

(10) Ci si riferisce soprattutto a S. Liebman, in *Individuale e collettivo nel contratto di lavoro: il problema degli «usi aziendali» nella giurisprudenza della Cassazione*, *DRI*, 1991, n. 1, 141 e ss.

(11) L. Valente, *Clausole d'uso e usi aziendali nel sistema delle fonti negoziali di integrazione del contratto di lavoro*, in *RIDL* 2005, I, pagg. 519-553.

(12) L. Valente, op. cit. alla nota precedente, pag. 531.

ne e motivazione della sua presenza. Se invece la sentenza (come avviene nella sentenza De Luca) afferma che basta l'assenza di una volontà contraria ed il mero ripetersi fattuale di un certo comportamento, a prescindere da ogni indagine sull'*animus* del datore di lavoro, allora la motivazione della sentenza si rivela contraddittoria e le critiche di cui sopra sono inevitabili.

Infatti «appare subito chiaro ai commentatori che la mera reiterazione non può da sola costituire valido e sicuro indizio della volontà datoriale di impegnarsi...»[13].

Ed ancora «la dottrina degli anni '90, e per certi aspetti anche la giurisprudenza di merito, hanno condivisibilmente messo in evidenza l'indispensabilità di analizzare l'elemento soggettivo...; il comportamento datoriale, infatti, per poter esplicare un'efficacia diffusiva, deve presentarsi quale consapevole impegno a modificare in senso migliorativo, il contratto di lavoro dei dipendenti dell'azienda, anche non diretti destinatari dell'attribuzione»[14].

Dunque un altro aspetto problematico ed irrisolto della teoria che riconduce all'art. 1340 c.c. l'operatività degli usi aziendali è stato identificato nella difficoltà a spiegare la diffusività dei medesimi, cioé la loro capacità a diventare vincolanti anche per dipendenti diversi rispetto a quelli presso i quali l'uso si forma.

«Resta il fatto che il meccanismo integrativo delle clausole d'uso è valido soltanto nell'ambito della relazione contrattuale bilaterale, mentre non può operare nei confronti dei terzi, a meno di non considerare gli usi aziendali - opinione che ha trovato invero scarse adesioni - alla stregua di clausole d'uso (art. 1340 c.c.), inserite non già nel contratto individuale, bensì nel contratto collettivo...»[15].

Ma s'è già visto sopra come la giurisprudenza degli anni '80 abbia negato che, con il meccanismo dell'art. 1340 c.c., l'integrazione possa riguardare il contratto collettivo, dovendosi preferire, al contrario, l'integrazione dei contratti individuali.

Si tenterà di spiegare alla fine del presente intervento, peraltro, come tale critica non sia condivisibile.

6. La sentenza Fedeli 9690/1996: gli usi aziendali come contratto collettivo

Ma la critica maggiore a tale sentenza venne portata dal successivo arresto della Cassazione del 1996: Cass. 6.11.1996 n. 9690[16] afferma infatti, a chiare lettere, dopo aver svolto una premessa descrittiva del fenomeno, che «se questa è la genesi del fenomeno, appare del tutto improprio il richiamo all'art. 1340 c.c. per spiegare gli effetti che tale uso ha sui contratti di lavoro in corso».

Si osserva in questa sentenza che l'art. 1340 presuppone un uso preesistente alla stipulazione del contratto, mentre gli usi aziendali, secondo la Corte, esigono che si spieghi perché un determinato comportamento del datore di lavoro modifichi non tanto i contratti futuri ma anche quelli già in corso.

Nè il fenomeno è spiegabile - si sostiene - facendo ricorso all'art. 1333 c.c., identificando nel comportamento del lavoratore una proposta, che risulterebbe poi tacitamente accettata dai lavoratori: infatti, se così fosse, non si spiegherebbe il perché il comportamento del datore di lavoro abbia bisogno di essere ripetuto nel tempo, visto che una sola proposta accettata è sufficiente a concludere un nuovo patto.

Il Giudice di legittimità continua osservando che un uso aziendale vincolante può formarsi, sulla scorta della precedente giurisprudenza, anche nei confronti di una ristretta cerchia di lavoratori, comportando però l'effetto di rendersi vincolante anche per coloro che entreranno a far parte solo successivamente di tale cerchia, per nuove assunzioni o per trasferimento di mansioni o nuo-

(13) L. Valente, op. cit., pag. 537, ed il rinvio agli Autori ivi citati.

(14) L. Valente, op. cit., pagg. 539/540.

(15) L. Valente, op. cit., pag. 525.

(16) In *Riv. it. dir. lav.*, 1997, II, 692, con nota di Occhino, e in *Mass. giur. lav.* 1997, 7, con nota di S. Liebman.

va qualifica. Ecco allora che per spiegare questo fenomeno della estensione degli usi aziendali anche a soggetti estranei alla cerchia originaria, il ricorso all'art. 1340 c.c. ed alle categorie dei contratti individuali si rivela insufficiente. Per conseguenza «deve necessariamente ritenersi che l'uso aziendale fa(ccia) sorgere un obbligo di carattere collettivo, che agisce sul piano dei singoli rapporti individuali allo stesso modo e con la stessa efficacia di un contratto collettivo aziendale, sostituendo alle clausole contrattuali e a quelle collettive in vigore, quelle più favorevoli dell'uso aziendale (art. 2077 c.c.)».

Non v'é chi non veda come il difetto più evidente di tale sentenza stia nell'aver invertito l'ordine logico dell'analisi: anziché individuare la norma di legge applicabile al fatto e farne discendere le conseguenze e gli effetti che dalla lettura ed interpretazione della norma si possono logicamente e coerentemente dedurre, la sentenza prima afferma gli effetti della disciplina (descrive il fenomeno) e solo dopo, dati essi per certi, immodificabili e scontati («se questa è la genesi del fenomeno») va alla ricerca di quale sia la norma che garantisce gli effetti voluti. L'errore è pertanto assai grave e palese.

È stato osservato infatti che «non è chiaro perché si potrebbe pensare ad una «equiparazione» al contratto collettivo («allo stesso modo») ed all'applicazione dell'art. 2077 c.c. per analogia»[17].

D'altro canto essa ha invece il merito di aver riportato al centro dell'analisi il requisito della volontarietà del comportamento datorile, seppur ridotto al requisito della «spontaneità» (tant'è che essa nega, nella fattispecie, la sussistenza dell'uso per assenza di spontaneità, a causa del fatto che il comportamento datorile era stato spiegato con l'intento di adeguarsi ad un orientamento giurisprudenziale che il datore di lavoro riteneva - erroneamente - consolidato).

Un altro aspetto critico, invece, si nota subito ed è stato notato[18]: «l'affermazione per cui l'art. 1340 c.c. presupporrebbe usi aziendali già esistenti e sarebbe inapplicabile per quelli sorti dopo la stipulazione del contratto è tuttavia criticabile. L'art. 1340 non lo dice ed anzi presuppone il contrario quale caso più frequente.» S'è già visto nella prima parte del presente intervento, in effetti, come sia immaginabile e perfettamente concepibile, nell'ambito dell'art. 1340 c.c., anche un uso che venga a formarsi all'interno di una singola azienda, non richiedendo la norma del codice civile che la clausola d'uso sia necessariamente riferita ad un ambito territoriale più esteso.

D'altra parte, si è anche osservato[19] che proseguire su questo crinale, sostenuto nella sentenza n. 9690 del 1996 e qui criticato, significa, nel richiedere una preesistenza e una generalità dell'uso, avvicinare l'uso aziendale all'uso normativo, mentre è solo quest'ultimo, ma non il primo, che ha effettivamente queste caratteristiche (con le altre già viste); sicché, così facendo, si finisce per rendere l'art. 1340 un inutile doppione dell'art. 1374 c.c.[20].

Ma a questa sentenza la critica più forte è pervenuta da coloro[21] che hanno fatto notare come, per aversi un effetto degli usi aziendali di carattere collettivo, equiparabile a quello di un contratto collettivo, occorre poter immaginare anche un interlocutore collettivo del datore di lavoro; se invece tale interlocutore collettivo manca (perché, per esempio, non vi sono nell'azienda rappresentanze sindacali costituite, oppure perché tra r.s.a. e sindacati esterni non si può decidere quale sia l'interlocutore effettivo), non è proprio possibile concepire un vincolo per il datore di lavoro che abbia carattere collettivo, non sapendosi quale sarebbe la controparte del rapporto che possa aver dato luogo ad un patto ad efficacia collettiva.

(17) M. Miscione, *Usi aziendali e diritti individuali*, in *Il lav. nella giur.(I)* n. 5/2008, pag. 449.

(18) M. Miscione, *Usi aziendali e diritti individuali*, in *Il lav. nella giur. (I)* n. 5/2008, pag. 449.

(19) Ancora da M. Miscione, *Usi aziendali e diritti individuali*, in *Il lav. nella giur. (I)* n. 5/2008, pagg. 449-450, che trae a sua volta queste critiche, in buona parte, da Tribunale di Milano 18 luglio 1998, in *Mass. giur. lav.* 1999, con nota di S. Liebman, *Prassi aziendale e autonomia privata.*

(20) Cfr. nella prima parte di questo intervento, in *Il Giurista del lavoro* n. 6/2010, a pag. 6, i contrasti interpretativi sul punto, ricorrenti anche nella dottrina civilistica.

(21) Cfr., in particolare, L. Spagnuolo Vigorita, in *Enc. Dir.*, Aggiorn. V, voce *Usi aziendali*, pag. 1119.

Quest'ultima critica è ben enunciata in Cass. 13294/1999[22], che, per accettare la teoria dell'uso aziendale come contratto collettivo tacito, richiede «l'effettiva presenza di un interlocutore sindacale» e che «il complessivo comportamento delle parti consenta di collocare ragionevolmente il fenomeno sul piano dei rapporti collettivo-sindacali».

Infine critiche ancor più «feroci» alla sentenza n. 9690/1996, ma pure ad alcuni aspetti della sentenza De Luca, giungono anche dalla sentenza del Tribunale di Milano 10 luglio 1998 (c.d. De Angelis, sempre dal nome del relatore)[23], il quale arriva a negare sostanzialmente l'esistenza dell'uso aziendale nel diritto positivo, quantomeno come fonte autonoma di obbligazioni: «i comportamenti endoaziendali, posti in essere dal singolo datore di lavoro, anche se reiterati nel tempo, non possono rientrare nell'uso supplettivo (art. 1340 c.c.) o nell'uso integrativo (ex art. 1374 c.c.), posto che la disciplina civilistica delle clausole d'uso si ispira chiaramente agli usi generali del mercato o pratica generalizzata degli affari e costituiscono, piuttosto, usi individuali che si instaurano fra determinati contraenti e che rilevano ai fini dell'interpretazione del contratto come comportamento complessivo delle parti (art. 1362, comma 2, c.c.). In alcune ipotesi concrete può realizzarsi la fattispecie astratta dell'art. 1333 c.c. la quale però comporta la ricerca rigorosa - con onere probatorio a carico del lavoratore[24] - del suo significato e, in particolare, dell'intento del datore di lavoro di obbligarsi unilateralmente attraverso il suo comportamento».

7. La sentenza Martone 1773/2000: la teoria degli usi aziendali come fonte sociale, *ex* art. 1374 c.c.

La sentenza 1773/2000 segue in buona parte il ragionamento svolto dalla precedente n. 9690/1996: essa infatti parte dalla definizione assiomatica dell'uso aziendale, la cui essenza consisterebbe nel far sorgere l'obbligazione a carico del datore di lavoro non solo nei confronti dei beneficiari del comportamento, ma anche nei confronti degli altri dipendenti che conseguano successivamente la stessa qualifica o si vengano a trovare nella stessa vicenda del rapporto di lavoro. Quindi desume che la spiegazione data dalla precedente giurisprudenza con il ricorso all'art. 1340 c.c. non permette di spiegare l'estensione dell'obbligo agli altri dipendenti. Richiamata perciò una teoria istituzionale dell'azienda, quale luogo ove vi sarebbe necessaria coesione dei rapporti di lavoro, riduce il contratto di lavoro alla sola costituzione del vincolo e afferma che la disciplina di esso va trovata nelle fonti sociali, così dette perché non sono espressione di funzione pubblica, ma neppure realizzano meri interessi individuali, le quali sarebbero richiamate, ed opererebbero nei contratti individuali, per forza dell'art. 1374 (e 1173) c.c. Tra di esse, la sentenza elenca i contratti collettivi di diritto comune (nazionali e aziendali), il regolamento aziendale e, appunto, gli usi aziendali, quali fonti quindi di regolamentazione collettiva dei rapporti di lavoro.

«La natura di fonte sociale, e quindi collettiva, dell'uso aziendale, desunta dai principi generali dell'ordinamento dei rapporti di lavoro, comporta che sia liberamente modificabile da altre fonti sovraordinate di carattere collettivo (i contratti nazionali ed aziendali) anche *in pejus*; la modifica dell'uso può anche essere l'effetto di accordi individuali (poiché il limite di cui agli artt. 2077 e 2113, primo comma, c.c., opera solo in rapporto ai contratti collettivi), ma limitatamente alle parti stipulanti (in mancanza dell'agente sindacale...)».

«Non però da un successivo uso aziendale di segno opposto, sia perché la nozione ontologica di uso aziendale presuppone un trattamento di miglior favore, sia perchè non è giuridicamente possibile

(22) Cass. 27 novembre 1999 n. 13294, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, II, 692, con nota di L. Castelvetri, *Ma l'uso aziendale esiste?*

(23) *Orient. giur. lav.*, 1998, 900, con nota di G. De Fazio, *La prassi aziendale ed il riemergere della volontà contrattuale* e in *Mass. giur. lav.* 1999, 41, con nota di S. Liebman, *Prassi aziendale e autonomia privata.*

(24) Chi invece appoggia la tesi della sentenza De Luca e riconosce l'indefettibilità del requisito della spontaneità, come M. Miscione (nell'op. cit. alla precedente nota 16), sostiene che l'onere della prova sull'elemento psicologico gravi sul datore di lavoro: "spetterà sempre ai lavoratori l'onere di provare la ripetizione uniforme per un periodo congruo e sempre al datore di lavoro, per escludere il vincolo, l'onere di provare la mancanza di volontà (per errore o adempimento d'un obbligo)".

che si formi un uso in virtù di comportamenti che sono qualificabili come inadempimento di preesistenti obbligazioni».

Così precisando, la Corte afferma di condividere l'affermazione della Cassazione n. 9690/1996 secondo la quale «l'uso aziendale agisce sul piano dei singoli rapporti individuali allo stesso modo e con la stessa efficacia di un contratto collettivo aziendale», specificando però, appunto, che non è un contratto collettivo e che, proprio perciò, esso è modificabile anche per accordi successivi individuali, oltre che da successivi contratti collettivi.

Questa teoria delle «fonti sociali» non ha trovato sostanziale seguito[25], né appare, infatti, concettualmente chiara e ben spiegata, non comprendendosi su quali norme essa si fonderebbe.

Essa inoltre, partendo da una nozione preconcetta, che viene definita «ontologica», degli usi aziendali, ripete lo stesso errore metodologico della sentenza n. 9690/1996, poiché dà per scontata una nozione iniziale, per spiegare la quale cerca poi di trovare le norme confacenti, anziché partire dalla individuazione delle norme applicabili e far discendere da esse gli effetti e le caratteristiche dell'istituto.

«Inoltre, il concetto di uso aziendale come fonte sociale, dati i caratteri che la Corte gli ascrive, risulta un ibrido, radicalmente *extra ordinem*, in quanto espressivo di autonomia negoziale, dice la sentenza, ancorché la volontà dell'autore del comportamento sia irrilevante ai fini della creazione del vincolo, tanto è vero che esso, per quanto asseritamente negoziale, viene fatto operare alla stregua di un uso normativo, integrando oggettivamente gli effetti del contratto individuale, pur senza averne le caratteristiche strutturali»[26].

La stessa critica, sostanzialmente, viene poi ripetuta da altro Autore: «il richiamo alla categoria indifferenziata ed eterogenea delle «fonti sociali» è stato oggetto di critica da parte della dottrina, che ne ha sottolineato, con toni forse fin troppo duri, l'ambiguità e la relativa incerta collocazione nell'ambito delle fonti di regolazione del rapporto di lavoro (S. Liebman, *Comportamenti unilaterali dell'imprenditore, usi aziendali e teoria delle fonti di regolamentazione del rapporto di lavoro, MGL*, 2000, 596; sulla stessa linea ricostruttiva P. Ichino, *Il contratto di lavoro, Tratt. CM*, I, 2000, 251-254)»[27].

L'effetto che la sentenza voleva raggiungere è invece evidente: quello di liberare gli usi aziendali dalla doppia rigidità cui erano sottoposti in base alle precedenti ricostruzioni teoriche: se riconducibili all'art. 1340 c.c. e pertanto da ritenersi inseriti nei contratti individuali, infatti, essi rimangono intangibili dai contratti collettivi successivi; se ricondotti ad una sorta di contratto collettivo tacito, all'opposto, essi risultano immodificabili da successivi patti individuali; la sentenza *de qua*, invece, riesce, con abile quanto artificiosa ricostruzione, a renderli modificabili, come or ora visto, da entrambi.

8. Le successive sentenze degli anni 2000

Pur non trovando particolare seguito, la sentenza da ultimo esaminata un effetto importante l'ha tuttavia prodotto: nelle sentenze successive, infatti, pur con spiegazioni diverse e spesso acriticamente, è divenuta tralaticia l'affermazione sopra citata per cui «l'uso aziendale agisce sul piano dei singoli rapporti individuali allo stesso modo e con la stessa efficacia di un contratto collettivo aziendale»[28].

In alcune altre sentenze, invece, è stata riaffermata la teoria della «sentenza De Luca», facendo quindi applicazione dell'art. 1340 c.c.[29].

(25) Si veda però Cass. SS.UU. 18 dicembre 2007 n. 26107, in *RIDL* 2008, II, pag. 539.

(26) L. Castevetri, *Ma l'uso aziendale esiste?*, in *RIDL* 2000, II, pag. 612.

(27) G. Quadri, *Usi aziendali, «fonti sociali» e autonomia collettiva*, *RIDL* 2008, II, pag. 540.

(28) In tal senso possono menzionarsi: Cass. 20 maggio 2004 n. 9626, in *Mass. giur. lav.* 2004, 787; Cass. 14 gennaio 2005 n. 625, in *Guida al dir.* 2005, n. 7, 51; Cass. 11 luglio 2007 n. 14589, in *Giust. civ. Mass.* 2007, 7-8; Cass. SS.UU. 13 dicembre 2007 n. 26107, in *Giust. civ. Mass.* 2007, 12 e in *RIDL* 2008, 3, 539, con nota di QUADRI; Cass. 27 maggio 2008 n. 13816 in *D.L. Riv. critica dir. lav.* 2008, 3, 966, con nota di Beretta; Cass. 12 agosto 2009, n. 18327, in questa rivista n. 11/2009, 53; Cass. 11 marzo 2010 n. 5882, in *Giust. civ. Mass.* 2010, 3.

(29) Cass. 11 agosto 2000 n. 10642, in *Mass. giur. it.*, 2000; Cass. 2 agosto 2002 n. 11607, in *Diritto e Giustizia*, 2002, fasc. 33, 14; Cass. 5 febbraio 2003 n. 1693, in *Il lav. nella giur.*, 2003, 575; Cass. 3 giugno 2004 n. 10591, in *Il lav. nella giur.*, 2004, 1197.

La suddetta acriticità è stata tale da far affermare che «nella giurisprudenza della Corte di legittimità continua ad aleggiare incertezza teorica intorno all'istituto degli usi aziendali, soprattutto per la carenza di rigore ricostruttivo della fattispecie esaminata»[30].

In conclusione, quindi, pur avendo avvertito di quali siano le tesi più ricorrenti, si deve affermare che non vi è ancora in giurisprudenza né unanimità di interpretazioni, né alcuna tesi che possa dirsi talmente convincente da aver preso il sopravvento sulle altre o, altrimenti, da aver trovato condivisione ed apprezzamento presso la dottrina prevalente.

9. Un tentativo di ricostruzione

Dalle numerose ed articolate critiche a ciascuna delle teorie proposte pare di poter desumere che nessuna di esse riesca a spiegare compiutamente il fenomeno degli usi azienali: si deve allora concludere, ripetendo la stessa domanda posta da quell'autrice sopra richiamata, che l'uso aziendale non esiste?

A modesto parere del sottoscritto le cose non stanno così, perchè, invero, una delle teorie proposte sembra convincente e capace di resistere alle critiche che le sono state mosse e di superarle: trattasi della teoria inzialmente emersa, che riconduce il fenomeno all'art. 1340 c.c. e che, per brevità, chiamaremo quindi la teoria della sentenza De Luca.

Ma prima di passare alla critica delle critiche della teoria della sentenza De Luca, è bene esaminare perché altrettanto non possa dirsi delle teorie «rivali».

Facendo un cammino a ritroso, si parta dalla teoria delle fonti sociali (sentenza Martone del 2000).

Essa è la meno convincente di tutte, proprio perché, come è stato osservato, è del tutto priva di basi dogmatiche e normative: restano infatti assolutamente e gravemente indeterminate le caratteristiche delle richiamate fonti sociali.

Esse, peraltro, pur rivolgendosi per loro natura alla collettività dei dipendenti, vengono però fatte operare nei singoli contratti individuali; il che appare contraddittorio. Ma soprattutto appare contraddittorio il richiamo, quale strumento di loro inserimento nei contratti, all'art. 1374 c.c.

È pacifica, infatti, (come visto nella prima parte del presente intervento), la ritenuta natura di usi normativi negli usi che vengono fatti operare tramite l'art. 1374; in altre parole è pacifico che tale norma del codice civile si riferisce agli usi normativi. Ma allora occorrerebbe riconoscere espressamente natura di usi normativi agli usi aziendali: con la conseguenza che delle caratteristiche tipiche e necessarie degli usi normativi si dovrebbe far ricorso ed applicazione. Si dovrebbe allora ammettere che un uso aziendale debba avere le caratteristiche della astrattezza e generalità e che pertanto esso non possa mai formarsi all'interno di una singola azienda, mentre il caso di specie affrontato (sia da Cass. 1773/2000 che da Cass. 26107/2007) e nel quale l'uso è stato riconosciuto riguardava proprio una singola azienda. Bisognerebbe inoltre ammettere che la sua vincolatività discenda dall'ulteriore caratteristica dell'*opinio iuris ac necessitatis* (che invece mai è richiamata da tali sentenze; al contrario si afferma il carattere negoziale e non normativo dell'uso); che esso si imponga alle parti a prescindere da ogni volontà, da ogni conoscenza od ignoranza (ciò che risulterebbe, a pena di grave iniquità, in contrasto con l'orientamento dominante che riconosce nell'errore datorile l'impedimento al sorgere dell'uso aziendale[31]).

Come già sopra evidenziato, infine, non esiste una nozione «ontologica» degli usi aziendali[32], nè il metodo di soluzione scientifico-giuridico del problema può essere quello di adattare ad un risultato preconcetto che si vuol raggiungere le norme che ad esso si confanno, vizio metodologico nel quale la sentenza Martone è caduta.

Quanto alla «sentenza Fedeli», la n. 9690 del 1996, ed alla sua riconduzione dell'uso aziendale al contratto collettivo, valgano le critiche già sopra illus-

(30) G. Quadri in *RIDL* 2008, II, pag. 542, nella nota, a Cass. 26107/2007, *"Usi aziendali, «fonti sociali» e autonomia collettiva"*.

(31) V., oltre alle sentenze citate alla nota 11 della prima parte del presente intervento, Cass. 7 agosto 1998 n. 7774, in *Il Lav. nella giur.* 1999, 1050, con nota di Garofalo e Cass. 18 febbraio 1992 n. 1984, in *Mass. giur. it.*, 1992. Vedi inoltre gli altri casi citati da M. Miscione, in *Usi aziendali e diritti individuali (II)*, in *Il lav. nella giur.* n. 6/2008, pag. 546.

trate: difetto metodologico; insufficiente spiegazione del perché vi sia e come avverrebbe l'equiparazione al contratto collettivo; impossibilità di individuazione dell'interlocutore collettivo; critiche al ricorso all'art. 1340 c.c. non condivisibili (per le ragioni sulle quali ci si intratterrà meglio oltre).

L'unica impostazione corretta del problema, dunque, sembra essere quella della sentenza De Luca, che, sia pur con alcune precisazioni e correzioni, risulta capace di reggere alle critiche mosse[33].

Vediamo perché.

Una critica che è stata mossa a questa sentenza, dapprima da Spagnuolo Vigorita, che ha affermato la necessità della preesistenza della clausola d'uso alla conclusione del contratto e dappoi dalla sentenza De Angelis del tribunale di Milano del 1998, che ha affermato che la disciplina civilistica delle clausole d'uso si ispira chiaramente agli usi generali del mercato o pratica generalizzata degli affari, è invero superabile per le seguenti ragioni: è vero che l'art. 1340 si riferisce generalmente alle pratiche generalizzate di mercato, ma la lettera della norma non esclude, anzi ammette perfettamente, che una clausola divenga d'uso anche in un ambito territoriale assai ristretto e, dunque, in estremo caso, anche all'interno di una singola azienda.

Non vi sono infatti requisiti territoriali minimi desumibili dalla norma. Il che significa che anche nel limitato ambito di un'azienda (magari con tre soli dipendenti) possa divenire usuale una certa clausola di maggior favore per i dipendenti: si pensi al caso delle segretarie che non lavorano di sabato, oppure alla cena natalizia offerta dal datore di lavoro.

Attenzione però: l'inserzione della clausola d'uso nel contratto non deve necessariamente avvenire solo al momento della conclusione del contratto, ma può avvenire anche in qualsiasi tempo successivo, quale clausola modificativa o integrativa di esso: ecco perché anche un comportamento reiterato che sorga dopo la conclusione dei contratti, può finire per costituire clausola d'uso che, come tale ed in virtù dell'art. 1340 c.c., si inserisce nei contratti individuali dei dipendenti già assunti, proprio perché tale uso si è formato nei loro confronti.

Si verifica una modifica del contenuto del contratto, successiva alla sua formazione ed in corso di svolgimento del relativo rapporto.

Le critiche di Spagnuolo Vigorita e della sentenza De Angelis quindi sono superabili.

Altra critica che è stata mossa alla teoria della sentenza De Luca è quella della eccessiva vincolatività dell'uso: ma tale critica non è condivisibile per due ragioni: la prima è che qualsiasi patto individuale tra dipendente e datore di lavoro diventa vincolante tendenzialmente in eterno, essendo modificabile solo per effetto di un nuovo patto individuale; non si vede pertanto dove starebbe l'eccesso. La seconda è che non è condivisibile che il patto non sia escludibile per i nuovi assunti[34]: se infatti il meccanismo di inserzione «automatica» della clausola d'uso nel contratto di costoro è quello dell'art. 1340 c.c. è pur sempre doveroso ammettere che viene fatta salva la eventuale espressa volontà contraria del datore di lavoro: se, dunque, nell'esempio di cui sopra, il professionista che ha tutte segretarie che non lavorano di sabato, vuol assumere una segretaria per adibirla al lavoro sabbatico, nulla gli impedirà di farlo, purché ciò sia espresso nel contratto di assunzione: tale espressa volontà costituirà quella volontà contraria, ex ultima parte dell'art. 1340 c.c., che impedirà l'estensione alla nuova assunta della clausola d'uso (presso le altre).

Un'altra critica mossa al ricorso all'art. 1340 c.c. per spiegare e regolare gli usi aziendali è stata quella della impossibilità a spiegare, in tal modo, la loro diffusività, cioé l'estensione di efficacia anche a soggetti diversi rispetto a quelli presso i quali l'uso si è formato.

Ma anche tale critica è facilmente superabile proprio per le argomentazioni or ora svolte: prima il patto deve divenire usuale; poi però, una volta divenuto tale, esso si inserisce nei contratti di tutti i soggetti (anche futuri) che vengano a trovarsi

(32) M. Miscione, *Usi aziendali e diritti individuali (I)*, in *Il lav. nella giur.* n. 5/2008, pag. 456.

(33) Si condivide, così, sostanzialmente, l'opinione espressa da M. Miscione, nell'op. cit.

(34) Come giustamente osservato da M. Miscione, nell'op. cit.

nelle condizioni di applicabilità di quel patto usuale, per espressa previsione dell'art. 1340 c.c.

È stato anche detto, come visto sopra, che non si capisce come possa un semplice comportamento unilaterale, sol perché reiterato, trasformare un'attribuzione spontanea e liberale in un vincolo obbligatorio.

Qui interviene la necessità di una parziale correzione di quanto affermato dalla sentenza De Luca, o quantomeno una precisazione, poiché è la stessa sentenza a parlare di manifestazione di volontà espressa *per facta concludentia*.

Chi scrive ritiene infatti che la soluzione sia corretta, purché alle seguenti condizioni: è necessario distinguere bene due fasi nella fenomenologia degli usi aziendali: una prima fase eziologica, nel corso della quale l'uso si forma e quindi non è ancora vincolante, ed una seconda fase applicativa, nella quale l'uso può dirsi formato, cioé divenuto appunto usuale, e perciò anche vincolante, nel corso della quale scatta il meccanismo dell'art. 1340 e l'uso viene inserito nel contratti individuali.

È inoltre necessario distinguere tra uso *tout court* e clausola d'uso: il primo consiste nel semplice reiterarsi di un certo comportamento (e non produce nessun effetto); la seconda, invece, è un patto che presuppone indefettibilmente l'incontro di due volontà coincidenti: per aversi clausola d'uso, quindi, è necessario indagare attentamente l'elemento soggettivo, in particolare, del datore di lavoro che, inizialmente, nella suddetta fase eziologica, deve necessariamente consistere in una volontà impegnativa e dunque positiva: il datore di lavoro deve cioè essere consapevole del valore sinallagmatico dell'attribuzione singola che sta operando; nell'esempio della cena di Natale, dunque, egli deve essere consapevole di pagare la cena ai dipendenti, senza riserve mentali di chiederne indietro il pagamento in futuro, o di essere obbligato a farlo per erronea interpretazione del contratto collettivo o che so altro. Una volta che però egli ha liberamente, spontaneamente e consapevolmente pagato la cena ai dipendenti, ed una volta che tale comportamento si è ripetuto per una serie di volte tale da poterlosi definire usuale, ecco che dalla reiterazione di tale comportamento si può desumere, *per facta concludentia*, la volontà del datore di lavoro che tale attribuzione diventi usuale e cioé obbligatoria; a questo punto vi deve essere, ovverossia deve essere desumibile, sia pure *per facta concludentia*, la consapevolezza del datore di lavoro del fatto che egli si sta impegnando anche per il futuro. Si conclude così la fase che abbiamo definito eziologica. A questo punto il patto implicitamente formatosi con l'accettazione dei lavoratori, per cui agli stessi dipendenti di quell'azienda viene attribuita una cena gratis ogni Natale, diventa clausola d'uso, che (e scatta qui la seconda fase, che abbiamo definito applicativa), in assenza di volontà contraria, si inserisce nei contratti di quei dipendenti, modificandoli, e rendendo l'attribuzione vincolante anche per il futuro, grazie al suo essere diventata clausola d'uso ed alla conseguente sua inserzione nei contratti individuali in virtù della previsione di cui all'art. 1340 c.c.

Il carattere pattizio che dunque deve avere originariamente la prassi, esclude che essa possa formarsi se la volontà, anche tacita, del datore di lavoro non sia ricavabile, ovvero sia attribuibile a cause diverse (quale l'errore, la intenzione di adempiere ad un obbligo, ecc.). Lo stesso spirito di liberalità, dunque, deve riconoscersi escluda il formarsi di una clausola d'uso: la liberalità può infatti trasformarsi in vincolo, solo laddove la ripetizione del comportamento sia talmente elevata e quasi automatica da poter far ritenere, sia pur anche presuntivamente ma fondatamente, che con tale reiterazione continua del comportamento il datore di lavoro stesso (in assenza di riserve o precisazioni d'altro tipo) abbia voluto significare ai lavoratori il suo intento di considerare usuale e quindi sempre ripetibile anche per il futuro, e quindi vincolante, tale comportamento; in altre parole occorre che la ripetizione sia tale da potersi affermare che nei lavoratori s'è creato un legittimo e fondato affidamento sul fatto che quella prassi, proprio per il suo lungo ed immancabile ripetersi nel passato, è destinata a ripetersi anche in futuro.

Certo l'indagine, nei fatti, non sarà mai facile; tuttavia essa, se svolta sulla base di questi concetti, non potrà dirsi erronea in diritto.

Una volta conclusasi quindi la fase eziologica dell'uso negoziale, esso, divenuto clausola d'uso, sia pur anche nel ristretto ambito di una determinata cerchia di lavoratori di una sola azienda, per effetto dell'art. 1340 c.c. si inserisce anche nei contratti successivi e futuri di tutti coloro

che si verranno a trovare nella stessa situazione, salva espressa volontà contraria del datore di lavoro (quindi, nell'esempio di cui sopra, anche la segretaria neo assunta non lavorerà di sabato, nel silenzio delle parti sul punto; mentre lavorerà anche di sabato se, nonostante l'uso negoziale ivi formatosi, esso venga espressamente escluso).

Occorre distinguere quindi la volontà del datore di lavoro e dei lavoratori al momento della formazione dell'uso (necessarie), dalle volontà nel momento dell'applicazione dell'uso (non necessarie).

È quindi corretto quello che dice la sentenza De Luca quando afferma che l'uso aziendale (una volta formatosi) si inserisce nei contratti individuali indipendentemente dalle volontà delle parti ed anche se ignorato da esse; in tale momento rileva infatti solo un'eventuale espressa volontà contraria.

Non è condivisibile invece, a parere del sottoscritto, ciò che la stessa sentenza, che tende a confondere le volontà dei due momenti suddetti, afferma in relazione all'irrilevanza, per la formazione dell'uso, delle volontà relative ai singoli atti, che dovrebbero essere sostituite da un'unica valutazione della spontaneità della prassi, successiva, globale ed a posteriori.

Tale valutazione potrà sì essere globale, anziché eccessivamente spezzettata, e pure necessariamente a posteriori, ma va ribadito che essa deve essere compatibile con il sorgere di un patto tra le parti, le cui volontà devono sussistere e non essere viziate in alcun modo.

Per conseguenza si dissente, infine, anche da quanto è stato affermato[35] in ordine all'onere della prova: «spetterà sempre a chi vuol far valere l'uso l'onere di provare la reiterazione uniforme per un certo periodo in una determinata cerchia, mentre spetterà sempre a chi vuol sfuggire all'uso l'onere di provare la mancanza di uno dei requisiti».

Infatti, tenendo conto delle prospettazioni appena svolte, chi vuol far valere un uso negoziale, deve innanzitutto provarne l'esistenza, in tutti i suoi elementi costitutivi; e poi provarne le condizioni perché esso possa ritenersi applicato, inserito anche nel proprio contratto[36]: la prova degli elementi costitutivi dell'uso, quindi anche della volontà datorile di ritenere usuale ed obbligatoria l'attribuzione, sia pur dedotta dal suo comportamento, spetterà dunque al lavoratore che invoca l'uso; soltanto in relazione alla successiva inserzione dell'uso nello specifico contratto, invece, sarà il datore di lavoro ad essere tenuto a dare la prova dell'eventuale volontà contraria.

Certo è che se la volontà iniziale del datore di lavoro può essere desunta da una serie di comportamenti o elementi presuntivi, l'eventuale elemento impeditivo, come l'esistenza di un errore, rimarrà pure a carico del datore di lavoro, secondo i principi generali.

Quanto, infine, alla volontà iniziale del datore di lavoro, di effettuare spontaneamente quelle attribuzioni vantaggiose che corrisponde e di continuare a ripeterle fino a considerarle usuali e dunque obbligatorie, varranno le elaborazioni civilistiche sulla volontà espressa per comportamento concludente (cfr. *sub* 1327 c.c.); così come, sul versante dell'accettazione dei lavoratori, varranno quelle elaborate sul tema del silenzio circostanziato (cfr. *sub* 1326 c.c.).

La disciplina applicabile agli usi così definiti sarà quindi quella sopra descritta per gli usi negoziali e in tema di art. 1340 c.c. (con esclusione quindi delle caratteristiche degli usi normativi, modificabilità *in peius* solo da parte di nuovo patto individuale, ecc.).

Si ritiene così d'aver sufficientemente riordinato la teoria principale sugli usi aziendali, quali usi negoziali operanti ex art. 1340 c.c., che dunque si rivela quella più condivisibile; e che, nel contempo, esige un rigoroso accertamento degli stessi in termini fattuali e volontaristici, tale da poter escludere facili abusi.

(35) M. Miscione, nell'op. cit.

(36) Tra le quali, occorrerà l'identità di situazione regolata: cfr., ad esempio, Cass. 21 agosto 2009 n. 18593, in *Foro it.* 2010, I, 98: "*L'uso presuppone l'identità della situazione regolata, mentre nel caso in esame si è in presenza di una nuova organizzazione del lavoro, implicante l'utilizzazione di macchinari diversi, con tempi di applicazione diversi. In tale contesto, secondo la valutazione del giudice di merito, è venuto meno il presupposto delle pause, perché risulta meno scomoda la postura che si assume nell'utilizzo delle nuove macchine e risulta comunque limitato il tempo di adibizione alle stesse*".