



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE “CESARE BECCARIA”
SEZIONE DI FILOSOFIA E SOCIOLOGIA DEL DIRITTO

CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA IN FILOSOFIA DEL DIRITTO
XXV CICLO

CURRICULUM DI FILOSOFIA ANALITICA E TEORIA GENERALE DEL DIRITTO

TESI DI DOTTORATO DI RICERCA

USI AZIENDALI.
UN’ANALISI FILOSOFICO-GIURIDICA
(SETTORE SCIENTIFICO DISCIPLINARE: IUS/20)

DOTTORANDA:
OLIMPIA GIULIANA LODDO

TUTORS:
PROF. GIUSEPPE LORINI
PROF. SSA ANNA PINTORE
PROF. VITO VELLUZZI

COORDINATORE DEL DOTTORATO:
PROF. PAOLO DI LUCIA

ANNO ACCADEMICO 2011-2012

INDICE

PREMESSA

1. L'oggetto.....	5
2. Il metodo	12
3. Le fonti.....	22

Capitolo I

I CONCETTI DI “USO AZIENDALE”

1. Gli usi aziendali dall'individuale al collettivo.....	26
2. L'uso aziendale è un vero uso?.....	35
2.1. Gli elementi <i>materiali</i> dell'uso aziendale.....	46
2.1.1. Il senso delle condotte datoriali.....	46
2.1.2. La condotta datoriale come “prassi ideologica”	49
2.1.3. La funzione nascosta della condotta datoriale	55
2.2. Gli elementi <i>formali</i> dell'uso aziendale.....	59
2.2.1. La formazione delle norme in azienda.....	60
2.2.2. I criteri di individuazione del livello gerarchico delle norme aziendali nell'ordinamento statale	65
2.2.3. Una tipologia dell'uso aziendale	71

Capitolo II

BETRIEBLICHE ÜBUNG, USAGE D'ENTREPRISE, USO AZIENDALE

1. <i>Betriebliche Übung</i> e uso aziendale	74
1.1. L'espressione ' <i>betriebliche Übung</i> '.....	74
1.2. Tre teorie della “ <i>betriebliche Übung</i> ”	76

1.2.1. La teoria della responsabilità per affidamento [<i>Vertrauenshaftungstheorie</i>] della <i>betriebliche Übung</i>	77
1.2.2. La teoria contrattualistica [<i>Vertragstheorie</i>] della <i>betriebliche Übung</i>	79
1.2.3. La teoria istituzionalistica della <i>betriebliche Übung</i>	84
1.3. L'influenza della categoria “ <i>betriebliche Übung</i> ” sulla formazione della categoria “uso aziendale”	88
2. <i>Usage d'entreprise</i> e uso aziendale	91
2.1. L' espressione ‘ <i>usage d'entreprise</i> ’	91
2.2. Due teorie sull’“ <i>usage d'entreprise</i> ”	96
2.2.1. La teoria dell’ <i>usage d'entreprise</i> come <i>accord atypique</i>	96
2.2.2. La teoria dell’ <i>usage d'entreprise</i> come <i>engagement unilateral</i>	99
2.3. L'influenza della categoria “ <i>usage d'entreprise</i> ” sulla formazione della categoria “uso aziendale”	103

Capitolo III

LA STRUTTURA NASCOSTA DELL'USO AZIENDALE

1. Tre concezioni dell'azienda presupposte nei concetti di “uso aziendale”	108
1.1. La concezione <i>positivistica</i> dell'azienda	118
1.2. La concezione <i>contrattualistica</i> dell'azienda.....	128
1.3. La concezione <i>sociale</i> dell'azienda	132
2. Due sensi di ‘ideologia’ nell'uso aziendale.....	136
2.1. Ideologia “semantica” dell'uso aziendale.....	137
2.1.1. Ideologia “semantica” in Giovanni Tarello.....	138
2.1.2. Due esempi di ideologia “semantica” in tema di uso aziendale.....	139
2.2. Ideologia “sintattica” dell'uso aziendale.....	141
2.2.1. Ideologia “sintattica” in Norberto Bobbio	142
2.2.2. Due forme di ideologia “sintattica” nell'uso aziendale.....	145

3. Due tipi di giuristi ideologi nel dibattito sull'uso aziendale.....	147
3.1. Il giurista <i>inventore</i> dei concetti di “uso aziendale”.....	147
3.2. Il giurista <i>distruttore</i> dei concetti di “uso aziendale”.....	155
3.2.1. Il giurista nominalista.....	156
3.2.2. Il giurista riduzionista.....	161
 CONCLUSIONI.....	 163
 APPENDICE	
Wolfgang Siebert, <i>L'ordinamento aziendale concreto</i> [<i>Zur konkreten Ordnung des Betriebes</i>], 1941..	 165
 BIBLIOGRAFIA.....	 186

PREMESSA

1. L'oggetto

In assenza di norme esplicitamente prodotte da altre fonti del diritto (legge, contratto individuale, contratto collettivo), numerose sentenze impongono ai datori di lavoro la prosecuzione di un comportamento, reputato favorevole¹ ai lavoratori, comportamento che era stato iterato dal datore di lavoro per un certo periodo di tempo. Tali decisioni giudiziali trovano giustificazione nella categoria “uso aziendale”², anche se l’uso aziendale non appare nelle fonti formali del diritto. L’espressione ‘uso aziendale’ è stata coniata³ dalla giurisprudenza⁴.

¹ Cajo Enrico Balossini (*Consuetudini, usi, pratiche regole di costume*, 1958, p. 124) sostiene che la tendenza a mitigare gli elementi costitutivi della consuetudine a favore dei lavoratori non ha ragion d’essere, dal momento che la consuetudine è una fonte avente delle caratteristiche costanti che non dovrebbero variare da ramo a ramo del diritto. Cfr. FERRUCCIO PERGOLESÌ, *Saggi sulle fonti normative*, 1942.

² Nella presente tesi, utilizzerò le virgolette semplici (‘ ’) quando farò riferimento a un termine *in supposizione materiali*; utilizzerò le virgolette doppie (“ ”) negli altri casi.

³ Uno dei pochi punti condivisi dagli esponenti della dottrina sulla categoria dell’uso aziendale è proprio la sua origine giurisprudenziale. Il procedimento di formazione della categoria “uso aziendale” è inusuale. Infatti, solitamente si ritiene che siano le operazioni concettuali compiute dalla dottrina a produrre concetti sistematici di ampia portata, mentre le operazioni interpretative concretamente compiute nell’esercizio pratico della funzione giudiziale dovrebbero presentare un minore livello di astrazione. Cfr. GIOVANNI TARELLO, *Teorie ed ideologie nel diritto sindacale*, 1967, 1972, p. 84. Non mancano, tuttavia opinioni difformi, alcuni autori sostengono che anche in ordinamenti caratterizzati da un sistema di ‘civil law’ si possa parlare di diritto giudiziale. In tal senso, scrive Giovanni Orrù (*Richterrecht*, 1983, p. 102): “La locuzione ‘Richterrecht’ va [...] riferita non tanto alle norme individuali stabilite per i singoli casi dedotti in giudizio, quanto alle vere e proprie norme generali, ossia ai contenuti logici comuni a una serie di sentenze uniformi”. Invero, solo alcuni concetti di “uso aziendale” sono effettivamente di origine giudiziale, e possono, pertanto essere considerati un’espressione del diritto giudiziale [*Richterrecht*].

⁴ Nella presente tesi il sostantivo ‘giurisprudenza’ e gli aggettivi ‘giudiziale’ e ‘giurisprudenziale’ saranno usati con riferimento ai discorsi tratti dalle sentenze in tema di usi aziendali. I termini ‘dottrina’ e ‘dottrinale’ faranno riferimento ai discorsi (dei giuslavoristi) tratti da libri, saggi, note a sentenza). Il termine ‘giurisprudenziale’ non sarà quindi utilizzato nel senso generale di “diritto dei giuristi” cioè “nel senso di diritto prodotto dai conoscitori del diritto, in quanto conoscitori del diritto” adottato da Luigi Lombardi Vallauri cfr. LUIGI LOMBARDI VALLAURI *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, 1967, 1975.

Tuttavia, dal fatto che vi sia *un'unica* espressione 'uso aziendale' non deriva necessariamente che questa espressione sia semanticamente *univoca*, ossia che vi sia *un unico* concetto di "uso aziendale". Infatti, l'espressione 'uso aziendale' è stata impiegata in giurisprudenza per indicare costruzioni dogmatiche, che hanno di volta in volta giustificato decisioni giurisprudenziali estremamente eterogenee. L'eterogeneità delle *decisioni* giudiziali in tema di uso aziendale rispecchia l'eterogeneità dei *concetti* di uso aziendale.

Nella presente tesi intendo descrivere le operazioni concettuali compiute dai giuristi per l'elaborazione dei diversi concetti di "uso aziendale". Pertanto, ricostruirò i presupposti teoretici, concettuali e ideologici che costituiscono le *strutture nascoste* (latenti) dei concetti giuridici designati in dottrina e in giurisprudenza con l'espressione 'uso aziendale'.

Per inquadrare meglio il fenomeno oggetto della presente tesi, propongo un elenco⁵ di comportamenti (commissivi o omissivi) che sono stati reputati obbligatori in base ai diversi concetti di uso aziendale:

- (i) la corresponsione, nel corso del rapporto di lavoro, di un emolumento in favore della generalità dei dipendenti;
- (ii) l'erogazione dell'indennità di trasferta;
- (iii) la corresponsione di un incentivo aziendale per prepensionamento;
- (iv) la riduzione dell'orario di lavoro rispetto a quanto previsto dal contratto collettivo;
- (v) la determinazione delle modalità di esercizio del diritto al riposo settimanale;
- (vi) l'apposizione del patto di prova al contratto di lavoro stipulato con gli iscritti al collocamento obbligatorio avviati al lavoro;
- (vii) l'assegnazione a nuove mansioni compatibili a coloro che hanno subito gravi infortuni sul lavoro;

È discutibile se nel nostro ordinamento esista un diritto giurisdizionale concettualmente autonomo rispetto all'insieme delle opinioni degli esperti di diritto, insieme che io chiamerei diritto giurisprudenziale. Infatti, mancando il principio del precedente, l'opinione del giudice conta non tanto perché quel giudice è giudice, ma perché quel giudice è un giurista e ha motivato correttamente.

⁵ LUCIA VALENTE, *Clause d'uso ed usi aziendali nel sistema delle fonti negoziali di integrazione del contratto di lavoro*, 2005, p. 522.

- (viii) la stipulazione da parte del datore di lavoro di un'assicurazione contro gli infortuni extralavorativi dei dipendenti;
- (ix) l'erogazione di un premio di anzianità, consistente in alcuni oggetti di valore;
- (x) la reiterata corresponsione ai lavoratori di incentivi alle dimissioni in vista dell'ammissione al prepensionamento;
- (xi) la retribuzione del c.d. "supero del nastro lavorativo";
- (xii) la corresponsione al personale addetto alle vendite di un emolumento sostanzialmente svincolato dal rendimento;
- (xiii) l'attribuzione di una qualifica;
- (xiv) la corresponsione, in occasione della festa della donna, di tre ore aggiuntive di retribuzione alle sole dipendenti di sesso femminile;
- (xv) l'inclusione, nella retribuzione dovuta al lavoratore passato alle dipendenze del cessionario, anche del c.d. "dividendo" annuale continuativamente erogato per sedici anni dal cedente;
- (xvi) l'erogazione dell'indennità di trasporto (consistente in un parziale rimborso delle spese di viaggio);
- (xvii) la concessione di un permesso retribuito il 24 dicembre;
- (xviii) la concessione di un permesso retribuito in occasione della festività delle Ceneri;
- (xix) la determinazione dei criteri di calcolo dell'indennità di anzianità (poi t. f. r.);
- (xx) la corresponsione di una gratifica speciale di buona uscita.

Alla base dei diversi concetti di “uso aziendale” vi sono spesso dei discorsi ideologici.

Nel corso della mia tesi utilizzerò il termine ‘ideologia’ nel senso di “*asserzione para-teoretica* [*para-theoretische Aussage*]”. Theodor Geiger nel saggio *Ideologie und Wahrheit* [*Ideologia e verità*] scrive:

Sono ideologiche quelle asserzioni [*Aussagen*] che, nella loro forma linguistica e nel loro senso manifesto, si presentano come asserzioni fattuali *teoretiche*, mentre sono in realtà *a-teoretiche* e non contengono elementi che appartengano alla realtà oggettiva⁶.

Analogamente, secondo Gustav Bergmann⁷, un’asserzione [*Aussage*] è ideologica nel caso in cui essa sia un giudizio di valore travestito⁸ da giudizio di

⁶ THEODOR GEIGER, *Ideologie und Wahrheit*, 1968, p. 58.

Als ideologisch sollen jene Aussagen bezeichnet werden, die ihrer sprachlichen Form und dem in ihnen ausgedrückten Sinne nach sich als theoretische Sachaussagen geben, die aber a-theoretische, nicht der objektiven Erkenntniswirklichkeit zugehörigen Bestandteile enthalten.

⁷ GUSTAV BERGMANN, *Ideology*, 1951, pp. 205-218; cfr. MARIO JORI, *Osservazioni sull’ideologia, ordinamento e interpretazione*, 1978, pp. 421-430.

⁸ Il concetto di “ideologia” non ha un carattere necessariamente negativo. Ad esempio, secondo il filosofo Wojciech Żelaniec, le proposizioni ideologiche hanno necessariamente ad oggetto la società e possono (ma non devono necessariamente) derivare da una visione distorta della realtà. L’analisi proposta da WOJCIECH ŻELANIEC (*Zarys filozoficznej teorii ideologii* [*Lineamenti di una teoria filosofica dell’ideologia*], 1991) è incentrata sull’ideologia che si predica dei discorsi sulla società. Żelaniec distingue tre specie di ideologie secondo il loro presupposto:

- (i) ideologia come falsa coscienza [*przekonania fałszywe*];
- (ii) ideologia come coscienza pratica [*przekonania praktyczne*];
- (iii) ideologia come coscienza vincolata [*przekonania “uwarunkowane”*].

Ideologia come falsa coscienza [*Ideologie to przekonania fałszywe*]. Il concetto di ideologia come processo mentale basato su una falsa coscienza [*przekonania fałszywe*] è quello utilizzato da Karl Marx e Friedrich Engels.

Sul concetto di “falsa coscienza” si veda il libro del sociologo francese (di origine ungherese) JOSEPH GABEL [1912-2004], *La fausse conscience: essai sur la réification*, 1962.

Ideologia come coscienza pratica [*Ideologie to przekonania praktyczne*]. L’ideologia come coscienza pratica è esplicitamente finalizzata all’azione nella società e alla trasformazione della società. In questo senso l’ideologia è tattica [*taktyka*], strategia [*strategia*], metodo [*metoda*], un concreto piano di azione sociale [*konkretny plan działania społecznego*]. Secondo Żelaniec, il libro di Vladimir Il’ič

fatto. Norberto Bobbio condivide la definizione di ‘asserzione ideologica’ proposta da Geiger e da Bergmann e rileva che, per comprendere la portata ideologica di un discorso, occorre prenderne in esame due aspetti: il *fondamento* e la *forma*, intendendo per ‘forma’ il modo in cui un discorso ideologico è presentato⁹.

Si tratta del senso di ‘ideologia’ particolarmente diffuso in filosofia analitica e chiamato comunemente (con un’espressione piuttosto fuorviante) ‘falsa coscienza’ ovvero, come scrive Anna Pintore:

[Sono ideologici quei] discorsi solo apparentemente neutrali, conoscitivi e scientifici, ma che in realtà tali non sono, e per la loro falsa apparenza riescono a suggerire o rafforzare valori e norme¹⁰.

Ul'janov (Lenin) [Владимир Ильич Ульянов (Ленин)] *Che fare?* [Что делать?] è un’esemplificazione di questa specie di ideologia.

L’ideologia come *coscienza vincolata* [*Ideologie to prękonania “uwarunkowane”*] è chiaramente esplicita da Karl Mannheim (*Ideologie und Utopie*, 1929). La coscienza vincolata può essere il presupposto di una costruzione concettuale ideologica. Di questo tipo di ideologia v’è una rappresentazione limitata della società. I fenomeni sociali sono rappresentati dall’autore del testo ideologico sulla base di una *forma mentis* condizionata:

- (i) dall’appartenenza dell’autore a una particolare classe sociale;
- (ii) dagli obiettivi individuali dell’autore;
- (iii) dagli obiettivi connessi allo *status* dell’autore.

I discorsi sulla società caratterizzati da questa forma ideologica prendono in considerazione gli interessi di un gruppo sociale senza compiere un bilanciamento tra i diversi interessi emergenti nella la società.

⁹ NORBERTO BOBBIO, *L’ideologia in Pareto e in Marx*, 1968, 1969, p. 107.

¹⁰ MARIO JORI, ANNA PINTORE, *Manuale di teoria generale del diritto*, 1995, pp. 198-199. FERRUCCIO ROSSI-LANDI (*Ideologia. Per l’interpretazione di un operare sociale e la ricostruzione di un concetto*, 2005, p. 184) evidenzia la non coincidenza tra il concetto di “falsa coscienza” e quello di “ideologia”. Scrive Rossi-Landi:

L’uomo può essere in stato di falsa coscienza anche quando non si mette a ideologizzare. L’ideologia implica la falsa coscienza, la falsa coscienza non implica l’ideologia.

Questo deriva dal fatto che la falsa coscienza è un momento pre-linguistico del processo cognitivo, mentre l’ideologia presuppone un’elaborazione concettuale per la quale è necessario il linguaggio.

La definizione di ‘ideologia’ proposta da Pintore è compatibile con la definizione di ideologia proposta da Theodor Geiger, ed è fondamentale per la presente indagine *meta-giurisprudenziale*.

Tuttavia, l’espressione ‘ideologia come falsa coscienza’ è fuorviante poiché può indurre ad identificare la falsa coscienza con l’ideologia, malgrado la falsa coscienza possa essere (al limite) il presupposto di un pensiero o di un discorso ideologico.

Il concetto di “ideologia” come processo mentale (non identificabile ma) *basato su una falsa coscienza [falsches Bewusstsein]* è utilizzato da Karl Marx e Friedrich Engels. Sul concetto di “falsa coscienza” scrive Friedrich Engels:

L’ideologia è un processo che invero è compiuto coscientemente dal cosiddetto pensatore, ma con una coscienza falsa. Le effettive forze motrici che lo muovono [che spingono il pensatore] sono per lui [per il pensatore] sconosciute, altrimenti non sarebbe più di un processo ideologico [...]. Egli lavora con la sola materia astratta che egli accetta, acriticamente, così come concepita dal pensiero, e non cerca oltre, [non cerca] una base più ampia indipendente dal pensiero; e in realtà questo [il pensiero] è per lui autoevidente, allora ogni comportamento gli appare, anche in ultima istanza, fondato sul pensiero, perché tale comportamento è trasmesso dal pensiero¹¹.

I fondamenti dei discorsi ideologici possono essere *teorici* o *politici*¹². In altre parole, un discorso ideologico (sul diritto) è apparentemente finalizzato a descrivere un fenomeno giuridico “com’è”, ma, in realtà, cela un carattere prescrittivo e presenta tale fenomeno giuridico come “dovrebbe essere” in base a teorie

¹¹ FRIEDRICH ENGELS, *Brief an Mehring (14. 07. 1893)*, 1968, p. 97

Die Ideologie ist ein Prozess, der zwar mit Bewusstsein vom so genannten Denker vollzogen wird, aber mit einem falschen Bewusstsein. Die eigentlichen Triebkräfte, die ihn bewegen, bleiben ihm unbekannt, sonst wäre es eben kein ideologischer Prozess [...]. Er arbeitet mit bloßem Gedankenmaterial, das er unbesehen als durchs Denken erzeugt hinnimmt und sonst nicht weiter auf einen entfernten, vom Denken unabhängigen Ursprung untersucht, und zwar ist ihm dies selbstverständlich, da ihm alles Handeln, weil durchs Denken vermittelt, auch in letzter Instanz im Denken begründet erscheint.

¹² Come sottolinea Uberto Scarpelli (*La teoria generale del diritto: prospettive per un trattato*, 1983, p. 290):

Politica non è soltanto quella dei militanti, articolata attraverso i partiti e i movimenti, tendente immediatamente alla conquista ed all’uso del potere; politica è ogni attività, comprese le attività intellettuali, tendente, sia pure con mediazioni complesse, a strutturare, od a mantenere strutturate, in una maniera piuttosto che in un’altra, le relazioni umane nella società.

precostituite o in quanto reputato idoneo al soddisfacimento di particolari interessi¹³.

Quindi, è ideologico un discorso (sul diritto) che è volto apparentemente all'analisi di un concetto giuridico, ma tende, in realtà, alla modificazione di tale concetto (o alla creazione di un concetto giuridico diverso) al fine di soddisfare dei particolari interessi.

Tuttavia, è opportuno precisare che, per ricostruire la struttura dei diversi concetti di “uso aziendale”, non sarà sufficiente evidenziare gli interessi che (attraverso tali differenti concetti di “uso aziendale”) si intendono tutelare¹⁴. Infatti, i giuristi pratici, nell'intento di risolvere una particolare controversia, possono utilizzare i concetti di “uso aziendale” per finalità totalmente diverse rispetto a quelle per le quali erano stati originariamente concepiti.

La scelta di alcuni presupposti teoretici può essere motivata dalla sottaciuta intenzione di soddisfare alcuni specifici interessi. Infatti, i diversi concetti di “uso aziendale” presuppongono assunzioni *teoriche*, e sono (d'altro canto) tesi al soddisfacimento di particolari interessi. Tra le assunzioni teoriche presupposte nei diversi concetti di uso aziendale sono rilevanti sia i diversi modelli di organizzazione aziendale sia i criteri adottati per delineare il rapporto gerarchico tra le norme aziendali e le norme dell'ordinamento statale.

Nella genesi e nell'elaborazione della categoria “uso aziendale” è fondamentale il concetto di “azienda”. I giuslavoristi pensano in termini di ‘azienda’ e di ‘usi aziendali’ anche se non condividono né la stessa concezione dell’azienda, né la stessa concezione dell’uso aziendale. Il ruolo delle differenti concezioni dell’organizzazione aziendale nella formazione dei diversi concetti di uso aziendale verrà chiarito nel corso della tesi. Tuttavia, è opportuno sottolineare sin d’ora che nel mio lavoro utilizzerò il termine ‘azienda’ nel senso generico di “unità economica organizzata”. Tenterò, quindi, di non accogliere le concezioni dell’azienda più

¹³ Come rileva Theodor Geiger (*Ideologie und Wahrheit*, 1968, p. 5), originariamente il termine ‘ideologia’ non aveva un’accezione negativa. Infatti, il termine ‘ideologia’ [*idéologie*] viene coniato da Antoine-Louis-Claude Destutt de Tracy nel 1796 per indicare la scienza delle idee [*science des idées*]. Destutt de Tracy (*Éléments d'idéologie*, pp. 19-20) scrive:

Cette science peut s'appeler idéologie, si l'on ne fait attention qu'au sujet; grammaire générale, si l'on n'a égard qu' au moyen; logique si l'on ne considère que le but. Quelque nom qu'on lui donne, elle renferme nécessairement ces trois parties; car on ne peut en traiter une raisonnablement sans traiter les deux autres. Idéologie me paraît le terme générique parce que la science des idées renferme celle de leur expression, et celle de leur combinaison.

¹⁴ JON ELSTER, *Sour Grapes. Studies in the Subversion of Rationality*, 1983, 2001, p. 163.

articolate esplicite o implicite nei discorsi dei giuristi, poiché questo potrebbe falsare la mia analisi dei diversi concetti di “uso aziendale”.

Le concezioni dell’azienda divengono (spesso implicitamente) lo schema di interpretazione¹⁵ di elementi del rapporto di lavoro che vengono ricondotti a vario titolo alla categoria degli “usi aziendali”. Infatti, una concezione di “azienda” da un lato può portare l’interprete a considerare come giuridicamente vincolanti dei fenomeni economico-sociali che coinvolgono datore di lavoro e lavoratore¹⁶; dall’altro lato può spingere l’interprete a reputare (politicamente) auspicabile una particolare organizzazione aziendale.

2. Il metodo

2.1. In dottrina sono molti i tentativi di rispondere alle domande: che cos’è un uso aziendale? Qual è la “natura” dell’uso aziendale? Tali interrogativi potrebbero essere fuorvianti poiché creano l’illusione che sia possibile isolare un concetto di “uso aziendale”.

Nella presente tesi utilizzando il metodo analitico, esaminerò i diversi discorsi in tema di ‘uso aziendale’.

Mi limiterò ad affrontare il problema della denotazione del sintagma ‘uso aziendale’ in termini empiristici. Partirò quindi dalla domanda:

¹⁵ Dalla mia indagine emerge che il concetto di “azienda” è per i concetti di “uso aziendale” una sorta di concetto meta-istituzionale, un concetto che è condizione necessaria (*conditio sine qua non*) di concepibilità dei concetti di uso aziendale. Sull’idea di “concetto meta-istituzionale” cfr. Giuseppe Lorini (*Meta-institutional Concepts. The Philosophy of “Something More”*, 2012):

The concept of “game” is not an institutional concept: it is meta-institutional, since it is not constituted, but presupposed by the rules of chess. Therefore the concept of game is a (necessary) condition of possibility of both the activity of playing chess (an institutional fact) and the game of chess (an institution).

Analogamente, le diverse concezioni dell’“azienda” sono condizione di possibilità dei diversi concetti di “uso aziendale”.

¹⁶ GIORGIO LAZZARO (*Interpretazione sistematica della legge*, 1965, p. 35) sosteneva che la sistematicità è non *a parte obiecti*, ma *a parte subiecti*:

La sistematicità, anziché essere una caratteristica intrinseca delle norme, risponde soltanto ad una predisposizione mentale con la quale l’interprete si appresta a considerare quell’insieme di norme.

Analogamente, nel caso degli usi aziendali, le diverse declinazioni della aziendalità rispecchiano le predisposizioni mentali con le quali l’interprete si appresta a considerare i fenomeni che si verificano in ambito aziendale riconducendoli a un particolare sistema.

A cosa fanno riferimento i giuristi con il sintagma ‘uso aziendale’?

L’espressione ‘uso aziendale’ è anomala e polisemica. In primo luogo, l’espressione ‘uso aziendale’ è *anomala*, in quanto nell’espressione ‘uso aziendale’ il termine ‘uso’ non è né un sinonimo di uno specifico tipo di ‘fatto normativo aziendale’, né un sinonimo di uno specifico tipo di ‘norma aziendale’¹⁷.

In secondo luogo, l’espressione ‘uso aziendale’ è *polisemica*, poiché assume *sensi* diversi nei discorsi dei giuristi. Nella presente tesi, il senso di uso aziendale come *fatto normativo* sarà tenuto distinto dal senso di uso aziendale come *norma*.

Nei trattati e nei manuali di diritto del lavoro il tema degli usi aziendali è in genere affrontato nel capitolo dedicato alle *fonti del diritto del lavoro*¹⁸. Tuttavia, nelle argomentazioni dei giuristi, l’espressione ‘uso aziendale’ è utilizzata anche in riferimento alle norme aziendali. Ad esempio, Michele Miscione nell’articolo *Usi aziendali e diritti individuali* afferma:

Per uso aziendale sono stati riconosciuti ai dirigenti vari *benefits* come l’uso privato dell’auto aziendale¹⁹.

In questo caso, l’espressione ‘uso aziendale’ fa riferimento alla norma per la quale sono stati riconosciuti i *benefits* ai dirigenti.

Nel libro di Giulio Quadri *Usi aziendali e autonomia negoziale* l’accezione ‘uso aziendale’ come norma appare in modo esplicito:

Mentre il termine ‘prassi’ indica un modo di agire ripetuto nel tempo ‘usi’ si riferisce a regole di condotta consuetudinarie, fondate sulla reiterazione costante, uniforme e generale di comportamento²⁰.

Anche se l’espressione ‘uso aziendale’ è utilizzata alternamente in dottrina e in giurisprudenza per indicare due differenti categorie di fenomeni normativi: *fatti normativi* e *norme*, ai fini dell’analisi dei diversi concetti di “uso aziendale” è

¹⁷ In questo caso intendo un tipo di norma individuabile sulla base delle sue modalità di abrogazione e di formazione.

¹⁸ Si vedano, ad esempio: MATTIA PERSANI, *Trattato di diritto del lavoro I. Le fonti del diritto del lavoro*, 2010; STEFANO SPINELLI, *Lavoro*, 2009; ANTONIO VALLEBONA, *Breviario di Diritto del lavoro*, 2005.

¹⁹ MICHELE MISCIONE, *Usi aziendali e diritti individuali*, p. 551.

²⁰ GIULIO QUADRI, *Usi aziendali e autonomia negoziale. Regole consuetudinarie e modificazioni unilaterali nel rapporto di lavoro*, 2008, p. 20.

indispensabile tenere distinto il concetto di “fatto normativo” dal concetto di “norma”.

Alla base della mia analisi v'è, in particolare, la distinzione di due fondamentali sensi di ‘uso aziendale’. Riprendendo la distinzione di Leon Petrażycki²¹ tra “fatto normativo” e “norma”, distinguo l'uso aziendale come *fatto normativo* dall'uso aziendale come *norma*. Questi due sensi di ‘uso aziendale’ vengono sovente confusi e sovrapposti sia in giurisprudenza sia nel dibattito dottrinale, ma devono essere necessariamente tenuti distinti se si vuole ricostruire l'elaborazione dei diversi concetti di uso aziendale.

2.2. I giuristi concordano sul fatto che non esista una definizione di ‘uso aziendale’ comune. Ad esempio, il giuslavorista Stefano Liebman afferma:

Manca [...] una chiara e univoca percezione di cosa si intenda per uso aziendale [...]. Resta il fatto, di una uniforme tendenza della giurisprudenza a considerare vincolante con le più diverse argomentazioni specifiche, il ripetersi nel tempo di un dato comportamento datoriale favorevole [ai lavoratori]²².

In base a quanto sostenuto dalla dottrina e a quello che emerge dalla giurisprudenza sembrerebbe che l'espressione (il nome) ‘uso aziendale’ sia l'unico elemento costante e durevole di questo incerto concetto giuridico²³.

²¹ LEON PETRAŻYCKI, *Law and Morality*, 1955. Cfr. EDOARDO FITTIPALDI, *Psicologia giuridica e realismo: Leon Petrażycki*, 2012.

²² STEFANO LIEBMAN, *Individuale e collettivo nel rapporto di lavoro. Il problema degli “usi aziendali” nella giurisprudenza della Cassazione*, 1991, p. 157.

²³ Il concetto di “uso aziendale” sembra essere un esempio di *mixed mode*. La categoria dei *mixed modes* è uno strumento euristico elaborato da John Locke (*An Essay Concerning Human Understanding*, 1697) estremamente rilevante per l'indagine dei concetti etici, giuridici e politici. Tale categoria è stata indagata da Giuseppe Lorini nel saggio *La costitutività dei mixed Modes in John Locke* (2010). Lorini rileva che i concetti giuridici sono un tipico esempio di modi misti [*mixed modes*]. I modi misti possono essere analizzati a vari livelli. In particolare, Lorini (*La costitutività dei mixed Modes in John Locke*, 2010, p. 522) distingue tre possibili livelli di indagine relative ai modi misti:

- (i) il *primo livello* è il livello *onomasiologico*, il livello dell'indagine dei nomi di modi misti;
- (ii) il *secondo livello* è il livello *eidologico*, il livello dell'indagine dei concetti ovvero dei modi misti;
- (iii) il *terzo livello* è il livello *ontologico*, il livello delle entità designate dai nomi dei modi misti.

Nell'intraprendere la mia ricerca non ho accolto alcuna delle molteplici ed eterogenee definizioni di 'uso aziendale' formulate in dottrina o in giurisprudenza. Il filosofo del diritto Uberto Scarpelli, nel libro *Contributo alla semantica del linguaggio normativo* (1959), sostiene che in una ricerca di filosofia analitica è necessario specificare il significato dei termini-chiave adoperati nel corso dell'indagine. Nel corso della mia indagine ho avuto modo di individuare una nozione (estremamente generica) di uso aziendale compatibile con i diversi ed eterogenei concetti di "uso aziendale" utilizzati dai giuristi²⁴:

Gli "usi aziendali" sono delle costruzioni concettuali create dai giuristi, che delineano i criteri in base ai quali una condotta datoriale (omissiva o commissiva) iterata non prevista dalle fonti formali²⁵, può diventare obbligatoria per il datore di lavoro.

Non considero²⁶ auspicabile una ridefinizione dell'espressione 'uso aziendale' più specifica²⁷. Infatti, nel corso della mia indagine ho riscontrato che una simile

Tuttavia, a proposito dei *mixed modes* Lorini parla di "primato del nome". Scrive Lorini (*La costitutività dei mixed Modes in John Locke*, 2010, p. 529):

I modi misti hanno un'esistenza costante e durevole unicamente nei loro nomi.

²⁴ UBERTO SCARPELLI, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, 1959, 1985, pp. 65-66.

²⁵ L'espressione 'fonte formale' deve essere intesa in senso restrittivo, faccio infatti riferimento alle fonti esplicitamente previste dall'ordinamento giuridico statale. Espressione 'fonte formale' può essere utilizzata in senso più ampio. Ad esempio, secondo Luigi Lombardi Vallauri (*Saggio sul diritto giurisprudenziale*, 1967, 1975, p. 464) le fonti formali sono: "[le] fonti individuabili in riferimento ad una categoria di persone tipicamente qualificata [...] e materiali tutte le altre (i puri contenuti)", quindi in base a tale definizione (meno restrittiva) anche il diritto prodotto dalla dottrina sarebbe diritto formale.

²⁶ Simili considerazioni sono comuni nella scuola analitica. ANNA PINTORE (*La teoria analitica dei concetti giuridici*, 1990) per ragioni analoghe sceglie di non formulare una definizione di "concetto giuridico", Pintore segue a sua volta la strategia adottata da Herbert L. A. Hart (*Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, 1968) per il concetto di "pena".

²⁷ Come sottolinea H. L. A. Hart (*Definition and Theory in Jurisprudence*, 1983, p. 33):

If applied to legal words [...] the common mode of definition suggest that these words, like ordinary words, stand for or describe something, person, quality, process or event.

Se applicato ai termini giuridici [...] il sistema di definizione comune suggerisce che tali termini, come i termini ordinari, rappresentino o descrivano qualche persona, qualche qualità, qualche processo o qualche evento.

operazione rischierebbe di mutilare l'esito della ricerca, poiché taglierebbe fuori gran parte delle operazioni concettuali che caratterizzano il dibattito dottrinale e giurisprudenziale in tema di uso aziendale.

2.3. Nella teoria generale del diritto, spesso emerge l'esigenza di distinguere ciò che è diritto da ciò che non è diritto²⁸. Un'anomalia che caratterizza la categoria dell'uso aziendale risiede proprio nella difficoltà di stabilire su cosa si fondi la giuridicità dell'uso aziendale, dal momento che il concetto di uso aziendale ha un'origine extralegislativa che appare incompatibile con un ordinamento giuridico fondato sul principio di legalità.

Per ovviare a questo inconveniente, in Italia vi sono stati numerosi tentativi di qualificare l'uso aziendale sulla base dell'interpretazione (spesso piuttosto disinvolta) di alcuni articoli del Codice civile. Tuttavia, l'inesistenza di un dato normativo esplicito che qualifichi alcuni fenomeni aziendali come fatti normativi non dimostra di per sé l'inesistenza di tali fatti normativi. Norberto Bobbio aveva sostenuto già nel 1942, nel libro *La consuetudine come fatto normativo*:

I criteri di definizione che possono essere adottati per i termini giuridici devono essere tenuti distinti da quelli dei termini comuni proprio perché tali termini fanno riferimento a un sistema complesso di relazioni e presuppongono un sistema giuridico. Secondo Hart (*Kelsen Visited*, 1963, 1983, p. 288):

The analytical jurist may give not definition of single words, but synonyms or 'translation' of whole sentences ('definition in use'); or he may even forget altogether the provision of synonyms and instead set out to describe the standard use of certain expressions.

Il filosofo del diritto analitico non dovrebbe fornire la definizione di single parole, ma individuare sinonimi o traduzioni di intere frasi ("definizioni in uso"); o potrebbe anche trascurare completamente la provvisione dei sinonimi e disporsi a descrivere l'uso *standard* di certe espressioni.

²⁸ Secondo ALF ROSS (*Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*, 1929, 1989, p. 195) la domanda principale della teoria del diritto:

Wie kann man erkennen, daß etwas geltendes Recht ist?

Come si può capire che qualcosa è diritto valido [*geltendes Recht*]?

deve essere tenuta distinta sia dalla domanda sociologica [*soziologische Frage*] che verte sulle fonti di un dato diritto [*eines gegebenen Rechtes*], sia dalla domanda etica (politica) [*politische (ethische) Frage*] su quale debba essere il diritto vigente.

Cfr. ALF ROSS, *On Law and Justice*, 1958; GIUSEPPE LORINI, *Antonio Pigliaru, filosofo della giuridicità*, 2010.

È necessario [...] al giurista, per l'esigenza dell'applicazione a cui egli è chiamato, di chiudersi in un sistema giuridico ben delimitato (il sistema tipo è appunto quello statale) al fine di distinguere con un taglio netto ciò che deve valere come non diritto, ed avere un contrassegno non equivoco per contraddistinguere il fatto giuridicamente rilevante da quello irrilevante. Il criterio più sicuro per la qualificazione giuridica dei fatti interessanti la collettività statale è evidentemente la norma posta dallo stato attraverso i suoi organi [...]; dunque, il giurista ha risolto il suo problema quando considera giuridico il fatto sussumibile in una norma di legge²⁹.

A dispetto di ciò, una ricerca teoretica in tema di fonti del diritto non può essere condotta sulla base dei dati proposti dal diritto legislativo³⁰, ovvero sulla base di un'unica fonte del diritto, solo perché tale fonte sembra essere la fonte prevalente o quella più agevolmente indagabile³¹.

D'altronde, l'esito di una ricerca basata sul dato legislativo può essere soltanto una negazione dell'esistenza di un diritto consuetudinario³². La negazione dell'esistenza di un diritto consuetudinario è ideologica se presume (senza dimostrarlo) che la legge sia l'unica fonte del diritto.

²⁹ NORBERTO BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, 1942, p. 31.

³⁰ In tal senso scrive Spagnuolo Vigorita (*Gli usi aziendali*, 1965, p. 18):

Si ritiene, per vero, che in materia il dato normativo non si sia mai espresso in maniera così univoca da imporre una relazione nettamente delineata, e che ad esso piuttosto sia stato attribuito quel contenuto rispondente ad orientamenti già preesistenti nel pensiero degli interpreti.

³¹ ANNA PINTORE (*La teoria analitica dei concetti giuridici*, 1990, p. 7) scrive:

Un'esigenza comune a molta parte della teoria giuridica contemporanea è quella di distinguere ciò che è diritto e ciò che non è diritto.

Tuttavia, sino ad oggi, non risulta che qualcuno abbia rintracciato un confine nitido “tra ciò che è diritto e ciò che non è diritto”. Ad esempio, coloro che scelgono di aggirare gordianamente il problema dell'individuazione dei confini del diritto, adottando “esplicitamente” una concezione del diritto positivista e statualistica e, quindi, considerando giuridiche solo le norme prodotte (direttamente o indirettamente) dagli organi dello stato, vacillano quando si trovano di fronte a dei casi limite, costituiti da norme prodotte in ordinamenti normativi non statali che, tuttavia, influenzano le decisioni giudiziali. Tra questi casi limite vi sono proprio le norme individuate in base ai concetti di “uso aziendale”.

³² Una simile analisi è stata compiuta da BRUNO CELANO, si veda ad esempio il saggio *Consuetudine e norme sulla produzione di norme*, 1996, pp. 185-214; cfr. BRUNO CELANO, *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni*, 2011.

Peraltro, sarebbe teoreticamente controverso affermare l'inesistenza dell'uso aziendale sulla base della mancanza di dati proposti dal diritto legislativo, poiché un simile ragionamento presupporrebbe ciò che intende dimostrare: l'inesistenza dell'uso aziendale come fatto normativo, o quantomeno la riducibilità di esso a prodotto del diritto legislativo-statale.

Nondimeno, l'obiettivo della presente tesi non è quello di stabilire la giuridicità³³ del concetto di "uso aziendale". Invece, la presente tesi intende individuare a quali condizioni e quali presupposti teorici e ideologici devono essere accolti per poter affermare da un lato la vincolatività delle norme individuate sulla base dei concetti di uso aziendale e dall'altro la giuridicità dei differenti concetti di uso aziendale.

2.4. Una parte dei presupposti teorici che influenzano la struttura dei diversi concetti di "uso aziendale" derivano dalla teoria generale delle fonti del diritto. Secondo Bobbio, per elaborare una teoria delle fonti è necessario "abbracciare il più largo campo possibile dell'esperienza giuridica, il che implica prima di tutto un'evasione dai limiti di un ordinamento giuridico particolare"³⁴. Scrive Bobbio:

Il considerare il problema delle fonti come problema giuridico conduce a vanificare la teoria stessa delle fonti, che non può arrestarsi al sistema come ad ultima fonte [...] ma deve spingersi a spiegare il prodursi, il farsi stesso del sistema³⁵.

Ho già sottolineato che i concetti di uso aziendale sono elaborati dai giuristi in base a presupposti *teorici e ideologici* disomogenei.

Tali presupposti includono, ad esempio, diverse concezioni del diritto. Come è noto, le *concezioni monistiche* del diritto accolgono nell'ambito dell'esperienza giuridica una ristretta cerchia di fenomeni, direttamente o indirettamente riconducibili alla fonte considerata prevalente (ad esempio: alla legge o al contratto), o nella totalità dell'ordinamento giuridico, o in un particolare ramo di esso (nel nostro caso nel diritto del lavoro). Tra i sostenitori di tali concezioni del diritto si collocano i *giuristi distruttori*, ovvero i giuristi che negano che l'uso aziendale sia fonte del diritto autonoma, poiché presuppongono una concezione nominalistica dell'azienda o poiché tendono a ridurre l'"uso aziendale" ad altre fonti del diritto

³³ La giuridicità è qui intesa come appartenenza delle norme individuate in base all'"uso aziendale" all'ordinamento giuridico.

³⁴ NORBERTO BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, 1942, p. 17.

³⁵ NORBERTO BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, 1942, p. 17.

(ad esempio: il contratto individuale, il contratto collettivo, la disposizione dell'imprenditore, ecc.), o ad alcuni principi generali richiamati esplicitamente dalle fonti formali (ad esempio: il principio di buona fede).

Al contrario, le *concezioni pluralistiche* del diritto³⁶ ampliano massimamente la sfera dei fenomeni riconducibili dell'esperienza giuridica e la sfera delle fonti del diritto. Gli usi aziendali possono essere concepiti come delle fonti del diritto autonome solo ammettendo la possibilità di una produzione giuridica decentrata. Più precisamente, il presupposto teorico necessario affinché sia pensabile l'uso aziendale come autonoma fonte del diritto è una concezione duplicemente pluralista del diritto: una concezione pluralista del diritto che prevede una *pluralità di ordinamenti giuridici* e una concezione pluralista del diritto che prevede l'esistenza di una *pluralità di fonti* (una pluralità di fatti normativi). Tale presupposto teorico è alla base di un metodo capace di accettare la vincolatività delle norme prodotte dall'"ordinamento sociologicamente rilevabile di ogni istituzione giunta nella lotta sociale ad un sufficiente livello di consistenza"³⁷.

Nel libro *La consuetudine come fatto normativo*, Bobbio auspicava un approccio pluralista³⁸ come presupposto necessario per un'indagine di teoria generale delle fonti. Così scriveva Bobbio:

Nel problema delle fonti non si tratta di interpretare, ma di costruire; non ci sono leggi già bell'e fatte da commentare, ma ci sono fenomeni in largo senso sociali, apparentemente diversi e di fatto lontani, da raggruppare secondo le somiglianze, da ravvicinare secondo le implicazioni, in una parola da teorizzare³⁹.

³⁶ UBERTO SCARPELLI (*La teoria generale del diritto: prospettive per un trattato*, 1983, p. 324) scriveva a proposito del ruolo assunto dalla concezione pluralistica del diritto nella produzione giuridica:

Questa teoria, in contrapposto alla teoria che identificava il diritto con l'ordinamento dello stato, è servita [...] a introdurre l'accettazione della funzione qualificativa di norme, generate in istituzioni non legittimate, o non ancora legittimate, dal diritto dello stato: si badi a quanto è accaduto nel diritto del lavoro.

³⁷ UBERTO SCARPELLI, *La teoria generale del diritto: prospettive per un trattato*, 1983, p. 324.

³⁸ Nel saggio *La consuetudine come fatto normativo*, Bobbio non cita mai esplicitamente Santi Romano. Tuttavia, curiosamente, il libro *La consuetudine come fatto normativo* è caratterizzato da una durissima critica allo statualismo, compiuta attraverso l'adozione di una prospettiva pluralistica e l'uso di strumenti concettuali tipici dell'istituzionalismo romaniano, come, ad esempio, concetto di "ordinamento giuridico". Cfr. PAOLO GROSSI, *Introduzione. La consuetudine come fatto normativo*, 1942, 2011, p. XVII.

³⁹ NORBERTO BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, 1942, p. 17.

Tuttavia, la considerazione di Bobbio può sollevare dei dubbi⁴⁰: come si accerta che le costruzioni e gli accorpamenti ideati per interpretare fenomeni giuridici extralegislativi non sono in realtà costruzioni ideologiche?

Una possibile strategia per evitare una simile “trappola ideologica” potrebbe consistere nell’adottare una prospettiva “meta-ideologica”: ovvero abbandonare la speranza di trovare una essenza nascosta nei fenomeni sociali aziendali e limitarsi ad osservare su quali basi in dottrina e in giurisprudenza si elaborano i differenti concetti di “uso aziendale”. L’attività di ricognizione che indaga la superficie delle diverse teorie in tema di uso aziendale è, dunque, soltanto il primo passo per la ricostruzione dei diversi sistemi di riferimento utilizzati dai giuristi per creare i diversi concetti di uso aziendale.

Per sviluppare la mia analisi è però necessario postulare che un’*esperienza giuridica* possa sorgere a partire da fenomeni aziendali⁴¹. Il mio compito è stabilire perché quelle particolarissime ed eterogenee esperienze chiamate “usi aziendali” vengono considerate esperienze giuridiche e perché assumono dei caratteri tra loro tanto differenti. Interrogarsi sull’origine del concetto di “uso aziendale” significa, quindi, chiedersi quali fattori abbiano condizionato le differenti costruzioni concettuali, chiamate a vario titolo “usi aziendali”, che sono state elaborate e applicate dai giuristi pratici per disciplinare i più disparati fenomeni aziendali o che sono state riformulate in dottrina.

2.5. Ho rilevato che le operazioni concettuali dei giuristi e conseguentemente le ideologie che influenzano la formazione dei diversi concetti di “uso aziendale” agiscono su due livelli differenti. Per questo motivo, nella presente tesi sono distinguibili due livelli di indagine.

(i) Il *primo livello* consiste nell’indagine dei concetti di “uso aziendale”.

⁴⁰ Appena diciassette anni dopo la pubblicazione del libro *La consuetudine come fatto normativo*, dove sosteneva una concezione pluralista del diritto Bobbio ci mette in guardia da una possibile portata ideologica del pluralismo giuridico. Scrive Bobbio (*Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, 1959, 2011, p. 18) a proposito del pluralismo giuridico:

Non è difficile vedere dietro a questa dottrina che si presenta come scientifica e si limita a proporre una nuova nozione di diritto, una ben precisa carica ideologica: la rivolta contro lo statalismo, contro l’accentramento dei poteri e contro l’accrescimento delle funzioni dello stato.

⁴¹ Un’operazione simile è stata compiuta da GIOVANNI TARELLO (*Sul problema della crisi del diritto*, 1957, p. 42).

- (ii) Il *secondo livello* consiste nell'indagine della “struttura nascosta degli usi aziendali”, ovvero del *background* dei concetti di “uso aziendale”. Tale *background* può essere costituito, ad esempio, dalle differenti concezioni dell'organizzazione aziendale.

Solo nel secondo livello di indagine si chiarificano le operazioni concettuali dei giuristi che concernono gli usi aziendali. Solo nel secondo livello di indagine saranno messe a nudo le modalità attraverso le quali le *ideologie teoretiche* e le *ideologie politiche* condizionano la formazione dell'uso aziendale.

3. Le fonti

Il materiale empirico sul quale si basa la mia ricerca è sia la giurisprudenza in tema di uso aziendale (prevalentemente quella degli ultimi trent'anni) sia la letteratura giuslavorista dello stesso periodo.

Il dibattito dottrinale e giurisprudenziale in tema di “uso aziendale” è parte integrante dell'oggetto della mia indagine, dal momento che le diverse teorie elaborate dai giuristi e le argomentazioni giurisprudenziali sull'uso aziendale hanno contribuito a determinare la genesi e la morfologia di diversi concetti di “uso aziendale”. In questo senso, condivido quanto sostenuto da Giovanni Tarello nel libro *Sul problema della crisi del diritto*:

Se si vuole condurre una ricerca sul fenomeno giuridico nella sua totalità – sia pure nella sua totalità storica – è necessario che la speculazione giuridica medesima venga presa in considerazione come oggetto di studio: cosicché non si può partire dalle sue posizioni⁴².

La presente indagine ha dunque carattere meta-giurisprudenziale ed è volta a compiere una ricognizione dei diversi concetti di ‘uso aziendale’ individuabili in dottrina e in giurisprudenza.

In base a tale ricognizione esplicherò le diverse operazioni concettuali che hanno caratterizzato la genesi dei diversi concetti di uso aziendale.

La presente indagine è incentrata prevalentemente sulla dottrina italiana e sulla giurisprudenza italiana degli ultimi trent'anni⁴³. Tuttavia, nel mio lavoro sono presenti anche alcuni rimandi alla dottrina francese e alla dottrina tedesca. Tali rimandi non sono arbitrari, dal momento che essi sono finalizzati all'analisi della

⁴² GIOVANNI TARELLO, *Sul problema della crisi del diritto*, 1957, p. 42.

⁴³ Un importante punto di riferimento per lo studio della dottrina sugli usi aziendali sono i saggi di: LUCIANO SPAGNUOLO VIGORITA, *Gli usi aziendali*, 1965; LUCIA VALENTE, *Consuetudini e usi nel rapporto di lavoro*, 2006; GIULIO QUADRI, *Usi aziendali e autonomia negoziale*, 2008. È inoltre particolarmente rilevante il saggio di STEFANO LIEBMAN (*Individuale e collettivo nel contratto di lavoro*, 1993).

Nella presente ricerca mi sono avvalsa delle banche dati DeJure e Il Foro italiano on line. Inoltre, ho consultato le seguenti riviste: (i) *Argomenti di diritto del lavoro*; (ii) *Il diritto del mercato del lavoro*; (iii) *Il diritto del lavoro*; (iv) *Lavoro e diritto*; (v) *Lavoro e previdenza oggi*; (vi) *Massimario di giurisprudenza del lavoro*; (vii) *Orientamenti della giurisprudenza del lavoro*; (viii) *Il lavoro nella giurisprudenza*; (ix) *Rivista critica di diritto del lavoro*; (x) *Rivista italiana di diritto del lavoro*.

categoria italiana “uso aziendale”. Di fatto, i protagonisti del dibattito sull’“uso aziendale” mostrano una forte sensibilità comparatistica che condiziona la morfologia di quelle particolari costruzioni concettuali chiamate ‘usi aziendali’.

Per compiere la ricostruzione dei diversi concetti di uso aziendale analizzerò diverse teorie dell’uso aziendale che si sono sviluppate e sono state applicate in contesti istituzionali diversi (e che quindi hanno avuto realizzazioni istituzionali diverse)⁴⁴. Più precisamente, farò riferimento a due categorie affini⁴⁵ all’uso

⁴⁴ È opportuno distinguere:

- (i) i concetti di uso aziendale;
- (ii) le teorie sull’uso aziendale;
- (iii) la realizzazione istituzionale dell’uso aziendale.

Le teorie sull’uso aziendale devono essere tenute distinte dai concetti di uso aziendale. Le teorie dell’uso aziendale possono essere in contrasto le une con le altre, esse sono tese a individuare delle argomentazioni teoretiche e pratiche che spingono a scegliere un concetto di “uso aziendale” rispetto ad un altro concetto di “uso aziendale” al fine di risolvere una controversia.

È sulla teoria, non sul concetto, che grava un “onere di giustificazione”. In altri termini, mentre un concetto di uso aziendale può essere *constatato* attraverso un’analisi meta-giurisprudenziale, ma non può essere contestato, le teorie dell’uso aziendale possono essere sia assiologicamente sia teoreticamente contestate.

La realizzazione istituzionale dell’uso aziendale è invece l’applicazione pratica di una teoria dell’uso aziendale in un particolare contesto istituzionale.

La particolarità delle teorie sull’uso aziendale, a mio avviso, risiede nel fatto che esse sono teorie diverse che vertono su concetti diversi (anche se individuati dalla medesima espressione ‘uso aziendale’). Le diverse teorie degli usi aziendali hanno avuto realizzazioni istituzionali diverse a seconda del contesto nelle quali sono applicate (ad esempio nell’ordinamento giuridico italiano, nell’ordinamento giuridico francese, nell’ordinamento giuridico tedesco). Sulla distinzione tra (i) concetto, (ii) teoria, (iii) realizzazione istituzionale; cfr. ANNA PINTORE, *I diritti della democrazia*, 2003, p. 14.

⁴⁵ Ho scelto di non tradurre le espressioni ‘*betriebliche Übung*’ e ‘*usage d’entreprise*’ poiché tali espressioni appaiono nel lessico dei giuristi italiani e designano categorie affini ma non coincidenti con la categoria “uso aziendale”. Le espressioni ‘*betriebliche Übung*’ e ‘*usage d’entreprise*’ non sono dunque meri traduttori di ‘uso aziendale’.

Per questo motivo l’uso delle espressioni ‘*betriebliche Übung*’ e ‘*usage d’entreprise*’ da parte della dottrina italiana deve essere tenuto distinto dall’uso dell’espressione ‘*company custom*’ che appare in due saggi di due autori “anglografi” (Pascal Lokiec e Daniela Senne). Tali autori utilizzano la medesima espressione (‘*company custom*’) rispettivamente come traduttore di ‘*usage d’entreprise*’ in un saggio sull’ordinamento francese (PASCAL LOKIEC, *The Framework of French Labour Law and Recent Trends in Regulation*, 2005, p. 93) e di ‘*betriebliche Übung*’ in un saggio sull’ordinamento giuridico

aziendale: la *betriebliche Übung* tedesca e l'*usage d'entreprise* francese⁴⁶. Tali categorie sono affini alla categoria italiana sia perché hanno entrambe origine giurisprudenziale, sia perché sono utilizzate per imporre al datore di lavoro la prosecuzione di una condotta favorevole ai lavoratori. Tuttavia, queste categorie non sono identiche alla categoria italiana, poiché sono condizionate dalle peculiarità del *droit du travail* francese e dell'*Arbeitsrecht* tedesco.

Le categorie della “*betriebliche Übung*” e dell’“*usage d'entreprise*” si sono rivelate estremamente rilevanti ai fini della mia indagine sulla categoria italiana dell’“uso aziendale”, perché, nonostante siano inserite in contesti normativi diversi dall’ordinamento italiano, hanno influenzato le operazioni concettuali della dottrina italiana sull’uso aziendale. V’è, infatti, una tendenza da parte dei giuslavoristi italiani ad introdurre alcuni elementi che caratterizzano la dottrina della *betriebliche Übung* e dell’*usage d'entreprise* nel dibattito sugli usi aziendali. In tal senso appare significativo il libro *Usi aziendali* (1965) di Luciano Spagnuolo Vigorita che ha offerto un contributo fondamentale al rinnovamento del dibattito sugli usi aziendali proprio prendendo le mosse dall’analisi della categoria tedesca della *betriebliche Übung*. Inoltre, è estremamente rilevante il contributo di Liebman, autore del libro *Individuale e collettivo nel contratto di lavoro*, che rivolge la sua attenzione sia alla categoria della *betriebliche Übung*, sia a quella dell’*usage d'entreprise*.

tedesco (DANIELA SENNE, *Workers' Financial Participation and the Role of Social Partners in Germany*, 2002, p. 235).

Un secondo traduttore inglese di ‘*betriebliche Übung*’ è l’espressione ‘*operational practice*’, cfr. JENS KIRCHNER, PASCAL R. KREMP, MICHAEL MAGOTSCH, *Key Aspects of German Employment and Labor Law*, 2009, pp. 71-81.

⁴⁶ I diversi concetti di “*usage d'entreprise*”, di “*betriebliche Übung*”, di “uso aziendale”, non sono riconducibili né ad un medesimo *genotipo* (definizione meno puntuale); né un medesimo *fenotipo* (definizione più circostanziata); cfr. RODOLFO SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, 1992, p. 36; RODOLFO SACCO, *Lingua e diritto*, pp. 117-135.

CAPITOLO I

I CONCETTI DI “USO AZIENDALE”

1. Gli usi aziendali dall'individuale al collettivo

Il presente capitolo è finalizzato alla ricostruzione dei diversi concetti di uso aziendale.

In primo luogo, ricostruirò diacronicamente diverse concezioni di “uso aziendale” apparse nelle sentenze degli ultimi trent'anni.

La mia indagine sull'evoluzione dell' “uso aziendale” è relativa ad un periodo di tempo che va dal 1980 al 2011. L'intervallo temporale entro il quale ho deciso di circoscrivere la mia analisi può essere idealmente suddiviso in due fasi.

Nella *prima fase* (dal 1980 al 1996) le decisioni giudiziali pronunciate trovano giustificazione prevalentemente in concetti di “uso aziendale” che da un lato presuppongono una concezione intersoggettiva del rapporto di lavoro⁴⁷, dall'altro lato, presuppongono che la fonte prevalente delle norme che regolano i rapporti tra datore di lavoro e lavoratori sia il *contratto individuale di lavoro*⁴⁸.

L'equiparazione dell'uso aziendale a una clausola del contratto individuale ha delle importanti conseguenze pratiche favorevoli per i lavoratori. Ad esempio, il contratto collettivo stipulato successivamente alla formazione dell'uso non potrà modificare in modo sfavorevole al lavoratore le condizioni di lavoro stabilite in base all'uso aziendale. Tuttavia, proprio dalla “mancata contemplazione del

⁴⁷ Per ‘*concezione intersoggettiva del rapporto di lavoro*’ intendiamo quella concezione secondo la quale sono soggetti del rapporto di lavoro il datore di lavoro e il singolo lavoratore. In base alla concezione intersoggettiva del rapporto di lavoro la “collettività dei lavoratori” non è un possibile titolare di diritti e di doveri nei confronti del datore di lavoro. Questa concezione non coincide totalmente con quella particolare concezione *contrattualistica* che individua nel *contratto individuale* la fonte principale delle norme che regolano i rapporti tra i lavoratori e il datore di lavoro. Ad esempio, sarebbe una concezione intersoggettiva (ma non contrattualistica) quella che considera il comando rivolto dal datore di lavoro ai singoli lavoratori la fonte principale delle norme aziendali. Analogamente, una concezione che considera il contratto collettivo la fonte principale delle norme che regolano i rapporti tra i lavoratori e il datore di lavoro è contrattualistica ma non intersoggettiva. Infatti, concezione intersoggettiva del rapporto di lavoro non ha ad oggetto l'origine delle norme vincolanti per i datori di lavoro, ma è tesa ad individuare i soggetti vincolati e i soggetti beneficiati da quelle norme.

⁴⁸ In particolare, le decisioni giudiziali in tema di uso aziendale erano giustificate prevalentemente in base dell'art. 1340 del Codice civile. Più precisamente, l'uso aziendale è stato considerato una clausola d'uso, destinata ad inserirsi nei singoli contratti individuali di lavoro. L'orientamento giurisprudenziale che riconosceva come vincolante la prassi aziendale in base all'art. 1340 era stato oggetto di pesanti critiche da parte della dottrina.

momento collettivo del rapporto di lavoro” che caratterizza questi concetti di uso aziendale deriva anche una conseguenza sfavorevole per i lavoratori: l’impossibilità di estendere i benefici derivanti dall’uso aziendale ai lavoratori che vengono assunti successivamente alla formazione dell’uso. Dunque, in base ai concetti di uso aziendale che presuppongono una concezione del rapporto di lavoro intersoggettiva e contrattualistica, i lavoratori assunti successivamente alla formazione dell’uso aziendale, pur compiendo le medesime mansioni dei colleghi assunti precedentemente alla formazione dell’uso, non avrebbero diritto a ricevere il medesimo trattamento economico.

Seconda fase (dal 1996 al 2011). La concezione intersoggettiva del rapporto di lavoro è stata il presupposto teorico che ha maggiormente influenzato la morfologia dei concetti di uso aziendale sino alla sentenza n. 9690 del 1996 della Corte di Cassazione (sezione lavoro)⁴⁹.

A partire dal 1996 sono riscontrabili nella maggior parte delle decisioni giudiziali dei concetti di uso aziendale che riflettono l’intenzione di trovare una soluzione di “compromesso” tra il “momento interindividuale” e il “momento collettivo” nel rapporto di lavoro. Tali concetti, quindi, non coincidono né con quelli che presuppongono un rapporto di lavoro meramente intersoggettivo, né con quelli presuppongono una visione unitaria della maestranza.

⁴⁹ Corte di Cassazione sezione lavoro, sentenza n. 9690 del 06 novembre 1996 [DeJure]. La Fincantieri s.p.a. era stata convenuta in giudizio da un gruppo di lavoratori poiché dopo aver nel 1971 adottato un criterio di calcolo del t.f.r. più favorevole rispetto a quello previsto dal Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro, aveva interrotto la prassi aziendale nel 1985. La Fincantieri s.p.a. aveva abbandonato i criteri di calcolo del t.f.r. che erano stabiliti per uso aziendale e aveva adottato quelli previsti dal Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro (stipulato alcuni anni prima) meno favorevoli per i lavoratori. Nella sentenza, la Cassazione “per spiegare l’efficacia automatica nei singoli contratti individuali di lavoro [...] senza ricorrere all’articolo 1340 (applicabile solo in presenza di un uso preesistente nel contratto)” afferma che gli usi aziendali fanno sorgere “un obbligo unilaterale di carattere collettivo, che agisce sul piano dei singoli rapporti individuali sostituendo alle clausole contrattuali e a quelle collettive in vigore quelle più favorevoli dell’uso aziendale”.

Cfr. nota di STEFANO LIEBMAN, *Ancora in tema di usi aziendali e contrattazione collettiva*, in “Massimario di giurisprudenza del lavoro” 70 (1997), pp. 7-11. Cfr. STEFANO LIEBMAN, “*Usi aziendali*”, *volontà negoziale dell’imprenditore e autonomia collettiva*, 1997, 1343-1348 [DeJure]; LAURA CASTELVETRI, *L’uso aziendale come una manifestazione dell’autonomia collettiva dell’imprenditore verso i lavoratori*, 1997, pp. 14-21.

Se è vero che l'origine dell'uso aziendale può considerarsi giurisprudenziale, è altresì vero che i concetti che equiparano l'uso aziendale a una clausola del contratto di lavoro sono stati elaborati sulla base delle suggestioni della dottrina (Spagnuolo Vigorita, Liebman) formulate prima della sentenza n. 9690 del 1996 della Corte di Cassazione (Sezione Lavoro). Tale dottrina, pur considerando rilevante il momento interindividuale del contratto di lavoro, non ha escluso la rilevanza di un "momento collettivo" del rapporto giuridico che lega un datore di lavoro ai suoi dipendenti.

L'intento dichiarato da parte di questi giuslavoristi è quello di ovviare ad alcune imprecisioni teoretiche caratterizzanti i concetti che privilegiano la dimensione interindividuale dell'uso aziendale. Più precisamente, la soluzione interindividuale avrebbe il difetto di ignorare il fatto che le *relazioni introaziendali* sono influenzate dalle modalità di *organizzazione* dell'azienda e che, pertanto, la loro disciplina non può essere ridotta alle norme del contratto individuale.

Generalmente, la giurisprudenza ha ritenuto che il datore di lavoro il quale iteri (per un certo tempo) una condotta (omissiva o commissiva) a vantaggio dei lavoratori, sia obbligato a proseguire nell'iterazione della condotta. La giurisprudenza rileva l'esistenza di un vincolo in capo al datore di lavoro e giustifica tale constatazione basandosi su diversi concetti di "uso aziendale".

Il vincolo datoriale individuato in base ai diversi concetti di uso aziendale sembrerebbe derivare da una norma che presenta (almeno apparentemente) una struttura formale analoga a quella delle regole distributive [*rules of distribution*].

La struttura formale delle *rules of distribution* era stata analizzata Felix E. Oppenheim nel saggio *Egalitarianism as a Descriptive Concept* (1970).

Scrive Oppenheim:

Le regole distributive [*rules of distribution*] hanno la seguente forma generale: alcuni specifici vantaggi (es. il diritto al voto) o svantaggi (es. la tassa sulle vendite) sono da assegnare o da distribuire ad ogni persona, a seconda che questa sia dotata o manchi di particolari caratteristiche (es. essere un cittadino di età superiore ai ventun'anni, essere bianco, essere fumatore). Ovvero: l'insieme di alcuni specifici vantaggi (es. il salario) o svantaggi (es. la tassa sulle vendite) sono da attribuire ad ognuno in funzione della quantità o del grado in cui egli sia dotato di certe caratteristiche (es. la sua capacità, il suo reddito)⁵⁰.

⁵⁰ FELIX E. OPPENHEIM, *Egalitarianism as a Descriptive Concept*, 1970, p. 144.

Rules of distribution have the general form: some specified benefit (e.g., franchise) or burden (e.g., a sales tax) is to be allocated or withheld from any person, depending on whether he has or lacks some specified characteristic (e.g., being a

Analogamente alle regole distributive, anche nelle norme accertate attraverso i concetti di “uso aziendale” è possibile individuare un insieme di prestazioni (ad esempio dei *benefit*) da attribuire a un destinatario e un destinatario della prestazione (uno o più lavoratori). La giurisprudenza in tema di uso aziendale tendenzialmente non cerca di stabilire se un particolare comportamento sia effettivamente a favore del lavoratore (lo dà per scontato, dal momento che è lo stesso lavoratore a chiederne l’iterazione), né sembra vi siano dubbi sull’individuazione del soggetto che dovrebbe essere titolare dell’obbligo sorto per uso aziendale (il datore di lavoro)⁵¹.

Invece, (i) l’individuazione dei *destinatari* del beneficio elargito per uso aziendale e (ii) l’individuazione del *fatto normativo* che determina il venire in essere della norma vincolante per il datore di lavoro, sono aspetti sui quali la giurisprudenza in tema di usi aziendali è maggiormente divisa.

citizen over twenty-one, being white, buying cigarettes). Or: the amount of some specified benefit (e.g., salary) or burden (e.g., income tax) to anyone shall be a function of the amount or degree to which he has a certain characteristic (e.g., his ability, his income).

Oppenheim indaga l’egualitarismo [*egalitarianism*] delle regole di distribuzione [*rules of distribution*]. Egli sostiene che le *rules of distribution* possono essere definite egualitarie o inegualitarie in termini puramente descrittivi: il grado di egualitarità può essere misurato secondo dei criteri fattuali. Scrive Oppenheim (*Egalitarian Rules of Distribution*, 1980, p. 164):

With respect to a given reference group and to a given distribution, a rule of redistribution is the more egalitarian, (A) the more it increases the ratio of the selected to the reference group, or (B) the more it decreases the percentage difference between holdings within the selected group. A rule of redistribution may then be egalitarian according to criterion A and inegalitarian according to criterion B (e.g., universal suffrage is being introduced, but men are given two votes and women one), or vice versa (e.g., "one man, one vote"; i.e., only men may vote, but all voters have one vote).

⁵¹ Oppenheim, (*Egalitarian Rules of Distribution*, 1980, p. 164) fornisce una seconda definizione di *rules of distribution*:

Such rules specify the following, either explicitly or implicitly: (i) a benefit (e.g., one vote) or a burden (e.g., one year's military service) to be allotted; (ii) a reference group; that is, a class of persons to whom the rule is meant to apply, usually defined by a common characteristic (e.g., all citizens); (iii) a selected group; that is, a subclass of the reference group to whom the benefit or burden is to be allocated (e.g., all citizens of a certain age).

Simili regole specificano quanto segue esplicitamente o implicitamente: (i) un vantaggio [*benefit*] (es. un voto) o uno svantaggio [*burden*] (es. un anno di servizio militare) da attribuire; (ii) un gruppo di riferimento, cioè una classe di persone alle quali la regola deve essere applicata, solitamente definita sulla base di una caratteristica comune (ad esempio, tutti i cittadini); (iii) un gruppo selezionato cioè una sottoclasse del gruppo di riferimento al quale il vantaggio o lo svantaggio sia da attribuire (ad esempio, tutti i cittadini di una certa età).

Per quanto riguarda l'individuazione dei destinatari del beneficio elargito per uso aziendale, è problematico stabilire se il destinatario del beneficio (e quindi titolare di una pretesa nei confronti del datore di lavoro) sia il lavoratore inteso come parte di un contratto individuale o il lavoratore inteso come membro della collettività dei lavoratori. In altri termini, ci si domanda se la pretesa che il lavoratore ha nei confronti del datore di lavoro sia fondata sul suo *status* di parte del contratto individuale o sul fatto che egli sia un membro della collettività aziendale. Solo nel caso in cui il lavoratore sia considerato *membro di una collettività*, sembra essere giustificabile l'estensione del beneficio derivante da uso aziendale a tutti i lavoratori dell'azienda.

Per questo motivo, il concetto di "*dimensione collettiva del rapporto di lavoro*" ha assunto progressivamente rilievo nelle considerazioni della dottrina in tema di uso aziendale e ha così contribuito all'elaborazione di nuovi concetti di "uso aziendale" che si sono gradualmente diffusi anche in ambito giurisprudenziale.

Curiosamente, se da un lato il concetto di "dimensione collettiva dell'uso aziendale" è stato utilizzato per indagare la dimensione collettiva del rapporto di lavoro, dall'altro lato il concetto di "dimensione collettiva del rapporto di lavoro" è stato utilizzato come strumento di indagine della dimensione collettiva dell'uso aziendale.

In questo senso è significativo che Luciano Spagnuolo Vigorita abbia intitolato *L'individuale e il collettivo nel rapporto di lavoro* il primo capitolo del suo libro *Gli usi aziendali* (1965) e che (quasi simmetricamente) Stefano Liebman, dedichi il primo capitolo del suo libro *Individuale e collettivo nel contratto di lavoro* (1993) al tema degli usi aziendali.

Nella letteratura giuslavoristica italiana, il libro *Usi aziendali* di Spagnuolo Vigorita non è riducibile a una monografia su un istituto del diritto del lavoro apparentemente piuttosto marginale (l'uso aziendale), ma è un lavoro con obiettivi molto più ambiziosi: esso si propone di indagare (sia pure da una particolarissima prospettiva) "l'influenza dell'organizzazione aziendale nella formazione delle relazioni giuridiche tra datore di lavoro e lavoratori".

Analogamente, Liebman prende le mosse dall'analisi del concetto di "uso aziendale" per ricostruire la struttura di tutti rapporti giuridici (formati in ambito aziendale) sussistenti tra datore di lavoro e lavoratore. Scrive Liebman:

Il tema degli usi aziendali [è un] momento di osservazione privilegiato – e in molti suoi aspetti paradigmatico – per una puntuale verifica del grado di incidenza del fattore organizzativo introaziendale sull’assetto giuridico dei rapporti di lavoro⁵².

Alcune argomentazioni giurisprudenziali (specialmente quelle presenti nelle sentenze pronunciate prima del 1996) tentano di fondare la rilevanza della cosiddetta “dimensione collettiva dell’uso aziendale” su una constatazione falsa⁵³: la constatazione secondo la quale per ricondurre una pluralità di singoli rapporti di lavoro ad un’unità sarebbe sufficiente la presenza di un’unica controparte (il datore di lavoro) contemporaneamente legata contrattualmente a più contraenti (i lavoratori) in base alla medesima tipologia di contratto. La falsità di questa constatazione è mostrata da quanto scrive Liebman:

Il semplice dato fattuale della identità della persona del datore di lavoro quale controparte di una molteplicità di singoli contratti individuali di lavoro intercorrenti con una pluralità di soggetti non sembra di per sé idoneo alla individuazione, in termini giuridicamente rilevanti ai sensi delle norme vigenti, di quella particolare e determinata “cerchia di contraenti” la cui esistenza giustificerebbe l’operatività degli usi come regole espressamente o tacitamente accettate dai consociati⁵⁴.

In effetti, il fatto che si possa individuare un’unica controparte per una molteplicità di singoli contratti individuali non consente di per sé l’individuazione di una particolare e determinata “cerchia di contraenti”.

L’individuazione di una rete contrattuale collettiva sarebbe possibile se si imponesse a tutti i contraenti un unico modello contrattuale e se vigesse l’obbligo ad estendere ogni modifica (tacita o espressa) del contratto individuale a tutti gli altri contratti di lavoro individuali stipulati in ambito aziendale. Questo però non è pensabile se si rimane sul piano del contratto di lavoro individuale, poiché, in tal

⁵² STEFANO LIEBMAN, *Individuale e collettivo nel contratto di lavoro*, 1993, p. 1. Analogamente, Spagnuolo Vigorita (*Gli usi aziendali*, 1965, p. 123) parla di “uso aziendale come ipotesi esemplare per valutare la validità della concezione del lavoro nell’impresa”.

⁵³ Tale *constatazione falsa* nasconde talvolta una *falsa constatazione*, ovvero un discorso che si presenta come descrittivo (che apparentemente descrive il suo oggetto), ma che in realtà auspica (e a particolari condizioni compie) una trasformazione del suo oggetto.

⁵⁴ STEFANO LIEBMAN, *Individuale e collettivo nel rapporto di lavoro. Il problema degli “usi aziendali” nella giurisprudenza della cassazione*, 1991, pp. 149-150.

caso, le norme contrattuali vincolerebbero solo le parti stipulanti (il singolo lavoratore e il datore di lavoro).

Per i contrattualisti (Spagnuolo Vigorita e Liebman) che auspicano l'estensione del beneficio a tutti i dipendenti (o almeno a un gruppo omogeneo di dipendenti), l'esito di una simile considerazione è quasi scontato: infatti, poiché essi ritengono che il rapporto di lavoro abbia una "natura contrattuale", l'unico fatto normativo in grado di incidere in modo uniforme sui contratti individuali di lavoro è il contratto collettivo. Scrive, infatti, Liebman:

L'alternativa è chiara: in tema di lavoro nell'impresa o il datore di lavoro trova nell'insieme dei propri dipendenti un referente unico, che consenta il sorgere di un rapporto collettivo nell'ambito del quale ciascun singolo possa trovare – direttamente o indirettamente – il fondamento delle proprie pretese in relazione alla generalità di coloro che si trovano in condizioni analoghe, oppure ciascuno intrattiene singolarmente con il datore di lavoro stesso un proprio rapporto individualizzato e viene automaticamente meno ogni possibile connessione giuridica con i rapporti che intercorrono fra altri soggetti e l'imprenditore medesimo⁵⁵.

Per quanto riguarda *l'individuazione del fatto normativo* che determina il venire in essere della norma vincolante per il datore di lavoro, sono state formulate dalla giurisprudenza tre diverse tesi:

- (i) *prima tesi*: il fatto normativo alla base degli usi aziendali è un contratto individuale,
- (ii) *seconda tesi*: il fatto normativo alla base degli usi aziendali è un contratto collettivo;
- (iii) *terza tesi*: il fatto normativo alla base degli usi aziendali è la consuetudine.

Secondo le prime due tesi, le norme che vincolano il datore di lavoro in caso di uso aziendale sarebbero qualificabili come norme negoziali (usi negoziali); secondo la terza tesi (nettamente minoritaria in Italia⁵⁶), le norme che vincolano il

⁵⁵ STEFANO LIEBMAN, *Individuale e collettivo nel rapporto di lavoro. Il problema degli "usi aziendali" nella giurisprudenza della cassazione*, 1991, p. 149.

⁵⁶ In dottrina viene ipotizzata la possibilità che l'uso aziendale possa essere qualificato anche come uso normativo da ALBERTO ASQUINI in una nota alla sentenza della Corte di Cassazione (sezione civile), sentenza n. 1176 del 29 maggio 1967, in "Massimario di Giurisprudenza del lavoro" XLI (1968), pp. 187-190.

Inoltre, nella sentenza della procura di Ancona del 2 novembre 1990 (in "Rivista italiana di diritto del lavoro", X (1991), pp. 806-814) l'uso aziendale viene considerato un uso normativo (derivante da una prassi giurisprudenziale), con conseguenze piuttosto spiacevoli per i lavoratori. Nella sentenza, la Procura di Ancona aveva interpretato una condotta datoriale favorevole ai lavoratori,

datore di lavoro in caso di uso aziendale sarebbero norme consuetudinarie (usi normativi).

La problematica dell'individuazione del destinatario del beneficio non è coincidente, ma è strettamente connessa con quella dell'individuazione del fatto normativo che dovrebbe giustificare il vincolo in capo al datore di lavoro. Questa connessione si evidenzia nella tesi di Liebman. Liebman distingue la “dimensione interindividuale” dalla “dimensione collettiva” degli usi aziendali e, sulla base di tale distinzione, discerne due concetti di “uso aziendale”:

- (i) *il primo concetto di uso aziendale* è riconducibile alla dimensione *intersoggettiva* del rapporto di lavoro;
- (ii) *il secondo concetto di uso aziendale* riguarda la dimensione *collettiva* del rapporto di lavoro.

In base al *primo concetto* di uso aziendale il destinatario del beneficio elargito dal datore di lavoro è il singolo lavoratore; in base al *secondo concetto* di uso aziendale il beneficio elargito dal datore di lavoro per uso aziendale è esteso a tutti i lavoratori dell'azienda⁵⁷.

Secondo Liebman, il fatto normativo alla base del primo concetto di uso aziendale è il *contratto individuale di lavoro*, mentre il fatto normativo alla base del secondo concetto di uso aziendale è il *contratto collettivo (aziendale)*. Il contratto collettivo è, secondo Liebman, “l'unico indiscutibile strumento di espressione giuridica collettiva previsto nel nostro ordinamento”⁵⁸.

La tesi di Liebman presuppone che il tema degli usi aziendali possa essere un punto di partenza per un'indagine su “l'individuale e il collettivo nel contratto di

non come una tacita manifestazione di una volontà negoziale ma, come l'adeguamento del datore di lavoro all'indirizzo giurisprudenziale (in tema di uso aziendale) della Corte di Cassazione. La sentenza disciplinava una controversia tra un gruppo di lavoratori e la Fincantieri s.p.a. in relazione ai criteri di calcolo del t.f.r.

LAURA CASTELVETRI (*Una nuova prospettiva teorica per gli usi aziendali*, 1997, p. 162), segnala anche la sentenza della Corte di Cassazione 9 agosto 1991, n. 8705, inedita.

⁵⁷ MICHEL MORAND (*Vie et mort de l'usage d'entreprise*, in “Jurisclasseur périodique. Édition entreprise” LXI (1986), 15372, p. 170) distingue due tipi di *usages d'entreprise*: “*ceux relatifs aux droits collectifs des salariés (fonctionnement des institutions représentatives du personnel) et ceux qui bien qu'ayant un caractère collectif, s'appliquent aux relations individuelles de travail*”.

⁵⁸ STEFANO LIEBMAN, *Individuale e collettivo nel contratto di lavoro*, 1993, p. 50.

lavoro” poiché i rapporti giuridici basati sugli usi aziendali hanno “natura contrattuale”⁵⁹.

L’uso dell’espressione ‘natura contrattuale’ per qualificare il rapporto giuridico tra il datore di lavoro e il lavoratore è piuttosto sospetto.

Un rapporto giuridico⁶⁰ può essere considerato contrattuale solo in quanto prodotto da norme contrattuali, ovvero da norme prodotte dal contratto.

L’affermazione “il rapporto di lavoro ha natura contrattuale” è metonimica, poiché l’espressione ‘norma contrattuale’ che indica la causa è sostituita con l’espressione ‘rapporto di lavoro’ che indica l’effetto. Tale metonimia non rappresenta un semplice accorgimento stilistico; essa può essere piuttosto spia di una distorsione concettuale: infatti, spesso quando si parla di “natura contrattuale del rapporto di lavoro”, si considera la contrattualità come un elemento che caratterizza intrinsecamente il rapporto di lavoro e, quindi, non un carattere derivato da una contingente modalità di formazione della norma che regola il rapporto di lavoro.

In altre parole, il contratto è un fatto normativo, un fatto che produce delle norme e, chiaramente, i rapporti giuridici che sussistono tra lavoratori e datore di lavoro possono derivare dalle norme contrattuali. Tuttavia, affermare: “il rapporto di lavoro ha natura contrattuale” (come fanno i contrattualisti) significa escludere implicitamente che altri fatti normativi, diversi dal contratto, possano influenzare i rapporti tra datore di lavoro e lavoratore, anche se sarebbe ragionevole ipotizzare che il rapporto di lavoro sia costituito e regolato sia da norme contrattuali sia da norme prodotte da altri fatti normativi (ad esempio, la consuetudine o la norma posta dal datore di lavoro). Per poter escludere tale ipotesi si potrebbe compiere un’indagine che individui *induttivamente* il processo di formazione delle diverse norme che condizionano e delineano i diversi rapporti di lavoro. Questa indagine non è in genere compiuta dai contrattualisti che scelgono, invece, di *dedurre* la “natura del rapporto di lavoro” dalle norme del Codice civile. Ad esempio,

⁵⁹ STEFANO LIEBMAN, *Individuale e collettivo nel contratto di lavoro*, 1993, p. 149.

⁶⁰ Sul rapporto giuridico si veda ALESSANDRO LEVI [Venezia 1881-Firenze 1953] e FRANCESCO BERNARDINO CICALA [Lecce 1877-Firenze 1970]. Come è noto, mentre per Alessandro Levi (*Teoria generale del diritto*, 1950) il rapporto giuridico [*Rechtsverhältnis*] è una relazione intersoggettiva che trae la sua giuridicità dalla norma, invece, per Francesco Cicala (*Il rapporto giuridico*, 1908) è “giuridico” il rapporto che sussiste tra un soggetto e la norma giuridica. Si veda anche AMEDEO GIOVANNI CONTE, *Rapporto giuridico (Teoria del diritto come)*, 1967, pp. 785-787; CHRISTOPH GUSY, *Rechtsverhältnis*, 1992, colonne 352-353; PIETRO RESCIGNO, CARLO CASTRONOVO, *Rapporto giuridico*, 2006, pp. 9385-9386.

Liebman giustifica l'asserzione "il rapporto di lavoro ha natura contrattuale" facendo riferimento al "complesso sistema normativo prefigurato dal Codice civile" che, secondo Liebman, è "specificamente diretto a "trasfondere" in "obbligazioni contrattuali" comportamenti dei debitori che in altri ordinamenti sono esigibili in ragione del mero inserimento del lavoratore nell'azienda"⁶¹.

Questa strana forma di "transustanziazione normativa" può essere considerata ideologica, anche se essa non altera in modo diretto il contenuto delle norme che regolano i rapporti tra datore di lavoro e lavoratori, ma incide piuttosto sui rapporti tra tali norme e le altre norme dell'ordinamento statale⁶².

Curiosamente, la distinzione delineata Liebman tende non ad evidenziare l'autonomia dogmatica del concetto di "uso aziendale", ma a negare tale autonomia.

2. L'uso aziendale è un vero uso?

V'è un'anomalia dell'espressione 'uso aziendale': tale espressione ha solitamente un senso diverso da quello che dottrina e giurisprudenza comunemente

⁶¹ STEFANO LIEBMAN, *Individuale e collettivo nel contratto di lavoro*, 1993, p. 101.

⁶² Analizzerò questo particolare tipo di ideologia nel terzo capitolo della presente tesi.

attribuiscono⁶³ al termine ‘uso’ (sia che col termine ‘uso’ si faccia riferimento all’uso normativo sia che col termine ‘uso’ si faccia riferimento all’uso negoziale)⁶⁴.

Questa anomalia è stata rilevata da Laura Castelvetti, che considera la presenza del termine ‘uso’ nell’espressione ‘uso aziendale’ una causa di fraintendimenti e incongruenze, poiché tale espressione è inidonea al chiarimento della qualificazione giuridica delle condotte datoriali favorevoli ai lavoratori, ma non esplicitamente regolate dalle fonti formali. Infatti, scrive Castelvetti:

Per qualificare le prassi con cui l’imprenditore concede unilateralmente ai propri dipendenti trattamenti più favorevoli rispetto alla disciplina regolata dai contratti individuali e collettivi, la giurisprudenza utilizza per lo più il termine di ‘usi aziendali’: denominazione che ha esercitato un condizionamento deplorabile, con l’effetto di complicare il problema della loro configurazione giuridica. Infatti, ha indotto gli interpreti, consapevolmente o meno, a ricercarne la disciplina tra le disposizioni che menzionano gli usi e a selezionare di volta in volta, ai fini della soluzione specifica quella giudicata più idonea al caso concreto⁶⁵.

⁶³ JEAN SAVATIER (*La révocation des avantages résultant des usages de l’entreprise*, 1986, p. 890) scrive:

Les salariés comptent légitimement sur sa continuité. Même sans avoir lu l’Ecclesiaste, ils se bercent de l’idée que “ce qui fut, cela sera; ce qui s’est fait se refera”.

I lavoratori contano legittimamente sulla sua continuità. Anche senza aver letto l’Ecclesiaste, si cullano nell’idea che “quello che è stato sarà; e quello che si è fatto si rifarà”.

I lavoratori non hanno bisogno di leggere una monografia sugli usi aziendali né di conoscere la teoria generale della consuetudine per cominciare a fare affidamento su una condotta datoriale reiterata e favorevole. Questo è, a mio avviso, un esempio di come il senso comune consenta di intuire la giuridicità di un fenomeno, sulla base di un impreciso (ma condiviso) concetto di “diritto”. Sul ruolo assunto dal senso comune nella conoscenza dei fenomeni giuridici, cfr. MARIO JORI, *Del diritto inesistente. Saggio di metagiurisprudenza descrittiva*, 2010.

Purtroppo, quando si tratta di interpretare il senso giuridico (non di un fenomeno ma) di un termine tecnico-giuridico, il senso comune non ci aiuta, al contrario, spesso ci porta ad interpretare il termine in modo errato o superficiale. Questo è particolarmente evidente nel caso dell’espressione ‘uso aziendale’.

⁶⁴ La distinzione tra usi normativi e usi negoziali è generalmente accettata dalla nostra dottrina, solo pochi giuristi rifiutano tale distinzione. Tra coloro che negano che gli usi normativi siano distinguibili dagli usi negoziali ricordo LEONE BOLAFFIO (*Il codice di commercio commentato*, 1933) e LORENZO MOSSA (*Trattato del nuovo diritto commerciale*, 1942).

⁶⁵ LAURA CASTELVETTRI, *Una nuova prospettiva teorica per gli usi aziendali*, 1997, p. 161.

Come emerge dalle parole di Laura Castelvetti, anche se in giurisprudenza le argomentazioni in tema di uso aziendale⁶⁶ utilizzano come criterio di giustificazione le norme in tema di usi, generalmente i concetti di “uso aziendale” adottati dai giuslavoristi non coincidono con i concetti di “uso normativo” o di “uso negoziale” comunemente diffusi tra i giuristi.

I giuristi ricorrono raramente in modo esplicito nelle loro argomentazioni in tema di uso aziendale al concetto di “consuetudine”⁶⁷. Le sporadiche volte nelle quali questo accade, essi non si soffermano sulle numerose problematiche che caratterizzano tale concetto e che, invece, sono state individuate e discusse in teoria generale diritto. Come è noto, l’individuazione del ruolo giocato dall’elemento materiale (generalità; uniformità; costanza; frequenza; pubblicità di una condotta)⁶⁸ e dall’elemento psicologico⁶⁹ o *opinio iuris*⁷⁰ (cioè la credenza⁷¹ che una condotta sia

⁶⁶ Ovvero, quelle argomentazioni dottrinali e giurisprudenziali che sono tese a obbligare il datore di lavoro alla prosecuzione della condotta favorevole o a impedirgli di modificare uno stato di cose conveniente per lavoratori.

⁶⁷ Per una recente ricostruzione della giurisprudenza italiana in tema di consuetudini e usi negli ultimi trent’anni, cfr. SILVIA ZORZETTO, *Le consuetudini nella giurisprudenza italiana degli ultimi trent’anni*, 2010 [www.statoechiese.it].

⁶⁸ NORBERTO BOBBIO, *Consuetudine (teoria generale)*, in Enciclopedia del diritto, 1961.

⁶⁹ Un tentativo di sostituire il concetto di “*opinio iuris*” con un concetto ibrido derivante dalla combinazione tra il concetto di “aspettativa” e il concetto di “reciprocità” è stato compiuto da BRUNO CELANO (si veda da ultimo: *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni*, 2010). Tuttavia, non è chiaro se l’elemento psicologico così come ricostruito da Celano consista in aspettative di reciprocità o in reciprocità di aspettative. Infatti, Celano usa i sintagmi ‘aspettative di reciprocità’ e ‘reciprocità di aspettative’ come sinonimi. Sull’aspettativa di reciprocità nella consuetudine cfr. GIORGIO LAZZARO, *Reciprocità e consuetudine*, 1983, pp. 231-248; sulla reciprocità di aspettative cfr. NIKLAS LUHMANN, *Normen in soziologischer Perspektive*, 1969, pp. 28-48 (tr. it. pp. 283-298).

⁷⁰ Sono note le critiche alla teoria dell’*opinio iuris* formulate da Kelsen (*Théorie du droit International coutumier*, 1939, pp. 253-275) e da NORBERTO BOBBIO (*La consuetudine come fatto normativo*, 2010).

⁷¹ NORBERTO BOBBIO (*La consuetudine come fatto normativo*, 1942, p. 52) scrive: “*Opinio* vuol dire credenza e non può essere tradotta con convinzione”. La distinzione tra credenza [*Fürwahrhalten*] e convinzione [*Überzeugung*]. è chiarita da Immanuel Kant (*Kritik der reinen Vernunft*, 1781, (tr. it. p. 503)):

Das Fürwahrhalten ist eine Begebenheit in unserem Verstande, die auf objektiven Gründen beruhen mag, aber auch subjektive Ursachen im Gemüte dessen, der da urteilt, erfordert. Wenn es für jedermann gültig ist, sofern er nur Vernunft hat, so ist der Grund desselben objektiv hinreichend, und das Fürwahrhalten heißt alsdann Überzeugung.

tenuta per conformarsi a una norma giuridicamente valida) nel processo di formazione delle norme consuetudinarie⁷² è oggetto di forti incertezze e di eterogenee ricostruzioni teoretiche⁷³. Tuttavia, la giurisprudenza e la dottrina in tema di uso aziendale considerano come elementi costitutivi della consuetudine giuridica sia l'elemento psicologico sia l'elemento materiale e utilizzano tale concetto di "consuetudine" come parametro idoneo per negare all'uso aziendale la qualifica di "diritto consuetudinario". Ho rilevato che le argomentazioni tese a dimostrare che le norme aziendali non possono essere considerate usi riguardano sia l'"elemento psicologico" dell'uso aziendale, sia l'"elemento materiale". Infatti, alcuni esponenti della dottrina non solo escludono la sussistenza negli usi aziendali dell'elemento psicologico (negando così agli usi aziendali la qualifica di usi normativi), ma ritengono anche che gli usi aziendali⁷⁴ siano privi del carattere della generalità.

La motivazione pratica (si tratta probabilmente dell'unica motivazione reale) alla base dell'esclusione dell'uso aziendale dalla categoria degli usi normativi consiste, invece, nel fatto che una fonte di norme giuridiche, il cui processo di formazione è fondato sulla reiterazione di comportamenti datoriali esporrebbe i lavoratori agli "abusi del potere economico" datoriale.

L'*elemento materiale*⁷⁵ dell'uso aziendale è descritto generalmente come una condotta (commissiva od omissiva) compiuta regolarmente dal datore di lavoro, al

La credenza è un fatto nel nostro intelletto, il quale può riposare su fondamenti oggettivi, ma richiede anche cagioni soggettive nell'anima di chi giudica. Quando essa è valida per ognuno che soltanto possenga la ragione, allora il fondamento di essa è oggettivamente sufficiente, e allora la credenza si dice convinzione.

⁷² Sulla possibilità di distinguere gli usi dalle consuetudini vi sono delle divisioni. Alcuni autori, tra i quali segnalo ALBERTO ASQUINI (*Usi legali e usi negoziali*, 1944, 1961, p. 365) e RICCARDO GUASTINI (*Fonti del diritto. Fondamenti teorici*, 2010) sostengono che nel Codice civile italiano il termine 'uso' debba essere inteso come un sinonimo di 'consuetudine'. Al contrario, secondo Gustavo Zagrebelsky (*Manuale di diritto costituzionale. Il sistema delle fonti del diritto*, 1991) l'espressione 'uso' nel nostro codice indica esclusivamente l'elemento materiale della consuetudine.

⁷³ Cfr. SILVIA ZORZETTO (ed.), *La consuetudine giuridica. Teoria storia, ambiti disciplinari*, 2008.

⁷⁴ Cfr. GIULIO QUADRI, *Usi aziendali e autonomia negoziale. Regole consuetudinarie e modificazioni unilaterali del rapporto di lavoro*, 2008. La distinzione tra usi normativi e usi negoziali è fortemente radicata in dottrina.

⁷⁵ L'espressione 'elemento materiale', tratta dalla teoria generale della consuetudine, può essere gravemente fuorviante per la comprensione degli usi aziendali. Infatti, in genere, costruzioni concettuali compiute dai giuristi non hanno come presupposto dei "meri atti materiali" che nel lessico di JOHN R. SEARLE (*Speech Acts*, 1969) potremmo considerare degli *atti bruti*. In realtà le

verificarsi di particolari condizioni. Tale condotta datoriale (in base a criteri eterogenei) è considerata vantaggiosa per i lavoratori.

Solitamente, dottrina e giurisprudenza ritengono che gli usi aziendali siano riconducibili alla categoria degli usi negoziali, proprio in virtù del fatto che, a differenza degli usi normativi, pur non essendo caratterizzati dall'elemento psicologico dell'*opinio iuris*, in essi è riscontrabile l'elemento materiale della *diuturnitas*. Tuttavia, secondo alcuni giuristi, anche l'individuazione dell'elemento materiale dell'uso aziendale è problematica.

Infatti, perché l'uso aziendale sia vincolante per il datore di lavoro di una particolare azienda è sufficiente che l'uso aziendale riguardi quell'unica azienda, quindi la pratica non deve necessariamente estendersi a tutte le aziende di un particolare settore. In questo senso, secondo una parte della dottrina, l'uso aziendale non sarebbe un uso negoziale e non potrebbe essere incorporato nel contratto individuale di lavoro ai sensi dell'articolo 1340 del Codice civile. Giulio Quadri, autore del libro *Usi aziendali e autonomia negoziale* (2008), sostiene che considerare gli usi aziendali come usi negoziali significhi alterare in modo artificioso la categoria degli "usi negoziali". In altri termini, secondo Quadri, il concetto di "uso negoziale" è stato rielaborato al fine di poter conseguire dei risultati reputati auspicabili. È stato quindi creato un nuovo concetto di "uso negoziale" che comprende anche la categoria degli usi aziendali. In questo senso, Quadri scrive:

La distinzione [tra usi normativi e usi negoziali] [...] viene utilizzata dalla giurisprudenza in modo essenzialmente strumentale alla realizzazione del risultato concretamente perseguito, consistente nel riconoscimento dell'efficacia vincolante del comportamento del datore di lavoro nei confronti della generalità dei dipendenti. In tale prospettiva, insomma, la categoria degli usi negoziali finisce per essere allargata a dismisura, fino a ricomprendere anche il fenomeno degli usi aziendali nonostante questi ultimi si presentino privi dei requisiti di generalità e costanza, tendenzialmente ritenuti indispensabili, pure dalla dottrina tradizionale per la ricorrenza dell'art. 1340 c.c.⁷⁶.

Norberto Bobbio, pur ammettendo che l'*opinio iuris* può essere considerata un criterio per l'individuazione dell'uso normativo, afferma che il tratto distintivo degli

condotte datoriali che sono il presupposto dei diversi concetti di uso aziendale sono atti che hanno ricevuto (originariamente in ambito aziendale) una qualificazione istituzionale.

⁷⁶ GIULIO QUADRI, *Usi aziendali e autonomia negoziale. Regole consuetudinarie e modificazioni unilaterali del rapporto di lavoro*, 2008, p. 120.

usi normativi (rispetto agli usi negoziali) è il loro ruolo nella formazione dell'ordinamento. Bobbio scriveva:

Tra norme generali e norme individuali c'è questa fondamentale differenza: che soltanto le prime sono costitutive dell'ordinamento stesso. Di qua deriva la validità subordinata delle seconde, le quali valgono soltanto per il fatto di essere riferite a una norma generale⁷⁷.

Curiosamente, l'argomento adottato da Quadri per negare che l'uso aziendale abbia il carattere della generalità è analogo a quello adottato dalla dottrina francese⁷⁸ per negare all'*usage d'entreprise* la natura di *usage juridique*. In particolare, Gérard Vachet nel saggio *L'usage d'entreprise est-il un véritable usage?* [L'uso aziendale è un vero uso?] scrive:

Nell'*usage d'entreprise* [...] è più difficile riscontrare una pratica generale, una pratica collettiva. In effetti la pratica proviene dal datore di lavoro o dai lavoratori di una determinata azienda, ma tale pratica non si estende, resta limitata al suo campo di applicazione originale, non si tratta più di imitare una pratica che proviene da altre aziende, si tratta di avere in certe circostanze un comportamento costante e originale⁷⁹.

⁷⁷ NORBERTO BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, 1942, p. 25.

⁷⁸ Un ulteriore carattere distintivo dell'*usage d'entreprise* individuato dalla dottrina francese (e riscontrabile anche nell'uso aziendale) è la sua unilateralità, che è una caratteristica comune tra l'*usage d'entreprise* e l'*engagement unilatéral*. Scrive infatti François Dumont (*Droit du travail*, 2007, p. 38):

L'usage d'entreprise a également un caractère unilatéral très marqué. Alors que l'usage professionnel s'impose à l'employeur comme une contrainte extérieure [...] l'usage d'entreprise est né du bon vouloir du chef d'entreprise. Il s'agit d'une pratique instauré par l'employeur de sa propre initiative ou qui résulte de l'initiative des salariés mais sans qu'il y ait eu opposition de la part du chef d'entreprise.

L'uso aziendale ha inoltre un carattere unilaterale molto marcato. Invece l'uso professionale si impone al datore di lavoro come un vincolo esterno [...] *usage d'entreprise* nasce dalla volontà del capo dell'azienda. Si tratta di una prassi instaurata dal datore di lavoro di sua propria o che risulta dall'iniziativa dei lavoratori ma senza che ci sia stata l'opposizione da parte del capo dell'azienda

⁷⁹ GÉRARD VACHET, *L'usage d'entreprise est-il un véritable usage?*, 1984, 14328, p. 502.

Dans l'usage d'entreprise [...] il est plus difficile de retrouver cette pratique généralisée, cette pratique collective. En effet, la pratique émane d'un employeur ou de salariés d'une entreprise déterminée, mais cette pratique ne s'étend pas; elle reste limitée à son champ d'application originel; il ne s'agit donc plus pour un employeur d'imiter une pratique venue d'autres entreprises, il s'agit pour lui d'avoir dans certaines circonstances un comportement constant et original.

Vachet sostiene che la categoria dell'*usage d'entreprise*, che ha avuto un ruolo estremamente importante nello sviluppo extralegislativo del *droit du travail*, non coincide col concetto di *usage juridique*⁸⁰.

L'*usage d'entreprise* non è un *usage juridique* perché per la sua formazione non è necessario che la condotta datoriale sia generalmente diffusa in tutte le aziende di un particolare settore⁸¹. Scrive Vachet:

L'uso aziendale, in ragione del suo campo limitato, sembra non corrispondere a questa pratica generale, considerata come elemento caratteristico dell'uso [*usage juridique*]⁸²:

Chiaramente, per sostenere che l'uso aziendale non abbia il carattere della generalità quando è riferibile ad una sola azienda⁸³, occorre accogliere preliminarmente una concezione monistica e statalista del diritto. In altri termini, si deve considerare l'ordinamento statale come l'unico sistema di riferimento entro il

⁸⁰ Nell'ordinamento francese sono considerati esempi di *usages juridiques* gli *usages professionnels*. Scrive Alain Supiot (*Droit du travail*, 1996, p. 61):

Il s'agit de coutumes parfois très anciennes (datant du régime corporatif) qui se sont maintenues dans le métier.

Si tratta di consuetudini, talvolta piuttosto vecchie (risalenti al regime corporativo) che si sono mantenute invariate nel ambito di un particolare mestiere.

⁸¹ Analogamente a Vachet, scrive François Dumont (*Droit du travail*, 2007, p. 38):

L'usage d'entreprise a une portée plus restreinte que l'usage professionnel. Il n'est pas nécessaire ici que la pratique soit généralisée à toute la profession pour qu'elle soit considérée comme usage. Il suffit qu'elle soit établie de façon constante dans une entreprise déterminée pour que les salariées de cette entreprise puissent invoquer le bénéfice de l'usage.

L'*usage d'entreprise* ha una portata inferiore rispetto a quella dell'*usage professionnel*. Non è necessario nel caso dell'*usage d'entreprise* che la pratica sia generalizzata a tutta la categoria professionale perché essa sia considerata come uso. È sufficiente che essa sia stabilita in modo costante in una determinata azienda affinché i lavoratori di tale azienda possano invocare il beneficio dell'uso.

⁸² GÉRARD VACHET, *L'usage d'entreprise est-il un véritable usage?*, 1984, 14328, p. 502.

L'usage d'entreprise, en raison de son champ d'application limité, semble ne pas correspondre à cette pratique généralisée retenue comme l'élément caractéristique de l'usage.

⁸³ CLAUDIO LUZZATI, *Principi e princìpi. La genericità del diritto*, 2012, pp. 69-120.

quale si può formare una norma generale. Conseguentemente il gruppo di riferimento al quale si rivolgerà la norma, sarà costituito da tutti i lavoratori che nell'ambito di uno stato nazionale operano in un particolare settore o che svolgono particolari mansioni (ad esempio, tutti i piloti, tutti i saldatori).

Il carattere della generalità è invece riscontrabile nel fenomeno giuridico dell'uso aziendale a patto che si utilizzi come sistema giuridico di riferimento l'ordinamento normativo aziendale, e che i destinatari della norma siano tutti i lavoratori che operano nell'azienda o un gruppo di essi individuato in base ad una caratteristica comune. D'altro canto, non è chiaro per quale ragione un uso aziendale possa essere considerato generale solo se esteso a tutte le aziende (italiane) di un certo settore produttivo, dal momento che le raccolte degli usi (che hanno il carattere di generalità) sono compilate dalle Camere di commercio su base provinciale.

È particolarmente radicata, sia in dottrina sia in giurisprudenza, la convinzione che l'uso aziendale non possa essere considerato un uso normativo, dal momento che il datore di lavoro non agisce a favore dei suoi dipendenti credendo di adempiere una norma giuridica⁸⁴. Al di là dei forti dubbi radicati da tempo tra i

⁸⁴ Sono rarissime le sentenze in tema di uso aziendale nelle quali si utilizza il concetto di "uso normativo". Tra queste, v'è la sentenza della Pretura di Ancona, 2 novembre 1990, in "Rivista italiana di diritto del lavoro", X (1991), pp. 806-814. La Fincantieri s.p.a. era stata convenuta in giudizio da un gruppo di lavoratori perché dopo aver nel 1971 adottato un criterio di calcolo del t.f.r. più favorevole rispetto a quello previsto dal Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro, aveva interrotto la prassi aziendale nel 1985. La Fincantieri s.p.a. aveva abbandonato i criteri di calcolo del t.f.r. che erano stabiliti per uso aziendale e aveva adottato quelli previsti dal Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro (stipulato alcuni anni prima) meno favorevoli per i lavoratori. La Procura ha ritenuto che la Fincantieri s.p.a. abbia tenuto una condotta datoriale favorevole non per conformarsi ad una clausola tacita (da considerare inserita nel contratto individuale di lavoro), ma per evitare una condanna in sede giudiziale. La credenza che l'abbandono della prassi avrebbe portato ad una condanna in sede giudiziale derivava dal fatto che la Corte di Cassazione in numerose pronunce aveva considerato il datore di lavoro obbligato alla prosecuzione di una condotta tenuta per uso aziendale indipendentemente dal fatto che fossero state stipulate condizioni differenti nel Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro, se tali condizioni erano meno favorevoli per il lavoratore. Secondo la Pretura di Ancona, la Società liquidava l'indennità di anzianità in misura superiore a quanto previsto dal CCNL non in base ad una volontà negoziale di impegnarsi nei confronti della generalità dei dipendenti, ma perché, se avesse agito diversamente, in base all'orientamento giurisprudenziale allora prevalente sarebbe stata convenuta in giudizio dal lavoratore volta per volta interessato con probabile soccombenza. Quando tale prassi giurisprudenziale era mutata, favorendo una più rigida applicazione delle norme del Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro, questo fatto aveva (secondo la Procura di Ancona)

filosofi del diritto sulla rilevanza dell'elemento soggettivo (psicologico) nella formazione della consuetudine giuridica⁸⁵ non è inopportuno domandarsi chi dovrebbe credere che una certa condotta sia obbligatoria, perché si possa affermare la sussistenza dell'elemento psicologico. In altri termini, non è chiaro se la credenza che un certo comportamento sia giuridicamente vincolato debba sussistere necessariamente solo nel datore di lavoro o se tale credenza possa essere condivisa anche da coloro che beneficiano della condotta. In effetti, la credenza che una certa condotta datoriale sia giuridicamente vincolata si può manifestare sia nel datore di lavoro come *sensu di obbligo*, sia nei dipendenti come *aspettativa* che il datore di lavoro seguirà un certo modello di condotta⁸⁶. In questo caso, è verosimile che il datore di lavoro non agisca credendo di conformarsi ad una norma giuridica, ma è altrettanto verosimile che i suoi dipendenti siano convinti che la sua condotta sia doverosa in base ad una norma giuridica. Questo ragionamento è applicabile sia per quei tipi di uso aziendale che hanno ad oggetto una condotta datoriale attiva, sia (a maggior ragione) per quelli che hanno ad oggetto una condotta datoriale "passiva", con l'unica differenza che nel caso dell'uso aziendale derivante da una condotta passiva i lavoratori avranno l'aspettativa che il datore di lavoro non impedisca loro di tenere determinate condotte (ad esempio, che in particolari occasioni, il datore di lavoro non impedirà loro di abbandonare anticipatamente il posto di lavoro).

non solo incoraggiato, ma anche giustificato l'uniformarsi della Fincantieri s.p.a. ai criteri di calcolo previsti dal Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro, anche se questi erano più sfavorevoli ai lavoratori. Anche se nella sentenza non appare esplicitamente il termine 'uso normativo', la lettura proposta dalla Procura comprende tutti gli elementi che caratterizzano il concetto di uso normativo: la convinzione (fondata sulla prassi giurisprudenziale) che l'abbandono dei criteri di calcolo adottati per uso aziendale avrebbe avuto conseguenze negative in sede giudiziale è equiparata all'*opinio iuris*.

⁸⁵ Ricordo ad esempio la celeberrima critica formulata da NORBERTO BOBBIO (*La consuetudine come fatto normativo*, 1942, p. 56): "La norma consuetudinaria non si costituisce se non c'è l'*opinio iuris*; ma l'*opinio iuris* a sua volta implica una norma già costituita. Da questo circolo vizioso non si può uscire che per due vie: o si considera l'*opinio* fondata sopra un errore, nel senso che la convinzione di sottoporsi ad una norma giuridica sia una convinzione erronea, perché riferita ad una norma ritenuta esistente ma in realtà inesistente, e allora si salva, sì, il valore normativo della consuetudine ma si precipita nell'assurdità di far poggiare tutto il diritto consuetudinario sopra un errore di diritto, oppure si ammette che vi sia una norma realmente costituita prima del manifestarsi della convinzione, e allora si svuota di ogni autonoma validità giuridica la norma consuetudinaria riducendola per altra via al processo meramente ricognitivo".

⁸⁶ ALF ROSS, *Directives and Norms*, 1968 (tr. it., p. 148).

L'esclusione della rilevanza dell'elemento psicologico dei dipendenti sembrerebbe finalizzata a giustificare (in modo artificioso) il rifiuto di una fonte del diritto (la consuetudine), piuttosto scomoda a causa del suo ruolo marginale nella gerarchia delle fonti dell'ordinamento giuridico italiano.

Solitamente, gli argomenti dei contrattualisti riducono l'uso aziendale ad altri fatti normativi (ad esempio: al contratto individuale, al contratto collettivo, alla promessa) al fine di garantire i lavoratori dall'arbitrarietà delle decisioni datoriali.

Tale tendenza è comprensibile, dal momento che essa rispecchia in larga misura delle scelte di politica del diritto del lavoro operate in altri ambiti dal legislatore. Come rileva giustamente Giulio Quadri:

Già dalla semplice considerazione del modo di atteggiarsi dei contrastanti interessi delle parti del rapporto di lavoro, nonché dalla posizione di supremazia contrattuale, oltre che più in generale, socio-economica del datore, sembra emergere chiaramente la ragione della sfiducia del legislatore nei confronti di una fonte di norme giuridiche, gli usi, il cui processo di formazione, fondato sulla reiterazione di comportamenti non può che risultare "esposto agli abusi del potere economico"⁸⁷.

Curiosamente, infatti, i giuristi che considerano l'uso aziendale equiparabile ad un accordo tacito sono intransigenti quando si tratta di evidenziare l'imprescindibilità dell'*opinio iuris* per la formazione di una norma consuetudinaria aziendale e di rilevare l'assenza dell'*opinio iuris* nell'uso aziendale, ma sono evasivi quando si tratta di verificare se, nel caso dell'uso aziendale, sussiste la volontà di obbligarsi da parte del datore di lavoro. In altri termini, nelle loro argomentazioni la presenza dell'elemento psicologico diviene inesplicabilmente un elemento trascurabile quando si tratta di verificare se il datore di lavoro abbia la volontà di vincolarsi nei confronti dei dipendenti. Di fatto, anche la giurisprudenza spesso presuppone o reputa superflua l'effettiva sussistenza della volontà datoriale di vincolarsi alla prosecuzione della condotta. Così, ad esempio, nella sentenza del 17 febbraio 2000 la Corte di Cassazione scrive:

Il requisito della spontaneità sussiste a prescindere dall'atteggiamento psicologico o dall'intento del datore di lavoro riferiti a ciascuno degli atti di cui la prassi si

⁸⁷ GIULIO QUADRI, *Usi aziendali e autonomia negoziale. Regole consuetudinarie e modificazioni unilaterali del rapporto di lavoro*, 2008, p. 114.

compone, essendo sufficiente accertare l'inesistenza oggettiva di un obbligo (reale o putativo che sia)⁸⁸.

Un ulteriore argomento, utilizzato a sostegno della tesi secondo la quale l'uso aziendale non è un uso normativo, consiste nel fatto che la norma derivante dalla condotta datoriale regola i rapporti tra due parti contraenti⁸⁹ (anche se collettive)⁹⁰. Tale argomento pare piuttosto debole per almeno due ragioni.

In primo luogo, per poter affermare che la norma derivante dalla condotta datoriale regola i rapporti tra i due contraenti, occorre presupporre una concezione contrattualistica del rapporto di lavoro (e più in generale dell'organizzazione aziendale), il che significa negare già nelle premesse che l'uso aziendale sia una consuetudine, cioè presupporre quello che si intende dimostrare.

In secondo luogo, il fatto che due soggetti abbiano instaurato un rapporto contrattuale non implica necessariamente che tutte le loro relazioni giuridiche siano di origine contrattuale.

⁸⁸ Corte di Cassazione (sezione lavoro) sentenza del 17 febbraio 2000 n. 1773, in "Giustizia civile. Massimario annotato della Corte di Cassazione" 45 (2000), pp. 366-372 [DeJure]. Cfr. LAURA CASTELVETRI, *Ma l'uso aziendale esiste?*, pp. 598-601 [DeJure].

L'esclusione dell'elemento psicologico dall'elenco dei requisiti necessari alla formazione dell'uso aziendale rappresenta un elemento di continuità tra le pronunce precedenti alla sentenza della Corte di Cassazione (sezione lavoro) sentenza del 6 novembre 1996 n. 9690 e quelle successive. Cfr. Corte di Cassazione (sezioni unite) sentenza del 30 marzo 1994 n. 3134, in "Il Foro italiano", CXVIII (1994), 2115 [Il Foro Italiano on line].

Al fine della formazione di usi aziendali - riconducibili alla categoria degli usi negoziali o di fatto suscettibili di inserirsi, in difetto di contraria volontà delle parti, nel contenuto del contratto individuale di lavoro ai sensi dell'art. 1340 c.c. - è necessaria la reiterazione spontanea di un determinato comportamento, valutabile a posteriori attraverso l'apprezzamento globale della prassi già consolidata, con la conseguenza che la formazione degli usi resta esclusa in presenza di un obbligo giuridico pregresso, di fonte legale o contrattuale, incompatibile con la spontaneità della prassi, quale che sia il convincimento soggettivo in ordine all'obbligo medesimo (principio affermato in relazione al trattamento praticato dal banco di Sicilia ai dipendenti cessati dal servizio in epoca successiva al luglio 1968 avvalsi della facoltà di capitalizzare una parte della pensione, consistente nell'applicare la rivalutazione del trattamento di quiescenza sulla parte di pensione non capitalizzata, anziché, come avvenuto nei riguardi di pensionati di epoca anteriore, sull'intera pensione).

⁸⁹ Cfr. RODOLFO SACCO e GIORGIO DE NOVA, *Il contratto*, 2004.

⁹⁰ LAURA CASTELVETRI, *Una nuova prospettiva teorica per gli usi aziendali*, 1997, p. 170.

2.1. Gli elementi materiali dell'uso aziendale

Le numerose tipologie di condotte datoriali, reputate a vario titolo favorevoli ai lavoratori (quali ad esempio: l'erogazione dell'indennità di trasporto; l'erogazione di un premio di anzianità; l'erogazione dell'indennità di trasferta, ecc.) rappresentano l'elemento materiale dei concetti di uso aziendale, esse fanno parte del sostrato sociologico delle argomentazioni dei giuristi in tema di uso aziendale.

2.1.1. Il senso delle condotte datoriali

In base ai diversi concetti di “uso aziendale” un datore di lavoro, che reitera per molti anni una *condotta* favorevole ai lavoratori è obbligato a proseguire nell'iterazione della *condotta* anche in futuro.

I giuristi interpretano, in base ai concetti di “uso aziendale”, alcuni tipi di condotte⁹¹. Tali tipi di atti non sono dei semplici atti psicofisici ma hanno già un significato convenzionale. Il significato convenzionale di tali atti è indipendente dal concetto di “uso aziendale” e preesistente rispetto all'uso aziendale.

Questo fenomeno emerge in modo particolarmente nitido nella sentenza del Tribunale di Milano⁹² del 13 febbraio 2004 che ha ad oggetto una controversia sorta tra un lavoratore escluso dalla consegna di un *premio fedeltà* e la società datrice di lavoro (Amsa s.p.a.).

Il Tribunale rileva l'esistenza di una particolare prassi aziendale sulla base delle dichiarazioni dell'azienda. Ecco le parole della sentenza:

L'Amsa [...] ha dichiarato che ogni anno si tiene in azienda la cerimonia Premio Fedeltà nel corso della quale vengono consegnati i premi ai dipendenti che abbiano raggiunto i 30 anni di anzianità aziendale (orologio) e i 25 anni (medaglia)⁹³.

⁹¹ In altri termini, gli atti materiali, alla base degli usi aziendali, non sono dei semplici atti psicofisici ma hanno un significato convenzionale (lessico del filosofo polacco Czesław Znamierowski le attività psicofisiche [*działania psychofizyczne*] sono attività prive di una qualificazione convenzionale) Cfr. CZESŁAW ZNAMIEROWSKI, *Atti ibetici e norme costruttive*, traduzione italiana (dal polacco) di GIUSEPPE LORINI, in PAOLO DI LUCIA (ed.), *Filosofia del diritto*, 2002; GIUSEPPE LORINI, *Oggetto e atto*, Torino, Giappichelli, 2008.

⁹² Sentenza 13 febbraio 2004 del Tribunale di Milano, in “Diritto e Lavoro. Rivista critica di diritto del lavoro”, XIII (2004), pp. 384-386.

⁹³ Sentenza 13 febbraio 2004 del Tribunale di Milano, in “Diritto e Lavoro. Rivista critica di diritto del lavoro”, XIII (2004), p. 385.

La condotta viene riconosciuta dal tribunale come una “consegna del premio fedeltà” perché è stata così definita in ambito aziendale.

I comportamenti datoriali, presupposti dei concetti di “uso aziendale” non sono dei fatti naturali, ma possono essere considerati (adottando il lessico di Hans Kelsen) dei fatti sociali che esprimono un loro specifico senso al momento del loro compimento. Scriveva, infatti, Hans Kelsen:

Un atto sociale può [...] benissimo portare con sé una qualificazione di se stesso, cioè una enunciazione di ciò che significa. L'uomo che agisce annette infatti al suo stesso atto un significato determinato che si esprime in un modo qualsiasi e che viene inteso da coloro cui l'atto viene rivolto⁹⁴.

La condotta datoriale descritta nella sentenza è qualificata dal datore di lavoro come “*premio fedeltà*” al momento del suo compimento. Il giurista tiene quindi conto del senso della condotta attribuito dal datore di lavoro per comprendere, ad esempio, che, in particolari circostanze, la consegna di un orologio da parte di un uomo ad un altro uomo ha valore di consegna di “un premio fedeltà”.

Per poter giustificare l'obbligo del datore di lavoro a consegnare il premio fedeltà anche al lavoratore che pur avendo maturato trent'anni di servizio ne era stato escluso, il Tribunale ricorre alla categoria “uso aziendale”⁹⁵. Più precisamente, il tribunale individua le condizioni necessarie per la formazione di un vincolo in capo al datore di lavoro. Così, in base a quanto scritto nella sentenza:

Al fine della formazione degli usi aziendali, riconducibili alla categoria degli usi negoziali o di fatto [...] rileva il mero fatto giuridico della

⁹⁴ HANS KELSEN, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, 1934, p. 16 (tr. it. p. 49).

Eine gesellschaftlicher Akt kann sehr wohl eine Selbstdeutung, d. h. eine Aussage darüber mit sich führen, was er bedeute. Denn der den Akt setzende Mensch verbindet selbst mit seinem Akt einen bestimmten Sinn, der sich in irgendeiner Weise ausdrückt und der von den anderen, an die sich der Akt wendet, verstanden wird.

⁹⁵ Inesplicabilmente le motivazioni che hanno spinto l'azienda ad escludere il lavoratore non sono state pubblicate.

reiterazione nei confronti di una collettività più o meno ampia di destinatari del comportamento considerato⁹⁶.

Il concetto di “uso aziendale” adottato dal Tribunale consente di stabilire che l’iterazione della condotta caratterizzata dalla consegna del *premio fedeltà* non può essere interrotta dal datore di lavoro e che, quindi, il datore di lavoro è vincolato a reiterare la stessa condotta (l’elargizione del premio fedeltà) nei confronti di tutti i dipendenti che in futuro matureranno trent’anni di servizio.

La cerimonia *premio fedeltà* esisteva precedentemente rispetto all’uso aziendale, e aveva assunto il suo specifico significato in ambito aziendale prima della formazione dell’uso.

⁹⁶ Sentenza 13 febbraio 2004 del Tribunale di Milano, in “Diritto e Lavoro. Rivista critica di diritto del lavoro”, XIII (2004), p. 385.

2.1.2. La condotta datoriale come “prassi ideologica”

Quando il datore di lavoro “concede” dei *benefit* li presenta come degli atti di liberalità a favore del lavoratore. Spesso, tali comportamenti rappresentano, in realtà, un vantaggio quasi esclusivamente per il datore di lavoro che risparmia sul fisco, risparmia sul salario e fidelizza i dipendenti (che sono portati a lavorare di più, perché gratificati).

Nel momento in cui l’elargizione dei *benefit* diviene meno vantaggiosa (in assenza di vincoli formali che gli impongano la prosecuzione della condotta) il datore di lavoro può decidere di interrompere l’elargizione del *benefit*, nonostante questa pratica si sia consolidata nel tempo e abbia generato delle aspettative nei lavoratori dell’azienda.

Chiaramente è difficile stabilire se una condotta sia effettivamente favorevole al lavoratore, in quanto l’atto descritto dal datore di lavoro come favorevole al lavoratore potrebbe avere in realtà delle conseguenze negative per il lavoratore.

È dunque problematico individuare dei *criteri oggettivi* che consentano di considerare un uso favorevole al lavoratore. Invero, non sempre è facile stabilire se una condotta sia effettivamente attributiva di un beneficio.

In particolare, nel caso degli usi aziendali sembrerebbe fuorviante parlare di una condotta di per sé favorevole: infatti *dalla condotta del datore di lavoro* deriva un beneficio *per qualcuno, in relazione a qualcosa che deve essere rilevante per il soggetto beneficiario*⁹⁷.

Alcuni tipi di atti qualificati come favorevoli ai lavoratori e fiscalmente incentivati nell’ambito dell’ordinamento italiano, sono considerati sfavorevoli al lavoratore in altri ordinamenti. Ad esempio, mentre nell’ordinamento italiano alcuni *benefit*⁹⁸ sono fiscalmente incentivati, nell’ordinamento belga gli stessi *benefit* sono disincentivati perché considerati potenzialmente svantaggiosi per i lavoratori. Questo accade poiché nell’ordinamento giuridico belga è particolarmente rilevante

⁹⁷ Inoltre, occorre stabilire cosa si intenda, in questo caso, per ‘soggetto beneficiario’; abbiamo almeno due opzioni diverse: (i) il singolo lavoratore; (ii) la collettività dei lavoratori. Quello che può essere vantaggioso per la collettività dei lavoratori, potrebbe non esserlo per il singolo lavoratore (e viceversa).

⁹⁸ Il legame tra il fenomeno degli usi aziendali e la diffusione dei *fringe benefit* è sottolineato anche in GÉRARD LYON-CAEN, JEAN PÉLISSIER, ALAIN SUPIOT, *Droit du travail*, 1996, p. 61:

En matière de rapports individuels, il suffit d'évoquer les primes et gratifications. La constance de leur versement, la généralité de leur octroi, la fixité de leur taux permettent de établir l'existence.

il principio della libera disponibilità del salario⁹⁹. Più precisamente, l'art. 3 della legge del 12 aprile 1965 la cosiddetta *Loi concernant la protection de la rémunération des travailleurs* [*Gesetzes vom 12. April 1965 über den Schutz der Entlohnung der Arbeitnehmer*] stabilisce che:

*È proibito al datore di lavoro limitare, in qualsiasi modo, la libertà del lavoratore di disporre del suo salario a suo piacimento*¹⁰⁰.

Infatti, sulla base del principio della libera disponibilità del salario l'ordinamento del Belgio prevede delle forti limitazioni alle modalità di retribuzione in natura e, conseguentemente, all'elargizione dei *benefit*.

Una condotta datoriale apparentemente favorevole ai lavoratori, come l'elargizione di un *benefit* può determinare uno svantaggio per i lavoratori anche al di là delle caratteristiche di uno specifico ordinamento statale. Secondo gli economisti Armen A. Alchian e Harold Demsetz, l'elargizione dei *benefit* può nascondere alcune forme di "opportunismo contrattuale" del datore di lavoro (cioè di *free riding* e di *shirking*¹⁰¹ datoriale: ovvero il datore di lavoro potrebbe raccogliere i frutti del lavoro

⁹⁹ Curiosamente, nell'ordinamento belga non appaiono concetti assimilabili all'uso aziendale.

¹⁰⁰ *Loi concernant la protection de la rémunération des travailleurs* 12 aprile 1965 [*Gesetz vom 12. April 1965 über den Schutz der Entlohnung der Arbeitnehmer*], art. 3:

Il est interdit à l'employeur de restreindre, de quelque manière que ce soit, la liberté du travailleur de disposer de sa rémunération à son gré?

Ecco la versione "ufficiosa" in tedesco [*die inoffizielle deutsche Fassung*] dell'art. 3 della *Loi concernant la protection de la rémunération des travailleurs*, tratta dal *Moniteur Belge – Belgisch Staatsblad* (la Gazzetta Ufficiale del Belgio) 08. 03. 2007, p. 11303:

Es ist dem Arbeitgeber untersagt, die Freiheit des Arbeitnehmers, nach eigenem Ermessen über seine Entlohnung zu verfügen, in irgendeiner Weise einzuschränken.

¹⁰¹ Il termine '*shirking*' indica un particolare tipo di *free riding*: ad esempio, il comportamento di un lavoratore che produce meno di quanto previsto dalle condizioni contrattuali, o più in generale di un soggetto che evita di compiere il proprio dovere. Ecco la definizione di '*free-rider*' che fornita da LARS UDHEN (*Free-Rider*, in: *International Encyclopedia of Economic and Sociology*, 2006, p. 292):

Someone who reaps the fruits of other people's labor in some kind of collective undertaking or, more precisely, who enjoys the benefits of some collective goods without contributing to the costs of its production.

dei suoi dipendenti senza contribuire adeguatamente ai costi della loro produzione). Non sempre, infatti, il valore (monetario) dei *benefit* può essere controllato agevolmente dal lavoratore. Secondo Alchian e Demsetz:

Alcuni tipi di prestazioni sono difficili da valutare e sono maggiormente soggette allo *shirking* del datore di lavoro. I *fringe benefit* spesso sono in forma contingente non monetaria: l'assicurazione medica, ospedaliera e per infortunio, le pensioni di anzianità sono prestazioni in parte in natura [*partly in kind*] [offerte] dai datori di lavoro ai lavoratori. Non tutti i lavoratori sono in grado di comprendere il valore di queste retribuzioni tanto facilmente come per i pagamenti in denaro¹⁰².

Qualificare la condotta datoriale come “favorevole al lavoratore” può essere fuorviante o addirittura ideologico se, dietro al *benefit*, il datore di lavoro nasconde una strategia di gestione del personale, che gli consente di risparmiare sul costo del lavoro a danno dei lavoratori.

Per questo, la qualificazione attribuita dal datore di lavoro alla sua condotta, può essere considerata ideologica, nella misura in cui distorce la relazione tra la manifestazione della condotta [*Erscheinungsform*] e la sua reale funzione. Ad esempio, la condotta datoriale può essere presentata come un premio (favorevole al lavoratore), ma essere in realtà parte di una strategia finalizzata a trarre maggior profitto dallo sfruttamento della mano d'opera (anche ledendo gli interessi dei lavoratori).

In questa parte del mio lavoro uso il termine ‘ideologia’ in un senso più ampio, ma non incompatibile con quello di *asserzione para-teoretica* [*para-theoretische Aussage*] proposto da Theodor Geiger nel saggio *Ideologie und Wahrheit* [*Ideologia e verità*]. Ricordo la definizione di ‘ideologia’ proposta da Geiger:

Qualcuno che raccoglie i frutti del lavoro altrui in un'impresa collettiva o, più precisamente, chi gode di benefici derivanti da beni collettivi senza contribuire ai costi della loro produzione.

Sul problema del *free riding* Cfr. MANCUR OSLOM, *The Logic of Collective Action. Public Goods and the Theory of Groups*, 1965. Per la letteratura più recente cfr. RICHARD TUCK, *Free Riding*, 2008.

¹⁰² ARMEN A. ALCHIAN, HAROLD DEMSETZ, *Production, Information Costs and Economic Organization*, 1972, p. 790.

Some forms of employer performance are less easy to meter and are more subject to employer shirking. Fringe benefits often are in non pecuniary contingent form, medical, hospital and accident insurance, and retirement pensions are contingent payments or performances partly in kind by employers to employees. Each employee cannot judge the character of such payments as easily as money wages.

Sono ideologiche quelle asserzioni [*Aussagen*] che, nella loro forma linguistica e nel loro senso manifesto, si presentano come asserzioni fattuali *teoretische*, mentre sono in realtà *a-teoretische* e non contengono elementi che appartengano alla realtà oggettiva¹⁰³.

Analogamente, chiamo ideologici i comportamenti che si auto-qualificano in modo non coincidente con la loro reale funzione. Questo senso di ideologia non è incompatibile con quello (prevalente in questa tesi) di “asserzione parateoretica” [*para-theoretische Aussage*], ma è il genere del quale l’“ideologia” come “asserzione parateoretica” è una specie.

Infatti, un’asserzione *para-teoretica* (ideologica in senso geigeriano) si manifesta come un’asserzione teoretica, e quindi come un atto linguistico caratterizzato da una funzione descrittiva, anche se in realtà la sua funzione è diversa (poiché ha in realtà un latente carattere prescrittivo).

Ai fini dell’analisi dell’ uso aziendale ed, in particolare, delle condotte datoriali che sono disciplinate (anche) in base ai diversi concetti di uso aziendale, sembra rilevante un particolare senso del termine ‘ideologia’ che emerge dalle parole dello psicologo sociale Stanley Milgram:

Ogni situazione possiede un tipo di ideologia, che chiamiamo “definizione della situazione” e che è l’interpretazione del significato di un’occasione sociale. Essa fornisce la prospettiva attraverso la quale gli elementi di una situazione acquistano coerenza¹⁰⁴.

¹⁰³ THEODOR GEIGER, *Ideologie und Wahrheit*, 1968, p. 58.

Als ideologisch sollen jene Aussagen bezeichnet werden, die ihrer sprachlichen Form und dem in ihnen ausgedrückten Sinne nach sich als theoretische Sachaussagen geben, die aber a-theoretische, nicht der objektiven Erkenntniswirklichkeit zugehörigen Bestandteile enthalten.

¹⁰⁴ STANLEY MILGRAM, *Obedience to authority: an experimental view*, 1974, p. 146.

Every situation possesses a kind of ideology, which we call the “definition of the situation” and which is the interpretation of the meaning of a social occasion. It provides the perspective through which the elements of a situation gain coherence.

Milgram¹⁰⁵, nel corso di un celebre esperimento, aveva riscontrato che le persone sono propense ad accettare la definizione di un atto fornita da un'autorità da essi reputata legittima, indipendentemente dalle loro convinzioni morali.

¹⁰⁵ Nel 1961 Stanley Milgram [New York, 1933 – New York, 1984] reclutò un gruppo di volontari di età compresa tra i 20 e i 50 anni e comunicò loro che avrebbero partecipato (dietro compenso) ad un esperimento sull'apprendimento e la memoria. In realtà, Milgram intendeva compiere un esperimento al fine di studiare il comportamento dei soggetti ai quali un'autorità (nel caso specifico uno scienziato) ordina di eseguire delle azioni qualificabili come immorali in base a dei valori condivisi. I volontari ricevettero da uno scienziato l'ordine di porre delle domande a un altro soggetto e di somministrargli delle scosse progressivamente più intense ad ogni risposta errata premendo i pulsanti del quadro di controllo di un generatore di corrente elettrica. Il destinatario delle domande (che in realtà era un collaboratore di Milgram) era legato e con un elettrodo fissato al polso, fingeva di percepire le scosse, reagiva ad esse con implorazioni e grida sempre più acute e, infine, simulava la perdita di coscienza. Uno scienziato esortava in modo pressante il volontario incaricato a porre le domande e a somministrare scariche elettriche sempre più potenti (e pericolose) definendo tale condotta come “necessaria”, “doverosa”, “indispensabile”. Soltanto al termine dell'esperimento i soggetti venivano informati del fatto che nessuno era stato sottoposto ad alcuna scarica elettrica.

Stanley Milgram descrisse risultati dell'esperimento nel libro *Obedience to authority: an experimental view*, 1974. La condotta che lo scienziato ha chiesto di tenere ai volontari durante il famoso *Milgram experiment* può essere considerata un esempio di *falsa prassi*. Secondo Stanley Milgram (*Obedience to authority: an experimental view*, 1974, p. 145):

An act viewed in one perspective may seem heinous; the same action viewed in another perspective seems fully warranted. There is a propensity for people to accept definition of action provided by legitimate authority”. The act that the volunteer was asked to perform by the scientist, was described by the scientist as “absolutely necessary and fully warranted”, but it seemed to provoke an unjustified pain to another person (so it could be considered heinous).

Un atto visto in una particolare prospettiva può sembrare scellerato [*heinous*], la stessa azione in un'altra prospettiva sembra legittima [*warranted*]. Le persone sono propense ad accettare la definizione di un atto fornita da un'autorità legittima. L'atto che è stato richiesto al volontario era stato descritto dallo scienziato come “assolutamente necessario e pienamente legittimo”, ma esso sembrava provocare una sofferenza ingiustificata all'altra persona (tanto da poter essere considerato scellerato).

Tuttavia, non è detto che la definizione di un atto fornita da un soggetto (anche se dotato di una particolare autorità) corrisponda alla reale funzione di quell'atto. In questo senso, anche il comportamento del datore di lavoro può essere ideologico cioè può essere considerato una “*falsa prassi*”: ovvero, *una condotta caratterizzata da una discrepanza tra la definizione che usualmente di essa si dà e la sua reale funzione*¹⁰⁶..

Ad esempio, ciò che appare un beneficio elargito per scopo di liberalità a favore di un particolare destinatario (ad esempio un lavoratore), in realtà potrebbe determinare per quel destinatario uno svantaggio, ma potrebbe risultare particolarmente vantaggioso per il datore di lavoro.

¹⁰⁶ Più precisamente, nel caso degli usi aziendali, la *falsa prassi* è caratterizzata dalla non coincidenza tra le regole in conformità (o in funzione) delle quali viene *compiuta* la prassi e le regole in base alle quali la prassi viene *qualificata*. Nella falsa prassi è riscontrabile quella che Mario Jori (*Il giurista selvaggio*, 1985, p. 73) considera:

Una divergenza tra ideologia ufficiale e norme che effettivamente informano le azioni, [divergenza] diversa da quella tra norme e comportamenti.

2.1.3. La funzione nascosta della condotta datoriale

Nel libro *Teorie ed ideologie nel diritto sindacale* Giovanni Tarello sosteneva che l'origine dottrinale degli istituti del diritto sindacale fosse dovuta alla presenza di una "vuoto legislativo"¹⁰⁷. Analogamente, attualmente, nell'ordinamento italiano non sono rintracciabili norme che prescrivono al datore di lavoro la prosecuzione di una condotta favorevole ai lavoratori e da tempo reiterata in ambito aziendale, ma non contemplata dalle clausole contrattuali. Tuttavia, i diversi tipi di comportamenti datoriali considerati (a vario titolo) favorevoli ai lavoratori¹⁰⁸, sono previsti e talora incentivati da alcune norme dell'ordinamento.

Ad esempio, l'elargizione dei *benefit* è contemplata dalle norme del diritto tributario, che li inquadra in uno specifico regime fiscale¹⁰⁹. I *benefit*¹¹⁰ sono dei "benefici"¹¹¹ che le aziende (pubbliche o private) accordano ai dipendenti.

In base all'art. 100 del TUIR, alcune spese sostenute dal datore di lavoro per i *benefit* "compiute a favore del dipendente e a titolo di liberalità" sono deducibili parzialmente dal reddito d'impresa¹¹², ovvero dall'imponibile sul quale verrà

¹⁰⁷ GIOVANNI TARELLO, *Teorie ed ideologie nel diritto sindacale*, 1967, 1972, p. 9.

¹⁰⁸ Tipi di atti talora *metonimicamente* considerati dai giuristi come esempi di usi aziendali

¹⁰⁹ Cfr. FABIO CARNIOL, EDOARDO CESARINI, GIORDANO FATALI (eds.), *Employee Value Proposition and Flexible Benefit. Politiche retributive, attrattività e benefit nelle imprese del XXI secolo*, 2012.

¹¹⁰ Il termine '*benefit*' non è estraneo al dibattito sugli usi aziendali. Ad esempio, MICHELE MISCIONE (*Usi aziendali e diritti individuali*, 2008, p. 551) scrive:

Per uso aziendale sono stati riconosciuti ai dirigenti vari *benefit* come l'uso privato dell'auto aziendale.

¹¹¹ Sono esempi di *benefit* l'alloggio gratuito, l'assicurazione vita o infortuni extraprofessionali, l'autovettura aziendale, le borse di studio o pagamento delle tasse scolastiche per i figli dei dipendenti, l'iscrizione gratuita a circoli culturali e sportivi, gli omaggi per ricorrenze e festività, pagamento delle utenze energetiche dell'abitazione ecc.

¹¹² Più precisamente, l'art. 95 del Testo Unico delle Imposte sul Reddito (acronimo: TUIR) stabilisce che:

Le spese per prestazioni da lavoro dipendente deducibili nella determinazione del reddito comprendono anche quelle sostenute in denaro o in natura a titolo di liberalità salvo il disposto dell'articolo 100, comma 1.

calcolata l'imposta. Indubbiamente, un regime fiscale vantaggioso può incoraggiare l'iterazione di alcuni comportamenti da parte del datore di lavoro¹¹³. Pertanto, l'imprenditore che elargisce ai suoi dipendenti regolarmente dei *benefit* soggetti a particolari sgravi fiscali, non sta necessariamente adempiendo ad una norma vigente in azienda. Invero, è altrettanto plausibile che l'imprenditore elargisca reiteratamente certi *benefit* ai lavoratori perché alcune norme statali gli garantiscono dei vantaggi fiscali. La condotta dell'imprenditore, dunque, potrebbe essere l'effetto di alcune norme fiscali e al contempo, potrebbe non essere conforme ad alcuna norma aziendale¹¹⁴.

Occorre sottolineare che i vantaggi fiscali sono solo alcuni dei possibili motivi che rendono razionale e vantaggiosa per l'imprenditore la scelta di elargire un *benefit* ai dipendenti.

Le condotte del datore di lavoro, alle quali talvolta la giurisprudenza fa riferimento con il sintagma 'uso aziendale' non sono necessariamente determinate da una norma aziendale vincolante per il datore di lavoro¹¹⁵, ma possono derivare dall'applicazione di una delle molteplici tecniche di gestione del personale diffuse nelle aziende, finalizzate (ad esempio) ad incrementare la produttività e a favorire tra i lavoratori il sorgere di un senso di appartenenza all'azienda.

Secondo l'economista Mario Vavassori i *benefit* sono utilizzati perché: (i) sono attrattivi; (ii) hanno un effetto di fidelizzazione; (iii) assumono valenza di *status symbol*, differenziano le persone all'interno dell'azienda; (iv) sono elementi motivanti¹¹⁶.

Il giurista americano Peter Meijes Tiersma non si occupa specificamente della categoria dell'uso aziendale, ma considera l'elargizione reiterata di un *benefit* un particolare tipo di *unilateral contract*. Tuttavia, Tiersma riconosce, che dietro l'elargizione di un *benefit* al lavoratore, può celarsi una strategia di gestione del personale adottata dal datore di lavoro. In questo senso, Tiersma ha distinto diversi tipi di *benefit* in base alle motivazioni che spingono il datore di lavoro a tenere una particolare condotta. In particolare, Tiersma distingue:

¹¹³ NORBERTO BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, 1977, 2007, p. 64.

¹¹⁴ La condotta dell'imprenditore che elargisce un beneficio ai dipendenti per ottenere dei vantaggi fiscali è (nel lessico di Amedeo G. Conte e Paolo di Lucia) una condotta *nomotropica*. Cfr. AMEDEO G. CONTE, *Nomotropismo. Agire in funzione di regole*, 2001; PAOLO DI LUCIA, *Agire in funzione di norme*, 2007.

¹¹⁵ LAURA CASTELVETRI, *Ma l'uso aziendale esiste?*, 2000, pp. 598-601 [DeJure].

¹¹⁶ MARIO VAVASSORI, *Gli stipendi degli italiani*, 2004.

- (i) *incentive bonuses*;
- (ii) *retention bonuses*.

Scrive Tiersma:

Mentre gli *incentive bonuses* hanno l'obiettivo di indurre i lavoratori a lavorare sodo e a aumentare i profitti, l'obiettivo di un *retention bonus* è di indurre il lavoratore a restare al servizio del datore di lavoro per un certo periodo di tempo¹¹⁷.

Indubbiamente, è difficile pensare che le motivazioni che ho citato possano coincidere con uno scopo di liberalità.

È possibile, quindi, che la reiterazione di alcune condotte datoriali (commissive o omissive) non derivi da una norma aziendale (cioè, non derivi da una norma prodotta da un fatto normativo aziendale) che impone degli obblighi al datore di lavoro. Tuttavia, può accadere che tali condotte siano artificiosamente considerate (erroneamente o ideologicamente) come derivanti dall'adempimento di norme aziendali.

Curiosamente, l'ideologia dei giuristi non si contrappone, ma si sovrappone all'ideologia datoriale. Infatti, generalmente, la condotta datoriale si presenta come favorevole al lavoratore e viene accettata come tale dai giuristi. Dunque, non sono, i giuristi a definire i criteri che consentono di considerare una condotta datoriale favorevole ai lavoratori.

L'argomentazione in tema di uso aziendale non è presentata dai giuristi come il prodotto dell'interpretazione del dato normativo, ma come il frutto di un'"analisi della situazione di fatto"¹¹⁸ che si verifica in ambito aziendale. Tale analisi sembrerebbe volta alla ricerca di un "diritto vivente" aziendale. In questo senso, Stefano Liebman afferma che:

Il comportamento [datoriale è] assunto, nella sua concretezza, come specifico oggetto di interpretazione¹¹⁹.

¹¹⁷ PETER MEIJES TIERSMA, *Acceptance and Promise*, 1992, p. 62.

While incentive bonuses aim to introduce employees to work hard and increase profits, the focus of a retention bonus is to introduce the worker to stay in the service of the employer for a certain duration.

¹¹⁸ GIOVANNI TARELLO, *Teorie ed ideologie nel diritto sindacale*, 1967, 1972, p. 86.

¹¹⁹ STEFANO LIEBMAN, *Usi aziendali*, 2010, p. 738.

Tuttavia, dall'analisi della situazione di fatto non emergono di per sé elementi sufficienti a giustificare la formazione di un obbligo che vincoli il datore di lavoro alla prosecuzione della condotta favorevole al lavoratore. I giuristi elaborano, quindi, dei criteri per giustificare l'imposizione di un vincolo in capo al datore di lavoro ed evitare l'interruzione arbitraria della prassi aziendale. In altri termini, in base agli "usi aziendali", giurisprudenza e dottrina stabiliscono se (e a quali condizioni), una condotta datoriale iterata e favorevole ai lavoratori, può diventare obbligatoria per il datore di lavoro, pur non essendo esplicitamente prevista dalle fonti ufficiali.

2.2. Gli elementi *formali* dell'uso aziendale

L'“uso aziendale” è una categoria del *diritto del lavoro italiano* (cioè è una categoria che contribuisce a caratterizzare una delle parti in cui i giuristi sono soliti suddividere l'ordinamento giuridico (statale)). Tuttavia, l'uso aziendale, potrebbe essere considerato una categoria-ponte¹²⁰ tra l'ordinamento aziendale e l'ordinamento statale, poiché, fornisce dei criteri che consentono di qualificare come obbligatori dei comportamenti datoriali che hanno luogo in azienda e che in azienda, acquistano un loro senso specifico.

Più precisamente, giurisprudenza e dottrina hanno elaborato diversi concetti di “uso aziendale”; ognuno di essi (indipendentemente da un esplicito riconoscimento da parte delle fonti formali del diritto) è caratterizzato da un insieme di criteri che consentono: (i) di individuare le *modalità di formazione in ambito aziendale* di una norma che vincola il datore di lavoro alla reiterazione di una condotta favorevole al lavoratore; (ii) di stabilire se vi sia e quale sia il *rapporto gerarchico* tra la norma aziendale e le altre norme prodotte da fatti normativi esplicitamente riconosciuti dall'*ordinamento giuridico statale* (ad esempio le norme del contratto di lavoro).

La distinzione (che caratterizza gli “usi aziendali”) tra la formazione della norma in ambito aziendale e il suo livello gerarchico nell'ordinamento statale, presuppone il concetto di “azienda”. Ossia, presuppone che l'azienda sia un ordinamento normativo (entro una certa misura) autonomo rispetto a quello statale.

Quindi, i concetti di uso aziendale possono essere analizzati e classificati da due prospettive diverse. La *prima prospettiva* concerne la formazione della norma aziendale nell'ambito dell'ordinamento aziendale; la *seconda prospettiva* concerne i

¹²⁰ L'uso aziendale potrebbe essere considerato un fenomeno giuridico bivalente poiché da un lato può essere preso in considerazione in relazione alla sua rilevanza per l'ordinamento giuridico statale; dall'altro è anche un esempio di *diritto dei privati*.

WIDAR CESARINI SFORZA (*Il diritto dei privati*, 1929, 1963, p. 3) scrive:

[Il diritto che i] privati medesimi creano, per regolare determinati rapporti di interesse collettivo in mancanza, o nell'insufficienza della legge statale.

Talvolta, tali suddivisioni sono intese come la specificazione di un campo di studi, altre volte sono invece intese come viene intesa come suddivisione reale di un “oggetto” chiamato “ordinamento giuridico statale”. Cfr. GIOVANNI TARELLO, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale*, 1967, 1972, p. 7.

rapporti tra ordinamento aziendale e ordinamento statale. Quindi, l'elaborazione dei diversi concetti di uso aziendale può essere condizionata da un lato, dalle diverse concezioni dell'organizzazione aziendale, dall'altro lato, dalle diverse concezioni che delineano i rapporti tra le norme dell'ordinamento statale e le norme dell'ordinamento aziendale.

2.2.1. La formazione delle norme in azienda

Non è inusuale che fatti normativi estremamente disomogenei vengano qualificati (in massa) come diritto consuetudinario aziendale.

Ad esempio, la definizione di *droit coutumier social dans l'entreprise* [diritto sociale¹²¹ consuetudinario d'impresa] formulata da dal sociologo del diritto Christian Morel nel saggio intitolato *Le droit coutumier social dans l'entreprise* (1979) è piuttosto ampia. Così Morel definisce le norme consuetudinarie aziendali:

Tutte le regole in vigore nell'impresa al di fuori della legislazione del lavoro e della sua giurisprudenza, al di fuori dei contratti collettivi di settore o aziendali e del regolamento interno che è previsto dalla legge [...] la parola consuetudine sarà dunque utilizzata [...] in un senso che significa non "orale" ma "privato"¹²².

Il diritto consuetudinario di impresa può, secondo Morel, essere prodotto da diversi fatti normativi, per questa ragione, Morel distingue tra consuetudini spontanee [*coutumes spontanées*] e consuetudini imposte [*coutumes dictées*]. Secondo Morel:

¹²¹ Il diritto sociale [*Droit social*] è una delle parti in cui i giuristi francesi sono soliti suddividere l'ordinamento giuridico statale. Il diritto sociale comprende il diritto del lavoro [*droit du travail*] e il diritto della sicurezza sociale [*droit de la sécurité sociale*].

¹²² CHRISTIAN MOREL, *Le droit coutumier social dans l'entreprise*, 1979, p. 279.

La coutume sociale, toutes les règles en vigueur dans l'entreprise autres que la législation du travail et sa jurisprudence, autres que les conventions collectives de branche ou d'entreprise et autres que le règlement intérieur tel qu'il est prévu par la loi [...] le mot 'coutume' sera donc employé [...] dans le sens qui signifie non pas "oral" mais "privé".

Secondo Norberto Bobbio (*La consuetudine come fatto normativo*, 1942, p. 40), una definizione generica di consuetudine intesa come "diritto abbracciante l'intero campo delle norme non legislative" potrebbe essere fuorviante, perché porterebbe a confondere la consuetudine come fatto normativo (consuetudine in senso stretto) con altre forme di regolarità aventi carattere non costitutivo, ma meramente ricognitivo.

Le regole sociali interne [dell'azienda] comprendono le consuetudini spontanee [*coutumes spontanées*] che risultano dall'osservanza pura e semplice da parte del personale di una norma rivendicata. Un [...] esempio l'uscita dallo stabilimento anticipata di mezz'ora [*demi-beure buissonnière*]¹²³ del personale di X¹ che ha cominciato a rientrare a casa alle ore 16:45 piuttosto che alle ore 17:15 al fine di ottenere la riduzione d'orario che era stata promessa [...] Le *consuetudini imposte* [*coutumes dictées*] derivano dall'iniziativa del datore di lavoro sotto forma di decisioni scritte o orali¹²⁴.

I concetti di “uso aziendale” si possono classificare a seconda dei modelli di organizzazione aziendale che essi presuppongono¹²⁵. Tali diversi modelli di organizzazione aziendale definiscono le modalità di produzione delle norme in azienda e, al contempo, contribuiscono a stabilire i criteri di individuazione di tali norme. In altri termini, gli elementi considerati rilevanti al fine di stabilire se nell'ordinamento aziendale è vigente una particolare norma, variano se si ritiene che l'ordinamento aziendale sia caratterizzato da un particolare procedimento di produzione normativa e, quindi, se si ritiene che le norme aziendali sono, in ultima analisi, riconducibili a quel procedimento.

Le norme che non sono prodotte attraverso un procedimento normativo esplicito (ad esempio, un regolamento d'azienda esplicitamente promulgato dal datore di lavoro), ovvero le norme prodotte da comportamenti concludenti, possono essere ricondotte a fatti normativi diversi (accordo tacito, disposizione tacita, consuetudine) considerati prevalenti dal giurista in base ad un modello di organizzazione aziendale presupposto.

In particolare, ho distinto tre diversi modelli di organizzazione aziendale, a seconda del fatto normativo principale che caratterizza l'ordinamento aziendale:

(i) *modello gerarchico;*

¹²³ L'espressione ‘*buissonnière*’ è utilizzata solitamente per indicare il comportamento degli studenti che marinano la scuola.

¹²⁴ CHRISTIAN MOREL, *Le droit coutumier social dans l'entreprise*, 1979, p. 279.

Les règles sociales internes [d'entreprise] comprennent des coutumes spontanées qui résultent de l'observation pure et simple par le personnel d'une règle revendiquée. Un [...] exemple c'est la demi-beure buissonnière du personnel de X¹ qui s'est mis à rentrer chez lui à 16 h 45 au lieu de 17 h 15 pour obtenir la réduction d'horaire qu'on lui avait promise [...] Les coutumes dictées viennent de l'initiative de l'employeur sous la forme de décisions écrites ou orales.

¹²⁵ Tali modelli, sono alla base di diverse concezioni dell'organizzazione aziendale accolte dai giuristi.

- (ii) *modello contrattuale;*
- (iii) *modello sociale.*

Nel *modello gerarchico* di organizzazione aziendale la fattispecie produttiva di norme prevalente è la disposizione dell'imprenditore.

Nel *modello contrattuale* di organizzazione aziendale la fattispecie produttiva di norme prevalente è il *contratto* tra imprenditore e lavoratori.

Nel *modello sociale* di organizzazione aziendale la fattispecie produttiva di norme prevalente è la *consuetudine*.

Pertanto, in base al modello di organizzazione aziendale presupposto, possono essere distinti tre tipi di uso aziendale:

- (i) *uso aziendale autoritativo*, che presuppone un modello di organizzazione aziendale gerarchico;
- (ii) *uso aziendale contrattuale*, che presuppone un modello di organizzazione aziendale contrattualistico;
- (iii) *uso aziendale sociale*, che presuppone un modello di organizzazione aziendale sociale.

(i) *Uso aziendale autoritativo*. Il concetto di uso aziendale autoritativo presuppone una concezione dell'organizzazione aziendale gerarchica secondo la quale il fatto normativo che determina la formazione della norma aziendale è costituito da una disposizione dell'imprenditore.

Il concetto di uso aziendale *autoritativo* è utilizzato, ad esempio, nella sentenza della Corte di Cassazione civile sezione lavoro del 25 gennaio 1993 n. 823.

In tale sentenza, viene disciplinato il caso di un lavoratore che cita in giudizio la società datrice di lavoro per ottenere il pagamento dell'indennità dovutagli per aver lavorato per un lasso di tempo superiore alle ore previste come massima durata dell'occupazione giornaliera (superamento del nastro lavorativo). La Suprema Corte si limita a constatare la precedente attività di accertamento compiuta dal Tribunale e scrive:

La prassi aziendale aveva avuto origine dal *comportamento cosciente e volontario* dell'Azienda [...] che si era sempre attenuta, continuativamente e per molti anni, *evidentemente ritenendolo più rispondente alle esigenze aziendali*, a uno stesso criterio di remunerazione per il supero del nastro lavorativo.

Stando alle parole della Corte di Cassazione, il fatto normativo che produce la norma aziendale sarebbe identificabile con un'attività di gestione compiuta attraverso una disposizione dell'azienda, che deriva da *un comportamento cosciente e volontario* del datore di lavoro, rispondente alle esigenze aziendali.

(ii) *Uso aziendale contrattuale*. Alla base del concetto di *uso aziendale contrattuale* v'è una concezione dell'organizzazione aziendale contrattualistica. Questo concetto di uso aziendale è stato impiegato, ad esempio, nella sentenza della Cassazione civile sezione lavoro del 06 ottobre 1993 n. 9899. La sentenza disciplina il caso di un lavoratore che chiama in giudizio la sua datrice di lavoro poiché è stato inquadrato e retribuito come impiegato nonostante abbia svolto mansioni da capo-filiale che, per *prassi aziendale*, era considerata una figura dirigenziale, per questo motivo il lavoratore chiedeva alla Saipem s.p.a. il pagamento della differenza retributiva. Dalle parole della sentenza emerge una concezione contrattualistica dell'organizzazione aziendale quando la corte afferma che, per verificare la sussistenza della norma aziendale, occorre accertare se vi sia stata una deroga al contratto collettivo di lavoro attraverso “una volontà negoziale non dichiarata ma manifestata attraverso un comportamento ripetuto”¹²⁶.

(iii) *Uso aziendale spontaneo*. L'uso aziendale spontaneo negoziale prevede che la norma aziendale si formi per consuetudine. Tale concetto di uso aziendale è stato utilizzato dalla Corte di Cassazione Sezione Civile 29 maggio 1967 n. 1176¹²⁷. La sentenza ha ad oggetto la controversia tra una società datrice di lavoro e un lavoratore che era stato licenziato (contrariamente alla prassi aziendale) prima del raggiungimento del sessantacinquesimo anno di età. Secondo la Corte gli usi aziendali “si concretano in quelle pratiche che si osservano costantemente e ripetutamente in determinate aziende e in determinate cerchie sociali onde acquistano valore di vere e proprie regole legali”. La Corte cassa la sentenza della corte d'Appello di Palermo, che dava ragione al lavoratore e stabilisce che il tribunale che dovrà accertare se al tempo del licenziamento del lavoratore vigeva presso l'azienda una norma consuetudinaria “in forza della quale nessun dipendente

¹²⁶ Corte di Cassazione (sezione lavoro) sentenza del 06 ottobre 1993 n. 9899 [DeJure].

¹²⁷ Corte di Cassazione (sezione civile) sentenza del 29 maggio 1967 n. 1176, in “Massimario di Giurisprudenza del lavoro” 41 (1968), pp.187-190.

era stato licenziato prima del raggiungimento del sessantacinquesimo anno di età¹²⁸.

¹²⁸ Corte di Cassazione (sezione civile) sentenza del 29 maggio 1967 n. 1176, in “Massimario di Giurisprudenza del lavoro” 41 (1968), p.189.

2.2.2. I criteri di individuazione del livello gerarchico delle norme aziendali nell'ordinamento statale

Nell'analisi dei diversi concetti di uso aziendale è opportuno distinguere la modalità di formazione della norma in ambito aziendale, dal suo inserimento nell'ordinamento giuridico italiano. In altri termini, occorre tener distinte le modalità di produzione delle norme, che caratterizzano l'organizzazione aziendale (e che si riflettono sull'organizzazione del lavoro in azienda) dalla rilevanza che le norme prodotte in ambito aziendale hanno nell'ordinamento statale (ossia, i rapporti tra Stato e azienda).

Infatti, è opportuno sottolineare che non tutte le norme aziendali sono necessariamente rilevanti per l'ordinamento statale. Inoltre, non necessariamente i giuristi prendono in considerazione le effettive modalità di formazione della norma in ambito aziendale per stabilire se una norma aziendale abbia posto nella gerarchia delle norme statali¹²⁹.

Per questo motivo, alla formazione dei concetti di “uso aziendale” contribuiscono, oltre alle concezioni dell'organizzazione aziendale (ovvero quelle concezioni che hanno ad oggetto le modalità di produzione delle norme in ambito aziendale), anche quelle concezioni che hanno ad oggetto i rapporti sussistenti tra le norme prodotte nell'ambito dell'ordinamento aziendale e quelle prodotte nell'ambito dell'ordinamento statale.

Tali concezioni, riguardano da un lato la rilevanza delle norme aziendali per l'ordinamento statale e, dall'altro lato, la rilevanza delle norme statali per l'ordinamento aziendale. In altri termini, i giuristi, presupponendo tali concezioni (e spesso indipendentemente dalle sue modalità di formazione) attribuiscono alla norma aziendale ruoli diversi nell'ambito dell'ordinamento statale e identificando l'uso aziendale o con un uso normativo, o con un uso negoziale o con una fonte eteronoma.

¹²⁹ La distinzione tra produzione delle norme e inquadramento nella struttura di un ordinamento è implicita nell'analisi delle fonti del diritto compiuta da Norberto Bobbio. Scrive Bobbio (*La consuetudine come fatto normativo*, 1942, p. 37):

I giuristi si trovano generalmente in una situazione non favorevole per lo studio del diritto consuetudinario, perché sono nella condizione di doverlo osservare non nella sua struttura originaria, ma dal punto di vista di un'altra fonte accolta come fonte primaria, e quindi, con la preoccupazione di cogliervi quegli elementi che lo rendano idoneo ad essere accolto dalla fonte prevalente e ad essere inserito in un ordinamento fondato sopra una più matura coscienza giuridica.

Occorre quindi individuare i criteri (“le regole di traduzione”)¹³⁰ adottati dai giuristi per stabilire se i fenomeni normativi aziendali, individuati in base alle concezioni dell’organizzazione aziendale (anche se non contemplati dalle fonti formali) sono rilevanti anche per l’ordinamento statale. Inoltre, occorrerà chiedersi se i criteri adottati dai giuristi per stabilire la rilevanza giuridica dei fenomeni aziendali sono individuati (in giurisprudenza e in dottrina) secondo criteri ermeneutici oggettivi o se sono il prodotto di un’ideologia¹³¹.

Per stabilire quale sia il ruolo di una norma aziendale per la gerarchia delle fonti dell’ordinamento statale occorre, quindi, accogliere una particolare concezione dei rapporti tra stato e azienda. A seconda di tale concezione, da un lato, muta la rilevanza delle norme aziendali per l’ordinamento statale, dall’altro lato, muta la rilevanza delle norme statali per l’ordinamento aziendale. Nel dibattito giurisprudenziale e dottrinale sugli usi aziendali, emergono almeno tre categorie di usi aziendali, distinguibili tra loro sulla base del ruolo attribuito nell’ambito dell’ordinamento statale alla norma aziendale. Tale norma è equiparata:

- (i) a una *norma di un contratto individuale* (uso negoziale);
- (ii) a una *norma consuetudinaria* (uso normativo);
- (ii) a una *norma di un contratto collettivo* (fonte eteronoma).

¹³⁰ Le “regole di traduzione” [*rules of translation*] sono in questo caso delle definizioni convenzionali, che istituiscono relazioni di sinonimia tra elementi appartenenti a sistemi diversi. Quando i giuristi elaborano i concetti di uso aziendale, elaborano delle definizioni convenzionali che stabiliscono dei rapporti di sinonimia tra i fatti normativi contemplati dall’ordinamento aziendale e i fatti normativi contemplati dall’ordinamento statale. In altri termini, interazioni tra sistema normativo aziendale e sistema normativo statale sono delineate dalle delle regole elaborate implicitamente dai giuristi. In questo senso, i giuristi assumono il ruolo di intermediari tra i due sistemi normativi. Cfr. Willard Van Orman Quine, *Two dogmas of empiricism*, 1951, 2003, pp. 20-46.

¹³¹ Le domande che ho formulato sono rilevanti sia per un’indagine sugli usi aziendali, sia per un’indagine di teoria generale del diritto. Sono domande rilevanti per l’indagine sugli *usi aziendali*, perché intendono far luce su quello che in maniera piuttosto oscura e fuorviante, i giuristi chiamano “la natura dell’uso aziendale”. Sono rilevanti per la *teoria generale del diritto*, perché i meccanismi che caratterizzano la formazione dell’uso aziendale e la sua omologazione agli altri concetti dell’ordinamento giuridico, potrebbero essere analoghi a quelli che caratterizzano altri concetti giuridici.

Il concetto di “uso aziendale” come *uso negoziale* appare soprattutto nelle pronunce giurisprudenziali precedenti alla sentenza della Corte di Cassazione sezione lavoro del 6 novembre 1996 n°9690. In tali sentenze i vincoli prodotti “per uso aziendale” sono equiparati ai vincoli derivanti da un contratto individuale di lavoro (tra il datore di lavoro e il singolo lavoratore). L’articolo 1340¹³² del Codice civile è stato per anni la principale giustificazione formale delle decisioni giudiziali in tema di uso aziendale. Secondo l’articolo 1340 del Codice civile:

Le clausole d’uso s’intendono inserite nel contratto, se non risulta che non sono state volute dalle parti.

La norma espressa dall’art. 1340 del Codice civile non dice nulla sulle modalità di formazione dell’uso aziendale, non specifica alcuna caratteristica che consenta di individuare dei particolari tipi di fenomeni aziendali e di qualificarli come fatti produttivi di norme giuridiche.

In dottrina, il giuslavorista Antonio Vallebona sostiene che gli usi aziendali integrano il contratto individuale di lavoro e giustifica questa interpretazione sulla base dell’art. 1340 del Codice civile. Secondo Antonio Vallebona:

Gli usi aziendali [...] operano sul piano del contratto individuale integrandone il contenuto quali usi negoziali (art. 1340 c.c.). Ne consegue: (i) la immodificabilità *in peius* dell’uso aziendale ad opera di un successivo contratto collettivo o di iniziative unilaterali del datore di lavoro; (ii) la possibile sostituzione dell’uso con un uso contrario; (iii) l’estraneità all’uso dei lavoratori assunti dopo la sua formazione e deliberatamente esclusi dal relativo trattamento; (iv) la immodificabilità *in peius* del contratto collettivo da parte dell’uso sopravvenuto¹³³.

L’articolo 1340 del Codice civile è utilizzato per giustificare una scelta interpretativa sulla “natura” delle norme derivanti da uso aziendale, intendendo in questo caso per ‘natura’ il loro ruolo nell’ambito dell’ordinamento statale. Da questa “natura” deriverebbero le particolari conseguenze¹³⁴ descritte da Antonio

¹³² In realtà, sarebbe più corretto parlare di una particolare interpretazione dell’articolo 1340 del Codice civile, dal momento che (al di fuori della specifica tematica degli usi aziendali) la Corte di Cassazione ha considerato in numerose pronunce le “clausole d’uso” degli “usi normativi”.

¹³³ ANTONIO VALLEBONA, *Breviario di diritto del lavoro*, 2005, p. 26.

¹³⁴ È plausibile che nelle argomentazioni in tema di uso aziendale lo scopo attribuito alle costruzioni concettuali prevalga sul fondamento normativo. In questo caso, la costruzione concettuale è finalizzata ad evitare che le norme individuate in base all’uso aziendale possano essere abrogate da un contratto collettivo o da una disposizione unilaterale del datore di lavoro.

Vallebona: l'impossibilità di modificare *in peius* l'uso aziendale ad opera di un successivo contratto collettivo o di iniziative unilaterali del datore di lavoro; la possibile sostituzione dell'uso con un uso contrario; ecc.

Anche dalla giurisprudenza ha considerato l'articolo 1340 del Codice civile lo schema di interpretazione principale per l'individuazione dei rapporti tra la prassi aziendale e l'ordinamento Statale. Ad esempio, in una sentenza del 1986 la Corte di Cassazione afferma che gli usi aziendali: "debbono considerarsi inseriti, ai sensi dell'art. 1340 del Codice civile, quali clausole d'uso, non già nel contratto collettivo, bensì in quello individuale"¹³⁵. L'articolo 1340 del Codice civile disciplina il fenomeno delle *clausole d'uso*¹³⁶ e stabilisce *in primo luogo* che la *clausola d'uso* si intende inserita nel contratto; *in secondo luogo* che le parti hanno il potere di escluderla a condizione di esplicitare tale intenzione.

Coloro che, invece, considerano l'uso aziendale un *uso normativo* sostengono che la norma prodotta da tale uso sia vigente solo in mancanza di altre disposizioni di legge in materia. Alberto Asquini individua la differenza tra usi normativi (o legali) e usi negoziali confrontandoli con la fonte formalmente prevalente nel nostro ordinamento (la legge). Scrive Asquini:

La differenza tra usi legali e usi negoziali sta in questo: che agli usi legali la legge si richiama per integrare se stessa, nella sua funzione regolatrice delle conseguenze giuridiche dei *presupposti negoziali*; agli usi negoziali la legge si richiama per integrare i *presupposti negoziali* [...]. Agli usi legali la legge dà la forza di operare come diritto oggettivo (accertabile d'ufficio dal giudice, sindacabile in cassazione), mentre agli usi negoziali la legge dà la forza di operare solo come elementi di fatto della volontà negoziale; che gli usi legali, operando sul piano della legge, non possono derogare neppure alle norme dispositive della medesima, salvo, che la legge espressamente vi consenta, mentre gli usi negoziali operando sul piano del negozio possono derogare alle norme dispositive di legge¹³⁷.

La prospettiva adottata in questo caso è quindi necessariamente statalistica (indipendentemente dalla concezione del diritto abbracciata da Asquini). Infatti, la distinzione tra usi normativi e usi negoziali è possibile solo se si adotta come sistema di riferimento l'ordinamento statale e, in particolare, se si distingue tra il

¹³⁵ Corte di Cassazione (sezione lavoro) sentenza del 15 ottobre 1986 n. 6063 [DeJure].

¹³⁶ Le clausole d'uso sono *usi contrattuali*, ovvero come sottolinea FRANCESCO GALGANO (*Trattato di diritto civile. Il contratto in generale. I singoli contratti*, 2010, p. 180): "Le abituali pratiche contrattuali individuali, proprie di quei determinati contraenti".

¹³⁷ ALBERTO ASQUINI, *Usi legali e usi negoziali*, 1944, p. 71.

rapporto sussistente tra la legge e gli usi normativi e il rapporto sussistente tra la legge e gli usi negoziali.

A partire dalla seconda metà degli anni Novanta¹³⁸, le norme individuate sulla base dei concetti di uso aziendale sono state qualificate come norme prodotte da una *fonte eteronoma*. Più precisamente sono state considerate come norme prodotte da una fonte che agisce sui rapporti di lavoro con la stessa efficacia del contratto collettivo aziendale, quindi come fonte esterna rispetto al contratto individuale¹³⁹.

È interessante osservare che generalmente le fonti eteronome sono considerate dai giuslavoristi come uno strumento volto al superamento della “dittatura contrattuale”. Scrive, in tal senso Riccardo Del Punta:

Il diritto del lavoro, in quanto mirante a superare la dittatura contrattuale del datore di lavoro ha [...] la necessità di attribuire ai prodotti delle fonti eteronome (norme di legge e di contratto collettivo) il carattere dell'imperatività e dell'inderogabilità *in peius* da parte della contrattazione di livello individuale¹⁴⁰.

La conseguenza pratica dell'equiparazione di una norma aziendale individuata in base ad un concetto di uso aziendale ad una norma prodotta da una fonte eteronoma (contratto collettivo) consiste nel fatto che la norma aziendale può essere modificata (anche *in peius*) da un nuovo contratto collettivo aziendale (o nazionale), ma non può essere modificata *in peius* dal contratto individuale. Inoltre, come sottolinea Giulio Quadri:

La differente qualificazione dell'uso aziendale comporta un diverso trattamento dei diritti che ne derivano in caso di trasferimento d'azienda o di ramo d'azienda [...] Pertanto, qualora si acceda all'impostazione che riconduce l'uso aziendale alle clausole d'uso, il diritto acquisito dal lavoratore non potrebbe che sopravvivere al trasferimento d'azienda, in quanto finirebbe per integrare il contratto individuale di lavoro¹⁴¹.

¹³⁸ Cfr. Corte di Cassazione (sezione lavoro) sentenza del 06 novembre 1996 n. 9690 [DeJure].

¹³⁹ Cfr. Corte di Cassazione (sezione lavoro) sentenza del 24 agosto 2004 n. 16691; Corte di Cassazione (sezioni unite) sentenza del 30 maggio 2005 n. 11325.

¹⁴⁰ RICCARDO DEL PUNTA, *Diritto del lavoro*, 2010, p. 293.

¹⁴¹ GIULIO QUADRI, *Uso aziendale e trasferimento di azienda*, 2010, pp. 814-815.

La classificazione delle norme prodotte per uso aziendale a seconda del loro ruolo nell'ordinamento statale (usi negoziali, usi normativi, fonti eteronome) non è necessariamente coerente le modalità di formazione della norma in azienda.

In altri termini, quando i giuristi equiparano gli “usi aziendali” agli “usi negoziali”, agli “usi normativi” o alle “fonti eteronome” stanno chiaramente utilizzando come sistema di riferimento l'ordinamento giuridico statale (italiano), poiché stanno definendo gli usi aziendali in base a categorie che hanno un senso solo nell'ambito dell'ordinamento statale.

2.2.3. Una tipologia dell'uso aziendale

Chiaramente, i criteri di individuazione delle norme in azienda e i criteri di individuazione del livello gerarchico delle norme aziendali nell'ordinamento statale, possono essere combinati e concorrono alla formazione di diversi concetti di uso aziendale.

Nella sentenza del 17 febbraio 2000, n. 1773 della Cassazione civile sezione lavoro le modalità di formazione della norma aziendale sono distinguibili dalle modalità di individuazione del livello gerarchico della norma aziendale nell'ordinamento statale.

Ecco le parole della sentenza:

(i) Il trattamento di miglior favore della collettività dei dipendenti [...] al pari del regolamento d'impresa, costituisce [...] espressione del potere di iniziativa economica del datore di lavoro, attuato con atti volontari che rappresentano una fonte di obbligazione quando integrano la fattispecie di uso aziendale, che si risolve in un nuovo assetto di regolamentazione collettiva dei rapporti di lavoro. [...] (ii) L'uso aziendale agisce sul piano dei singoli rapporti individuali allo stesso modo e con la stessa efficacia del contratto collettivo aziendale¹⁴².

Nella sentenza citata, la Corte sembra accogliere il concetto di uso aziendale come disposizione del datore di lavoro e, contemporaneamente, equipara sotto il profilo gerarchico la norma aziendale ad una norma prodotta da un contratto collettivo.

Più precisamente il punto (i) presuppone una *concezione dell'ordinamento aziendale gerarchica*, poiché “la volontà del datore di lavoro determina gli assetti introaziendali”. Nel punto (ii) la Corte adotta una *concezione* dei rapporti tra azienda e stato che inquadra l'uso aziendale tra le *fonti eteronome* del diritto¹⁴³.

Non esiste un unico concetto di “uso aziendale”, esistono invece diverse costruzioni concettuali che definiscono, da un lato, le modalità di formazione delle norme in azienda e, dall'altro lato, l'individuazione del livello gerarchico delle norme aziendali nell'ordinamento statale.

Più precisamente, incrociando le tre categorie di uso aziendale distinte in base alle loro modalità di formazione in ambito aziendale (disposizione del datore

¹⁴² Corte di Cassazione (sezione lavoro) sentenza del 17 febbraio 2000 n. 1773 [DeJure].

¹⁴³ Più precisamente, la Corte di Cassazione introduce la concezione dell'uso aziendale come *fonte sociale*. Cfr. GIULIO QUADRI, *Usi aziendali e autonomia negoziale*, 2008.

di lavoro, norma contrattuale, norma spontanea o consuetudine) e le tre categorie di usi aziendali distinti in base al livello gerarchico attribuito alle norme aziendali nell'ambito dell'ordinamento statale (uso negoziale, uso normativo, fonte eteronoma) possiamo individuare almeno nove tipi di uso aziendale:

	NEGOZIALE	NORMATIVO	FORTE ETERONOMA
AUTORITATIVO	1° tipo AUTORITATIVO NEGOZIALE	2° tipo AUTORITATIVO NORMATIVO	3° tipo AUTORITATIVO ETERONOMO
SPONTANEO	4° tipo SPONTANEO NEGOZIALE	5° tipo SPONTANEO NORMATIVO	6° TIPO SPONTANEO ETERONOMO
CONTRATTUALE	7° tipo CONTRATTUALE NEGOZIALE	8° tipo CONTRATTUALE NORMATIVO	9° TIPO CONTRATTUALE ETERONOMO

Nel presente paragrafo mi sono occupata dei criteri *meramente formali* che caratterizzano i diversi concetti di uso aziendale, ovvero, dei criteri che consentono l'individuazione delle norme in azienda e di quelli che definiscono la rilevanza delle norme aziendali nell'ordinamento statale. Le costruzioni concettuali che ho sin ora esaminato *devono essere tenute distinte dai* tipi di condotte datoriali che costituiscono il contenuto delle norme aziendali.

CAPITOLO II

BETRIEBLICHE ÜBUNG, USAGE D'ENTREPRISE, USO AZIENDALE

1. *Betriebliche Übung* e uso aziendale

La dottrina italiana in tema di uso aziendale ha dedicato particolare attenzione alla dottrina tedesca sulla *betriebliche Übung* e alla dottrina francese sull'*usage d'entreprise*. L'obiettivo dell'indagine comparatistica compiuta dagli esponenti del dibattito sull'uso aziendale non è teoretico, infatti, l'analisi delle "categorie straniere" è stata esplicitamente finalizzata all'elaborazione di nuove costruzioni concettuali, cioè di nuovi concetti di uso aziendale idonei una volta inseriti nel contesto istituzionale dell'ordinamento italiano, a produrre dei particolari effetti (reputati auspicabili dal giurista). Ho ritenuto pertanto opportuno ai fini dell'analisi della categoria italiana dell'uso aziendale soffermarmi sia sulle correnti dottrinali e giurisprudenziali prevalenti in tema di *betriebliche Übung* e in tema di *usage d'entreprise*. In particolare, nel presente § 1. mi soffermerò sul dibattito dottrinale in tema di *betriebliche Übung* nel successivo § 2. analizzerò la dottrina e la giurisprudenza francesi in tema di *usage d'entreprise*.

1.1. L'espressione '*betriebliche Übung*'

La dottrina italiana sull'uso aziendale è stata influenzata dalla dottrina tedesca in tema di *betriebliche Übung*. Tale influenza ha avuto un riflesso (sia pure indiretto) sull'elaborazione (o l'adozione) da parte della giurisprudenza, di alcuni concetti di uso aziendale. Per questo motivo, non è superflua una riflessione sull'evoluzione del concetto di "*betriebliche Übung*" nell'ordinamento tedesco.

Nell'ordinamento tedesco la giurisprudenza utilizza l'espressione '*betriebliche Übung*'¹⁴⁴ (alla lettera 'uso aziendale') per giustificare delle decisioni relative a controversie molto simili a quelle disciplinate dalle sentenze italiane in base ai concetti di "uso aziendale".

L'affinità tra le costruzioni dogmatiche tedesche e le costruzioni dogmatiche italiane, può evincersi dal fatto che, analogamente all'"uso aziendale", la "*betriebliche Übung*" viene utilizzata per giustificare il vincolo sorto in capo al datore di lavoro in

¹⁴⁴ Per una letteratura in tema di *betriebliche Übung* si veda CLAUDIA HOFFMANN, *Betriebliche Übung und AGB-Kontrolle*, 2009; CHRISTIAN PICKER, *Die betriebliche Übung*, 2011. Cfr. anche MANFRED LIEB / MATTHIAS JACOBS, *Arbeitsrecht*, Heidelberg, 2006; LUTZ MICHALSKI, *Arbeitsrecht*, 2008; WOLFGANG HROMADKA / FRANK MASCHMANN, *Arbeitsrecht*, 2011.

base all'iterazione di un suo comportamento favorevole al lavoratore. Quindi, anche in Germania, così come in Italia diverse decisioni giudiziali riconoscono la vigenza di un vincolo in capo al datore di lavoro sulla base di diversi concetti di “*betriebliche Übung*”.

In altri termini, in Germania così come in Italia v'è la tendenza da parte della giurisprudenza a considerare vincolato il datore di lavoro che elargisce per un certo periodo di tempo un beneficio a favore dei lavoratori. Tuttavia, anche se la traduzione letterale in italiano dell'espressione ‘*betriebliche Übung*’ è ‘uso aziendale’, la morfologia del concetto di “*betriebliche Übung*” non coincide con quella dei concetti di uso aziendale elaborati nell'ambito dell'ordinamento giuridico italiano: ad esempio, nell'ordinamento giuridico tedesco sono ammessi gli usi aziendali sfavorevoli al lavoratore.

Anche l'espressione ‘*betriebliche Übung*’ così come l'espressione “uso aziendale” è usata con riferimento a costruzioni dogmatiche diverse. Risulta quindi difficile stabilire il momento di formazione del concetto di “*betriebliche Übung*” poiché, se varia la costruzione dogmatica, varia anche il momento della sua elaborazione.

Come correttamente sostiene Christian Picker, autore del libro *Die betriebliche Übung* (2011), la nascita della *betriebliche Übung* non coincide necessariamente con l'apparizione dell'espressione ‘*betriebliche Übung*’ (che secondo Picker risale al 26 novembre del 1940). Picker distingue:

- (i) il fenomeno fattuale della *betriebliche Übung*;
- (ii) l'espressione ‘*betriebliche Übung*’;
- (iii) il concetto di “*betriebliche Übung*”.

Egli sostiene che il fenomeno della *betriebliche Übung* fosse rilevabile prima della diffusione dell'espressione ‘*betriebliche Übung*’ e prima dell'elaborazione dei concetti di “*betriebliche Übung*” da parte della dottrina. Scrive Picker:

Il fenomeno fattuale *betriebliche Übungen* è tanto significativamente più vecchio della sua odierna trasformazione concettuale. Dal momento che peraltro il termine ‘*betriebliche Übung*’ nella giurisprudenza in tema di gratifiche del tribunale del commercio [*Kaufmannsgericht*] non è stato adottato esplicitamente, anzi, apparve per la prima volta in una sentenza del *Reichsarbeitsgericht* del 26. 11. 1940¹⁴⁵.

¹⁴⁵ CHRISTIAN PICKER, *Die betriebliche Übung*, 2011, p. 5.

Martin Maties nel libro *Die gegenläufige betriebliche Übung* (2003) sostiene, invece, che la prima sentenza in tema di *betriebliche Übung* sia stata pronunciata il 15 giugno 1929 dal *Reichsarbeitsgericht*¹⁴⁶ e pubblicata nella rivista “*Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts*”. Tale sentenza è stata la prima ad estendere il beneficio derivante da un comportamento iterato dal datore di lavoro anche ai lavoratori assunti dopo la formazione dell’uso. Tuttavia, nella sentenza, il comportamento datoriale è considerato una “dichiarazione tacita di volontà” [“*stillschweigende Willenserklärung*”] e la gratificazione elargita è intesa come parte del compenso dovuto per contratto¹⁴⁷.

Sino alla seconda metà degli anni Trenta la dottrina dominante tedesca non considerava la *betriebliche Übung* un’autonoma fonte del diritto. Curiosamente, la nascita dell’espressione ‘*betriebliche Übung*’ coincide con il momento in cui viene elaborato un concetto di “*betriebliche Übung*” autonomo rispetto a quello di “*Vertrag*” [“contratto”] e con l’imporsi, nel panorama dottrinale e giurisprudenziale tedesco, delle teorie normative [*die Normativestheorien*] della *betriebliche Übung*.

1.2. Tre teorie della “*betriebliche Übung*”

Attualmente, il panorama dottrinale e giurisprudenziale tedesco in tema di *betriebliche Übung* è caratterizzato da tre diverse teorie:

- (i) *la teoria della responsabilità per affidamento* [*Vertrauenshaftungstheorie*],
- (ii) *la teoria contrattualistica* [*die Vertragstheorien*],

Das tatsächliche Phänomen betrieblicher Übungen ist indes bedeutend älter als die hierfür heute verwendete Begrifflichkeit. Da der Terminus „betriebliche Übung“ in der Gratifikationsrechtsprechung Kaufmannsgerichte jedoch nicht explizit verwendet wurde vielmehr erstmals in einer Entscheidung des Reichsarbeitsgericht vom 26. 11. 1940 auftaucht.

¹⁴⁶ RAG 15. 06. 1929, MARTIN MATIES (*Die gegenläufige betriebliche Übung*, 2003, p. 26) scrive:

Die betriebliche Übung begegnet uns im Arbeitsrecht erstmals in der Entscheidung des RAG vom 15. 6. 1926.

Anche WOLFGANG HROMADKA e FRANK MASCHMANN, (*Arbeitsrecht I*, 2011, p. 48) considerano la sentenza RAG del 15. 6. 1926 la prima sentenza in tema di *betriebliche Übung*. GREGOR THÜSING (*Vom Ende einer betrieblichen Übung*, 2005, p. 718) ritiene invece che l’anno di nascita della *betriebliche Übung* sia il 1938.

¹⁴⁷ “*Teil seines vertragmäßigen Gehaltes*”: RAG, Sentenza del 15 giugno 1929, in: “*Arbeitsrechts-Sammlung*” ARS, 6 (1931), p. 203. Citata da CHRISTIAN PICKER (*Die betriebliche Übung*, 2011, p. 244)

(iii) *la teoria istituzionalistica.*

1.2.1. La teoria della responsabilità per affidamento [Vertrauenshaftungstheorie] della *betriebliche Übung*

La teoria della responsabilità per affidamento [*die Vertrauenshaftungstheorie*] è la teoria della *betriebliche Übung* che ha al momento maggiore fortuna nel panorama giurisprudenziale e dottrinale tedesco. I sostenitori della *teoria della responsabilità per affidamento* ritengono che il comportamento [*das Verhalten*] del datore di lavoro faccia sorgere nei dipendenti un legittimo affidamento [*der Vertrauenstatbestand*] sulla futura reiterazione della sua condotta. Tale affidamento deriva dalla convinzione che il datore di lavoro sia tenuto all'osservanza della norma che gli vieta di *venire contra factum proprium*¹⁴⁸. Tra i sostenitori della teoria della responsabilità per affidamento¹⁴⁹ ricordo Wolfgang Hromadka e Frank Maschman, che scrivono:

Non di rado nel rapporto di lavoro si hanno degli usi [*Übungen*], che vertono su ambiti non disciplinati dal diritto, ma che talvolta sono anche in contrasto con il contratto di lavoro. La giurisprudenza include questi usi sotto la voce '*betriebliche Übungen*'. Con *betriebliche Übung* si intende il regolare ripetersi di particolari atteggiamenti [*Verhaltensweisen*] del datore di lavoro, a partire dai quali i lavoratori, o i lavoratori appartenenti ad un certo gruppo, possono concludere che agevolazioni o benefici verranno concessi a lungo¹⁵⁰.

¹⁴⁸ CLAUS-WILHELM CANARIS (*Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, 1971) sostiene che la principale differenza tra responsabilità contrattuale [*die Vertragshaftung*] e la responsabilità affidamento [*die Vertrauenshaftung*] sia che la prima sorge *ex voluntate*, mentre la seconda *ex lege*.

¹⁴⁹ Tra i sostenitori della *Vertrauenshaftungstheorie* ricordo anche: HUGO SEITER, *Die Betriebsübung. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsgeschäft und von den Zurechnungsgründen rechtserheblichen Verhaltens im Privatrecht*, 1967; CLAUS-WILHELM CANARIS, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, 1971; HANS-GEORG FLORIG, *Rechtsnatur und Abdingbarkeit betrieblicher Übungen, arbeitsvertraglicher Einbeitsregelungen und Gesamtzusagen*, 1993.

¹⁵⁰ WOLFGANG HROMADKA / FRANK MASCHMANN, *Arbeitsrecht*, 2010, pp. 166-167.

Im Arbeitsverhältnis kommt es nicht selten zu Übungen, die sich zu meist in rechtsfreien Raum abspielen, die mitunter aber auch dem Arbeitsvertrag zuwiderlaufen. Die Rechtsprechung legt diesen Übungen unter dem Stichwort 'betriebliche Übungen' teilweise rechtliche Bedeutung bei. Unter einer betriebliche Übung versteht sie die regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers, aus denen die Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmer einer bestimmten Gruppe schließen können, ihnen solle eine Leistung oder Vergünstigung auf Dauer eingeräumt werden.

Secondo teoria della responsabilità per affidamento il concetto di “*betriebliche Übung*” è indipendente rispetto a quello di “*Vertrag*” [contratto]: mentre le norme che determinano la responsabilità contrattuale [*die Vertragshaftung*] sono prodotte dalla volontà delle parti, l'affidamento sorge sulla base di norme che vigono nell'azienda indipendentemente dall'esistenza di un particolare accordo negoziale.

1.2.2. La teoria contrattualistica [*Vertragstheorie*] della *betriebliche Übung*

Nell'ordinamento tedesco la teoria contrattualistica trova raramente applicazione in giurisprudenza ed è sostenuta da una dottrina minoritaria. Nell'ambito di tale teoria si distinguono principalmente due diverse concezioni, entrambe considerano il concetto di “*betriebliche Übung*” dipendente¹⁵¹ dal concetto di “contratto”.

La prima concezione contrattualistica considera la *betriebliche Übung* uno strumento di esegesi [*Auslegungsmittel*] del testo contrattuale. Questa concezione è cronologicamente anteriore rispetto alle teorie normative dell'uso aziendale. Infatti, Wilhelm Reuß riferisce di tale concezione già nel 1941 (quando da alcuni anni nel panorama dottrinale e giurisprudenziale tedesco cominciavano ad affermarsi le teorie normative). Scrive Reuß:

Un uso regolare di fatto [*tatsächliche Handhabung*] è stato visto anzitutto come strumento di esegesi di determinate fonti del diritto. L'uso serve quindi a interpretare il contenuto dei *Tarifordnungen*¹⁵² e dei contratti individuali di lavoro nei casi in cui in base alla sola formulazione letterale non si possa decidere con certezza della controversia¹⁵³.

¹⁵¹ Wilhelm Reuß, nel saggio *Die konkrete Ordnung des Betriebes als Rechtsquelle*, 1941 compie una breve ricognizione su due teorie sull'uso aziendale che negano l'autonomia dell'uso aziendale dal contratto.

¹⁵² Nella *Tarifordnung* venivano stabilite le condizioni generali di lavoro e i salari dei lavoratori. La *Tarifordnung* non era il frutto di una contrattazione collettiva, ma veniva imposto direttamente dai fiduciari del lavoro [*Treuhänder der Arbeit*] che erano selezionati dal partito nazionalsocialista. Cfr. MARC LINDER, *The Supreme Labour Court in Nazi Germany: A jurisprudential Analysis*, 1987, pp. 238-239.

¹⁵³ WILHELM REUß, *Die konkrete Ordnung des Betriebes als Rechtsquelle*, 1941, p. 9.

Eine gleichmäßige tatsächliche Handhabung ist zunächst als Mittel zur Auslegung bestehender Rechtsquellen angesehen worden. Die Übung dient dazu, den Inhalt gesetzlicher Bestimmungen, namentlich der Tarifordnungen und der Einzelarbeitsverträge, in Einzelfragen zu erforschen, in denen aus dem Wortlaut allein die strittige Frage nicht mit Sicherheit entschieden werden kann.

Attualmente, nell'ordinamento tedesco, questa concezione è applicata non alla *betriebliche Übung*, ma all'uso commerciale [*Handelsbrauch* o *Usance*]¹⁵⁴.

La seconda concezione concepiva la *betriebliche Übung* come l'indizio della vigenza di una norma derivante da un accordo tacito [*stillschweigende Vereinbarung*]. In questa concezione la *betriebliche Übung* è considerata la manifestazione di un accordo tacito. Tale concezione è stata sostenuta recentemente da Bernd Rùthers, Hans Brox e Martin Henssler, i quali scrivono¹⁵⁵:

Se il datore di lavoro ha regolarmente elargito una gratifica natalizia, senza essere obbligato, il lavoratore può scorgere in questo comportamento l'offerta del datore di lavoro di obbligarsi a tenere quel comportamento anche in futuro. Il lavoratore accetta tacitamente tale offerta¹⁵⁶.

Anche la concezione dell'accordo tacito era radicata nella giurisprudenza tedesca prima dell'affermarsi delle teorie normative. A proposito di tale concezione scrive Wilhelm Reuß:

¹⁵⁴ Cfr. KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 2002. Il giurista tedesco Kurt Schellhammer [*1935 -] (*Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen. Samt BGB Allgemeiner Teil*, 2011, p. 969) scrive:

Handelsbrauch sind keine Rechtsnormen, sondern Tatsachen.

Gli usi commerciali non sono norme giuridiche, ma sono fatti.

Secondo Kurt Schellhammer, gli usi commerciali sono dei fatti che, fanno parte del background che consente di individuare il senso tipico [*typischer Sinn*] delle dichiarazioni di volontà anche quando non sono noti alle parti contraenti.

¹⁵⁵ RODOLFO SACCO (*Il diritto muto*, 1993, pp. 689-702). Secondo Sacco quando i giuristi indagano dei fenomeni giuridici propri del diritto muto (fenomeni che non sono direttamente riconducibili al diritto parlato, ovvero a categorie giuridiche dotate di una denominazione propria e esplicitamente disciplinate dal legislatore) li riconducono in modo forzato alle categorie del diritto parlato. Tali procedimenti mentali portano a un'inutile iperstrutturazione del fatto. Scrive Sacco (*Il diritto muto*, 1993, p. 702):

Quando [il giurista] per ragioni di sistema ha dovuto [guardare al diritto muto], ha adattato ad esso figure proprie del diritto parlato, estendendo al diritto muto categorie che gli si adattano con sforzo.

¹⁵⁶ BERND RÜTHERS, HANS BROX e MARTIN HENSSLER, *Arbeitsrecht I*, 2007, p. 51:

Hat der Arbeitgeber z. B. regelmäßig ein Weihnachtsgeld gezahlt, ohne dazu verpflichtet zu sein, kann darin ein Angebot des Arbeitgebers erblickt werden, sich für die Zukunft zu einer solchen Leistung zu verpflichten. Dieses Angebot nehmen die Arbeitnehmer stillschweigend an.

L'uso è considerato un indizio di un accordo tacito [...] anche in questa concezione l'uso non è una fonte del diritto autonoma, ma serve piuttosto solo a rivelare la presenza di un'altra fonte del diritto (il contratto)¹⁵⁷.

I sostenitori delle teorie contrattualistiche considerano la condotta del datore di lavoro (protratta nel tempo) una dichiarazione di volontà concludente [*schlüssige Willenserklärung*]. La Corte di giustizia federale [*Bundesgerichtshof* BGH]¹⁵⁸ sostiene che, perché si possa parlare di una dichiarazione di volontà concludente (tacita), il comportamento datoriale deve avere (per dolo o per colpa del datore di lavoro) dei caratteri tali da poter essere inteso (secondo buona fede) dai lavoratori come una dichiarazione di volontà. Il datore di lavoro deve essere a conoscenza del fatto che il suo comportamento può essere inteso come una dichiarazione di volontà.

Più precisamente, la *betriebliche Übung* sarebbe un'offerta tacita di prosecuzione della condotta datoriale.

Secondo alcuni esponenti della dottrina tedesca, la teoria del contratto spiegherebbe gli usi aziendali sfavorevoli ai lavoratori [*ungünstig betriebliche Übungen*]. Scrive la giuslavorista tedesca Claudia Hoffmann:

Per fondare un vincolo sulla iterazione regolare di una condotta del datore di lavoro per quanto riguarda l'uso aziendale sfavorevole al lavoratore [*ungünstig betriebliche Übung*], sembra necessario attingere al principio della teoria del contratto [*Vertragstheorie*]¹⁵⁹.

¹⁵⁷ WILHELM REUB, *Die konkrete Ordnung des Betriebes als Rechtsquelle*, 1941, p. 10:

Die Übung ist [...] als Indiz für das Vorliegen einer stillschweigenden Vereinbarung angesehen worden [...] Auch bei dieser Betrachtung ist die Übung nicht selbständige Rechtsquelle, sondern sie dient lediglich dazu, auf das Vorhandensein einer anderen Rechtsquelle (Vertrag) zu schließen.

¹⁵⁸ Il *Bundesgerichtshof* (BGH) è stato istituito nel 1959 e ha sede a Karlsruhe e a Leipzig. Il *Bundesgerichtshof* è il tribunale di ultima istanza nel sistema giurisdizionale tedesco (penale e civile).

¹⁵⁹ CLAUDIA HOFFMANN, *Betriebliche Übung und AGB-Kontrolle*, 2009, p. 27.

Soweit sich die betriebliche Übung für die Arbeitnehmer ungünstig darstellt, wird auf die Grundsätze der Vertragstheorie zurückgegriffen, um eine Bindung an die regelmäßige Wiederholung des bestimmten Verhaltens des Arbeitgebers zu begründen.

Secondo Wolfgang Hromadka e Frank Maschmann, la teoria del contratto è criticabile poiché si tratta di una *factio*, di una *finzione* [*Fiktion*]¹⁶⁰. Scrivono Wolfgang Hromadka e Frank Maschmann:

Il suo svantaggio [lo svantaggio della teoria contrattualistica] risiede nel fatto che essa si basa almeno in parte su una finzione. Di solito, i lavoratori concludono sulla base di una condotta costante del datore di lavoro non che lui voglia obbligarsi, ma che lui sia obbligato¹⁶¹.

Pertanto, i lavoratori non considerano la condotta datoriale una manifestazione della volontà di obbligarsi [*Bindungswille*], ma l'indizio di un obbligo [*Bindung*] già esistente.

Inoltre, se il comportamento datoriale fosse equiparabile ad una dichiarazione di volontà [*schlüssige Willenserklärung*]; essa sarebbe impugnabile [*anfechtbar*] in base al § 119¹⁶² BGB dal datore di lavoro in quanto si tratterebbe di un errore sugli effetti

¹⁶⁰ Cfr. ERNESTO BIANCHI (*Fictio iuris. Ricerca sulla finzione in diritto romano dal pensiero arcaico all'epoca augustea*, 1997, p. 10) fornisce la seguente definizione di *fictio iuris*:

Procedimento mentale per cui si considera esistente qualcosa (indifferentemente oggetto materiale, azione umana o altro accadimento) che in realtà si "sa" non esistere.

Secondo VINCENZO COLACINO (*Fictio iuris*, 1957, p. 269-271):

[La *fictio iuris* è] quel procedimento logico, per cui, pur non essendo un fatto direttamente contemplato da una norma giuridica, si riesce ad assoggettarlo ugualmente alla disciplina dettata da quest'ultima, immaginando che in luogo del fatto stesso se ne sia verificato un altro diverso, rientrante nella previsione normativa.

Secondo FRANCO TODESCAN (*Diritto e realtà. Storia e teoria della fictio iuris*, 1979): la *fictio iuris* "apertamente contraddice la realtà storica per raggiungere un risultato che corrisponda maggiormente alla validità deontologica". Todescan ritiene che la formazione e l'estinzione delle finzioni giuridiche sia condizionata dal quadro giuridico istituzionale e dalle suggestioni ideologico culturali. Tuttavia, Todescan sostiene che le finzioni giuridiche, a lungo considerate dai teorici del diritto delle "forme di ipocrisia della scienza giuridica", rappresentino in realtà un importante strumento per la costruzione della realtà giuridica.

¹⁶¹ WOLFGANG HROMADKA E FRANK MASCHMANN, *Arbeitsrecht II*, 2010, p. 168.

Ihr Nachteil liegt darin, daß sie zumindest teilweise mit Fiktionen arbeitet. In aller Regel schließen Arbeitnehmer aus einem ständigen Verhalten des Arbeitgebers nicht, daß er sich binden will, sondern daß er gebunden ist.

¹⁶² § 119 Bürgerliches Gesetzbuch (acronimo BGB) *Anfechtbarkeit wegen Irrtums*

vincolanti del suo comportamento. Il *Bundesarbeitsgericht* (acronimo: 'BAG')¹⁶³ non ammette questa soluzione e predilige la teoria della responsabilità per affidamento che è in grado di escludere l'impugnabilità della "dichiarazione di volontà" (§ 119 BGB).

Il procedimento di finzione che equipara la condotta datoriale ad una manifestazione di volontà contrattuale è largamente utilizzato nella dottrina contrattualistica sugli usi aziendali. Questa particolare forma di *fiction iuris* è stata criticata da Giulio Quadri che scrive:

Ove si intenda abbandonare il piano della finzione e si decida di valutare queste vicende delle relazioni collettive per come si presentano nella realtà della fenomenologia giuridica, ci si rende conto che si tratta sovente di un accordo inesistente, concluso per mezzo di una manifestazione di consenso inesistente, prestata ad un soggetto sindacale inesistente¹⁶⁴.

Tale finzione si rende necessaria, secondo Quadri, solo se si assume che l'unica forma di espressione dell'autonomia collettiva sia il contratto collettivo. Quadri ritiene preferibile affermare che "esistono degli atti di autonomia collettiva a struttura unilaterale (quali i regolamenti interni di impresa e gli usi aziendali) piuttosto che arrivare al medesimo risultato (della valutazione di tali atti in una dimensione collettiva) attraverso il ricorso alla finzione di accordo collettivo"¹⁶⁵.

*Wer bei der Abgabe einer Willenserklärung über deren Inhalt im Irrtum war oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte, kann die Erklärung anfechten, wenn anzunehmen ist, dass er sie bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde.
Als Irrtum über den Inhalt der Erklärung gilt auch der Irrtum über solche Eigenschaften der Person oder der Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden.*

¹⁶³ In Germania, il tribunale federale del lavoro [*Bundesarbeitsgericht* o *BAG*], con sede a Erfurt, è l'ultimo grado del processo del lavoro [*Arbeitsgerichtsbarkeit*]. Giudica in seguito ad un gravame successivo alla pronuncia di un tribunale regionale del lavoro [*Landesarbeitsgerichte*] che, a sua volta, giudica in seguito a un gravame successivo ad una pronuncia di un comune tribunale del lavoro [*Arbeitsgerichte*]. La giurisprudenza degli ultimi cinque anni del *Bundesarbeitsgericht* è consultabile presso il sito *web* www.bundesarbeitsgericht.de.

¹⁶⁴ GIULIO QUADRI, *Usi aziendali e autonomia negoziale. Regole consuetudinarie e modificazioni unilaterali nel rapporto di lavoro*, 2008.

¹⁶⁵ GIULIO QUADRI, *Usi aziendali e autonomia negoziale. Regole consuetudinarie e modificazioni unilaterali nel rapporto di lavoro*, 2008.

1.2.3. La teoria istituzionalistica della *betriebliche Übung*

Curiosamente, la formulazione e la diffusione dell'espressione '*betriebliche Übung*' è avvenuta nello stesso periodo nel quale l'istituto della *betriebliche Übung* si era emancipato dall'istituto del contratto [*der Vertrag*], ovvero, con la diffusione delle teorie istituzionaliste sulla *betriebliche Übung*.

I sostenitori delle teorie istituzionaliste ritengono che la *betriebliche Übung* sia una fonte del diritto autonoma [*selbständige Rechtsquelle*]. Essi, ritengono, quindi, che la *betriebliche Übung* influenzi i rapporti giuridici tra datori di lavoro e lavoratori indipendentemente da una legge, da un contratto collettivo aziendale [*die Betriebsvereinbarung*], da un contratto collettivo nazionale [*der Tarifvertrag*].

Tra le teorie istituzionaliste elaborate dalla dottrina tedesca ricordo:

- (i) la concezione del *diritto consuetudinario aziendale* [*betriebliches Gewohnheitsrecht*];
- (ii) la concezione dell'*ordinamento aziendale concreto*.

La prima di queste due concezioni, la *teoria del diritto consuetudinario aziendale* [*betriebliches Gewohnheitsrecht*], sostiene che gli effetti vincolanti della *betriebliche Übung* scaturiscano da un diritto consuetudinario aziendale. Tra i sostenitori di questa concezione ricordo Johannes Denecke¹⁶⁶ che nel 1940 scrisse il saggio *Die konkrete Ordnung des Betriebes als Rechtsquelle*. Denecke sostiene che gli elementi costitutivi del diritto consuetudinario aziendale siano due: (i) un uso protratto nel tempo e (ii) un elemento psicologico, il riconoscimento della sua validità [*Anerkennung als Rechtsgeltungswille*] da parte dei componenti della comunità aziendale [*Betriebsgemeinschaft*].

La concezione del diritto consuetudinario aziendale è stata recentemente sostenuta da Franz Gamillscheg nel saggio *Betriebliche Übung* (1983). Tuttavia, l'elemento psicologico, secondo Gamillscheg, non è caratterizzato dal riconoscimento della *validità* della norma prodotta per uso aziendale, ma dal riconoscimento della *giustizia* della condotta datoriale. Scrive, in tal senso, Gamillscheg per giustificare la vincolatività della *betriebliche Übung*:

¹⁶⁶ Cfr. JOHANNES DENECKE, *Die konkrete Ordnung des Betriebes als Rechtsquelle*, 1940, pp. 141-146.

Certamente i lavoratori percepiscono come ingiusta la mancata attribuzione di un beneficio sulla quale essi avevano fatto affidamento¹⁶⁷.

La seconda concezione istituzionalista, la *concezione dell'ordinamento aziendale concreto* [*die konkrete Ordnung des Betriebes*], è stata elaborata dal *Reichsarbeitsgericht*¹⁶⁸ (acronimo: RAG). Il *Reichsarbeitsgericht* sostiene che da un uso costante possa derivare una pretesa riconducibile al *concreto ordinamento dell'azienda* senza che sia necessaria una sua esplicita formalizzazione. Quindi, secondo questa concezione, anche attraverso un uso costante si genera un diritto aziendale unitario [*einheitliches Betriebsrecht*]. Il diritto aziendale può generarsi anche indipendentemente dall'esistenza di un accordo tra datore di lavoro e lavoratori, in quel modo la *betriebliche Übung* può contribuire alla formazione di un *ordinamento aziendale concreto*. La concezione dell'ordinamento aziendale concreto inizialmente coincideva con quella del diritto consuetudinario aziendale, tanto che uno dei suoi più noti sostenitori in dottrina fu proprio il teorico del diritto consuetudinario aziendale: Johannes Denecke.

Secondo Denecke, l'ordinamento aziendale *concreto*, inteso come diritto della comunità aziendale [*Betriebsgemeinschaft*], è vincolante per i componenti della comunità aziendale così come l'ordinamento aziendale *formale*.

Alcune critiche mosse alla concezione dell'ordinamento aziendale concreto derivavano proprio dal fatto che accanto all'ordinamento aziendale concreto v'era un ordinamento aziendale formale, posto in base ai procedimenti legislativi previsti dalla *Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit* (acronimo: AOG)¹⁶⁹.

L'ordinamento aziendale concreto è indipendente dall'approvazione [*Einverständnis*] del singolo membro della comunità aziendale e vige in forza del potere legislativo della comunità [*Rechtssetzungsmacht der Gemeinschaft*], anche in contrasto con "l'individualistico" diritto dei contratti e con la precedente

¹⁶⁷ FRANZ GAMILLSCHEG, *Betriebliche Übung*, 1983.

Selbstverständlich empfinden die Arbeitnehmer es als ungerecht wenn ihnen eine Leistung nicht gewährt wird, auf deren Erbringung sie sich verlassen haben.

¹⁶⁸ Il *Reichsarbeitsgericht* (acronimo: RAG) è stata tra il 1926 e il 1945 il tribunale di ultima istanza del Reich Tedesco. Il *Reichsarbeitsgericht* era stato istituito con il *Arbeitsgerichtsgesetz* ed aveva sede a Leipzig.

¹⁶⁹ Sulla *Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit* (acronimo: AOG) cfr. ANDREAS KRANIG, *Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit (AOG). Grundgesetz der nationalsozialistischen Arbeitsverfassung?*, 1984.

giurisprudenza. La concezione dell'ordinamento aziendale concreto era stata oggetto di forti critiche poiché giustificava l'esistenza nelle singole aziende di alcune forme di produzione giuridica emancipate rispetto al potere accentratore dello stato nazista.

Per questo motivo, l'ordinamento formale, secondo una parte della dottrina, era anch'esso espressione dell'ordinamento aziendale concreto. Per esempio, secondo Wilhelm Reuß l'ordinamento aziendale concreto non può essere identificato con il diritto consuetudinario aziendale. Reuß riteneva che l'ordinamento aziendale concreto fosse costituito da un ordinamento aziendale informale [*formlose Betriebsordnung*] che affiancava l'ordinamento formale d'azienda [*die formellen Betriebsordnung*].

Scrivo in questo senso Wilhelm Reuß:

Se l'uso si configurasse allo stesso livello dell'ordinamento aziendale formale, accadrebbe, che potrebbero formarsi delle fattispecie incriminabili, che non sarebbero chiaramente indicate come trasgressioni¹⁷⁰.

La critica che Wilhelm Reuß rivolge a Johannes Denecke non ha ad oggetto la concezione dell'ordinamento consuetudinario aziendale, ma il suo concreto inserimento nel contesto istituzionale della Germania Nazista. Secondo Wilhelm Reuß, il diritto consuetudinario aziendale, così come descritto da Denecke, poteva essere equiparato al diritto statale solo in un ordinamento liberale. Al contrario, secondo Reuß, nell'ambito dell'ordinamento statale nazionalsocialista il diritto consuetudinario aziendale non può contrastare in alcun modo l'ordinamento statale in quanto esso (l'ordinamento statale) era diritto vivente ed era espressione della volontà del *Führer*.

L'elaborazione della concezione dell'ordinamento aziendale concreto era stata condizionata dai concetti che caratterizzavano l'ideologia nazionalsocialista, come ad esempio dal concetto di "*Volksgemeinschaft*" [comunità del popolo]¹⁷¹. Infatti,

¹⁷⁰ WILHELM REUß, *Die konkrete Ordnung des Betriebes als Rechtsquelle*, 1941, p. 24.

Wenn die Übung der formellen Betriebsordnung gleichstände, würde sich ergeben, daß bußfähige Tatbestände geschaffen werden könnten, die nicht bestimmt bezeichnete Verstöße wären.

¹⁷¹ L'affinità tra il concetto di comunità popolare [*"Volksgemeinschaft"*] e il concetto di comunità aziendale [*"Betriebsgemeinschaft"*] emerge da un aneddoto che appariva nel *Deutsche Adria Zeitung*:

Si chiese a tre scalpellini del loro lavoro.[...] "Che cosa fai?" "Trasporto pietre" [...] "Che cosa fai?" "guadagno i miei soldi"[...] "Che cosa fai?" "Costruisco una cattedrale".

secondo tale concezione, l'*ordinamento aziendale concreto* scaturisce dalla vita della comunità nell'azienda [*aus dem Gemeinschaftsleben im Betrieb*] dove vige l'obbligo di fedeltà e assistenza [*Treu- und Fürsorgepflicht*].

Pur riferendosi al concetto di "*Volks-gemeinschaft*", l'aneddoto sopra riportato mi sembra utile per chiarificare il concetto di "*Betrieb-gemeinschaft*" e, quindi il rapporto tra l'attività dei lavoratori e l'azienda nell'ambito della concezione sociale dell'azienda. Solo il terzo lavoratore (quello che afferma di costruire una cattedrale) fornisce la risposta che rispecchia la concezione istituzionalistica dell'azienda. Infatti, la condotta del lavoratore acquisisce il suo specifico significato nell'ambito dell'istituzione in funzione della quale egli (il lavoratore) agisce, dal momento che il fine della condotta del lavoratore (costruire una cattedrale) coincide con il fine dell'azienda.

Tutti e tre i lavoratori compiono la stessa attività materiale (probabilmente stanno tutti e tre trasportando pietre). Tuttavia solo l'attività del terzo lavoratore è qualificata in funzione dell'istituzione azienda, ovvero è qualificata *thesmotropicamente*.

Il termine greco '*thesmòs*' è traducibile con il termine 'istituzione'. Utilizzo la categoria del '*thesmotropismo*' come chiave di lettura per la concezione istituzionalistica dell'uso aziendale. Il termine '*thesmotropismo*' è un mio neologismo che esprime un concetto affine, ma non coincidente con il concetto di "*nomotropismo*" elaborato da Amedeo G. Conte (*Nomotropismo. Agire in funzione di regole*, 2000) e Paolo di Lucia (*Efficacia senza adempimento*, 2002). Affermare che una condotta è *thesmotropica* significa affermare che tale condotta è compiuta in funzione di un'istituzione, non di una singola norma (come invece accade nel caso del *nomotropismo*).

Un altro esempio di *thesmotropismo* appare nell'esperimento mentale di Hubert Schwyzer [Wien, 1935 – Santa Barbara (California), 2006] che descrive un paese immaginario (la Ruritania) dove prassi degli scacchi ha il senso (non di un gioco ma) di un rito religioso che può essere compiuto solo una volta all'anno dai sacerdoti. Schwyzer descrive la reazione di un abitante della Ruritania alla proposta di un suo ospite straniero che (inconsapevole del reale senso dell'istituzione degli scacchi in Ruritania) gli propone di "giocare a scacchi". L'abitante della Ruritania reagisce con sdegno e accusa il suo ospite di blasfemia. La reazione dell'abitante della Ruritania non è "in funzione" delle regole degli scacchi, ma dell'"istituzione religiosa degli scacchi" nel suo complesso. Del saggio di Schwyzer v'è una traduzione italiana parziale di Corrado Roversi con il titolo: *Regole del gioco e senso di gioco*, in corso d'edizione in: Giuseppe Lorini / Lorenzo Passerini Glazel (eds.), *Filosofie della norma*, 2012.

1.3. L'influenza della categoria “*betriebliche Übung*” sulla formazione della categoria “uso aziendale”

Anche se nel libro *Gli usi aziendali* abbraccia esplicitamente una concezione contrattualista dell'uso aziendale, Spagnuolo Vigorita rivolge la sua attenzione alla dottrina tedesca caratterizzata da un *background* filosofico istituzionalista¹⁷². Infatti, la dottrina tedesca, consentiva di evidenziare alcune incongruenze che caratterizzavano la concezione contrattualistica intersoggettiva dell'uso aziendale.

Spagnuolo Vigorita (più di trent'anni prima della sentenza 9690 del 1996 della Corte di Cassazione, Sezione Lavoro) ha contribuito in modo decisivo all'abbandono della tesi dell'intersoggettività dell'uso aziendale, ai tempi dominante nel panorama dottrinale italiano e oggi minoritaria.

Nella visione di Spagnuolo Vigorita, indagare la “natura dell'uso aziendale” significa indagare (sia pure da una particolarissima prospettiva) la “natura del rapporto di lavoro”. Attraverso l'indagine sugli usi aziendali, Spagnuolo Vigorita tenta di verificare i limiti della tesi dell'intersoggettività del rapporto di lavoro, ovvero “la capacità di resistenza della concezione interindividuale del rapporto di lavoro [...] alle deviazioni suggerite soprattutto dalla dottrina tedesca che tendono ad operare un assorbimento della relazione interindividuale nel “collettivo” introaziendale”¹⁷³.

La critica principale mossa da Spagnuolo Vigorita alla concezione contrattualistica interindividuale dell'uso aziendale consiste nel fatto che tale concezione non tiene conto della non coincidenza del concetto di “rapporto contrattuale” col concetto di “rapporto di lavoro”¹⁷⁴.

Tale distinzione è, secondo Spagnuolo Vigorita, un presupposto teorico indispensabile per verificare l'incidenza dell'organizzazione aziendale sull'assetto giuridico dei rapporti di lavoro, dal momento che il rapporto di lavoro non è riducibile al rapporto contrattuale.

La distinzione tra “rapporto contrattuale” e “rapporto di lavoro” era stata invece evidenziata nell'ambito dell'ordinamento tedesco dove, sottolineava (già negli anni Sessanta) Spagnuolo Vigorita:

¹⁷² Allo sviluppo e alla diffusione della teoria istituzionalista hanno contribuito le opere di Otto von Gierke (1821-1941), Santi Romano (1875-1947), e Maurice Hauriou (1856-1929).

¹⁷³ LUCIANO SPAGNUOLO VIGORITA, *Gli usi aziendali*, 1965, p. 169.

¹⁷⁴ Cfr. MATTEO DELL'OLIO, *I soggetti e l'oggetto del rapporto di lavoro*, 1988.

È ormai tradizionale considerare inadeguata per la comprensione e la disciplina dell'attività lavorativa (subordinata) la relazione obbligatoria interindividuale, e ritenere invece che a tale attività si adatti una disciplina originale, la quale, prendendo coscienza del dato sociologico e tecnico-economico, si basi tutta sopra la considerazione che i singoli rapporti di lavoro si svolgono nell'unità organizzata *Betrieb*¹⁷⁵.

Spagnuolo Vigorita non si limita ad un'analisi comparatistica della dottrina tedesca, egli tenta di elaborare un nuovo concetto di uso aziendale conciliando il concetto di uso aziendale come clausola di un contratto individuale (concezione al tempo prevalente in Italia) con alcuni aspetti del concetto tedesco di “*betriebliche Übung*”.

Spagnuolo Vigorita ritiene che un errore accomuni tutte le concezioni dell'uso aziendale di “matrice istituzionalistica”. Scrive Spagnuolo Vigorita:

Emerge come comune a tutte un errore di base, che ne compromette irrimediabilmente l'attendibilità sul piano giuridico: e cioè la considerazione unitaria della maestranza, e quindi l'individuazione di un possibile rapporto giuridico tra il datore di lavoro e quella nel suo complesso; laddove il fenomeno dello svolgimento dei rapporti di lavoro in una organizzazione non dovrebbe agire—a tener fede ai più sicuri criteri proposti dalla concezione contrattualistica—se non nel senso di sottolineare il collegamento estrinseco tra i singoli rapporti interindividuali che corrono tra datore di lavoro e lavoratori¹⁷⁶.

In realtà, le insidie rappresentate dalla “considerazione unitaria della maestranza” sembrerebbero più politiche che teoriche. Difatti, nelle concezioni dell'uso aziendale che presuppongono una visione unitaria della maestranza si rileva secondo Spagnuolo Vigorita, “un'accentuazione del momento collaborativo—o direttamente enunciato, o ricavabile dalla pretesa subordinazione dei lavoratori e dell'imprenditore ad interessi e fini che li trascendono—nella fase di esplicazione delle prestazioni di lavoro”¹⁷⁷. Tale concezione è il presupposto di una costruzione dogmatica secondo Spagnuolo Vigorita piuttosto “pericolosa”. Scrive Spagnuolo Vigorita:

Il pericolo è che da tale premessa si traggano tutte le conseguenze logicamente con essa compatibili, e si pervenga ad una costruzione dogmatica, che esaurisca nella

¹⁷⁵ LUCIANO SPAGNUOLO VIGORITA, *Gli usi aziendali*, 1965, p. 18.

¹⁷⁶ LUCIANO SPAGNUOLO VIGORITA, *Gli usi aziendali*, 1965, p. 170.

¹⁷⁷ LUCIANO SPAGNUOLO VIGORITA, *Gli usi aziendali*, 1965, p. 16.

sfera del rapporto e della comunità introaziendale la disciplina e la tutela della prestazione del lavoratore, sorpassando le tradizionali garanzie collegate alla relazione interindividuale e, quel che più conta, dando luogo – per riflesso – ad un processo di erosione della medesima tutela sindacale¹⁷⁸.

Più recentemente, Liebman nel libro *Individuale e collettivo nel contratto di lavoro* (1993) scrive:

In relazione alla giurisprudenza sugli “usi aziendali” [...] l’approccio istituzionalistico non ha mancato di lasciare la propria impronta anche nelle ricostruzioni di molti di coloro che, pure, si dichiarano, e sono, contrattualisti convinti¹⁷⁹.

In particolare, sottolinea Liebman:

Due sono in concreto gli aspetti reciprocamente connessi che la concezione istituzionale dell’impresa ha contribuito a mettere in luce e che hanno, in parte almeno, condizionato i percorsi interpretativi anche di chi non ha mai ritenuto di aderire esplicitamente a quella particolare prospettazione teorica:

- (i) da un lato, la peculiare condizione di *squilibrio negoziale* dei soggetti che sono parte del rapporto individuale;
- (ii) dall’altro la *dimensione specificamente collettiva* –ed in sé tipica– della moderna organizzazione d’impresa.

Sulla base di tali presupposti teorici, estrapolati dalla dottrina istituzionalistica, Liebman considera insoddisfacente lo strumento del contratto individuale. Infatti, secondo Liebman, affinché una pluralità di rapporti e di interessi possano essere ricondotti all’unità produttiva aziendale (ovvero ai fini del compimento del processo di produzione, che è unitario) da un lato la pluralità di interessi deve trovare un bilanciamento e, dall’altro lato, la pluralità degli apporti lavorativi deve integrarsi. In tal senso, sottolinea Liebman è presente un’evidente discrepanza tra la “realtà dei rapporti di produzione e l’astratta rappresentazione che ne viene fornita tramite la mediazione giuridico-formale costituita dal contratto individuale”¹⁸⁰.

¹⁷⁸ LUCIANO SPAGNUOLO VIGORITA, *Gli usi aziendali*, 1965, p. 16.

¹⁷⁹ STEFANO LIEBMAN, *L’individuale e il collettivo nel contratto di lavoro*, 1993, p. 127-128.

¹⁸⁰ STEFANO LIEBMAN, *L’individuale e il collettivo nel contratto di lavoro*, 1993, p. 128.

La considerazione di Liebman è problematica, dal momento che il contratto è non uno strumento di rappresentazione, ma uno strumento di azione, esso non descrive ma regola, modifica e (solo in parte) crea i rapporti giuridici che vincolano i soggetti che cooperano al processo produttivo.

2. Usage d'entreprise e uso aziendale

Nel presente paragrafo indagherò la categoria francese dell' "*usage d'entreprise*".

Più precisamente, nel § 2.1. analizzerò l'espressione '*usage d'entreprise*'; nel § 2.2. mi soffermerò sulle due principali correnti dottrinali e giurisprudenziali francesi in tema di *usage d'entreprise*; nel § 2.3. evidenzierò l'influenza della categoria dell' *usage d'entreprise* nell'elaborazione di alcuni concetti di "uso aziendale".

2.1. L' espressione '*usage d'entreprise*'

Analogamente all'espressione tedesca '*betriebliche Übung*', anche l'espressione '*usage d'entreprise*' può essere tradotta letteralmente con 'uso aziendale'¹⁸¹. Tale espressione è entrata a far parte solo di recente¹⁸² del linguaggio tecnico-giuridico francese ed è stata alternamente utilizzata in ambito giurisprudenziale per indicare fatti normativi, norme o condotte datoriali favorevoli ai lavoratori, reputate a vario titolo doverose anche se non disciplinate esplicitamente nelle norme generate dalle fonti formali del diritto. Nel meta-linguaggio giuridico l'espressione '*usage d'entreprise*' indica per lo più un insieme di costruzioni concettuali estrapolate dalle argomentazioni giurisprudenziali e dottrinali. Tali costruzioni concettuali presentano

¹⁸¹ Secondo Stefano Liebman (*L'individuale e il collettivo nel contratto di lavoro*, 1993, p. 43):

La principale ragione di interesse per un *excursus* nel panorama giurisprudenziale e dottrinale francese in tema di *usages d'entreprise* è sicuramente costituita dal fatto che anche in quel particolare contesto l'istituto nasce in anni abbastanza recenti come creazione esclusivamente di origine giurisprudenziale pur caratterizzandosi complessivamente per un minor grado di indeterminatezza e di precarietà tecnico-ricostruttiva rispetto all'esperienza italiana. Se a ciò si aggiunge la considerazione degli stretti vincoli di omogeneità culturale esistenti fra la scienza giusprivatistica italiana e quella d'oltralpe, risulta subito evidente l'utilità che ai nostri fini può rivestire la comprensione delle particolari soluzioni interpretative ivi adottate.

¹⁸² La categoria dell' "*usage d'entreprise*" si è diffusa nel panorama dottrinale e giurisprudenziale francese negli anni Ottanta, cfr. JEAN PÉLISSIER, GILLES AUZERO, EMMANUEL DOCKÈS, *Droit du travail*, 2010, p. 91. Curiosamente, nel libro di ANDRÉ BRUN, HENRI GALLAND, JEAN LAROQUE, *Droit du travail* (1978) *l'usage d'entreprise* non appare ancora tra le fonti del *droit du travail*.

un fine comune: quello di giustificare la convinzione che da una condotta datoriale reiterata e favorevole ai dipendenti possa derivare l'obbligo del datore di lavoro alla sua prosecuzione, indipendentemente dalla vigenza di una norma (distributiva) esplicitamente riconducibile ad altre fonti formali (*contrats individuels de travail, accords collectifs*, ecc.).

Curiosamente, anche se l'introduzione dell'espressione '*usage d'entreprise*'¹⁸³ nel lessico del *droit du travail* è piuttosto recente, la giurisprudenza francese è decisamente meno eterogenea rispetto alla giurisprudenza italiana sia quando definisce le condizioni di formazione, sia quando stabilisce le condizioni di estinzione dei vincoli derivanti dalla condotta datoriale iterata e favorevole ai lavoratori. Secondo la *Cour de cassation*¹⁸⁴ per la formazione del vincolo in capo al

¹⁸³ Sull'*usage d'entreprise* nella dottrina francese si veda: JEAN DEPREZ, *Naissance de la norme dans l'entreprise: interprétation de la volonté de l'employeur et constatation de l'usage*, 1987, p. 637-641; *Usages dans l'entreprise - révocation d'un usage à la suite de modifications des conditions de travail*, 1987, p. 397-403; *Le régime juridique des usages d'entreprise: un droit en formation*, 1987, p. 67-73; *Dénonciation de l'usage. Avantage incorporé dans le contrat de travail. Conséquences*, 1993, pp. 401-404; FRANÇOIS DUQUESNE, *Incidence de la nature contractuelle de l'avantage salarial sur le régime juridique de l'usage d'entreprise*, 2000, pp.421-423; PHILIPPE LANGLOIS, *Le sort des avantages résultant d'un usage dénoncé*, 1999, pp. 125-126; MICHEL MORAND, *Vie et mort de l'usage d'entreprise*, 1986, 15372, pp. 167-171; JEAN SAVATIER, *La révocation des avantages résultant des usages de l'entreprise*, 1986, pp. 890-902; GÉRARD VACHET, *L'usage d'entreprise est-il un véritable usage?*, 1984, 14328, pp. 501-509; *La dénonciation des usages d'entreprise*, 1996, pp. 898-907; *L'interprétation des conventions collectives*, 1992, pp. 186-195; PHILIPPE WAQUET, *Procédure de dénonciation des usages d'entreprise*, 2005, pp. 289-290.

La categoria dell' *usage d'entreprise* è particolarmente rilevante nel *droit du travail* francese. Negli ultimi dieci anni vi sono state almeno quattrocento pronunce della *Cour de cassation* in tema di *usage d'entreprise*. Curiosamente, in Francia il principale sindacato (*Confédération générale du travail (CGT)*) e le Camere del commercio e dell'industria (*Chambres de commerce et industrie CCI*) hanno dedicato una pagina dei loro rispettivi siti *web* all'*usage d'entreprise*.

Nella presente ricerca mi sono avvalsa delle banche dati <http://www.legifrance.gouv.fr> e <http://www.lexisnexis.fr>. [JurisClasseur]

¹⁸⁴ La *Cour de cassation* è la più alta giurisdizione dell'ordinamento giudiziario francese. Ha sede a Parigi ed ha il compito di giudicare su domanda di parte le decisioni emesse dai tribunali [*tribunaux*] e dalle corti d'appello [*cours d'appels*]. La *Cour de cassation* si occupa di questioni di diritto e di applicazione del diritto, non valuta le questioni di fatto. La *Cour de cassation* è strutturata in sei camere: tre camere civili; una camera commerciale finanziaria ed economica; una camera penale e la camera sociale. La giurisprudenza della *Cour de cassation chambre sociale* è particolarmente rilevante ai fini della nostra indagine. La *Cour de cassation (chambre sociale)* decide di controversie in tema di: diritto comunitario del lavoro; diritto dell'impiego e della formazione; diritto delle obbligazioni delle parti nel contratto di lavoro; elezioni in materia sindacale e professionale interne all'azienda;

datore di lavoro è necessario che la condotta datoriale sia costante e duratura [*l'ancienneté et la constance de l'usage*]¹⁸⁵. È inoltre necessario per la formazione dei vincoli derivanti dalla condotta datoriale iterata e favorevole ai lavoratori, che la condotta datoriale sia generale [*la généralité de l'usage*] (ovvero, che la prassi riguardi tutti i lavoratori dell'azienda, o almeno una categoria omogenea di lavoratori dell'azienda) e che i criteri utilizzati per stabilire quale sia il valore della condotta favorevole siano costanti [*la fixité de la pratique*].

Infine, secondo la *Cour de cassation*, affinché il datore di lavoro si possa considerare vincolato è necessario che questi abbia avuto (al momento dell'iterazione della condotta) intenzione di impegnarsi nei confronti dei suoi dipendenti [*l'intention de l'employeur*]. Così, a differenza di quanto accade nella teoria della responsabilità per affidamento [*die Vertrauenshaftungstheorie*] della *betriebliche Übung*, l'errore può pregiudicare la formazione dell'*usage d'entreprise*. In questo senso scrive Michel Morand:

L'errore non potrebbe essere all'origine della creazione di un *usage d'entreprise* poiché l'*usage d'entreprise* non potrebbe nascere, malgrado tutto, se non da una manifestazione di volontà del datore di lavoro¹⁸⁶.

La volontà datoriale può essere tacita, ma non presupposta: pertanto, secondo la giurisprudenza francese, per poter considerare vincolato il datore di lavoro, è necessario che questi, attraverso la reiterazione di una certa condotta, intendesse impegnarsi nei confronti dei suoi dipendenti.

Chiaramente, l'accertamento dell'intenzione datoriale è problematico¹⁸⁷ e si basa solitamente su dei semplici indizi. Ad esempio, il riconoscimento della

inferenze tra diritto commerciale e diritto del lavoro; licenziamento per motivi disciplinari; rapporti di lavoro collettivi; rappresentanza del personale.

¹⁸⁵ Generalmente, la giurisprudenza francese ritiene che il comportamento datoriale, per poter divenire vincolante, deve essere iterato più volte, ma non chiarisce quante volte una condotta datoriale favorevole deve essere iterata per poter essere reputata dovuta ai lavoratori.

¹⁸⁶ MICHEL MORAND, *Vie et mort de l'usage d'entreprise*, 1986, 15372, p. 168).

L'erreur ne pourrait être à l'origine de la création d'un usage puisque l'usage ne pourra naître malgré tout que par une manifestation de la volonté de l'employeur.

¹⁸⁷ Inesplicabilmente, alcuni giuslavoristi francesi ritengono che un atteggiamento omissivo consentirebbe esclusivamente di presupporre l'elemento psicologico della volontà datoriale, tuttavia, tale elemento per poter essere rilevante deve manifestarsi (anche solo tacitamente) attraverso una condotta attiva. Ad esempio, secondo Jean Déprez la mera tolleranza della

sussistenza di un *usage d'entreprise* avvenuto esplicitamente da parte del datore di lavoro nel corso di una riunione è considerato dalla giurisprudenza e da parte della dottrina un “elemento volontarista” [*élément volontariste*]¹⁸⁸, ovvero segno della volontà datoriale di vincolarsi alla prosecuzione della condotta oggetto dell'*usage d'entreprise*.

L'imprenditore può svincolarsi dall'obbligo di reiterare la condotta favorevole ai dipendenti attraverso una procedura definita in modo sorprendentemente nitido dalla *Cour de cassation* e chiamata *dénonciation*. Nelle sue decisioni la *Cour de cassation* pone due condizioni che devono essere necessariamente soddisfatte per il valido compimento della *dénonciation*.

Prima condizione: il datore di lavoro deve rendere nota la sua decisione di cancellare l'*usage d'entreprise* ai lavoratori interessati e ai rappresentanti aziendali dei lavoratori (*comité d'entreprise*).

Seconda condizione: il datore di lavoro deve soddisfare la *prima condizione*, (deve cioè rendere nota ai dipendenti e ai loro rappresentanti la sua decisione di cancellare un particolare *usage d'entreprise*) concedendo un tempo di preavviso sufficiente a avviare un'(eventuale) trattativa con i lavoratori e con i loro rappresentanti prima della cessazione della prassi aziendale¹⁸⁹.

condotta dei lavoratori, non è un segno sufficientemente chiaro della presenza nell'imprenditore della volontà di vincolarsi e di mantenere l'uso aziendale. Déprez scrive in tal senso (*Naissance de la norme dans l'entreprise: interprétation de la volonté de l'employeur et constatation de l'usage*, 1987, p. 637):

Les attitudes purement négatives telles que l'abstention, le silence, la tolérance face à tel agissement des salariés ne sont pas nécessairement les signes d'une acceptation tacite par l'employeur du fait accompli.

I contegni puramente negativi come l'astensione, il silenzio, la tolleranza di fronte al comportamento dei dipendenti non sono necessariamente il segno dell'accettazione tacita del fatto compiuto da parte dell'imprenditore.

Contrariamente a quanto afferma Jean Déprez, Michel Morand (*Vie et mort de l'usage d'entreprise*, 1986, 15372, p.167) scrive:

L'usage d'entreprise [...] a pour origine en effet, soit une décision unilatérale de l'employeur, soit une initiative des salariés tolérée par l'employeur.

Cfr. JACQUES AUDINET, *L'usage d'entreprise, ses conditions d'existence et de révocation*, 1984, p. 30.

¹⁸⁸ JEAN DEPRez, *Naissance de la norme dans l'entreprise: interprétation de la volonté de l'employeur et constatation de l'usage*, 1987, pp. 637-641.

¹⁸⁹ Cour de cassation (chambre sociale), 13 février 1996, n. 93-42. 309 594; commentata da GERARD VACHET, *La dénonciation des usages d'entreprise*, 1996, pp. 294-298 [JurisClasseur].

Tuttavia, il datore di lavoro *non ha il dovere di avviare effettivamente alcuna trattativa* (né con i lavoratori né con i loro rappresentanti) e *non ha il dovere di comunicare i motivi* che lo spingono ad abbandonare la prassi aziendale.

La dénonciation par l'employeur d'un usage ou d'un engagement unilatéral doit, pour être régulière, être précédée d'un préavis suffisant pour permettre les négociations et être notifiée, outre aux représentants du personnel, à tous les salariés individuellement s'il s'agit d'une disposition qui leur profite.

2.2. Due teorie sull'“*usage d'entreprise*”

2.2.1. La teoria dell'*usage d'entreprise* come *accord atypique*

La teoria dell'*usage d'entreprise* come *accord atypique* è attualmente minoritaria sia in dottrina, sia in giurisprudenza. Tuttavia, alcuni autori hanno sostenuto l'opportunità di applicare al vincolo datoriale derivante da uso aziendale le modalità di estinzione tipiche del *contrat individuel de travail*. Il vantaggio per il lavoratore, conseguente alla realizzazione istituzionale di una simile scelta di politica del diritto, è descritto chiaramente da Jean Savatier, che scrive:

Se i vantaggi, o almeno i vantaggi individuali che risultano dall'*usage d'entreprise* sono incorporati nel contratto di lavoro di ciascun beneficiario, sembra si debba dedurre che la loro scomparsa costituisca una modificazione del contratto di lavoro su iniziativa del datore di lavoro, che può avere un carattere sostanziale. In questo caso, il lavoratore che rifiuta la scomparsa del vantaggio si trova nella situazione classica del dipendente a cui il datore di lavoro vuole imporre unilateralmente una modificazione del suo contratto. La rottura del contratto di lavoro in seguito al rifiuto del lavoratore sarà considerata come licenziamento imputabile al datore di lavoro¹⁹⁰.

Nel saggio *Incidence de la nature contractuelle de l'avantage salarial sur le régime juridique de l'usage d'entreprise* il giuslavorista francese François Duquesne ha sostenuto una particolarissima teoria contrattualistica dell'*usage d'entreprise*¹⁹¹. Duquesne ricorre ad

¹⁹⁰ JEAN SAVATIER, *La révocation des avantages résultant des usages de l'entreprise*, 1986, p. 902.

Si les avantages, ou tout au moins les avantages individuels, résultent de l'usage d'entreprise, sont incorporés au contrat de travail de chaque bénéficiaire il faut en déduire semble-t-il, que leur disparition constitue une modification du contrat à l'initiative de l'employeur, qui peut avoir un caractère substantiel. Dans ce cas, le travailleur qui refuse la disparition de l'avantage se trouve dans la situation classique du salarié à qui l'employeur veut imposer unilatéralement une modification de son contrat. La rupture du contrat de travail à la suite du refus du salarié sera considéré comme un licenciement imputable à l'employeur.

¹⁹¹ Cfr. UBERTO SCARPELLI, *Filosofia, analitica norme e valori*, 1962, p. 71; UBERTO SCARPELLI, *La meta-etica analitica e la sua rilevanza etica*, 1982, p. 101; GIAMPAOLO AZZONI, *Cognitivo e normativo. Il paradosso delle regole tecniche*, 1991, p. 81.

Cour de Cassation (chambre sociale), 5 octobre 1999 et commentaire par FRANÇOIS DUQUESNE, *Incidence de la nature contractuelle de l'avantage salarial sur le régime Juridique. de l'usage d'entreprise*, 2000, pp. 421-423 [www.lexisnexis.com].

argomenti profondamente diversi da quelli utilizzati dai contrattualisti italiani. Infatti, Duquesne non considera *usage d'entreprise* una fonte assimilabile all'*accord collectif*. Inoltre, Duquesne non ritiene che l'*usage d'entreprise* sia una clausola tacita del *contrat individuel de travail*.

Il fine pratico della teoria di Duquesne è (dichiaratamente) quello di assoggettare l'*usage d'entreprise* alla normativa che regola la revoca del *contrat individuel de travail* per evitare che il datore di lavoro abbia la possibilità di liberarsi (troppo) facilmente dai vincoli derivanti dalla reiterazione di una condotta favorevole ai lavoratori. Scrive Duquesne:

Sottratti dalla sfera contrattuale [...] gli *usages d'entreprise* [...] deriva una grande libertà per il datore di lavoro desideroso di mettere in discussione i vantaggi accordati ai salariati su tali basi; solo la *dénonciation*, e le poche formalità che l'accompagnano, si impongono al capo dell'azienda che è dispensato dal sottoporre i suoi progetti all'approvazione dei lavoratori interessati. Queste procedure non compensano se non debolmente l'esclusione delle regole sulla modificazione del contratto di lavoro. A questo riguardo la posta in gioco per il lavoratore non sembra particolarmente limitata allorquando è prevista soppressione di un beneficio che costituisce una parte importante della retribuzione¹⁹².

Duquesne non sostiene che la pratica reiterata dal datore di lavoro abbia una "natura contrattuale", ma ritiene che il datore di lavoro sovente estrometta dal testo contrattuale alcune prestazioni che restano comunque parte integrante della retribuzione dei suoi dipendenti.

Proprio perché, incidentalmente, tali prestazioni non sono contemplate dalle clausole contrattuali, esse sono ritenute dalla giurisprudenza dovute unicamente in base ad un *usage d'entreprise*.

In altri termini, Duquesne ritiene che alcuni benefici elargiti per *usage d'entreprise* dal datore di lavoro debbano essere assoggettati alla disciplina della revoca

¹⁹² FRANÇOIS DUQUESNE, *Incidence de la nature contractuelle de l'avantage salarial sur le régime juridique de l'usage d'entreprise*, 2000, pp.421-423 [<http://www.lexisnexis.com>].

Soustrait à la sphère contractuelle [...] les usages d'entreprise [...] résulte une grande liberté pour l'employeur désireux de remettre en cause les avantages accordés aux salariés sur de telles bases; seule la dénonciation, et les quelques formalités qui l'accompagnent, s'imposent au chef d'entreprise dispensé de soumettre son projet à l'accord des travailleurs qu'il concerne. Ces procédures ne compensent que très faiblement l'éviction des règles de la modification du contrat de travail. En regard, l'enjeu pour le salarié n'apparaît pas mince notamment lorsqu'est envisagée la suppression d'une prime constituant une fraction importante de la rémunération.

del *contrat individuel de travail* se (pur rappresentando una parte rilevante del compenso dovuto al lavoratore¹⁹³) essi vengono arbitrariamente espunti dal contratto di lavoro al fine di essere assoggettati ai criteri meno rigidi previsti per l'eliminazione degli *usages d'entreprise*. La soluzione proposta da Duquesne non è dunque teoretica, ma politica: quando il datore di lavoro “sottrae alla sfera contrattuale” degli obblighi che dovrebbe avere per contratto nei confronti dei lavoratori, al solo fine di assoggettarli al regime meno rigido dell' *usage d'entreprise*, occorre contrastare questa politica di gestione in sede giudiziale, attraverso l'imposizione delle modalità di modifica e di revoca previste per il *contrat individuel de travail*.

¹⁹³ In questo senso, Duquesne ritiene che tutte le prestazioni dotate di un carattere retributivo abbiano necessariamente di natura contrattuale e debbano essere disciplinate come se fossero parte integrante del *contrat individuel de travail*, pur non essendo in esso esplicitamente previste, indipendentemente dal fatto normativo che ha effettivamente cagionato la genesi di tali norme.

2.2.2. La teoria dell' *usage d'entreprise* come *engagement unilateral*

Il concetto di “*usage d'entreprise*” rilevabile nella maggior parte delle argomentazioni della dottrina e la giurisprudenza¹⁹⁴ francesi è chiaramente distinguibile dal concetto di “*accord*”¹⁹⁵. L'eterogeneità delle due costruzioni concettuali è testimoniata dal diverso ruolo assunto dall' *usage d'entreprise* e dall'*accord collectif* (intesi come fatti normativi) nella gerarchia delle fonti del *droit du travail*. Infatti, la *Cour de cassation, chambre sociale*¹⁹⁶ in una recente sentenza ha sostenuto che quando *usage d'entreprise* e *accord collectif* hanno lo stesso oggetto la disciplina prevista dall'*accord collectif* prevale su quella prevista dall' *usage d'entreprise*.

Stando alla recente giurisprudenza della *Cour de cassation*¹⁹⁷ in tema di *usage d'entreprise*, il datore di lavoro *deve* informare i lavoratori e i loro rappresentanti della sua intenzione di estinguere l'*usage* al fine di rendere possibile l'apertura di una (eventuale) negoziazione con i suoi dipendenti. Tale soluzione giurisprudenziale è stata interpretata come una manifestazione della natura negoziale dell'*usage*

¹⁹⁴ Cour de cassation (chambre sociale) 9 novembre 2011, n. 09-43. 389 [http://www.legifrance.gouv.fr/].

La catégorie juridique en droit du travail à laquelle appartient l'usage d'entreprise licite ici revendiqué puis constaté par la cour, implique de le distinguer absolument de la loi, des obligations contractuelles au sens strict ainsi que de tous les accords collectifs ou autres dispositifs conventionnels.

¹⁹⁵ EMMANUEL DOCKES, *Droit du travail*, 2010, p. 91.

L'usage est source d'une règle de droit plutôt que d'un avantage contractuel: il ne s'incorpore pas au contrat de travail.

¹⁹⁶ Cour de cassation (chambre sociale) 5 avril 2012, n. 10-12. 182 [http://www.legifrance.gouv.fr/].

La conclusion d'un accord collectif ayant le même objet qu'un usage d'entreprise met immédiatement fin à cet usage auquel l'accord se substitue, peu important que l'usage n'ait pas au préalable été valablement dénoncé.

¹⁹⁷ Cour de cassation (chambre sociale) del 5 avril 2012, n. 10-12. 182 [http://www.legifrance.gouv.fr/], inedita.

Sur la dénonciation de l'usage: En droit, pour que l'employeur puisse valablement dénoncer un usage, il doit, dans un premier temps, informer les institutions représentatives du personnel. Il doit ensuite informer individuellement chaque salarié. [L'employeur] doit enfin respecter un délai de prévenance suffisant. L'information des institutions représentatives du personnel ayant pour objet la dénonciation d'un usage dans l'entreprise implique que, s'agissant du comité d'entreprise, cette information soit donnée en réunion du comité, après inscription à l'ordre du jour.

*d'entreprise*¹⁹⁸. Tuttavia, è inconfutabile che la procedura prevista per la *dénonciation* consenta al datore di lavoro di liberarsi piuttosto agevolmente dai vincoli derivanti dall'*usage d'entreprise*. Pertanto, il fatto che il procedimento di *dénonciation* sia incidentalmente simile al procedimento previsto per l'estinzione degli *accords atypiques* non sembra segnalare una rilevanza del principio *consensualistico* nell'elaborazione delle costruzioni concettuali chiamate *usage d'entreprise*. La *dénonciation*, al contrario, parrebbe un'espressione del potere direttivo datoriale. Tale ipotesi è avvalorata dal fatto che il datore di lavoro non è tenuto ad aprire effettivamente una trattativa con i lavoratori, né ha il dovere di motivare la sua decisione.

Alain Supiot sottolinea che la modalità di estinzione dell'*usage d'entreprise* contrasta nettamente col *principio consensualistico*.

Infatti, in base al principio consensualistico la norma aziendale dovrebbe sorgere, modificarsi o estinguersi a condizione che vi sia un consenso reciproco delle parti. Tuttavia, nella procedura prevista per l'estinzione dell'*usage d'entreprise* il consenso reciproco (non è manifestato ma) è sostituito da alcuni atti formali, compiuti unilateralmente dal datore di lavoro.

Questo fatto rende le disposizioni giurisprudenziali sull'estinzione dell'*usage d'entreprise* anomale se si cerca di rintracciare in esse una natura negoziale, infatti il compimento unilaterale di alcuni atti formali rende di fatto non necessaria per l'estinzione dell'*usage d'entreprise* l'esistenza di un accordo tra datore di lavoro e dipendenti. Scrive Supiot:

La sola possibilità di sfuggire a questa anomalia è quella di vedere in queste disposizioni l'espressione di un potere regolatore conferito dalla legge al datore di lavoro, occorre cioè uscire dall'analisi contrattualistica¹⁹⁹.

Alain Supiot parla del regime di estinzione dell'*usage d'entreprise* come espressione del potere direttivo datoriale [*issue du pouvoir de direction de l'employeur*]²⁰⁰. Scrive Supiot:

¹⁹⁸ STEFANO LIEBMAN (*Individuale e collettivo nel contratto di lavoro*, 1993, p. 52) scrive: “La Cassazione francese reputa [la revoca] sempre possibile, in virtù della natura tipicamente negoziale dell'impegno da lui stesso liberamente assunto”.

¹⁹⁹ ALAIN SUPIOT, *Critique du droit du travail*, 1994, p. 123.

La seule possibilité d'échapper à ces anomalies est de voir dans ces dispositions l'expression d'un pouvoir réglementaire conféré par la loi à l'employeur, c'est-à-dire de sortir de l'analyse contractuelle.

Il regime di estinzione dell'*usage*, ricalcato al contempo sulla modificazione di un contratto individuale e sulla revoca di un accordo collettivo, non si confonde né con l'uno né con l'altro. Esso determina che la revoca sia preceduta da un preavviso sufficiente, che tale preavviso sia portato a conoscenza sia dei rappresentanti del personale (ma non necessariamente dei sindacati cosa che non consente di leggere l'*usage d'entreprise* come un *accord d'entreprise*) sia del singolo lavoratore, ma il lavoratore ne è solo informato e questa notificazione non apre la procedura di modifica del contratto di lavoro (i lavoratori non sono tenuti né ad accettare né a rifiutare)²⁰¹.

Infatti, è vero che affinché il procedimento di *dénonciation* possa essere compiuto validamente, l'imprenditore *deve* (non si tratta di un dovere *deontico*, bensì di un dovere *anankastico*)²⁰² informare i lavoratori e i loro rappresentanti della sua decisione di revocare l' *usage d'entreprise*. È vero, inoltre, che la notizia della futura revoca *deve* essere notificata ai lavoratori e ai loro rappresentanti con un anticipo (rispetto al momento dell'effettiva cancellazione dell'*usage d'entreprise*) sufficiente all'apertura di una negoziazione. Tuttavia, resta il fatto che l'imprenditore non ha l'obbligo di comunicare ai lavoratori i motivi che l'hanno portato alla cancellazione

²⁰⁰ JEAN SAVATIER (*La révocation des avantages résultant des usages de l'entreprise*, 1986, p. 898) sostiene che il comportamento del datore di lavoro che avvia arbitrariamente la *dénonciation* dell'*usage d'entreprise* può essere considerato un *abus du droit* anche se risulta, in questo caso, la sussistenza di un *abus du droit* difficilmente dimostrabile dato che il datore di lavoro può agevolmente giustificare la sua condotta definendola “*un acte de gestion justifié par l'intérêt de l'entreprise*”.

²⁰¹ GERARD LYON-CAEN, JEAN PELISSIER, ALAIN SUPLOT, *Droit du travail*, 1996, p. 62.

Le régime de la suppression de l'usage, calqué à la foi sur la modification d'un contrat individuel et sur la dénonciation d'un accord collectif, ne se confond ni avec l'une ni avec l'autre. Il importe que la dénonciation soit précédée d'un préavis suffisant, que ce préavis soit porté à la connaissance à la fois de s représentants du personnel et non des syndicats, ce qui interdit de voir dans l'usage un véritable accord d'entreprise (accord au sens de l'art. L. 132-19 c. trav.); de chaque salarié, mais celui-ci n'est qu'informé et cette notification n'ouvre pas la procédure de modification du contrat de travail (il n'a pas à accepter ou à refuser).

²⁰² In altri termini l'operazione di genericizzazione (sul concetto di “genericizzazione” si veda ANNA PINTORE, *Norme e principi. Una critica a Dworkin*, 1982, pp. 22-24) che porta a sussumere le norme procedurali della *dénonciation* nel *principio consensualistico* è fuorviante, e deriva, a mio avviso, in larga misura da un'errata qualificazione del tipo di *dovere* che si predica della condotta datoriale: non un dovere *deontico*, ma un dovere *anankastico* (sul concetto di “dovere anankastico” si veda GIUSEPPE LORINI, *Due specie di dovere normativo: dovere deontico vs. dovere anankastico*, in LORENZO PASSERINI GLAZEL (ed.), *Ricerche di filosofia del diritto*, pp. 103-115. Cfr. GIUSEPPE LORINI e LORENZO PASSERINI GLAZEL (eds), *Filosofie della norma*, 2012.

dell'*usage d'entreprise*, né ha l'obbligo di aprire una contrattazione con i loro rappresentanti.

In questo senso, l'*usage d'entreprise* è fortemente affine alla categoria dell'*engagement unilatéral*²⁰³. Di fatto, l'*engagement unilatéral* si distingue dall'*usage d'entreprise* solo perché la reiterazione dell'*engagement unilatéral*²⁰⁴ non è condizione necessaria della sua vincolatività e perché esso, per poter essere vincolante, deve essere esplicitamente manifestato ai lavoratori.

²⁰³ L'*engagement unilatéral* è un atto attraverso il quale il datore di lavoro si impegna ad accordare un certo vantaggio a uno o più lavoratori dell'azienda. Sull'*engagement unilatéral* si veda la sentenza Cour de cassation (chambre sociale) del 17 novembre 1998, n. 96-47. 877 [JurisClasseur].

²⁰⁴ BERNARD BOSSU, FRANÇOIS DUMONT, PIERRE-YVES VERKINDT, *Droit du travail*, 2007, p. 38.

Attendu, cependant, d'une part, que l'employeur, qui ne verse pas les rémunérations dues à leur échéance, que ces rémunérations résultent du contrat de travail, de la convention collective, d'un usage ou d'un engagement unilatéral de l'employeur, provoque la rupture du contrat de travail qui s'analyse en un licenciement ; d'autre part, que lorsqu'elle est payée en vertu d'un engagement unilatéral de l'employeur, une prime constitue un élément de salaire et est obligatoire pour l'employeur dans les conditions fixées par cet engagement, peu important son caractère variable ; qu'il ressort du dossier de la procédure que la prime litigieuse, versée par l'employeur de 1981 à 1988 était due en vertu d'un engagement unilatéral constituait un élément du salaire.

2.3. L'influenza della categoria "*usage d'entreprise*" sulla formazione della categoria "uso aziendale"

Nei giuristi francesi (a differenza di quanto accade per i giuristi italiani) è riscontrabile la tendenza ad evidenziare i caratteri distintivi dell'*usage d'entreprise* e la sua irriducibilità ad altri fenomeni giuridici.

La dottrina francese, in tema di *usage d'entreprise* sembra manifestare un'attitudine opposta rispetto alla dottrina italiana in tema di uso aziendale: mentre la dottrina italiana tende a ridurre l'istituto dell'uso aziendale all'istituto del contratto (collettivo o individuale); la dottrina francese cerca, invece di evidenziare l'indipendenza della categoria dell'*usage d'entreprise* dagli istituti a carattere negoziale.

Anche se, talvolta alcuni caratteri (ben definiti) dell'*usage d'entreprise* sono stati ricalcati da altri istituti giuridici, generalmente questi accorgimenti sono *esplicitamente* presentati come operazioni di politica del diritto, *dichiaratamente* finalizzate a garantire la tutela di particolari interessi che sono *manifestamente* ritenuti meritevoli di tutela: queste particolari operazioni concettuali non hanno in genere la pretesa (ideologica) di "esplicitare" la "natura" o l'"essenza" dell' *usage d'entreprise*.

Inoltre, è interessante rilevare che le argomentazioni utilizzate per negare l'incorporabilità dell' *usage d'entreprise* nel *contrat individuel de travail* dalla dottrina e dalla giurisprudenza francese sono differenti da quelle adottate dalla dottrina e dalla giurisprudenza italiana per negare l'incorporabilità del uso aziendale nel contratto individuale di lavoro.

Come abbiamo visto, secondo la dottrina italiana (in particolare Spagnuolo Vigorita e Liebman) la riduzione dell'uso aziendale al contratto individuale di lavoro è criticabile perché non contempla la "dimensione collettiva dell'azienda"; in altri termini gli interessi comuni alla generalità dei lavoratori. Per soddisfare i cosiddetti interessi collettivi dei lavoratori, si ricorre al concetto di "contratto collettivo" che viene utilizzato come chiave di lettura dei fenomeni giuridici chiamati "usi aziendali". In questo modo si abbandona la concezione intersoggettiva dell'uso aziendale senza però rinnegarne la "natura contrattuale" che consente di riconoscere numerosi vantaggi ai i lavoratori.

Il giurista Jean Déprez si mostra fortemente critico davanti ai tentativi di incorporazione dell' *usage d'entreprise* nel contratto. Scrive Jean Déprez:

L'incorporazione non è una regola, tanto meno un principio che ricollega automaticamente al contratto di lavoro i vantaggi provenienti da altre fonti, come gli accordi collettivi o gli usi. Al limite si tratta di un ipotesi dottrinale, talvolta presa

in considerazione dalla giurisprudenza che ne trae allora degli effetti positivi, benefici per il lavoratore. Ma non gli si saprebbe riconoscere più di quello che essa è. Come non v'è un principio generale di mantenimento dei vantaggi acquisiti, non esiste un principio di incorporazione di tali vantaggi nel contratto individuale di lavoro²⁰⁵.

Déprez sottolinea che l'oggetto dell'incorporazione nel *contrat individuel de travail* non può essere l'*usage d'entreprise* ma, al limite, si può ipotizzare che i vantaggi derivanti da uso aziendale siano incorporabili nel *contrat individuel de travail*. Tale incorporazione dell'*usage d'entreprise* nel *contrat individuel de travail*, secondo Déprez, non ha a che fare con la “natura” dell'*usage d'entreprise*.

L'incorporazione resta un mero procedimento di tecnica giuridica al servizio di un risultato auspicabile²⁰⁶.

Al termine del presente *excursus* sulla categoria dell'uso aziendale posso affermare di aver rilevato numerose differenze tra le argomentazioni adottate dalla dottrina e la giurisprudenza francese in tema di *usage d'entreprise* e quelle accolte dalla dottrina e dalla giurisprudenza italiane in tema di uso aziendale. Attraverso il confronto tra le due categorie ho inteso evidenziare alcune peculiarità dell'dibattito dottrinale e giurisprudenziale in tema di uso aziendale.

La mia analisi dell' *usage d'entreprise* ha inteso essere meramente descrittiva e non intende fornire suggestioni connesse a questioni di politica del diritto. È invece interessante notare come sia diversa la prospettiva adottata da Liebman²⁰⁷, che ha

²⁰⁵ JEAN DÉPREZ, *Un remède à la précarité des avantages acquis: l'incorporation dans le contrat de travail*, 1986, p. 906.

L'incorporation n'est pas une règle, encore moins un principe, qui rattacherait automatiquement aux contrats de travail les avantages provenant d'autres sources telles que les accords collectifs ou les usages. Tout au plus est-elle une hypothèse doctrinale, parfois prise en compte par la jurisprudence qui en tire alors des effets positifs, bénéfiques pour le salarié. Mais on ne saurait lui reconnaître plus qu'elle n'est. Pas plus qu'il n'y a un principe général de maintien des avantages acquis il n'existe un principe d'incorporation de ces avantages dans le contrat individuel de travail.

²⁰⁶ JEAN DÉPREZ, *Un remède à la précarité des avantages acquis: l'incorporation dans le contrat de travail*, 1986, p. 906.

L'incorporation reste un pur procédé de technique juridique au service d'un résultat jugé souhaitable.

²⁰⁷ Numerosi riferimenti alla dottrina francese appaiono anche nel libro di GIULIO QUADRI, *Usi aziendali e autonomia negoziale. Regole consuetudinarie e modificazioni unilaterali nel rapporto di lavoro*, 2008.

scelto di indagare la categoria dell' *usage d'entreprise* per estrapolare e riadattare gli elementi maggiormente affini al concetto italiano di “uso aziendale” che egli stesso ha contribuito a coniare, concetto che ha la caratteristica di contemplare sia la “dimensione individuale” sia la “dimensione collettiva” dell'uso aziendale.

I caratteri dell'*usage d'entreprise* ai quali Liebman attribuisce maggior rilievo sono quello della *generalità* e quello della *revocabilità*. Tuttavia, analizzando le pagine che Liebman dedica all'*usage d'entreprise*, ci troviamo davanti alla ricostruzione di un concetto influenzata (o vincolata)²⁰⁸ da una concezione contrattualistica del rapporto di lavoro (la concezione del rapporto di lavoro dominante nel nostro ordinamento), ne deriva una visione parziale (anche se non falsa) della categoria giuridica francese. Scrive Liebman:

Se in una prima fase la principale condizione di legittimità della revoca unilaterale è stata costantemente individuata nella semplice necessità di un adeguato preavviso, genericamente riconducibile alle modalità tipiche del recesso unilaterale da un qualsiasi rapporto obbligatorio a tempo indeterminato, successive pronunzie della stessa Corte hanno invece esplicitamente e direttamente collegato l'obbligatorietà del preavviso stesso alla necessità di rendere possibile una preventiva contrattazione collettiva, in alcuni casi, sul dichiarato presupposto della assimilabilità del regime di revoca della prassi a quello relativo alla denuncia di un contratto collettivo privo del termine di scadenza²⁰⁹.

L'analisi della categoria dell'*usage d'entreprise* proposta da Liebman non ha uno scopo meramente descrittivo. Liebman indaga l'*usage d'entreprise* al fine di elaborare un concetto di “uso aziendale” che consenta di giustificare l'estensione dei benefici elargiti dal datore di lavoro alla generalità dei dipendenti. In altri termini, l'intento di Liebman è quello di rilevare dalle elaborazioni concettuali della dottrina francese

²⁰⁸ La ricostruzione del concetto di *usage d'entreprise* compiuta da Liebman sembrerebbe un esempio di ideologia che presuppone coscienza vincolata [*przekonania “uwarunkowane”*] così come inteso da Wojciech Żelaniec, nel saggio *Zarys filozoficznej teorii ideologii* [*Lineamenti di una teoria filosofica delle ideologie*], 1991. Infatti, tale specie di ideologia presuppone una visione parziale della realtà determinata dal fatto che la *forma mentis* dell'osservatore è condizionata (è “vincolata”) dalla condizione sociale dell'osservatore. I discorsi dei quali si predica questa particolare specie di ideologicità non sono necessariamente il prodotto di una da una falsa coscienza, né la presenza di questo tipo di ideologia in un testo deriva necessariamente dalla superficialità dell'autore (ad esempio, l'indagine sull'*usage d'entreprise* condotta da Liebman evidenzia una forte consapevolezza delle peculiarità dell'ordinamento francese).

²⁰⁹ STEFANO LIEBMAN, *L'individuale e il collettivo nel contratto di lavoro*, 1993, p. 53.

delle argomentazioni adattabili al contesto istituzionale italiano, ad esempio, scrive Liebman:

La prevalente giurisprudenza [...] in considerazione della ritenuta esistenza, nell'ordinamento francese, di un generale principio di parità (*ordre public social antidiscriminatoire*) ha finito col consolidare un proprio orientamento interpretativo in base al quale il datore di lavoro, libero di accordare particolari prestazioni ai propri dipendenti, non può farlo discriminando arbitrariamente fra questi ultimi e non può dunque rifiutare a qualcuno ciò che ha accordato ad altri [...] i risultati, così come gli espedienti interpretativi adottati per ottenerli, non si discostano di molto nell'esperienza francese rispetto a quelli che abbiamo visto essere presenti, più o meno esplicitamente, anche nella nostra giurisprudenza, fatto salvo, ovviamente, il richiamo al principio di parità quale fondamento giuridico della generale obbligatorietà della prassi aziendale che [...] è sempre mancato nella giurisprudenza italiana in argomento.

Liebman tende a valorizzare elementi categoria francese dell'*usage d'entreprise* che possono essere rilevanti per la rielaborazione della categoria italiana dell'uso aziendale. Pertanto, Liebman non attribuisce rilevanza alle argomentazioni sulla non incorporabilità dell'*usage d'entreprise* nel *contrat individuel de travail*, né si sofferma sul rafforzamento del potere di gestione datoriale conseguente all'introduzione del procedimento di revoca dell'*usage d'entreprise*²¹⁰, ma considera l'*usage d'entreprise* “un esempio, fra i tanti possibili, di come l'elaborazione giurisprudenziale in materia di lavoro tenda a fare emergere un proprio dichiarato intento protettivo nei confronti degli interessi del prestatore di lavoro subordinato”²¹¹.

²¹⁰ Infatti, se *usage d'entreprise* non è parte del *contrat individuel de travail*, l'abrogazione dell' *usage d'entreprise* non può essere interpretata come una modificazione delle norme del *contrat individuel de travail*. Per questo motivo, nell'ordinamento francese, il datore di lavoro non è tenuto ad accordarsi col lavoratore per l'eliminazione dell' *usage d'entreprise*.

²¹¹ STEFANO LIEBMAN, *L'individuale e il collettivo nel contratto di lavoro*, 1993, p. 55.

CAPITOLO III

LA STRUTTURA NASCOSTA DELL'USO AZIENDALE

1. Tre concezioni dell'azienda presupposte nei concetti di “uso aziendale”

Con il sintagma ‘uso aziendale’ si intendono non gli usi *delle* aziende, ma gli usi *nelle* aziende. In altri termini, quando i giuristi parlano di usi aziendali non fanno riferimento agli usi che riguardano i rapporti tra le diverse aziende (ad esempio gli usi mercantili), ma agli usi che hanno ad oggetto i rapporti intercorrenti tra lavoratori e datore di lavoro nell’ambito delle diverse aziende²¹². Il rapporto tra organizzazione aziendale e uso aziendale è stato evidenziato da Luciano Spagnuolo Vigorita, che scrive:

In diritto del lavoro, di “uso aziendale” si parla nel senso di prassi adottata nei confronti dei lavoratori *in seno ad un’azienda* come entità unitaria, quale che sia il più preciso concetto di essa²¹³.

Con l’espressione ‘struttura nascosta’ faccio riferimento ai presupposti teorici e ideologici che costituiscono la premessa inespressa dei diversi concetti di uso aziendale.

Nel presente § 1. analizzerò tre diverse *concezioni dell’organizzazione aziendale* al fine di verificare la loro influenza nella formazione dei diversi concetti di uso aziendale. In altri termini, le concezioni dell’organizzazione aziendale sono rilevanti ai fini della mia indagine, poiché rappresentano il *presupposto teorico tacito* delle diverse argomentazioni in tema di uso aziendale.

Prima di intraprendere questa parte della mia indagine è necessario compiere alcuni chiarimenti lessicali. Nella presente ricerca compirò la scelta lessicale di utilizzare esclusivamente i sintagmi ‘azienda’ e ‘organizzazione aziendale’, non utilizzerò, invece il termine ‘impresa’. La scelta di non utilizzare il termine ‘impresa’ non è arbitraria, ma è legata all’esigenza di non impiegare due termini diversi per indicare lo stesso (eterogeneo) gruppo di fenomeni. Nel diritto del lavoro la distinzione dogmatica tra il concetto di “azienda” e il concetto di “impresa” è particolarmente problematica. Infatti, i giuristi chiamano alternamente ‘impresa’ e

²¹² Secondo LUCIANO SPAGNUOLO VIGORITA (*Gli usi aziendali*, p. 69):

L’uso è “aziendale” nel senso che agisce nei confronti di tutti i lavoratori dell’azienda facenti parte di un gruppo.

²¹³ LUCIANO SPAGNUOLO VIGORITA, *Gli usi aziendali*, 1965, p. 55. Il corsivo è mio.

‘azienda’ l’organizzazione di forze produttive, la quale non è riducibile né all’accezione dell’ art. 2555 del Codice civile (ovvero “il complesso dei beni organizzati dall’imprenditore per l’esercizio dell’impresa”) né alla definizione di ‘impresa’ che è implicita nell’art. 2082 del Codice civile (ovvero attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi”)²¹⁴.

Ho inoltre reputato opportuno non utilizzare il termine ‘impresa’ poiché tale termine non appare nell’espressione comunemente usata per indicare i concetti oggetto della presente indagine (tra i giuristi è infatti diffusa l’espressione ‘usi aziendali’ o ‘prassi aziendali’ mentre non si parla di ‘usi di impresa’)²¹⁵.

Poiché il concetto di “uso aziendale” è una costruzione concettuale elaborata al fine di essere impiegata nell’ambito del diritto del lavoro, è opportuno precisare che l’azienda può essere osservata da una prospettiva specificamente giuslavoristica, distinguibile, ad esempio, dalla visione dell’azienda dei giuscommercialisti.

In questo senso, sono significative le parole di Luciano Spagnuolo Vigorita, che nel saggio intitolato *Funzione del consiglio aziendale e principio di collaborazione* (1961) afferma:

Si tratta di considerare da due diversi punti di vista il medesimo fenomeno: dal punto di vista del diritto commerciale, questo è visto da parte dell’imprenditore, e viene in rilievo l’aspetto di “mezzo” che il *Betrieb* [l’azienda] ha rispetto all’impresa;

²¹⁴ Curiosamente, Santi Romano (*Realtà giuridica*, 1947, p. 217) include l’introduzione della distinzione tra “azienda” e “impresa” nel codice del 1942 tra gli casi in cui “la realtà” è presa in considerazione dall’ordinamento giuridico con una radicale trasformazione o trasfigurazione. Scrive Romano:

Nella realtà effettiva e anche secondo il loro ordinamento interno, questi enti [azienda e impresa] sono, senza dubbio, delle istituzioni in cui trovano la loro organizzazione vari elementi così personali come patrimoniali; essi hanno dei capi, dei sottocapi, dei sottoposti, ingranaggi amministrativi più o meno complessi, cose destinate al raggiungimento dei loro fini, ecc. Invece, dal punto di vista del diritto statale prima vigente, ed è dubbio se e fino a che punto l’antica concezione sia ancora rimasta nel codice civile del 1942, quella che ora si chiama impresa ed è distinta dall’azienda era considerata una semplice attività (commerciale, agraria, ecc.) e quella che adesso prende il nome di azienda si riduceva all’impropria e insufficiente figura dell’*universitas rerum*, non importa se *facti* o *iuris*, che certo non adeguava la realtà.

²¹⁵ Per una ricostruzione del concetto di “Betrieb”, cfr. FERDINANDO MAZZARELLA, *La scoperta di un paradigma complesso. L’“Unternehmen” nel diritto commerciale e nella dottrina austro tedesca nel novecento*, 2010, pp. 299-386.

Per un’indagine sul concetto di “azienda” in diritto del lavoro; cfr. MANUELA SALVALAIO, *Nozione di azienda e diritto del lavoro*, Padova, Tesi di dottorato di ricerca (Università degli Studi di Padova), 2008.

dal punto di vista del diritto del lavoro viene in rilievo l'aspetto dell'organizzazione di forze lavorative²¹⁶.

Parlo, in questo caso, di differenti prospettive di analisi dell'azienda e non di diversi concetti di "azienda". Infatti, quello che distingue la prospettiva dei giuslavoristi dalla prospettiva dei giuscommercialisti è la rilevanza attribuita (dai giuscommercialisti e dai giuslavoristi) ad aspetti diversi dell'azienda: per i giuscommercialisti l'aspetto dell'azienda più rilevante è il fatto che essa sia un mezzo per il compimento dell'attività di impresa, per i giuslavoristi nell'azienda ha maggiore rilevanza l'organizzazione delle forze lavorative.

Nella mia indagine sull'uso aziendale adopererò deliberatamente il termine 'azienda' nel senso estremamente generico di *unità economica organizzata*. Tale senso mi pare compatibile (anche se non coincidente) con le diverse concezioni dell'organizzazione aziendale, presupposte nelle argomentazioni dei giuristi in tema di uso aziendale.

L'esigenza di una definizione "neutra" del termine 'azienda' rispetto alle diverse posizioni dottrinali, nasce proprio dal fatto che quelle costruzioni concettuali, a vario titolo chiamate 'usi aziendali', possono essere condizionate dalle diverse *concezioni dell'organizzazione aziendale*, presupposte da un ipotetico osservatore (giurista teorico o pratico) dei fenomeni aziendali.

Pertanto, per poter analizzare la "struttura nascosta" del concetto di "uso aziendale" è opportuno soffermarsi sul concetto di "azienda", così come concepito dalla giurisprudenza e dalla dottrina giuslavorista.

Per poter indagare l'azienda intesa come presupposto concettuale dell'uso aziendale, occorre stabilire quali modalità di organizzazione caratterizzino l'azienda. In altri termini, occorre chiedersi da quali fatti (o atti) normativi sono prodotte le norme in azienda (ad esempio dal contratto, dal comando, dalla consuetudine, ecc.).

Il problema della modalità di organizzazione dell'azienda deve essere tenuto distinto dal problema dell'autonomia concettuale del concetto di "azienda" rispetto ad altri concetti (come il concetto di "stato", il concetto di "mercato", il concetto di "contratto"). Infatti, un conto è sostenere che il fatto normativo prevalente nell'organizzazione aziendale è il contratto, un altro conto è affermare che il termine 'azienda' sia una mera etichetta, e che la sua intensione sia in qualche modo

²¹⁶ LUCIANO SPAGNUOLO VIGORITA, *Funzione del consiglio aziendale e principio di collaborazione*, 1961, p. 108.

riducibile all'intensione di altri termini (ad esempio, all'intensione del sintagma 'rete di contratti').

Nel saggio *Il sistema normativo aziendale. Premesse teoriche, risultati di una ricerca, temi emergenti* (2012) i sociologi Renato Boniardi e Tommaso Greco hanno esposto i risultati di un'indagine empirica, compiuta su un campione di cinquanta aziende. Nell'ambito di tale indagine è stata rilevata l'esistenza di una pluralità di sistemi di organizzazione aziendale, che divergono gli uni dagli altri per la modalità di produzione normativa intro-aziendale²¹⁷. Secondo Boniardi e Greco:

Se dei limiti alla produzione normativa aziendale sono posti inevitabilmente da quel complesso di norme extra-aziendali (dalle leggi ai regolamenti, dai contratti collettivi alle norme sociali) che delimitano il perimetro di auto-normazione, non è affatto scontato su chi ricada effettivamente il potere di definire le norme interne²¹⁸.

L'approccio *monista*, che contempla una modalità di formazione delle norme unica per tutte le aziende (e imposta "dall'alto" dal legislatore), sembrerebbe scontrarsi col dato empirico dell'esistenza di una pluralità di modelli di organizzazione aziendale, non necessariamente contrattualistici.

Spesso, la concezione dell'azienda adottata dal giurista non è assimilabile alla descrizione di un fenomeno, ma occulta elementi valutativi e prescrittivi. In sostanza, la visione dell'azienda adottata dai giuristi non rispecchia un'azienda reale, ma un'azienda ideale o meglio *un ideale di azienda*.

Quando i giuristi elaborano i concetti di "uso aziendale" presuppongono una serie di considerazioni in relazione all'influenza che l'azienda esercita sui rapporti giuridici tra datore di lavoro e lavoratore. Per questo, non sorprende, che vi sia una simmetria tra il dibattito sul concetto di "uso aziendale" e il dibattito sul concetto di "azienda".

Affermare che il concetto di "azienda" è il presupposto del concetto di "uso aziendale" significa sostenere che per poter formulare i diversi concetti di uso aziendale occorre aver preso posizione su alcune questioni relative al concetto di azienda²¹⁹.

²¹⁷ Un ulteriore criterio distintivo tra le diverse aziende evidenziato da Boniardi e Greco consiste nella modalità di gestione a dei conflitti interni all'azienda.

²¹⁸ RENATO BONIARDI / TOMMASO GRECO, *Il sistema normativo aziendale. Premesse teoriche, risultati di una ricerca, temi emergenti*, 2012, p. 53.

²¹⁹ Cfr. GIUSEPPE AULETTA / NICCOLÒ SALANITRO, *Diritto commerciale*, 2010, p. 4.

Al fine di ricostruire i diversi modelli di organizzazione aziendale alla base dei diversi concetti di “uso aziendale” ho fatto riferimento alle concezioni dell’organizzazione aziendale elaborate da alcuni economisti²²⁰.

In linea di massima, le caratteristiche ideali di un’organizzazione aziendale per l’economista non coincidono con le caratteristiche ideali di un’organizzazione aziendale per il giurista²²¹. Per il giurista (soprattutto per il giuslavorista),

²²⁰ Invero, la tecnica legislativa chiamata “metodo dell’economia” è stata alla base di numerosi concetti giuridici conati dal legislatore del ’42: secondo tale tecnica le forme giuridiche devono corrispondere al substrato economico. Chiaramente, se l’individuazione “dei fenomeni economici” nel cosiddetto substrato economico si basa sull’adozione di un modello economico, allora la scelta di un modello economico (rispetto ad un altro modello) può essere ideologica. Cfr. FRANCESCO SANTORO PASSARELLI, *L’impresa nel sistema del diritto civile*, 1942. ALBERTO ASQUINI, *Profili dell’impresa*, 1943; GIORGIO OPPO, *Realtà giuridica globale dell’impresa nell’ordinamento italiano*, 1976; FRANCESCO GALGANO, *Lex mercatoria*, 1976, 2010.

²²¹ Sostenere che fenomeni oggetto dell’analisi degli economisti e quelli oggetto dell’analisi dei giuristi sono gli stessi, non deve indurci a confondere il fenomeni aziendali (come ad esempio: le condotte tenute in ambito aziendale, le aspettative dei lavoratori, gli interessi del datore di lavoro, le operazioni di gestione del personale) con le costruzioni concettuali dei giuristi.

La mia tesi non deve essere confusa, ad esempio, con quanto sostenuto da FRANCESCO CARNELUTTI (*Criteri di interpretazione della legge sugli infortuni*, 1904, p. 212) che scrive:

Il fenomeno giuridico e il fenomeno economico-politico non sono due cose essenzialmente diverse; sono la stessa cosa considerata da diversi punti di vista.

L’affermazione di Carnelutti diventa problematica dal momento che, con l’espressione ‘fenomeno’, egli fa riferimento alla “norma obiettiva di diritto”. Tuttavia, dal momento che il fenomeno può essere qualificato come giuridico o economico solo dopo essere diventato oggetto delle costruzioni concettuali dei giuristi o degli economisti, esso non può coincidere né con le une, né con le altre. Sostenere che il fenomeno giuridico e il fenomeno economico siano la stessa cosa, considerata da diversi punti di vista significa sostenere che (Francesco Carnelutti, *Criteri di interpretazione della legge sugli infortuni*, 1904, p. 212) le norme giuridiche che disciplinano il rapporto di lavoro siano “il prodotto o l’espressione giuridica di [...] necessità sociali”. Questo è almeno in parte falso, dal momento che, anche se i fenomeni sociali (che hanno luogo in ambito aziendale) spingono il giurista a compiere particolari operazioni al fine di ottenere determinati risultati, la società non è che uno dei tanti fattori che condizionano l’attività del giurista.

Anche Luciano Spagnuolo Vigorita (*Gli usi aziendali*, 1965, p. 91) critica la “confusione tra due prospettive nettamente distinte, giuridica l’una ed economico-sociologica l’altra” scrive Spagnuolo Vigorita:

Invero, la considerazione finalistica, e cioè economica, del lavoro non esaurisce il fenomeno: poiché è chiaro che l’unitarietà del fine dell’attività lavorativa (la produzione), fin quando rimane elemento esterno al rapporto giuridico di lavoro non determina affatto una reazione sul rapporto stesso.

nell'azienda devono essere tutelati alcuni interessi (ad esempio l'interesse del lavoratore alla retribuzione, l'interesse del datore di lavoro alla tutela della sua libertà di impresa) che egli reputa rilevanti sulla base del dato normativo o (talvolta) sulla base di considerazioni ideologiche. Per un economista l'azienda deve riuscire a restare sul mercato e deve essere dotata di un sistema produttivo ben organizzato e competitivo²²².

Tuttavia, come sottolineava Norberto Bobbio nel saggio *Teoria ed ideologia nella dottrina di Santi Romano*, è opportuno distinguere la funzione *esplicativa* di ogni teoria da un'eventuale funzione latente *prescrittiva* (ideologica). Secondo Bobbio:

Non è sempre (forse non è mai) vera la proposizione che a “tale teoria” corrisponda “tale ideologia” ma è quasi sempre vera la proposizione contraria, secondo cui la medesima teoria può avere interpretazioni ideologiche diverse e la stessa ideologia può essere rivestita di forme teoriche anche opposte²²³.

Pertanto, ho ritenuto opportuno utilizzare gli strumenti concettuali elaborati dagli economisti, per esaminare la giurisprudenza e la dottrina in tema di uso aziendale.

*L'azienda può essere intesa come istituzione*²²⁴, cioè come ente o corpo sociale avente un'esistenza obiettiva e concreta. Nel lessico di Santi Romano, l'azienda è un “*microcosmo giuridico*”²²⁵, per questo, secondo Romano si può parlare di diritto interno all'azienda. Il teorico delle istituzioni economiche Ekkehart Schlicht nel libro

²²² LUIGI MENGONI (*Lezioni sul contratto di lavoro*, 1971, p. 20) scrive:

I problemi del diritto non sono i problemi dell'economia, compito del diritto è di regolare relazioni tra gli uomini.

²²³ NORBERTO BOBBIO, *Teoria ed ideologia nella dottrina di Santi Romano*, 1977, 2007, p. 139.

²²⁴ Tra gli esponenti italiani della teoria istituzionalistica dell'azienda in Italia ricordo: Alberto Asquini, Paolo Greco, Alfredo De Gregorio, Giorgio Oppo. Alberto Asquini considera l'organizzazione aziendale un tipico esempio di istituzione. Scrive Asquini (*I bettelli sul Reno*, 1959, 1961, p. 222.):

Il problema dell'impresa in sé si pone non solo per la società, ma anche per l'impresa individuale, e partendo dalla concezione funzionale dell'impresa come organizzazione di mezzi con un determinato scopo produttivo, anche in relazione all'interesse generale dell'economia, investe specialmente il problema della disciplina del lavoro nell'organizzazione dell'impresa.

²²⁵ SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, 1918, p. 62.

*On Custom in the Economy*²²⁶ individua tre modalità di organizzazione del lavoro in ambito aziendale:

- (i) La *disposizione*: ogni prestazione è compiuta in ambito aziendale in osservanza delle disposizioni dell'imprenditore²²⁷.
- (ii) Lo *scambio*: ogni prestazione è compiuta in ambito aziendale sulla base di un rapporto sinallagmatico. In altre parole, ogni prestazione viene compiuta al fine di ottenere la corrispondente controprestazione.
- (iii) La *consuetudine*: ogni prestazione è compiuta da un soggetto dotato di un particolare ruolo in ambito aziendale (ad esempio: dal datore di lavoro, dall'impiegato, dall'operaio), perché, in passato (nelle stesse circostanze) era sempre stata compiuta la medesima prestazione da i soggetti titolari del medesimo ruolo. Analogamente gli stessi soggetti si aspettano di essere i beneficiari di una prestazione, perché nelle medesime circostanze quel medesimo tipo di prestazione è sempre stata compiuta a favore dei soggetti che nell'ambito dell'organizzazione aziendale avevano la medesima funzione.

²²⁶ EKKEHART SCHLICHT (*On Custom in the Economy*, 1998) analizza l'azienda come entità sociale [*social entity*] e il suo rapporto con le consuetudini. La sua analisi prende le mosse da tre domande teoreticamente distinte:

- (i) In quale senso le aziende possono essere concepite come istituzioni che esercitano un'influenza sugli individui che le compongono?
- (ii) Sono le aziende sono un riflesso degli interessi di dipendenti e datori di lavoro?
- (iii) Quale forma di controllo interno è presente nelle aziende?

²²⁷ Schlicht nel libro (*On Custom in the Economy*, 1998) elenca tre diverse modalità di organizzazione aziendale (comando, scambio, consuetudine). Pur prendendo le mosse dalla classificazione formulata da Schlicht ho ritenuto più corretto affermare che il fatto normativo prevalente nella concezione positivista dell'organizzazione aziendale non sia il comando [*command*], ma la disposizione [*statute*], poiché le norme emanate in azienda dal datore di lavoro sono vincolanti anche per il datore di lavoro. Infatti, come sottolinea Edoardo Fittipaldi (*Everyday legal ontology. A psychological and linguistic investigation within the frame of Leon Petrażycki's theory of law*, 2012, p. 263) una delle principali differenze tra comando [*command*] e disposizione [*statute*] consiste nel fatto che mentre il comando vincola solo il destinatario, la disposizione vincola anche colui che la emette [*bind the issuer*].

Non solo la *consuetudine*, ma tutte le modalità di organizzazione aziendale descritte da Ekkehart Schlicht (*comando, scambio, consuetudine*) sono rilevanti ai fini dell'indagine sulla categoria "uso aziendale". Tutti gli eterogenei fenomeni normativi che *non sono formalizzati in un contratto* e non sono contemplati da *meta-norme statali*, sono riconducibili a uno dei diversi concetti di "uso aziendale". In altri termini la condotta datoriale, nell'ambito delle diverse argomentazioni giuridiche in tema di usi aziendali, corrisponde ad almeno tre diversi tipi di fatti normativi:

- (i) la *disposizione* del datore di lavoro;
- (ii) l'*accordo* tra datore di lavoro e lavoratore (o tra datore di lavoro e lavoratori);
- (iii) la *consuetudine* che si forma nell'ambito dell'ordinamento aziendale.

Il generico concetto di "azienda" come *unità economica organizzata* è ben radicato nella tradizione giuslavoristica. Tuttavia, questo non significa che nella letteratura in tema di uso aziendale sia presupposta un'unica teoria dell'organizzazione aziendale²²⁸.

Le fonti che costituiscono un ordinamento definiscono la struttura di quell'ordinamento²²⁹. Questo accade in particolare se in quell'ordinamento è riscontrabile la presenza di una fonte primaria. Secondo Bobbio:

Siccome ogni ordinamento giuridico tende all'unificazione delle proprie fonti, ad appoggiarsi cioè su una fonte primaria, onde si costituisce una gerarchia delle fonti, è facile sorprendere in una molteplicità di fonti un'effettiva stratificazione di ordinamenti²³⁰.

²²⁸ Norberto Bobbio (*La consuetudine come fatto normativo*, 1942, p. 19) scriveva:

Non si può proporre il problema delle fonti senza affidarsi al presupposto che alle fonti, in quanto costitutive di norme giuridiche, risalga la costituzione dell'ordinamento stesso.

²²⁹ Le concezioni dell'organizzazione aziendale affrontano il problema della *pluralità ed eterogeneità degli ordinamenti*. Il tema del pluralismo giuridico è affrontato sia dalla teoria generale del diritto sia dall'antropologia giuridica; cfr. RICCARDO MOTTA, *Riflessioni e aggiornamenti su antropologia giuridica e discipline confinanti*, 2006, pp. 213-216.

²³⁰ Per questo, secondo Bobbio, sussiste un forte legame tra la teoria della pluralità delle fonti e la teoria della pluralità degli ordinamenti, scrive infatti Bobbio (*La consuetudine come fatto normativo*, 1942, p. 19):

Non rientra tra gli obiettivi della presente tesi verificare se realmente tutti gli ordinamenti giuridici siano caratterizzati da una fonte primaria. Tuttavia, l'affermazione di Bobbio rappresenta uno spunto di riflessione, che ci consente di individuare un aspetto particolarmente rilevante delle costruzioni concettuali presupposte nei diversi concetti di "uso aziendale": ciascuno dei tre diversi tipi di fatti normativi con i quali viene identificata la condotta datoriale nei diversi concetti di uso aziendale è considerato *la fonte primaria delle norme aziendali* in base a una particolare *concezione dell'organizzazione aziendale*.

Le diverse concezioni dell'organizzazione aziendale delineano diversi modelli di azienda, ognuno dei quali è caratterizzato da una fonte primaria dell'organizzazione aziendale per rispondere ad un'esigenza (spesso sottaciuta) di *unificazione* e di *semplificazione* dell'esperienza normativa aziendale. In altri termini, le diverse concezioni dell'azienda individuano un fatto normativo prevalente rispetto alle altre fonti aziendali e sostengono che tale fatto normativo rappresenti una caratteristica essenziale di ogni organizzazione aziendale.

In questo modo, tutte le norme prodotte in ambito aziendale risultano riconducibili (direttamente o indirettamente) al medesimo tipo di fatto normativo. Possiamo, quindi, distinguere tre diverse concezioni dell'organizzazione aziendale che costituiscono un presupposto teoretico di diversi concetti di "uso aziendale":

- (i) la concezione *positivistica* (imperativistica) dell'azienda;
- (ii) la concezione *contrattualistica* dell'azienda;
- (iii) la concezione *sociale* dell'azienda.

In base a queste tre diverse concezioni dell'azienda possono essere individuati tre diversi modelli di azienda distinguibili sulla base della prevalenza di tre diverse fonti:

Si osservi, infatti, come da un lato la teoria della pluralità delle fonti riceva luce dalla teoria della pluralità degli ordinamenti: il diritto valido in un ordinamento statale è generalmente il residuo storico di ordinamenti pre-statali assorbiti a poco a poco dallo stato, cosicché la stratificazione storica degli ordinamenti da ragione dell'attuale molteplicità delle fonti; e come, all'inverso, la pluralità degli ordinamenti acquisti rilievo dall'affermazione di una pluralità di fonti: il riconoscimento di quel modo originario di formazione del diritto internazionale, che è il diritto consuetudinario, diverso dal modo preponderante di formazione del diritto statale incide sul riconoscimento della realtà dell'ordinamento internazionale.

- (i) il modello *imperativistico* (nel quale la fonte prevalente è la disposizione datoriale);
- (ii) il modello *contrattualistico* (nel quale è fonte prevalente il contratto);
- (iii) il modello *sociale* (nel quale la fonte prevalente è la consuetudine).

Secondo Tarello i modelli descrittivi di fenomeni sociali sono “tutti e sempre, in quanto tali usati dalla dottrina giuridica come modelli ideologici”. A mio avviso non è necessariamente vero che i modelli socio-economici siano tutti e sempre ideologici, in quanto usati dalla dottrina. Questo fatto è particolarmente evidente nell’analisi dei concetti di “uso aziendale”. Le concezioni dell’organizzazione aziendale, pur prendendo le mosse da modelli schematici assumono carattere ideologico solo quando chi le utilizza come sistema di riferimento per l’individuazione delle norme in azienda, avanza implicitamente una *pretesa di universalità*.

In altri termini, è un ideologo colui che sostiene che un particolare modello di organizzazione aziendale rispecchi tutte le aziende, che tale modello sia l’unico in grado di rappresentare la realtà aziendale. In questo caso, la costruzione concettuale adottata dai giuristi per l’interpretazione di un fenomeno aziendale ha come presupposto (non una rappresentazione falsa della realtà ma) una rappresentazione parziale della realtà (cioè una coscienza vincolata)²³¹.

Ad esempio, anche se una singola azienda può essere inquadrabile nel modello delineato dalla concezione imperativistica dell’organizzazione aziendale, questo non significa che tutte le organizzazioni aziendali rispecchino necessariamente il modello imperativistico.

²³¹ Sul concetto di “coscienza vincolata” [“*przekonania uwarunkowane*”] cfr. WOJCIECH ŻELANIEC, *Zarys filozoficznej teorii ideologii* [Lineamenti di una teoria filosofica dell’ideologia], 1991.

Al di fuori di un'azienda l'attività di produzione è determinata dai movimenti dei prezzi, che sono coordinati attraverso una serie di scambi nel mercato. All'interno di un'azienda queste transazioni di mercato sono eliminate e la complicata struttura del mercato è sostituita da una struttura più semplice caratterizzata da un imprenditore-coordinatore che dirige la produzione²³⁵.

Ciò che contraddistingue l'azienda rispetto al mercato è, secondo Coase: “*the suppression of price-mechanism*” [la soppressione del meccanismo di formazione del prezzo]²³⁶.

Nell'organizzazione aziendale i meccanismi di mercato sarebbero, infatti, sostituiti dall'*autorità* dell'imprenditore-datore di lavoro che organizza e coordina il sistema produttivo aziendale. Creare un'azienda significa per Coase formare un'organizzazione con a capo un'autorità (l'imprenditore) al fine di eliminare i costi

Per 'ambiente' alludiamo a quello in cui si svolge il lavoro, più che a quello del luogo (che può non aver alcun riferimento col lavoro) in cui si è stipulato il contratto. E non basta: per 'ambiente' alludiamo non tanto a quello del lavoro in genere, che per la sua indeterminatezza e per la sua vastità può offrire scarsi appigli all'interprete; ma a quello proprio che si riferisce ad una determinata categoria di lavoratori o di datori riguardo ai quali è in caso concreto dubbia la disciplina giuridica del rapporto.

Presupponendo tale concetto di “ambiente” Barassi definisce gli usi (negoziali ex art. 1374 del Codice civile):

Espressione della pratica quotidiana del rapporto individuale di lavoro [...] una proiezione, una sintesi della pratica attuazione del lavoro, spontaneamente formatasi sotto la pressione delle esigenze aziendali [...] Sennonché questa pratica si formava in realtà attraverso la pressione del più forte: gli usi sanzionavano questa pratica, e ne facevano la disciplina ritenuta allora migliore del rapporto individuale di lavoro; la migliore perché la più aderente all'ambiente di lavoro.

Proprio dalla considerazione che le norme spontanee derivassero in realtà dalla pressione del più forte, sorge l'esigenza del ridimensionamento del ruolo delle norme ambientali a favore delle norme prodotte da altre fonti (contrattuali) che consentano un bilanciamento tra gli interessi del datore di lavoro e quelli del lavoratore, attraverso un rafforzamento della posizione contrattuale del lavoratore.

²³⁵ RONALD HARRY COASE, *The Nature of Firm*, 1937, p. 390.

Outside the firm, price movements direct production; which is coordinated through a series of exchange transactions on the market. Within a firm, these market transactions are eliminated and in place of the complicated market structure with exchange transactions is substituted the entrepreneur-coordinator who directs production.

²³⁶ Cfr. OLIVER WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism*, 1984.

di contrattazione e di semplificare il processo produttivo²³⁷. Nella visione di Coase, lo strumento di controllo impiegato per disciplinare i rapporti intro-aziendali è prevalentemente la disposizione dell'imprenditore.

Tra i giuristi, uno dei massimi esponenti della teoria imperativistica dell'organizzazione aziendale è il giurista francese Michel Despax, considera l'organizzazione aziendale fondata sul principio gerarchico. Scrive Despax:

Un'azienda, sia essa semplice o complessa, sia essa piccola o grande, ha bisogno di un capo²³⁸.

La teoria imperativistica dell'azienda è *ideologica* nel momento in cui avanza una pretesa di universalità, vale a dire quando pretende di descrivere l'essenza dell'"azienda", ma impone di fatto un modello ideale di azienda.

Ad esempio, Michel Despax considera la struttura gerarchica come la "struttura essenziale" dell'azienda. Scrive in questo senso Despax:

Di fatto, la struttura dell'azienda è variabile. In particolare, essa può variare in funzione del contesto politico ed economico nel quale l'azienda si inserisce, essa varia analogamente e soprattutto in funzione della dimensione dell'azienda considerata [...]. Nonostante la variabilità delle strutture inerenti alla dimensione delle aziende o alla loro localizzazione nello spazio sembra che in realtà un'organizzazione gerarchica sia *l'essenza stessa dell'azienda*²³⁹.

Un altro esponente della teoria imperativistica dell'azienda (al quale si ispira la teoria giuridica dell'azienda di Despax) è l'economista Émile James, che delinea una figura del capo dell'azienda fortemente autoritaria. Scrive James:

²³⁷ Infatti, per operare direttamente sul mercato occorre sostenere dei costi determinati dalla necessità raccogliere informazioni e dall'incertezza.

²³⁸ MICHEL DESPAX, *L'entreprise et le droit*, 1957, p. 276.

Qu'une entreprise soit simple et complexe, petite et grande, il lui faut un chef.

²³⁹ MICHEL DESPAX, *L'entreprise et le droit*, 1957, p. 273-274. Il corsivo è mio.

En fait, la structure de l'entreprise est variable. Elle peut tout d'abord varier en fonction du milieu politique et économique dans lequel l'entreprise s'insère, elle varie aussi et surtout en fonction de la dimension de l'entreprise considérée [...]. Par delà la variabilité des structures inhérentes à la dimension des entreprises ou à leur localisation dans l'espace, il apparaît en effet qu'une organisation hiérarchique est de l'essence même de l'entreprise.

Poco importa il suo *status*: proprietario, direttore generale, amministratore delegato. Qualunque sia la forma giuridica, essa [l'azienda] ha bisogno di essere assoggettata ad un'autorità unica, forte, abile e paziente²⁴⁰.

Secondo James, a capo dell'azienda deve esservi un'autorità di fatto, cioè un'autorità fondata su una particolare posizione di forza economico-sociale.²⁴¹

La teoria dell'organizzazione aziendale elaborata da James delinea un modello di organizzazione aziendale imperativistico²⁴², dove il titolare del potere di gestione è “un'autorità unica”. Chiaramente, come sottolinea Norberto Bobbio, “l'idea di ordinamento composto solo da *legislatore* e *sudditi* è puramente scolastica”²⁴³; analogamente, parrebbe altrettanto “scolastica” l'idea di (un legislatore) un'autorità centrale detentrica di tutti i poteri di gestione dell'azienda.

Infatti, tale autorità (come il legislatore) è un personaggio immaginario che spesso nasconde una realtà (sia giuridicamente sia economicamente) più complessa, basti pensare, ad esempio, all'articolata struttura delle società di capitali. Il modello imperativistico dell'azienda, quando è accolto dai giuristi come modello universale, condiziona la percezione dei fenomeni aziendali e, conseguentemente, influenza le loro argomentazioni in tema di uso aziendale.

Nel modello imperativistico dell'azienda assume particolare rilievo la figura del capo dell'azienda, che ha un ruolo centrale anche in alcuni concetti di uso aziendale.

Tale modello è alla base di due diversi argomenti tesi a giustificare gli obblighi derivanti da uso aziendale.

- (i) L'argomento del *dovere di coerenza* del datore di lavoro;
- (ii) L'argomento della *norma auto-imposta* dal datore di lavoro.

²⁴⁰ ÉMILE JAMES, *Les formes d'entreprise*, 1935, p. 108.

Peu importe son titre, propriétaire de l'affaire, directeur général, administrateur délégué. Quelle que soit la forme juridique, elle a besoin d'être soumise à une autorité unique, forte, adroite, patiente.

²⁴¹ MASSIMO BIANCA (*Le autorità private*, 1977, p. 57) definisce i poteri autoritari di fatto come “poteri decisionali che non sono fondati su particolari prerogative giuridiche ma solo su posizioni di forza economico-sociale”. Bianca, considera l'autorità del datore di lavoro un esempio di autorità di fatto poiché non poggia su una qualifica formale, ma sull'effettivo controllo dei mezzi di produzione.

²⁴² Cfr. FRANCESCO LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda. Il quadro legale*, 1982; ADALBERTO PERULLI, *Il potere direttivo dell'imprenditore*, 2002.

²⁴³ NORBERTO BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, 1993.

(i) In base all' *argomento del dovere di coerenza*, il datore di lavoro, proprio perché capo dell'azienda, ha il dovere di tenere un comportamento coerente nei confronti dei suoi collaboratori. Quindi, per un dovere di coerenza, il datore di lavoro non può interrompere arbitrariamente una condotta che ha iterato nel tempo a favore dei suoi dipendenti e che ha creato nei lavoratori l'aspettativa di ricevere anche in futuro lo stesso trattamento favorevole.

L'argomento del dovere di coerenza del datore di lavoro come fonte dei vincoli derivanti da uso aziendale è stato analizzato in Italia da Spagnuolo Vigorita, che ricostruisce un concetto di "uso aziendale" partendo dal saggio di Eduard Bötticher²⁴⁴ in tema di *principio di pari trattamento in diritto del lavoro* [*Gleichbehandlung im Arbeitsrecht*]²⁴⁵.

Eduard Bötticher nel saggio *Der Anspruch auf Gleichbehandlung im Arbeitsrecht* [*La pretesa alla parità di trattamento in diritto del lavoro*] parla di "*Gleichbehandlung als Normvollzug*", cioè di pari trattamento [*Gleichbehandlung*] (dei lavoratori) da parte del datore di lavoro come adempimento [*Vollzug*] di una norma che egli stesso ha posto [*der ArbGeb. selbst setzte*].

Spagnuolo Vigorita ha utilizzato l'argomento formulato da Bötticher nella sua indagine sugli usi aziendali e ne ha ipotizzato l'impiego nel contesto istituzionale dell'ordinamento italiano.

In questo modo, Spagnuolo Vigorita ha costruito un nuovo (ipotetico) concetto di uso aziendale, in base al quale il datore di lavoro che elargisce reiteratamente ai dipendenti un beneficio, opera al di fuori del terreno contrattuale e stabilisce (tacitamente) una regola secondo la quale egli pensa di agire.

Tuttavia, il datore di lavoro non sarebbe vincolato in base a una norma aziendale derivante dalla sua condotta iterata e favorevole ai suoi dipendenti, ma dal dovere di coerenza derivante dal suo *status* di capo dell'azienda, ovvero, dal suo ruolo nella gerarchia dell'azienda.

²⁴⁴ La teoria dell'uso aziendale come norma autoimposta non deve essere confusa con la teoria della funzione normativa dell'uso aziendale chiamata in alcuni casi (forse impropriamente) teoria dell'adempimento della norma. Hermans Joseph Iezzoni (*La nozione di "uso aziendale"*, 2005) afferma che: "*Secondo la teoria dell'adempimento della norma il lavoratore "favorito" invocherà la norma - prassi al pari di ogni altra norma attuale*". Diversamente da quanto affermano i sostenitori della teoria dell'uso aziendale come norma autoimposta, secondo la teoria della funzione normativa dell'uso aziendale il vincolo non deriva dallo *status* di datore di lavoro, ma dalla sua condotta che viene intesa come fatto normativo.

²⁴⁵ EDUARD BÖTTICHER, *Der Anspruch auf Gleichbehandlung im Arbeitsrecht*, 1953, pp. 161-169.

Secondo Luciano Spagnuolo Vigorita, la regola seguita dal datore di lavoro è a “contenuto normativo ma non ad efficacia normativa”. In altri termini non si tratta di una regola prescrittiva, poiché, anche se è caratterizzata dalla struttura tipica della norma, non impone di per sé degli obblighi.

Se un lavoratore richiede la prestazione a suo vantaggio, secondo ciò che è usuale nell'azienda, non richiede l'applicazione della norma che il datore di lavoro si è autoimposto, ma di un'altra norma, che obbliga il datore di lavoro alla coerenza in virtù del suo *status*. Scrive Luciano Spagnuolo Vigorita:

Il datore di lavoro non può discostarsi dalla norma autoimposta [...] poiché su di lui incombe la *responsabilità sociale* di chi ordina un gruppo: in questa posizione egli cade sotto il divieto di *venire contra factum proprium*²⁴⁶.

Il concetto ricostruito da Spagnuolo Vigorita, è invero fortemente affine alla teoria della responsabilità per affidamento [*die Vertrauenshaftungstheorie*] che attualmente prevale nell'ordinamento tedesco.

Come sottolinea lo stesso Luciano Spagnuolo Vigorita, questa concezione dell'uso aziendale non chiarisce a quali condizioni la mera iterazione di una condotta possa essere considerata un fatto normativo²⁴⁷. In realtà, in assenza di accordi espliciti con i suoi dipendenti, nel nostro ordinamento, il vincolo alla coerenza sembrerebbe giuridicamente infondato, e rappresenterebbe l'espressione di un modello idealizzato di datore di lavoro che non corrisponde né all'ordinamento aziendale formale né alla realtà sociale.

(ii) In base all'*argomento della norma-autoimposta dal datore di lavoro* il datore di lavoro attraverso la sua condotta pone una norma che è espressione del suo potere di gestione dell'azienda.

L'argomento della norma auto-imposta dal datore di lavoro caratterizza il concetto di “*usage d'entreprise*” maggiormente radicato nell'ordinamento francese. Secondo Supiot, le norme individuate sulla base del concetto di “*usage d'entreprise*” possono essere considerate norme interne all'azienda e prodotto di un potere di autoregolamentazione riconosciuto esplicitamente dal diritto statale al capo dell'azienda. Scrive Supiot:

²⁴⁶ LUCIANO SPAGNUOLO VIGORITA, *Gli usi aziendali*, 1965, p. 105. Il corsivo è mio.

²⁴⁷ Luciano Spagnuolo Vigorita compie un'operazione concettuale estremamente curiosa, costruisce un concetto di uso aziendale per poi demolirlo.

Il capo dell'azienda ha ricevuto una sorta di potere delegato, e questo sarà il *regolamento interno*. Per quanto riguarda gli *atti individuali unilaterali*, non sembra possibile vedere in essi qualcosa di diverso da un'espressione del potere di gestione o di direzione, che è la conseguenza logica della libertà di impresa [...] Gli usi aziendali devono inserirsi in questo tessuto normativo²⁴⁸.

Il concetto di "*usage d'entreprise*" prevalente nell'ordinamento francese presuppone una teoria imperativistica dell'azienda, ma ha esiti radicalmente opposti rispetto al concetto ricostruito da Luciano Spagnuolo Vigorita.

Infatti, in base al concetto di *usage d'entreprise*²⁴⁹ che prevale nell'ordinamento francese il datore di lavoro ha il potere di svincolarsi unilateralmente dall'uso aziendale attraverso un procedimento di abrogazione [*dénonciation*]²⁵⁰. La *Cour de cassation* ha infatti coniato una procedura molto rigida, che è per il datore di lavoro uno strumento utilissimo per esercitare il suo potere di gestione sottraendosi agli obblighi derivanti da un *usage d'entreprise*.

Ecco le fasi della procedura di abrogazione [*dénonciation*] nelle parole della *Cour de cassation*:

²⁴⁸ Gérard Lyon-Caen, Jean Pélissier, Alain Supiot, *Droit du travail*, 1996, p.62.

²⁴⁹ Si veda ad esempio Cour de cassation (chambre sociale) 10 mai 2006 n. 04-47. 512 [JurisClasseur].

Un usage correspond à une pratique habituellement suivie dans l'entreprise, constitutive d'un avantage supplémentaire.

I caratteri dell' *usage d'entreprise* secondo la giurisprudenza della *Cour de cassation* sono la fissità, la costanza, la generalità. L'*usage d'entreprise* deve essere generale nel senso che ne deve beneficiare la generalità dei dipendenti. L' *usage d'entreprise* deve essere costante nel senso che non può essere un fatto isolato (Si veda ad esempio Cour de cassation (chambre sociale) del 8 aprile 2010, n. 08-43. 599, 757 [JurisClasseur]). L' *usage d'entreprise* deve essere fisso nel senso che le condizioni di determinazione e di attribuzione del vantaggio ai lavoratori devono essere costanti e oggettive.

²⁵⁰ Nel procedimento della *dénonciation* si evidenziano due momenti:

- (i) un momento dichiarativo *athetico* (implicito);
- (ii) un momento proclamativo *thetico* (esplicito).

Nel momento dichiarativo della *dénonciation* l'imprenditore afferma implicitamente l'esistenza dell'*usage d'entreprise*. Il momento dichiarativo è condizione necessaria per il momento proclamativo (esplicito) che determina *theticamente* (e *anairiticamente*) l'eliminazione dell' *usage d'entreprise*. Cfr. AMEDEO GIOVANNI CONTE, *Filosofia del performativo*, 2007.

Il termine '*denociation*' è stato tradotto con il termine 'revoca' da Stefano Liebman.

La *dénonciation* da parte di un datore di lavoro per essere regolare deve essere preceduta da un preavviso sufficiente per permettere la contrattazione, deve essere notificata ai rappresentanti del personale e a tutti i dipendenti (se si tratta di una disposizione dalla quale essi traggono profitto)²⁵¹.

La peculiarità di questo procedimento consiste nel fatto che esso pone alcune condizioni (necessarie ma non sufficienti) che devono essere soddisfatte dall'imprenditore per il valido compimento della *dénonciation*. Più precisamente, l'imprenditore *deve comunicare* ai lavoratori e ai loro rappresentanti la sua intenzione di abrogare la norma aziendale. La comunicazione deve aver luogo entro un margine di tempo sufficiente a poter instaurare una trattativa; tuttavia, secondo la giurisprudenza francese, l'imprenditore può rifiutare di aprire effettivamente una trattativa con i lavoratori e può portare a termine autonomamente la *dénonciation* dell'*usage*.

L'argomento del *dovere di coerenza* rielaborato da Luciano Spagnuolo Vigorita e l'argomento della *norma autoimposta* che caratterizza il concetto di *usage d'entreprise* sono contraddistinti da un modello (ideologicamente) diverso di capo dell'azienda. Infatti, il concetto di uso aziendale analizzato da Luciano Spagnuolo Vigorita, è influenzato dai principi generali che caratterizzano l'ordinamento tedesco (ad esempio: il principio di collaborazione fiduciosa²⁵² e il principio di pari trattamento). Sulla base del principio di collaborazione e del principio di pari trattamento, il datore di lavoro è titolare di una *responsabilità sociale* che lo vincola nei confronti dei lavoratori.

²⁵¹ Cour de cassation (chambre sociale) 13 octobre 2010 n. 09-13. 110, 1926 [JurisClasseur].

La dénonciation par l'employeur d'un usage doit, pour être régulière, être précédée d'un préavis suffisant pour permettre des négociations et être notifiée aux représentants du personnel et à tous les salariés individuellement s'il s'agit d'une disposition qui leur profite.

²⁵² Il modello di organizzazione aziendale diffuso in Germania è caratterizzato dalla *Mitbestimmung* [co-gestione]. La Legge sull'ordinamento aziendale BetrVG come modificata nel 2001 (e da ultimo nel 2009) permette ai lavoratori di prendere parte ai processi decisionali che caratterizzano la gestione delle imprese. Come sottolinea Raffaello Santagata (*Il lavoratore azionista*, 2008, p. 144):

Nell'ordinamento tedesco- dove, come noto il datore di lavoro ed il consiglio aziendale sono soggetti ad un obbligo di "collaborazione fiduciosa" nell'interesse dei lavoratori e dell'impresa § 2 (1) BetrVG l'evoluzione della tematica degli usi aziendali è stata profondamente influenzata dalla diffusa penetrazione della cultura giuridica dell'idea della comunità aziendale (*Betriebsgemeinschaft*) e del principio comunitario introaziendale.

Il concetto di “*usage d’entreprise*” che prevale nell’ordinamento francese è invece modellato intorno al principio dell’unità gestionale dell’azienda [*unité de direction et de décision dans l’entreprise*] che era stato accolto nell’ordinamento francese con la riforma del diritto del lavoro nel 1982, precisamente, con la promulgazione delle cosiddette *Lois Auroux*²⁵³.

La teoria dell’azienda presupposta nel concetto di “*usage d’entreprise*” che prevale nella dottrina e nella giurisprudenza francesi considera l’azienda un’organizzazione fortemente gerarchica per molti versi assimilabile a quella delineata da Michel Despax nel libro *L’entreprise et le droit* (1957).

Tuttavia, alcuni esponenti della dottrina francese ritengono che gli *usages d’entreprise* siano vincolanti unilateralmente sulla base del principio “*tu patere legem quam fecisti*” [Sopporta la legge che tu stesso hai posto]²⁵⁴. Sotto questa prospettiva l’*usage d’entreprise* potrebbe essere assimilato ai codici etici d’impresa²⁵⁵, anch’essi

²⁵³ La riforma del diritto del lavoro francese che ha avuto luogo nel 1982 deve il suo nome al ministro del lavoro Jean Auroux. Nel rapporto al Presidente della Repubblica (François Mitterrand) e al Primo Ministro (Pierre Mauroy) presentato da Jean Auroux (*Les droits des travailleurs. Rapport au Président de la République et au Premier Ministre*, 1981, <http://www.vie-publique.fr/documents-vp/auroux.pdf>) emerge il concetto di cittadinanza aziendale del lavoratore. Il concetto di cittadinanza aziendale si articola in due dimensioni.

La *prima dimensione* della cittadinanza aziendale era quella di *cittadino dell’azienda*. L’azienda è considerata una città nella città [*cit  dans la cit *] e il lavoratore è considerato un cittadino dell’azienda in quanto titolare di diritti e di doveri in virt  della sua cittadinanza aziendale.

La *seconda dimensione* di cittadinanza aziendale era quella di *cittadino nell’azienda* cio  quella di cittadino francese che lavora nell’azienda, e questo fatto (non il ruolo sociale dell’imprenditore)   considerato da Auroux una garanzia nei confronti dell’autorit  dell’imprenditore. Possiamo affermare che la dimensione della cittadinanza aziendale propria del cittadino *dell’azienda*   legata all’organizzazione aziendale, la dimensione della cittadinanza aziendale del cittadino *nell’azienda*   legata ai rapporti tra azienda e stato. Cfr. ALAIN SUPLOT, *Autopsie du “citoyen dans l’entreprise”: Le rapport Auroux sur les droit des travailleurs*, 1998, pp. 265-279.

²⁵⁴ ALAIN SUPLOT (*Critique du droit du travail*, 1994, p. 242) richiama l’adagio “*Tu patere legem quam fecisti*” a sostegno della obbligatorietà giuridica delle regole fissate dal datore di lavoro con atti unilaterali.

²⁵⁵ Sulle *Chartes d’éthique* si veda, ad esempio PAUL HENRI ANTONMATTEI, PHILIPPE VIVIEN, *Chartes d’éthique, alerte professionnelle et droit du travail français:  tat des lieux et perspectives. Rapport au ministre délégué à l’Emploi, au Travail et à l’Insertion professionnelle des jeunes*, 2007, p. 12:

Unilatéralement déterminées par l’employeur, souvent présentée comme un instrument de gestion de l’entreprise, la charte d’éthique peut avoir une portée normative. L’objectif principal n’est certes pas de compléter un environnement juridique déjà dense et souvent complexe. La juridicité des chartes est bien faible lorsque ne sont exprimés que des valeurs et des

sono in genere redatti unilateralmente dall'imprenditore e considerati vincolanti unilateralmente per l'imprenditore [*engagement unilatéral*]²⁵⁶.

principes d'action destinés à rassurer les parties prenantes externes à l'entreprise. Mais l'intérêt d'une expression de l'éthique ne consiste pas seulement à formuler des valeurs, sauf à rester dans un discours incantatoire. Si l'éthique se prête à un discours philosophique intéressant, elle mérite surtout une traduction comportementale concrète. Nombreuses sont désormais les chartes qui prescrivent des comportements précis qui concernent singulièrement les salariés.

²⁵⁶ Cfr. BRUNO BOIDIN, NICOLAS POSTEL, SANDRINE ROUSSEAU, *La responsabilité sociale des entreprises: une perspective institutionnaliste*, 2009.

1.2. La concezione *contrattualistica* dell'azienda

Alcuni autori (ad esempio, Stefano Liebman e Luciano Spagnuolo Vigorita) stando al lessico attualmente diffuso tra i giuristi, sono contrattualisti poiché identificano nel contratto la fonte principale delle norme aziendali che regolano il rapporto di lavoro.

Tuttavia, le loro tesi non sono incompatibili con l'istituzionalismo, poiché essi non respingono la teoria della pluralità degli ordinamenti e, soprattutto, non negano che l'organizzazione aziendale, nel suo complesso, influenzi il rapporto di lavoro e, soprattutto, non negano che le relazioni giuridiche che si sviluppano all'interno dell'azienda siano distinguibili da quelle che si sviluppano all'esterno dell'azienda.

La teoria che individua nel contratto il fatto normativo che caratterizza l'organizzazione aziendale è stata sostenuta dagli economisti Armen A. Alchian e Harold Demsetz. Alchian e Demsetz ritengono che i rapporti che legano imprenditore e lavoratore siano prevalentemente rapporti di scambio di matrice contrattuale. In questo senso i rapporti che legano il lavoratore al datore di lavoro sono analoghi a quelli che legano il cliente e il droghiere. Alchian e Demsetz, nel saggio *Production, Information Costs and Economic Organization* (1972), descrivono l'azienda come "una rete di contratti". L'unico elemento che distingue questa struttura contrattuale dai rapporti di mercato è la presenza di un contraente centrale, che coordina i contratti e controlla le prestazioni dei contraenti. Nelle parole di Alchian e Demsetz:

L'agente centrale è il proprietario dell'azienda o il datore di lavoro. Nessun potere autoritario è coinvolto, l'ordinamento è una struttura contrattuale soggetta a continue rinegoziazioni con l'agente centrale. La struttura contrattuale sorge come un mezzo per incrementare l'organizzazione efficiente di una squadra di produzione²⁵⁷.

²⁵⁷ ARMEN A. ALCHIAN, HAROLD DEMSETZ, *Production, Information Costs and Economic Organization*, 1972, p. 777.

The central agent is called the firm's owner and employer: No authoritarian control is involved; the arrangement is simply a contractual structure subject to continuous renegotiation with the central agent. The contractual structure subject to continuous renegotiation with the central agent. The contractual structure arises as a means of enhancing efficient organization of a team production.

Il datore di lavoro (contraente centrale) ha il compito di vigilare sugli altri contraenti, dal momento che i singoli membri della squadra produttiva, in linea di massima, non si possono controllare a vicenda. Sarebbero dunque inevitabili, in assenza della figura del controllore, fenomeni di opportunismo contrattuale da parte dei lavoratori (ad esempio, il *free-riding* e lo *shirking*²⁵⁸). Questa funzione di controllo attribuita al “contraente centrale” caratterizza l’organizzazione aziendale, e la distingue dal mercato. Il datore di lavoro che interviene nei casi di opportunismo contrattuale non deve essere considerato un’autorità. Infatti, sostengono Alchian e Demsetz:

[Il datore di lavoro] può licenziare o citare in giudizio [il dipendente] così come io posso licenziare il mio droghiere non acquistando più da lui o posso citarlo in giudizio per avermi venduto dei prodotti difettosi²⁵⁹.

Secondo Alchian e Demsetz, il datore di lavoro controlla i lavoratori e, eventualmente, reagisce agli episodi di opportunismo. Fatto salvo il ruolo di “contraente centrale” assunto dal datore di lavoro, la relazione che si instaura tra datore di lavoro e lavoratore dipendente all’interno dell’azienda non avrebbe caratteristiche diverse da quelle di un qualsiasi altro tipo di scambio nel mercato.

Tra i giuristi²⁶⁰, sostenitori della teoria contrattualistica dell’organizzazione aziendale ricordo, ad esempio, Luigi Mengoni, secondo il quale il rapporto di lavoro pur avendo origine negoziale è comunque da intendersi come elemento costitutivo di un’organizzazione aziendale:

Il rapporto di lavoro è un rapporto retto da una causa negoziale di scambio che poggia sul valore dell’autonomia privata [...]. Il rapporto di lavoro è destinato a svolgersi come elemento costitutivo di una organizzazione creata dal datore, e quindi come rapporto organico di collaborazione (da uomo a uomo) tra datore e prestatore di lavoro.

²⁵⁸ Sui termini ‘*shirking*’ e ‘*free-riding*’ si veda la nota 102.

²⁵⁹ ARMEN A. ALCHIAN, HAROLD DEMSETZ, *Production, Information Costs and Economic Organization*, 1972, p. 777.

[*The employer*] can fire or sue, just as I can fire my grocer by stopping purchases from him or sue him for delivering faulty products.

²⁶⁰ Tra i giuristi comunemente considerati esponenti della teoria contrattualistica dell’azienda ricordo: Luigi Mengoni, Ariberto Mignoli, Pier Giusto Jaeger.

L'azienda²⁶¹, può essere intesa come “un'organizzazione di persone cooperanti insieme per uno scopo tecnico produttivo prestabilito dall'imprenditore” La visione dell'azienda di Luigi Mengoni, non è incompatibile con la definizione di azienda come “unità economica organizzata”. Tale senso di ‘azienda’ è pertanto conciliabile sia con concezioni dell'azienda contrattualistiche sia con la teoria imperativistica dell'organizzazione aziendale.

Infatti, Mengoni non nega che i rapporti giuridici, che si sviluppano all'interno dell'azienda presentino siano distinguibili dai rapporti esterni all'azienda, ma sostiene che il contratto sia la fonte principale delle norme aziendali²⁶² e respinge l'identificazione dell'azienda con una struttura gerarchica²⁶³.

Nei concetti di uso aziendale che presuppongono una teoria contrattualistica dell'organizzazione aziendale “il comportamento delle parti diventa espressione della volontà negoziale”²⁶⁴. In altri termini, sia la volontà dei lavoratori sia la volontà datoriale sono condizioni necessarie per la formazione della norma aziendale²⁶⁵.

Secondo Mengoni, gli usi aziendali sono vincolanti in quanto prodotto di un accordo tacito tra datore di lavoro e lavoratori, tuttavia, essi devono essere tenuti distinti dagli usi che caratterizzano le regole del mercato. Per questo motivo la prassi datoriale non può essere equiparata a una clausola d'uso (ex articolo 1340 del Codice civile)²⁶⁶, dal momento che, come scrive Mengoni “la Cassazione [...]

²⁶¹ LUIGI MENGONI, *Lezioni sul contratto di lavoro*, 1971, p. 21.

²⁶² LUIGI MENGONI, *In tema di usi aziendali*, 1978, p. 472.

²⁶³ LUIGI MENGONI, *Lezioni sul contratto di lavoro*, 1971, p.19.

²⁶⁴ Corte di Cassazione (sezione lavoro) sentenza dell'11 luglio 2007 n. 15489. In questo senso cfr. Corte di Cassazione (sezione lavoro) sentenza del 6 marzo 1992 n. 2748; Corte di Cassazione (sezione lavoro) sentenza del 20 maggio 2004 n. 9626; Corte di Cassazione (sezione lavoro) sentenza del 10 luglio 2008 n.18991 [DeJure].

²⁶⁵ Cfr. LAURA CASTELVETRI, *Ma l'uso aziendale esiste?*, 2000, pp. 598-601 [DeJure].

²⁶⁶ Luigi Mengoni (*In tema di usi aziendali*, 1978, p. 472) pone a confronto la sentenza della Cassazione (sezione civile) del 29 maggio 1967, n. 1176 (già oggetto di una nota di Alberto Asquini) con la sentenza della Corte di Cassazione (sezione lavoro) del 18 dicembre 1976, n. 4681 e sostiene che il comportamento datoriale iterato favorevole ai lavoratori sia un comportamento concludente, ma che non si può considerare una proposta contrattuale tacita “un contegno che non sia stato posto in essere in direzione di chi si pretende destinatario della proposta.”. Pertanto, secondo Mengoni, la vincolatività della prassi aziendale riguarda:

Solo nei rapporti con i prestatori di lavoro direttamente beneficiati dal comportamento del datore, nei casi di prestazioni suppletive (premi, gratifiche, ecc.) corrisposte a tutti i dipendenti dell'azienda o a gruppi di essi.

identifica le clausole d'uso con gli usi contrattuali generali di un determinato mercato”²⁶⁷. Nella nota *In tema di usi aziendali*²⁶⁸, Mengoni applica la teoria contrattualistica dell'azienda al problema degli usi aziendali. Egli propone un concetto di uso aziendale intersoggettivo (esclude, quindi, la dimensione collettiva dell'uso aziendale) e giustifica il sorgere di un vincolo che lega il datore di lavoro a ogni singolo lavoratore assunto in azienda prima della formazione dell'uso. Scrive infatti Mengoni:

La teoria contrattuale è in grado di fondare l'obbligatorietà della prassi aziendale solo nei rapporti con i prestatori di lavoro direttamente beneficiati dal comportamento del datore di lavoro nei casi di prestazioni suppletive (premi, gratifiche) corrisposte a tutti i dipendenti dell'impresa o a gruppi di essi.

In altri termini, per Mengoni, l'iterazione di una condotta datoriale favorevole “assume il valore concludente nel senso di una promessa che, combinata col mancato rifiuto del destinatario, integra lo schema dell'art. 1333 del Codice civile²⁶⁹ nei termini di un patto modificativo del contratto”²⁷⁰.

²⁶⁷ LUIGI MENGONI, *In tema di usi aziendali*, 1978, p. 471.

²⁶⁸ Si tratta della sentenza della Corte di Cassazione (sezione lavoro) del 18 dicembre 1976, n. 4681 (“Massimario di giurisprudenza del lavoro” 50 (1977), pp. 355-359) che ha ad oggetto la controversia sorta tra la Alluminio Veneto s.p.a. e un lavoratore sessantenne, il quale cita in giudizio la sua datrice di lavoro per essere stato licenziato al compimento del suo sessantesimo anno di età, malgrado esistesse in azienda la prassi di mantenere in servizio i lavoratori sino ai sessantacinque anni.

²⁶⁹ Art. 1333 del Codice civile.

Contratto con obbligazioni del solo proponente.

La proposta diretta a concludere un contratto da cui derivino obbligazioni solo per il 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.

²⁷⁰ LUIGI MENGONI, *In tema di usi aziendali*, 1978, p.471.

1.3. La concezione *sociale* dell'azienda

Chiamo concezioni sociali dell'azienda, quelle concezioni dell'azienda che considerano la consuetudine il fatto normativo prevalente, il fatto normativo che caratterizza l'organizzazione aziendale.

Nel libro *On custom in the Economy* (1998) l'economista Schlicht sviluppa una concezione sociale dell'azienda. Schlicht descrive l'azienda come una squadra [*firm as a team*]. Secondo Schlicht i comportamenti dei lavoratori e del datore di lavoro sono determinati dal *ruolo* che questi soggetti rivestono nell'ambito dell'ordinamento aziendale dove svolgono il loro lavoro (compito) [*job*]. Per lavoro Schlicht intende: "un insieme di responsabilità e doveri"²⁷¹ che sono attribuiti al lavoratore e al datore di lavoro. Schlicht ritiene che l'azienda sia un sistema di ruoli sociali correlati [*a system of interlocking social roles*]. Il ruolo dell'imprenditore è quello di "perfezionare la descrizione" del ruolo dei suoi dipendenti, di modificare i ruoli già esistenti e di introdurne dei nuovi a seconda delle esigenze dell'azienda. In base al proprio ruolo ogni soggetto agisce nell'azienda seguendo una particolare *routine*²⁷². I doveri e le *routines* che caratterizzano un particolare ruolo all'interno dell'azienda possono essere considerate, secondo Schlicht, come un insieme di consuetudini [*customs*]. *Schlicht ritiene che il contratto di lavoro non possa specificare in maniera esatta il compito di ogni componente dell'azienda.*

In questo senso, secondo Schlicht, l'azienda nel suo complesso (non il singolo contratto o il singolo comando dell'imprenditore) intesa come unità di percezione [*perceptual unity*] condiziona il comportamento dei soggetti che operano al suo interno.

La concezione sociale dell'azienda è alla base di una concezione dell'uso aziendale che è criticata dai giuristi italiani, per almeno due ragioni: in primo luogo, perché nel nostro ordinamento non sono esplicitamente contemplati né il principio di collaborazione fiduciosa dei dipendenti, né il principio di pari trattamento (manca quindi un fondamento giuridico di questa concezione dell'uso aziendale); in

²⁷¹ EKKEHART SCHLICHT, *On Custom in the Economy*, 1998, p. 222.

²⁷² Secondo Ekkehart Schlicht gran parte dei comportamenti dei lavoratori presuppongono conoscenza tacita. Scrive Schlicht (*On Custom in the Economy*, 1998, p. 225):

The routines are largely automatic, the knowledge embodied in them is mainly tacit.

Le *routines* sono in larga misura automatiche e la conoscenza in esse incorporata è prevalentemente una conoscenza tacita.

secondo luogo perché nella concezione sociale dell'azienda la figura del lavoratore acquista rilievo ed è tutelabile solo in quanto parte di una comunità, pertanto l'interesse dell'azienda-istituzione prevale sugli interessi dei singoli lavoratori²⁷³.

Le concezioni sociali²⁷⁴ dell'azienda si svilupparono in Germania dopo la prima guerra mondiale.

Un esempio di concezione sociale dell'azienda e dell'uso aziendale che si è radicata in ambito giuridico è la concezione dell'ordinamento aziendale concreto [*Die konkrete Ordnung des Betriebes*]. Accanto a tale concezione la *Reichsarbeitsgericht* aveva introdotto il concetto di “uso aziendale” [*betriebliche Übung*] come autonoma fonte normativa²⁷⁵. Più precisamente, la concezione dell'ordinamento aziendale concreto ha ispirato due sentenze della *Reichsarbeitsgericht* pronunciate rispettivamente nel 19 gennaio 1938 e nel 7 settembre 1938 in tema di *betriebliche Übung*.

Secondo la sentenza della *Reichsarbeitsgericht* n. 29 del 19 gennaio 1938 nel caso in cui i collaboratori dipendenti di un'azienda ricevano un particolare beneficio, anche se non fosse espressamente specificato dal contratto di lavoro,

²⁷³ Il concetto giuridico di “azienda” come unità teleologicamente orientata è stato formulato dal giuslavorista tedesco ERWIN JACOBI nel saggio *Betrieb und Unternehmen als Rechtsbegriff*, Leipzig, Weicher, 1926, p. 2). la *Betrieb* è definita da Jacobi:

Vereinigung von persönlichen, sächlichen und immateriellen Mitteln zur fortgesetzten Verfolgung eines von einem oder von mehreren Rechtssubjekten gemeinsam gesetzten technischen Zweckes.

Unione di mezzi personali, materiali e immateriali per il continuato perseguimento di un obiettivo tecnico comune posto da uno o più soggetti giuridici.

²⁷⁴ Cfr. OTTO VON GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, 1887, 1963.

²⁷⁵ La teoria dell'ordinamento aziendale concreto era fortemente legata alla concezione dell'“ordinamento giuridico concreto” formulata da Carl Schmitt e dagli esponenti della scuola di Kiel. La scuola di Kiel fortemente influenzata dal pensiero di Carl Schmitt (*Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, 1934, p. 260) secondo il quale:

Il diritto è generato dall'organizzazione, dall'ordinamento concreto, ovvero dalle molteplici istanze e connessioni dell'autorità e del potere statale che producono modificano, attuano e garantiscono le norme giuridiche.

La scuola di Kiel era composta da un gruppo di docenti tra i quali ricordo Georg Dahm, Karl Larenz e Wolfgang Siebert. Cfr. GEORG DAHM, *Der Ehrenschatz der Gemeinschaft*, 1936; KARL LARENZ, *Rechtsphilosophie und Staatsphilosophie der Gegenwart*, 1935; *Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens*, 1938; WOLFGANG SIEBERT, *Die konkrete Ordnung des Betriebes*, 1941. CARL SCHMITT, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, 1934.

questo dovrebbe essere *esteso* agli altri componenti della comunità aziendale, qualora questi svolgano la medesima mansione.

Johannes Denecke fu uno dei primi esponenti della concezione dell'*ordinamento aziendale concreto*. Secondo tale concezione, l'uso aziendale è espressione di una sorta di diritto consuetudinario, che vincola il datore di lavoro e i lavoratori, esso è un prodotto dell'ordinamento aziendale *concretamente* esistente.

L'affermazione di Denecke presuppone che l'azienda sia un'entità unitaria nell'ambito della quale possono essere individuati degli specifici obiettivi aziendali [*Betriebszwecke*]. Tali obiettivi devono essere raggiunti attraverso la direzione dell'azienda.

Il carattere teleologicamente unitario²⁷⁶ (ovvero unitario in virtù degli scopi aziendali) determina, secondo Denecke, il carattere necessariamente unitario delle regole [*Regeln*] che disciplinano le relazioni tra i collaboratori aziendali. Dice Denecke:

In linea di massima le regole sull'ordinamento dell'azienda e le relazioni interindividuali in azienda (ad esempio, sull'inizio, la fine e la durata dell'orario di lavoro) devono essere unitarie²⁷⁷.

Analogamente, l'imprenditore non può attribuire dei benefici solo ad alcuni dipendenti, ma è obbligato ad estenderli all'intera comunità aziendale, anche se non esiste una specifica clausola contrattuale.

L'accordo contrattuale tra lavoratore e imprenditore non è sufficiente a spiegare le regole che di fatto riguardano il lavoratore.

²⁷⁶ Il concetto giuridico di "azienda come unità teleologicamente orientata" è stato formulato dal giuslavorista tedesco ERWIN JACOBI (*Betrieb und Unternehmen als Rechtsbegriff*, 1926, p. 2). Jacobi definisce la *Betrieb* come segue:

Vereinigung von persönlichen, sächlichen und immateriellen Mitteln zur fortgesetzten Verfolgung eines von einem oder von mehreren Rechtssubjekten gemeinsam gesetzten technischen Zweckes

Unione di mezzi personali, materiali e immateriali per il continuato perseguimento di un obiettivo tecnico comune posto da uno o più soggetti giuridici.

²⁷⁷ JOHANNES DENECKE, *Die konkrete Ordnung des Betriebes als Rechtsquelle*, 1940, p. 142.

Vor allem müssen die Regeln über die Ordnung des Betriebes und das Verhalten der Einzelnen in dem Betrieb, z.B. über Beginn, Ende und Dauer der Arbeitszeit einheitlich sein.

A questo proposito, Denecke sostiene che il detentore del potere legislativo [*Rechtsetzungsmacht*] è la stessa comunità aziendale. La comunità aziendale [*Betriebsgemeinschaft*] non sarebbe altro che una cellula della comunità del popolo [*Volksgemeinschaft*] priva di divisione in classi, cosicché l'importanza dell'individuo deriva esclusivamente dalla sua appartenenza alla comunità. In base al concetto di “comunità aziendale”, tutti i componenti dell'azienda sono considerati membri di una comunità istituzionalmente isomorfa²⁷⁸ alla comunità del popolo [*Volksgemeinschaft*].

²⁷⁸ Per ‘isomorfismo’ si intende “il fenomeno che si verifica quando due o più sostanze, avendo proprietà fisiche e chimiche analoghe, cristallizzano con simile struttura”. Un fenomeno simile che si verifica tra istituzioni è chiamato isomorfismo istituzionale: si parla di isomorfismo istituzionale quando due o più istituzioni assumono la stessa struttura organizzativa. Il fenomeno dell'isomorfismo istituzionale è stato indagato dai sociologi Walter W. Powell e Paul DiMaggio nel libro *The New Institutionalism in Organizational Analysis* (1991). Powell e DiMaggio distinguono tre meccanismi di mutamento isomorfo:

- (i) isomorfismo coattivo [*coercive isomorphism*];
- (ii) isomorfismo mimetico [*mimetic processes*];
- (iii) isomorfismo normativo [*normative pressures*].

Si tratta, come sottolineano gli stessi autori, di una tripartizione analitica, che non è necessariamente riscontrabile empiricamente in modo così nitido.

Isomorfismo coattivo [*coercive isomorphism*]. L'isomorfismo coattivo deriva da pressioni formali e informali esercitate sull'organizzazione da altre organizzazioni. *Isomorfismo mimetico*. L'*isomorfismo mimetico* [*mimetic processes*] deriva da una situazione di incertezza, ovvero da una situazione di scarsa conoscenza delle tecniche organizzative, da un'ambiguità dello scopo dell'istituzione. In economia, ad esempio il comportamento mimetico ha il vantaggio di consentire l'individuazione di una soluzione praticabile con uno sforzo minimo. *Isomorfismo normativo* [*normative pressures*]. L'isomorfismo normativo è determinato dall'omogeneità dei percorsi formativi intrapresi dai membri dell'organizzazione.

Il concetto di isomorfismo istituzionale appare anche nel saggio *Institutional organizations: Formal structures as myth and ceremony* (1977) di John Mayer e Brian Rowman. John Mayer e Brian Rowman ritengono che l'isomorfismo sia il prodotto di “miti razionalizzati”. I miti razionalizzati sono regole che non si basano su prove empiriche ottenute con metodo scientifico ma che sono legittimate dalla loro efficacia.

2. Due sensi di 'ideologia' nell'uso aziendale

Il senso di ideologia prevalente nella presente tesi è quello di ideologia come *asserzione parateoretica*. In altri termini, sono ideologici quei discorsi che appaiono conoscitivi e scientifici, ma che in realtà tali non sono e, per la loro falsa apparenza, riescono a suggerire o rafforzare valori e norme²⁷⁹.

Giovanni Tarello, nel libro *Teorie e ideologie nel diritto sindacale* distingueva due tipi di costruzioni dogmatiche. Scrive Tarello:

Le dottrine giuridiche particolari, cioè le costruzioni concettuali tradizionalmente dette "dogmatiche" ed anche le armonizzazioni di queste che tradizionalmente si dicono costruzioni "sistematiche" possono essere considerate talvolta come "ideologie" in due sensi profondamente diversi: possono essere considerate ideologiche avendo riguardo la loro genesi oppure avendo riguardo la loro funzione²⁸⁰.

Le costruzioni concettuali sono geneticamente ideologiche se quando chi le elabora le fonda su una preconstituita concezione dei fatti che costituisce una ideologia politica. Una dottrina giuridica è ideologica con riguardo al fine se, scrive Tarello:

Il suo impiego da parte di un operatore giuridico tende a fare evolvere o a condizionare il fenomeno giuridico disciplinato in modo da adeguarlo a un modello descrittivo²⁸¹.

Quindi, secondo Tarello, nel caso delle costruzioni concettuali geneticamente ideologiche, il modello descrittivo è il *prius* rispetto all'elaborazione

²⁷⁹ MARIO JORI, ANNA PINTORE, *Manuale di teoria generale del diritto*, 1995, pp. 198-199. FERRUCCIO ROSSI-LANDI (*Ideologia. Per l'interpretazione di un operare sociale e la ricostruzione di un concetto*, 2005, p. 184) evidenzia la non coincidenza tra il concetto di "falsa coscienza" e quello di "ideologia". Scrive Rossi-Landi:

L'uomo può essere in stato di falsa coscienza anche quando non si mette a ideologizzare. L'ideologia implica la falsa coscienza, la falsa coscienza non implica l'ideologia.

Questo deriva dal fatto che la falsa coscienza è un momento pre-linguistico del processo cognitivo, mentre l'ideologia presuppone un'elaborazione concettuale per la quale è necessario il linguaggio.

²⁸⁰ GIOVANNI TARELLO, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale*, 1972, p. 144.

²⁸¹ GIOVANNI TARELLO, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale*, 1972, p. 144.

del concetto giuridico. Nel caso delle costruzioni concettuali *teleologicamente ideologiche* il modello descrittivo e il *posterius*.

Sin ora ho analizzato i presupposti delle costruzioni concettuali chiamate “usi aziendali”. In particolare, mi sono soffermata sulle diverse concezioni di organizzazione aziendale che costituiscono il presupposto di diversi concetti di “uso aziendale”. Ora, mi soffermerò sulle *strategie* adottate dai giuristi per condizionare quelle costruzioni concettuali chiamate ‘usi aziendali’.

A seconda della strategia adottata da un operatore giuridico per fare evolvere o per condizionare il fenomeno giuridico posso distinguere due tipi di ideologie.

Tali tipi di ideologia sono in entrambi i casi caratterizzati da asserzioni parateoretiche, ma influenzano in modo diverso i diversi concetti di “uso aziendale”.

Più precisamente, i due tipi di ideologia si distinguono sulla base del loro oggetto (ovvero sulla base dell’elemento del concetto giuridico che tendono ad alterare).

Il *primo tipo* di ideologia è quella che chiamo *ideologia “semantica”*; il secondo tipo di ideologia è quella che chiamo *ideologia “sintattica”*.

Oggetto dell’ideologia “*semantica*” è il contenuto della norma individuata in base ai diversi concetti di uso aziendale.

Oggetto dell’ideologia “*sintattica*” sono i rapporti che legano la norma derivante dalla condotta datoriale alle altre norme dell’ordinamento giuridico in base ai concetti di uso aziendale. In altri termini, l’ideologia sintattica riguarda la posizione della norma nella struttura dell’ordinamento giuridico [*Stufenbau*].

In questa parte della mia tesi utilizzerò i termini ‘semantica’ e ‘sintattica’ volutamente in modo metaforico, al fine di evidenziare che il primo tipo di ideologia (l’ideologia semantica) altera direttamente il *contenuto* della norma aziendale; mentre, la seconda (l’ideologia sintattica) altera le caratteristiche formali delle norme aziendali: le loro modalità di formazione e, soprattutto, il loro livello gerarchico nell’ordinamento.

2.1. Ideologia “semantica” dell’uso aziendale

L’ideologia semantica può essere caratterizzata sia dall’introduzione di nuovi concetti nelle argomentazioni in tema di uso aziendale (ad esempio, l’introduzione del concetto di “comunità aziendale”) sia attraverso una ridefinizione ideologica di concetti che caratterizzano il linguaggio comune, ad esempio il concetto di “regolarità”. Tali operazioni generalmente sono nascoste dietro discorsi teoretici

che pretendono di rivelare la “natura” di particolari fenomeni, ma che, in realtà, nascondono delle operazioni di politica del diritto.

L’ideologia semantica condiziona, quindi, prevalentemente il contenuto delle norme, anche se tale strategia può modificare indirettamente anche i criteri di individuazione delle norme in ambito aziendale.

2.1.1. Ideologia “semantica” in Giovanni Tarello

Nel saggio *Teorie ed ideologie nel diritto sindacale* (1967) Giovanni Tarello descrive delle operazioni concettuali tacciabili di “ideologia semantica” quando ricostruisce i presupposti concettuali della nozione di “contratto collettivo di diritto comune”. Scrive Tarello:

L’elaborazione dei concetti giuridico dogmatici di “sindacato”, “interesse collettivo”, “autonomia collettiva” confluisce nell’elaborazione della nozione di “contratto collettivo di diritto comune” [...] il contratto collettivo viene così definito sulla base di precostituiti concetti dogmatici [...] incorpora tutte le componenti ideologiche presenti nell’elaborazione dei concetti già ricordati, che nella costruzione sono adoperati²⁸².

Le operazioni concettuali compiute dalla dottrina sono ideologiche, quando sono caratterizzate da una funzione prescrittiva celata da una forma teoretica-descrittiva, quindi, questo tipo di ideologia rispecchia pienamente il senso di ideologia che utilizzo nella presente tesi. Tuttavia, l’elemento peculiare di queste operazioni concettuali consiste nell’introduzione nella costruzione concettuale di altri concetti giuridici. La forma di “ideologia semantica” delineata da Tarello è caratterizzata dall’introduzione nell’elaborazione della nozione di “contratto collettivo di diritto comune” di altre categorie (“sindacato”, “interesse collettivo”, “autonomia collettiva”) che a loro volta sono il prodotto di operazioni concettuali ideologiche, che alterano la fattispecie del contratto collettivo e che creano un nuovo istituto di origine dottrinale, non assimilabile da quello previsto dal legislatore all’art. 39 della Costituzione.

Analogamente, l’introduzione di nuovi concetti o la modificazione di altri concetti preesistenti nelle costruzioni concettuali chiamate ‘usi aziendali’ (che caratterizza l’ideologia semantica) determina l’alterazione del contenuto delle norme aziendali.

²⁸² GIOVANNI TARELLO, *Teorie ed ideologie nel diritto sindacale*, 1967, 1972, pp. 50-51.

L'ideologia "semantica" non è particolarmente diffusa nelle argomentazioni dei giuristi in tema di uso aziendale proprio perché il carattere ideologico di queste operazioni concettuali è particolarmente semplice da individuare, in quanto alterano direttamente il contenuto della norma aziendale, sono irrelate rispetto al sistema giuridico nel quale il giurista opera e, quindi, non possono essere "mascherate" da operazioni tecniche.

2.1.2. Due esempi di ideologia "semantica" in tema di uso aziendale

Al fine di chiarificare questo particolare senso di ideologia propongo due esempi che sono esplicativi di due diversi tipi di ideologia semantica.

Primo esempio: il concetto di *Betriebsgemeinschaft* [comunità aziendale].

Il concetto di *Betriebsgemeinschaft* [comunità aziendale] è stato introdotto nella dottrina tedesca in tema di *betriebliche Übung* [uso aziendale].

In particolare del concetto *comunità aziendale* [*Betriebsgemeinschaft*] parla il teorico del ordinamento aziendale concreto Johannes Denecke. Denecke afferma che lavoratori e imprenditore non possono essere considerati individui autonomi e indipendenti. Imprenditore e lavoratori sono, secondo Denecke, soprattutto i membri di una comunità aziendale. Nelle parole di Denecke:

L'imprenditore e i collaboratori non si relazionano tra loro soltanto come personalità individuali, ma come membri della comunità aziendale, e come tali i singoli membri della comunità hanno anche l'uno verso l'altro diritti e doveri, che influenzano anche i diritti e i doveri dell'imprenditore. Questi diritti e doveri non possono quindi essere diversi per ogni collaboratore²⁸³.

Attraverso il concetto di comunità aziendale i benefici derivanti da un uso aziendale venivano estesi a tutti i lavoratori dell'azienda. Tuttavia, il concetto di comunità aziendale giustificava anche la formazione di usi aziendali sfavorevoli ai lavoratori. Questa operazione concettuale era quindi volta ad incrementare il potere del datore di lavoro sui lavoratori, che venivano considerati come "seguaci" [*Gefolgschaft*] del capo dell'azienda [*Betriebsführer*].

²⁸³ JOHANNES DENECKE, *Die konkrete Ordnung des Betriebes als Rechtsquelle*, 1940, p. 142

Unternehmer und Gefolgsleute stehen sich nicht nur als Einzelpersönlichkeiten gegenüber, sondern als Gliedern der Betriebsgemeinschaft, und als solche haben auch die einzelnen Gefolgschaftsmitglieder der Rechten und Pflichten gegeneinander, die auch ihre Rechte und Pflichten gegenüber dem Unternehmer beeinflussen. Diese Rechte und Pflichten können schon deshalb nicht für die einzelnen Gefolgschaftsmitglieder allzuverschieden sein.

Secondo esempio. La regolarità contraffatta

In dottrina e in giurisprudenza è fortemente radicata la tesi secondo la quale la “reiterazione *costante* e generalizzata di un comportamento favorevole del datore di lavoro nei confronti dei propri dipendenti” sia un elemento costitutivo dell’“uso aziendale”.

Tuttavia, non è chiaro per quante volte una condotta debba essere reiterata prima di poter essere considerata vincolante.

Non è chiaro, soprattutto, cosa si intenda in dottrina e in giurisprudenza per ‘condotta reiterata’. Infatti, è difficile stabilire se ci troviamo davanti alla stessa condotta compiuta in modi diversi o se, invece, si tratta di due condotte diverse.

Ad esempio, una gratifica può essere attribuita a gruppi più o meno definiti di lavoratori (a seconda delle mansioni, dell’anzianità di servizio, dell’età anagrafica) o può avere un valore mutevole; possono, ad esempio, variare i criteri per calcolare l’ammontare della gratifica. La condotta datoriale può dunque presentare dei profili di vaghezza²⁸⁴: pertanto stabilire se una condotta sia stata effettivamente reiterata può avere un margine di discrezionalità. Infatti, non tutti i comportamenti presi in esame dalla dottrina e dalla giurisprudenza hanno una *all or nothing nature*, cioè non è chiaro un comportamento del datore di lavoro sia riconducibile alla prassi aziendale, o se il datore di lavoro stia compiendo un tipo di comportamento diverso.

Il concetto di “reiterazione costante” sembrerebbe acquisire una forte elasticità nel discorso di alcuni giuristi. Tale elasticità è sospetta e non sembrerebbe fondata su considerazioni teoretiche, ma su considerazioni politiche (per alcuni giuristi vincolare il datore di lavoro alla reiterazione di una certa condotta, anche se sulla base di un concetto piuttosto indefinito di regolarità potrebbe essere politicamente auspicabile).

Ad esempio, Raffaello Santagata afferma:

Non può escludersi l’obbligatorietà della prassi ove la società corrisponda ai prestatori di lavoro un ammontare di azioni, volta per volta di entità diversa [e che

²⁸⁴ Analogamente, secondo Ekkehart Schlicht (*On Custom in the Economy*, 2008, pp. 53-54), possono essere individuate almeno tre dimensioni di vaghezza [*fuzziness*] della consuetudine in economia (i) l’ambito [*scope*]; (ii) il livello [*level*]; (iii) l’adesione [*compliance*]. Ad esempio, può essere consuetudine dare la mancia in ambiti diversi (al ristorante, al bar, ecc.), il valore della mancia può variare, un numero più o meno ampio di persone può aderire la consuetudine di dare la mancia.

tale obbligatorietà possa] trovare la propria fonte costitutiva in un uso aziendale²⁸⁵.

È ipotizzabile che Santagata intenda introdurre un concetto di “regolarità” particolarmente ampio per poter ricondurre alla categoria “uso aziendale” un numero maggiore di fenomeni aziendali e incrementare (anche attraverso gli usi aziendali) la distribuzione delle azioni (o di altri strumenti finanziari) ai dipendenti²⁸⁶.

2.2. Ideologia “sintattica” dell’uso aziendale

Alle norme individuate in base ai diversi concetti di uso aziendale è attribuito un livello gerarchico diverso nell’ordinamento statale a seconda delle fonti che ne giustificano la vigenza.

Le asserzioni ideologiche dei giuristi in tema di uso aziendale possono condizionare l’individuazione del livello gerarchico delle norme aziendali, senza alterare il contenuto di tali norme. Più precisamente, le ideologie sintattiche stabiliscono il livello gerarchico della norma aziendale giustificandone la vigenza in base a diverse fonti del diritto (ad esempio: contratto individuale, contratto collettivo, fonte eteronoma). Queste operazioni concettuali alterano le modalità di abrogazione della norma aziendale. Infatti, le condizioni di abrogazione della norma di un contratto di lavoro individuale sono diverse, sia dalle condizioni di abrogazione di una norma di un contratto collettivo, sia dalle condizioni di abrogazione di un uso normativo.

²⁸⁵ RAFFAELLO SANTAGATA, *Il lavoratore azionista*, 2008, p. 152.

²⁸⁶ Santagata reputa auspicabile una maggiore partecipazione dei lavoratori alle decisioni prese in ambito aziendale e al contempo una condivisione del rischio aziendale, egli si ispira al diritto tedesco, e più precisamente, alla *Mitbestimmung* [cogestione], che caratterizza il modello di organizzazione aziendale diffuso in Germania. In Germania, la *Legge sull’ordinamento aziendale BetrVG* come modificata nel 2001 (e da ultimo nel 2009) permette ai lavoratori di prendere parte ai processi decisionali delle imprese e accorda loro diritti di partecipazione in tutti gli ambiti aziendali. Il nostro ordinamento dai tempi della riforma del diritto societario (quando col d.lgs. 6 del 2003 è stata offerta agli imprenditori italiani l’opportunità di adottare il modello tedesco) non sembra aver fatto troppi passi avanti nella direzione della *Mitbestimmung*. Sul concetto di “*Mitbestimmung*”, cfr. FRANZ GAMILLSCHEG, XAVIER BLANC-JOUVAN, PAUL DAVIES, PETER HANAU, *Mitbestimmung der Arbeitnehmer in Frankreich, Großbritannien, Schweden, Italien, den USA und der Bundesrepublik Deutschland*, 1978.

Ad esempio, immaginiamo che, per alcuni anni, un datore di lavoro non si opponga al fatto che i lavoratori della sua azienda lascino il lavoro con trenta minuti di anticipo rispetto all'orario previsto nel contratto individuale di lavoro.

Poiché non v'è alcun accordo esplicito tra i lavoratori e il datore di lavoro in relazione a questa prassi aziendale; improvvisamente, il datore di lavoro decide di impedire l'uscita anticipata ai suoi dipendenti.

I lavoratori si rivolgono al Tribunale del lavoro, e sostengono che, poiché si era formato un uso in ambito aziendale, il datore di lavoro non ha alcun diritto di impedire loro di uscire al solito orario (cioè mezzora prima rispetto a quanto era stato stabilito nel contratto).

Il giudice riconosce la vigenza della norma aziendale e considera la condotta omissiva del datore di lavoro (reiterata nel tempo) un fatto normativo. Tuttavia, il giudice opera nell'ambito di un ordinamento giuridico dove, il contratto occupa un posto di maggior rilievo nella gerarchia delle fonti rispetto agli usi. Infatti, se il giudice qualificasse la norma prodotta in ambito aziendale come prodotta da una consuetudine, allora, dovrebbe emettere una sentenza favorevole al datore di lavoro, perché le norme contrattuali prevalgono sulle norme consuetudinarie. Il giudice potrebbe emettere una sentenza favorevole ai lavoratori solo considerando la norma aziendale prodotta dalla condotta datoriale (omissiva e reiterata) come una "clausola tacita" del contratto di lavoro.

2.2.1. Ideologia "sintattica" in Norberto Bobbio

Curiosamente, delle operazioni concettuali analoghe a quelle che chiamo 'ideologia sintattica' caratterizzano alcune teorie del diritto consuetudinario e sono state descritte da Norberto Bobbio nel libro *La consuetudine come fatto normativo*.

Bobbio osserva che le teorie sul diritto consuetudinario, elaborate in un'epoca in cui la consuetudine aveva già cessato di essere la fonte principale²⁸⁷, non hanno colto il "valore originario" della consuetudine, ma il suo "valore attuale".

Proprio perché la consuetudine è osservata alla luce di un ordinamento statale, essa appare una fonte involuta e subordinata. Sarà quindi inevitabile una svalutazione di tale fonte o che sorga "il bisogno di appoggiarla su qualche fondamento estrinseco"²⁸⁸.

²⁸⁷ NORBERTO BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, 1942, p. 37.

²⁸⁸ NORBERTO BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, 1942, p. 38.

Ad esempio, secondo Bobbio, le teorie sulla consuetudine di ispirazione statualista, non hanno ad oggetto la natura della consuetudine, ma la giustificazione pratica della sua validità, accanto e forse anche contro la legge²⁸⁹. Bobbio ritiene che tali teorie sul diritto consuetudinario tendono a “fondare il diritto consuetudinario sopra un elemento estraneo alla consuetudine, e rivelano quindi il fenomeno [...] dell’attrazione della norma consuetudinaria da parte di un’altra fonte”²⁹⁰.

Invero, fondare il diritto consuetudinario sopra un elemento estraneo alla consuetudine non può essere considerata un’*operazione concettuale teorica* poiché può essere compiuta solo nell’ambito di un particolare ordinamento: dal momento che tali argomentazioni hanno senso solo nell’ambito di un particolare ordinamento, esse sono delle *operazioni concettuali tecniche*.

Ad esempio, scrive Bobbio:

La trasposizione del concetto di volontà popolare dalla legge alla consuetudine [...] rappresenta un’operazione non teorica ma tecnica, tanto è vero che come giustificazione della consuetudine la volontà tacita del popolo potrà valere soltanto in un determinato ordinamento in cui la volontà popolare [...] sia sovrana²⁹¹.

²⁸⁹ NORBERTO BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, 1942, p. 6.

In particolare Bobbio individua tre dogmi che condizionano inevitabilmente le teorie moderne in tema di diritto consuetudinario:

- (i) il dogma statualistico;
- (ii) il dogma legalistico;
- (iii) il dogma volonataristico.

Secondo Bobbio il dogma volonataristico è espressione del dogma statualistico, che personifica lo stato attribuendogli una *propria volontà*. In contrapposizione allo statalismo volonataristico v’è l’istituzionalismo. L’istituzionalismo è una reazione della scienza del diritto al volonatarismo. Scrive Bobbio:

Lo stato non viene più considerato come monopolizzatore del diritto, mentre si affacciano alla ribalta dell’esperienza giuridica altre forme associative che pretendono di possedere una struttura giuridica e una capacità di produrre diritto per a propria organizzazione e per a regolamentazione dell’attività dei loro membri.

²⁹⁰ NORBERTO BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, 1942, p. 39.

²⁹¹ NORBERTO BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, 1942, p. 40.

In questo senso, anche l'ideologia sintattica, che caratterizza alcuni discorsi in tema di uso aziendale è un'ideologia tecnica, poiché può essere elaborata solo nell'ambito di un particolare ordinamento, caratterizzato da una specifica gerarchia delle fonti. Tale ideologia è, quindi, più difficile da smascherare, poiché è protetta dal pregiudizio secondo il quale le operazioni tecniche non possano avere elementi prescrittivi nascosti e, pertanto, non possano essere ideologiche.

2.2.2. Due forme di ideologia “sintattica” nell’uso aziendale

Nella presente tesi (capitolo II, §. 2.) ho distinto gli elementi formali dei concetti di “uso aziendale” dagli elementi materiali dei concetti di “uso aziendale”.

L’ideologia “sintattica” riguarda prevalentemente gli elementi formali dell’uso aziendale, ovvero i criteri che consentono: (i) di individuare le *modalità di formazione in ambito aziendale* di una norma; (ii) di stabilire se vi sia e quale sia il *rapporto gerarchico* tra la norma aziendale e le altre norme prodotte da fatti normativi esplicitamente riconosciuti dall’*ordinamento giuridico statale* (ad esempio, le norme del contratto di lavoro)²⁹².

Da questo deriva la possibilità di distinguere due funzioni formali della categoria “uso aziendale”: la *prima funzione* è quella di individuare una norma in ambito aziendale; la *seconda funzione* è quella di individuare il livello gerarchico della norma aziendale nell’ordinamento statale.

Simmetricamente alle due funzioni formali del concetto di uso aziendale possiamo distinguere due forme di ideologia sintattica.

La *prima forma di ideologia sintattica* si ha quando nelle costruzioni concettuali chiamate “usi aziendali” i criteri di individuazione e i criteri di estinzione della norma in azienda sono determinati sulla base di un modello di organizzazione aziendale (o *imperativistico*, o *contrattualistico*, o *sociale*) che è presupposto come *reale*, ma che, in realtà, è solo un modello di organizzazione aziendale *ideale*. In altri termini, il concetto di uso aziendale è ideologico se i criteri di individuazione della norma in azienda sono determinati non in base a come l’organizzazione aziendale è [*sein*], ma in base a come organizzazione aziendale deve essere [*sollen*] (secondo il giurista).

La *seconda forma di ideologia sintattica* si ha quando nelle costruzioni concettuali chiamate “usi aziendali” i criteri di individuazione del *livello gerarchico* della norma aziendale nell’ordinamento giuridico statale (che determinano l’equiparazione della norma aziendale ad una norma prodotta o da un *uso normativo*, o da un *uso negoziale*,

²⁹² GIOVANNI TARELLO (*Il realismo giuridico americano*, 1962, pp. 70-72) parla di “concetti sistematici” per indicare “talune costruzioni dottrinali che non adempiono direttamente a funzioni qualificatorie e che non vengono direttamente impiegati in operazioni di formulazione di norme, ma che adempiono a funzioni diverse: come quelle di classificazione, di sintesi [...] sono esempi di tali concetti: ordinamento, sistema, sovrano, costituzione, diritto pubblico, diritto privato, legge ecc.”. La funzione sistematica testé enunciata non deve essere confusa con la funzione sistematica che ALF ROSS (cfr. *Tû-tû*, 1951; *On Law and Justice*, 1958) attribuisce al termine ‘proprietà’, ovvero quella di connettere un fatto condizionante ad una conseguenza giuridica condizionata. Sui concetti sistematici in Alf Ross, cfr. ANNA PINTORE, *La teoria analitica dei concetti giuridici*, 1990.

o da una *fonte eteronoma*) non riflettono rapporti tra la norma aziendale e le norme dell'ordinamento statale come sono, ma come dovrebbero essere secondo il giurista.

3. Due tipi di giuristi ideologi nel dibattito sull'uso aziendale

3.1. Il giurista *inventore* dei concetti di “uso aziendale”

3.1.1. Secondo Giovanni Tarello, una categoria giuridica può essere utilizzata in un'argomentazione anche da coloro che non sono consapevoli dei suoi presupposti teorici e politici. Infatti, scrive Tarello:

Le categorie, gli schemi, sui quali e per mezzo dei quali per anni si è lavorato, diventano facilmente un punto fermo dal quale è difficile prescindere [...] si fosse pure in origine consapevoli della loro natura di mezzi, ci si abitua facilmente, dopo averli sempre assunti come fini nel corso delle operazioni professionalmente compiute, a considerarli fini a sé²⁹³.

Così, in una stessa sentenza in tema di uso aziendale, possono apparire sia un'esplicita “dichiarazione di fede” contrattualista che respinge esplicitamente l'istituzionalismo, sia un'argomentazione basata su un concetto di “uso aziendale” che, invece, presuppone una concezione del diritto istituzionalista.

Tuttavia, per la ricostruzione dei concetti di “uso aziendale”, si è rivelato necessario isolarne i presupposti (impliciti). Infatti, l'elaborazione di quei particolari concetti giuridici chiamati “usi aziendali” è stata condizionata dalla cultura giuridica entro la quale tali concetti si sono sviluppati. Tale cultura giuridica è determinata solo parzialmente dall'attività del legislatore, di conseguenza alcune elaborazioni concettuali, non previste esplicitamente dal dato legislativo (ma compatibili con la cultura giuridica prevalente in un particolare gruppo di giuristi), sono entrate a pieno titolo nell'apparato concettuale della dottrina e sono diventate uno strumento apparentemente irrinunciabile per la giurisprudenza. Nel libro *Teorie ed ideologie nel diritto sindacale*, Tarello affermava:

Il giurista diviene *un inventore* di strumenti concettuali adatti alla materia da disciplinare²⁹⁴.

²⁹³ GIOVANNI TARELLO, *Il problema della crisi del diritto*, 1957, p. 37. Il corsivo è mio.

²⁹⁴ GIOVANNI TARELLO, *Teorie ed ideologie nel diritto sindacale*, 1967, 1972, p. 84. Nella visione di Tarello, tuttavia, il giurista inventore è generalmente un esponente della dottrina e il ruolo della dottrina nella creazione dei nuovi concetti giuridici è prevalente rispetto a quello della giurisprudenza.

3.1.2. Il “giurista inventore”, non è però “un giurista rivoluzionario”, poiché non si oppone apertamente alla tradizione dominante. Egli ricerca, invece, delle soluzioni di compromesso, al fine di soddisfare degli interessi generalmente reputati “meritevoli di tutela”.

Secondo Luigi Lombardi Vallauri anche una norma “giurisprudenziale”²⁹⁵ controversa:

si presenta ai destinatari, in un dato momento storico, come una limitata serie di opinioni consentite [...]. Spesso tra le diverse opinioni autorizzate si sarà stabilita una gerarchia di autorevolezza²⁹⁶.

Gli usi aziendali sono un vivido esempio di questo fenomeno. Essi, infatti, sono costruzioni concettuali (di ispirazione istituzionalista) rielaborate dai giuristi, in modo da poter essere compatibili col contrattualismo, ovvero con la cultura giuridica dominante.

Il “giurista inventore” non manifesta la volontà di sostituirsi al legislatore, né contraddice apertamente il dato normativo, ma proprio nel dato normativo ricerca la giustificazione delle sue costruzioni concettuali, reinterpretando in maniera creativa alcune norme, o cercando, in altre norme, i segni della volontà impercettibile del legislatore: il giurista inventore è, in questo senso, ideologo per necessità. Infatti, se egli si contrapponesse apertamente al dato normativo, o se respingesse in maniera troppo netta l’opinione della cultura giuridica dominante, il suo operato perderebbe di credibilità: le costruzioni concettuali da lui elaborate si ridurrebbero a una mera speculazione (“pura escursione nel *Begriffshimmel*”)²⁹⁷ e non produrrebbero alcun effetto nella realtà giuridica.

L’influenza della dottrina giuslavorista sulla giurisprudenza si è resa evidente per i concetti di “uso aziendale” elaborati in ambito dottrinale (e successivamente adottati dalla giurisprudenza). Ricordo in particolare la sentenza n. 4681 della Corte di Cassazione (sezione lavoro) del 18 dicembre 1976, che accoglie la critica elaborata da Luciano Spagnuolo Vigorita all’applicabilità nell’ordinamento italiano della concezione dell’uso aziendale come promessa unilaterale.

²⁹⁵ Ricordo che col termine ‘giurisprudenziale’ Luigi Lombardi Vallauri fa riferimento al diritto prodotto dai giuristi, ovvero, sia alla “giurisprudenza giurisdizionale” sia alla “giurisprudenza dottrinale”.

²⁹⁶ LUIGI LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, 1967, 1975, pp. 465-466.

²⁹⁷ LUIGI LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, 1981, p. 176.

L'influenza della dottrina giuslavorista è particolarmente evidente anche nella sentenza n. 9690 della Corte di Cassazione (sezione lavoro) 6 novembre 1996, che aveva accolto la distinzione tra dimensione individuale e dimensione collettiva dell'uso aziendale²⁹⁸.

Umberto Romagnoli, nel libro *Giuristi del lavoro* (2009), per descrivere la tendenza dei giuristi inventori a non contestare (apertamente) la cultura giuridica dominante, utilizza la metafora del “giurista tessitore”. Secondo Romagnoli:

Il processo di formazione del diritto del lavoro è saldamente presidiato da una cabina di regia affollata da interpreti il cui nome è destinato per lo più a rimanere sconosciuto. Li chiamerò tessitori, perché ciò che li accomuna è la propensione a riannodare piuttosto che a tagliare i fili dei loro discorsi senza rimettere in discussione la matrice ideologico-culturale²⁹⁹.

Secondo Romagnoli, il processo di formazione del diritto del lavoro non è caratterizzato da bruschi sconvolgimenti, ma dalla ricerca di una soluzione di continuità con il passato.

Chiaramente, il giurista propone “nuovi” strumenti concettuali, che considera più adatti rispetto a quelli “vecchi” per il conseguimento di risultati che definisce “oggettivamente auspicabili”. Tali *risultati* sono talvolta riconducibili a una particolare interpretazione di alcuni principi generali, accolti dal diritto ufficiale.

In altri casi, tuttavia, il giurista inventore si pone come obiettivo il soddisfacimento di interessi che non sono tutelati esplicitamente dal legislatore, ma che sono riconosciuti nel contesto culturale al quale egli appartiene.

Ad esempio, nelle argomentazioni in tema di uso aziendale, è presentata (implicitamente o esplicitamente) come oggettivamente auspicabile l'estensione dei vantaggi derivanti da un uso aziendale anche ai lavoratori assunti successivamente alla formazione dell'uso. Alcuni giuristi hanno rigettato i concetti di “uso aziendale” che identificano le norme aziendali con le norme di un contratto individuale proprio perché non consentivano di estendere (senza forzature logiche) i vantaggi derivanti dall'uso aziendale ai lavoratori assunti successivamente alla formazione dell'uso.

Tuttavia, il concetto di “uso aziendale come norma di un contratto individuale” garantiva la non modificabilità *in peius* della norma aziendale (derivante

²⁹⁸ Nonostante secondo l'art. 118. 3 delle disposizioni di attuazione del Codice di procedura civile, nella motivazione della sentenza “*In ogni caso deve essere omessa ogni citazione di autori giuridici?*”.

²⁹⁹ UMBERTO ROMAGNOLI, *I giuristi del lavoro*, 2009, p. 15.

dall'uso) da parte di un successivo contratto collettivo. Il concetto, che qualificava la norma aziendale (derivante dall'uso) come una norma di un contratto individuale, è stato sostituito da un nuovo concetto di uso aziendale che: considera le norme derivanti dalla condotta datoriale come norme del contratto collettivo, estende i benefici a tutti i lavoratori (indipendentemente dalla data della loro assunzione) ma, rende le condizioni di lavoro definite in base agli usi aziendali modificabili *in peius* da un successivo contratto collettivo.

In realtà, l'obiettivo di estendere i vantaggi derivanti dall'uso aziendale ai dipendenti neo-assunti (rendendo però modificabile l'uso aziendale da un successivo contratto collettivo) è auspicabile solo se si accolgono determinati presupposti, frutto di una scelta (politica o teorica) non dichiarata dal giurista (ad esempio, il giurista potrebbe considerare gli usi aziendali clausole tacite del contratto collettivo, poiché ritiene che il rapporto di lavoro debba essere disciplinato prevalentemente dal contratto collettivo).

Il meccanismo di occultamento che solitamente caratterizza la giurisprudenza in tema di usi aziendali è assimilabile a quello descritto già nel 1929 da Hermann Isay nel libro *Rechtsnorm und Entscheidung* [*Norma giuridica e sentenza*]. In quest'opera Isay considera la motivazione della sentenza come una "veste" fatta indossare ad un giudizio già formatosi³⁰⁰ in base al sentimento giuridico [*Rechtsgefühl*] o (nell'interpretazione di Isay proposta da Giovanni Tarello)³⁰¹ in base all'ideologia. Tuttavia, Isay affermava:

Il sentimento giuridico [...] non è una fonte immediata di norme giuridiche. Essa potrebbe essere designata solo come fonte mediata, a tale riguardo contribuisce [alla produzione di norme giuridiche] nelle sentenze³⁰².

³⁰⁰ La visione di Isay è per certi versi affine alla distinzione proposta da Uberto Scarpelli (*L'analisi delle argomentazioni giudiziarie*, 1976, p. 439) tra i processi per cui i giudici pervengono alle decisioni (contesto di decisione) e i processi finalizzati a giustificazione delle decisioni (contesto di giustificazione).

³⁰¹ La teoria di Isay è citata da Giovanni Tarello (*Sul problema della crisi del diritto*, 1957, p. 77-78). Tarello traduce il termine '*Rechtsgefühl*' con il termine 'ideologia' utilizzando il termine 'ideologia' in un modo piuttosto inconsueto. Probabilmente la traduzione riflette più il pensiero di Tarello che quello di Isay. Hermann Isay utilizza come sinonimi di '*Rechtsgefühl*' non il termine '*Ideologie*' ma i termini '*Rechtstrieb*', '*Rechtsinstinkt*', '*Rechtsempfinden*'.

³⁰² HERMANN ISAY, *Rechtsnorm und Entscheidung*, 1929, pp. 89-90. Cfr. MICHAEL WALTER HEBEISEN, *Recht und Staat als Objektivationen des Geistes in der Geschichte*, 2005.

Das Rechtsgefühl ist [...] nicht unmittelbare Quelle der Rechtsnormen. Nur mittelbar könnte es als Quelle bezeichnet werden, insofern es bei den Entscheidungen mitgewirkt hat.

Accade talvolta che il dibattito dottrinale sugli usi aziendali diventi una fonte mediata e contribuisca alla costruzione e alla ridefinizione della categoria “uso aziendale” adoperata in giurisprudenza. Più precisamente, il rapporto instaurato tra dottrina e giurisprudenza potrebbe essere inteso come un rapporto tra una “fonte mediata di norme generali” e una “fonte immediata di norme individuali”. La dottrina sarebbe fonte mediata in almeno due sensi.

In un *primo senso*, la dottrina è fonte mediata perché le sue costruzioni concettuali non sono accettate integralmente, ma vengono filtrate e rielaborate dalla giurisprudenza in relazione alle esigenze che emergono nei casi concreti.

La dottrina sarebbe fonte mediata anche in un *secondo senso*, poiché essa non è in grado di modificare la realtà giuridica al di fuori di un’interazione con gli altri operatori giuridici. Infatti, la categoria “uso aziendale”, pur avendo origini giurisprudenziali, è stata influenzata dal rafforzamento di alcuni convincimenti ideologici diffusi in dottrina che sono nel tempo entrati a far parte del *background* culturale dei giudici.

La dottrina è fonte (mediata) nella misura in cui le ideologie e le concezioni diffuse in dottrina rispecchiano quelle dei giudici. Quindi, la dottrina è una fonte mediata non perché manca di una specifica autorità che la inserisca tra le fonti del diritto, ma perché a differenza della giurisprudenza non ha un impatto immediato sulla realtà che intende disciplinare.

Nel libro *Teorie ed ideologie nel diritto sindacale*, Tarello aveva individuato nella dottrina giuslavoristica il principale artefice dello sviluppo degli istituti giuridici del diritto sindacale in Italia. Gino Giugni non condivide l’opinione di Tarello, infatti, afferma:

Il peso effettivo della dottrina, ossia la capacità di essa a porsi come fattore di trasformazione delle istituzioni, va misurato al tipo di rapporto che instaura con le fonti [legislazione, giurisprudenza, autonomia collettiva] investite di autorità a produrre nuovo diritto³⁰³.

L’affermazione di Giugni è discutibile nella misura in cui riduce il problema della formazione del diritto all’individuazione delle “fonti investite di autorità”. Infatti, non è chiaro, da dove derivi tale autorità che renderebbe la giurisprudenza idonea a produrre “nuovo diritto”, cioè di norme generali vigenti anche al di fuori del singolo caso per cui sono nate.

³⁰³ GINO GIUGNI, *Il diritto sindacale e i suoi interlocutori*, 1970, pp. 377-378.

Secondo Luigi Lombardi Vallauri, il processo di formazione del diritto giurisprudenziale (che, nel lessico di Lombardi Vallauri, comprende il diritto *giurisprudenziale dottrinale* e il diritto *giurisprudenziale giurisdizionale*) è un processo dialogico. Scrive Lombardi Vallauri:

La norma come dialogo, dialogo più o meno vicino alla conclusione, ma dialogo che il destinatario deve sempre, in qualche misura, rivivere: è questa una delle costanti più significative del diritto giurisprudenziale. Una simile norma non può, evidentemente, essere “posta” da alcuno con un solo atto individuale o collettivo; sotto il profilo della sua formazione e consolidazione essa si apparenta alla norma istituzionale-consuetudinaria, di cui costituisce quasi la versione al livello dell’esplicito. Abbiamo qui una norma che diviene “positiva” attraverso atti che in nessuna fase sono di “posizione”³⁰⁴.

3.1.3. Nelle argomentazioni in tema di uso aziendale, il fine perseguito dal giurista è la base del procedimento logico che porta all’individuazione della norma aziendale. Quindi, il procedimento di individuazione della norma adottato dai giuslavoristi in tema di uso aziendale è diverso dal procedimento di individuazione delle norme che caratterizza un sistema dinamico. Infatti, Scarpelli afferma che in un ordinamento dinamico l’esistenza della norma può essere dimostrata ricollegandola ad un fatto, nel lessico di Petrażycki ad un fatto normativo (ad esempio, al fatto che quella norma sia stata posta da un soggetto)³⁰⁵.

Dunque, scrive Scarpelli:

Una norma, funzionante come *premessa*, stabilisce che debbano essere obbedite le norme collegate in un certo modo a un certo fatto; una norma è dimostrata, sulla base di quella premessa, quando si è fatto vedere che è collegata in un certo modo a quel certo fatto³⁰⁶.

Se esaminiamo le sentenze in tema di usi aziendali notiamo che, alla base dell’argomentazione giudiziale v’è spesso il fatto che una condotta datoriale favorevole è stata iterata per un certo tempo. Tuttavia, non esiste nessuna norma (quantomeno non nel diritto ufficiale) che funga da *premessa*, e che quindi consenta di collegare la produzione della norma aziendale alla reiterazione della condotta

³⁰⁴ LUIGI LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, 1967, 1975, pp. 466-467.

³⁰⁵ UBERTO SCARPELLI, *Filosofia, analitica norme e valori*, 1962, p. 71.

³⁰⁶ UBERTO SCARPELLI, *Filosofia, analitica norme e valori*, 1962, pp. 71-72.

datoriale. In questo senso, i sistemi di proposizioni che caratterizzano le argomentazioni in tema di usi aziendali non sembrano essere fondati su un principio costitutivo di autorità.

Le argomentazioni in tema di uso aziendale sembrerebbero essere basate su un principio teleologico. Quindi, la struttura dell'argomentazione giuridica in tema di usi aziendali è assimilabile a quella individuata da Scarpelli nell'ambito dell'ordinamento pragmatico:

Un principio teleologico consente un'operazione logica del tipo: (i) i soggetti S devono tendere al fine F, (ii) con i comportamenti che siano mezzi a F; (iii) il comportamento C è mezzo a F; (iv) i soggetti S devono tenere il comportamento C. Un sistema direttivo fondato su un principio teleologico può essere chiamato "ordinamento pragmatico". La struttura dell'ordinamento pragmatico può essere assunta come struttura tipica dell'etica politica³⁰⁷.

In effetti, lo schema che dovrebbe caratterizzare l'ordinamento teleologico viene spesso adottato dalla giurisprudenza nell'ambito dell'ordinamento giuridico (nomodinamico) e può essere riscontrato nelle sentenze in tema di usi aziendali. Con lo schema dell'ordinamento pragmatico Scarpelli intendeva ampliare la tipologia diadica kelseniana (ordinamento statico e ordinamento dinamico). Tuttavia, la tripartizione elaborata da Scarpelli è stata criticata da Giampaolo Azzoni nel libro *Cognitivo e normativo: il paradosso delle regole tecniche*, 1991. Secondo Giampaolo Azzoni:

Il concetto ordinamento teleologico sembra non essere omogeneo ai due concetti dei quali Scarpelli nega l'esclusività (al concetto di ordinamento statico e al concetto di ordinamento dinamico). Infatti, l'introduzione del concetto di ordinamento teleologico presuppone l'abbandono del punto di vista dal quale gli ordinamenti erano originariamente stati divisi in statici e dinamici. L'introduzione del concetto di ordinamento teleologico avviene attraverso un cambiamento di punto di vista che (in riferimento all'opera di Norberto Bobbio, *Dalla struttura alla funzione*) potrebbe caratterizzare un passaggio dal punto di vista strutturale al punto di vista funzionale³⁰⁸.

Il "cambiamento di punto di vista" del quale parla Azzoni sembrerebbe emergere nelle costruzioni concettuali chiamate 'usi aziendali' poiché in esse "la

³⁰⁷ UBERTO SCARPELLI, *La meta-etica analitica e la sua rilevanza etica*, 1982, p. 101.

³⁰⁸ GIAMPAOLO AZZONI, *Cognitivo e normativo. Il paradosso delle regole tecniche*, 1991, p. 81.

funzione” viene privilegiata rispetto alla “struttura”. Tuttavia, data l’eterogeneità che caratterizza la giurisprudenza e la dottrina, pare che le funzioni attribuite alle costruzioni concettuali chiamate ‘usi aziendali’ siano di volta in volta diverse, ovvero tendano al soddisfacimento di principî teleologici diversi, che rispecchiano, ad esempio, modelli diversi di organizzazione aziendale. Ad esempio, la Corte di Cassazione afferma:

La giurisprudenza della Corte [...] attribuisce rilievo giuridico autonomo alla reiterazione del comportamento datoriale favorevole e certamente ad un simile risultato è pervenuta sulla spinta dell’esigenza di attribuire rilevanza al profilo di necessaria e strutturale coesione dei rapporti di lavoro all’interno dell’azienda, nonché di premiare l’affidamento che i dipendenti fanno sulla reiterazione dei comportamenti abituali del datore di lavoro per il futuro e nei confronti di chiunque venga a versare nelle medesime condizioni³⁰⁹.

L’argomentazione della Corte rispecchia lo schema per l’individuazione delle norme che caratterizza l’“ordinamento pragmatico”. Il comportamento del datore di lavoro deve (i) “tendere alla coesione dei rapporti di lavoro all’interno dell’azienda” e (ii) “premiare l’affidamento dei dipendenti”.

In base all’argomentazione della Corte di Cassazione, la reiterazione della condotta datoriale è vincolante perché necessaria al soddisfacimento di particolari esigenze di coesione sociale in ambito aziendale. Più precisamente, si ritiene che il datore di lavoro sia obbligato a proseguire nell’iterazione della condotta favorevole, in quanto tale reiterazione rappresenta un mezzo per il raggiungimento della coesione tra lavoratori e datore di lavoro in ambito aziendale. La coesione tra datore di lavoro e lavoratori, considerata “strutturale” (ovvero un carattere essenziale ad ogni organizzazione aziendale) è in realtà uno dei caratteri più rilevanti di un particolare modello di azienda (il modello sociale). Quindi, la coesione sociale, presentata come un presupposto fattuale dell’argomentazione giuridica, rappresenta in realtà il risultato auspicato dal giurista.

³⁰⁹ Corte di Cassazione (sezione lavoro), sentenza 17 febbraio 2000 n. 1773.

3.2. Il giurista *distruttore* dei concetti di “uso aziendale”

Nella dottrina giuslavoristica sugli usi aziendali, alla figura del giurista “inventore” si affianca quella del giurista “distruttore” (o aspirante tale) delle categorie concettuali che egli reputa inutili. Le operazioni concettuali dei giuristi distruttori sono spesso volte a incentivare l’abbandono della categoria “uso aziendale” considerata “sempre incerta e inaffidabile”³¹⁰.

Invero, la differenza tra un giurista inventore e un giurista distruttore è assai sottile. Infatti, il giurista inventore elabora i concetti di uso aziendale attribuendo ad essi alcune (nuove) caratteristiche proprie di altri concetti giuridici (ad esempio, del concetto di “contratto collettivo”); individua cioè alcuni elementi che accomunano l’uso aziendale ad altri concetti giuridici e, in base a tale somiglianza, stabilisce che le conseguenze dei fenomeni giuridici individuabili mediante i due concetti devono essere identiche, ma non nega le peculiarità della categoria “uso aziendale”.

Invece, il giurista distruttore sostiene che il concetto di “uso aziendale” sia inutile, poiché è riducibile integralmente ad un altro concetto contemplato dal diritto formale.

Alcuni tra i più importanti “giuristi inventori” nel dibattito in tema di uso aziendale, hanno successivamente ipotizzato l’abbandono della categoria “uso aziendale”. Tra questi, ad esempio, Stefano Liebman è stato uno dei maggiori innovatori nel dibattito in tema di uso aziendale, poiché nel libro *L’individuale e il collettivo nel contratto di lavoro* (1993) ha elaborato un concetto di “uso aziendale” che consente di identificare gli effetti dell’uso aziendale con gli effetti del contratto collettivo. Tuttavia, sedici anni dopo, nel recente saggio *Prassi aziendale e regolazione dei rapporti di lavoro nell’impresa: fonte consuetudinaria o prodotto dell’autonomia collettiva?* (2009) Liebman metterà in discussione l’utilità della categoria “uso aziendale”. Infatti, Liebman scrive:

Perché continuare a parlare di usi aziendali, pagando un ormai inutile tributo alla concezione normativa della prassi? Questa vischiosità terminologica non è forse ancora – e sempre – il segno di un inconsapevole, ancorché ulteriormente temperato, omaggio ad una concezione organicistica dell’impresa, quale microcosmo organizzativo munito di una propria intrinseca giuridicità?³¹¹

³¹⁰ EDOARDO GHERA, *Prefazione. Consuetudini ed usi nel rapporto di lavoro*, 2006, p. VII.

³¹¹ STEFANO LIEBMAN, *Prassi aziendale e regolazione dei rapporti di lavoro nell’impresa: fonte consuetudinaria o prodotto dell’autonomia collettiva?*, 2009, pp. 704-713.

Nel panorama dottrinale in tema di uso aziendale ricorrono due modi per negare asilo all'“uso aziendale” nell'apparato concettuale del diritto del lavoro. In altri termini, esistono due tipi di giuristi distruttori:

- (i) il giurista *nominalista*,
- (ii) il giurista *riduzionista*.

3.2.1. Il giurista nominalista

Nel corso della mia indagine è emerso che i concetti di uso aziendale maggiormente diffusi in Italia (in dottrina e in giurisprudenza) presuppongono una concezione contrattualistica dell'organizzazione aziendale³¹². Tale concezione dell'organizzazione aziendale non nega che l'azienda sia un'organizzazione, né che i rapporti giuridici che sorgono tra datore di lavoro e lavoratore, in quanto costituiti in ambito aziendale, siano distinguibili rispetto ai rapporti giuridici che caratterizzano il mercato.

I sostenitori della *concezione contrattualistica* dell'organizzazione aziendale si limitano ad affermare che il fatto normativo principale in azienda è il contratto, ovvero ritengono che le norme aziendali derivano tutte (direttamente o “indirettamente”) dal contratto.

I concetti di “uso aziendale” presuppongono l'esistenza di un'organizzazione aziendale. Pertanto, coloro che negano l'utilità del concetto di azienda, negano

³¹² Generalmente, la concezione contrattualistica dell'organizzazione aziendale è confusa con la concezione nominalistica dell'azienda, poiché, solitamente, i giuristi che accolgono la concezione nominalistica dell'azienda, adottano al contempo una *concezione contrattualistica del rapporto di lavoro*. In altri termini, i nominalisti ritengono che i vincoli che legano il lavoratore al datore di lavoro derivino da un contratto. Tuttavia, è opportuno chiarire che essi non possono essere considerati sostenitori di una teoria contrattualistica dell'organizzazione aziendale. Infatti, la concezione nominalista e quella contrattualista non hanno il medesimo oggetto, dal momento che la prima (la concezione nominalista) nega l'esistenza dell'azienda mentre la seconda (la concezione contrattualista) presuppone l'esistenza dell'azienda e stabilisce che la fonte prevalente nell'organizzazione aziendale è il contratto. Chiamerò, quindi, *contrattualisti* coloro che considerano il contratto la fonte prevalente nell'ordinamento aziendale; chiamerò, invece, *nominalisti* coloro che reputano le relazioni economiche e giuridiche intra-aziendali “ontologicamente” indistinguibili rispetto alle relazioni giuridiche extra-aziendali.

indirettamente l'utilità del concetto di "uso aziendale"³¹³. La teoria istituzionalista dell'azienda sembra essere un presupposto (implicito) inevitabile dei concetti di "uso aziendale".

Chiamo nominalisti³¹⁴ coloro che negano che l'azienda abbia un proprio statuto ontologico e che sostengono che il concetto di "azienda" sia un mero artificio dei giuristi.

Nel momento in cui si nega la rilevanza del concetto di "azienda" si nega la rilevanza a tutti quei concetti che presuppongono l'"azienda". Quindi, si nega indirettamente sia l'esistenza sia l'utilità del concetto di uso aziendale, poiché si rifiuta di ammettere che esista il contesto aziendale, che è condizione necessaria per la concepibilità dell'uso aziendale.

Il giurista nominalista "distrugge l'uso aziendale" in modo indiretto, poiché nega l'utilità del concetto di "azienda" e nega l'autonomia ontologica dell'entità azienda che è il presupposto del concetto di "uso aziendale".

Secondo i sostenitori della concezione nominalistica dell'azienda, le aziende "non esistono" e il termine 'azienda' è solo una "scatola vuota"³¹⁵. Il termine 'azienda' è una parola che non designa nulla.

È opportuno evidenziare che, secondo tali autori, non solo la parola 'azienda' è priva di referente semantico, ma il concetto di "azienda" è inutile poiché è riducibile ad altri concetti (ad esempio, il concetto di "contratto") con i quali deve essere sostituito.

I nominalisti considerano l'azienda una finzione giuridica [*legal fiction*] che determina un nesso tra un gruppo di relazioni economico-giuridiche.

Tra gli esponenti della concezione nominalistica dell'azienda ricordo gli economisti Michael C. Jensen e William H. Meckling³¹⁶ che negano l'opportunità di ricorrere al concetto di "azienda" e ritengono che le aziende non costituiscano delle entità autonome. Di conseguenza, i rapporti giuridici-economici che si sviluppano

³¹³ Ekkehart Schlicht chiama tale teoria "*the nominalistic view of the firm*", cfr. EKKEHART SCHLICHT, *On Custom in the Economy*, 1998, p. 214.

³¹⁴ L'espressione '*nominalisme juridique*' è stata utilizzata da Jean-Louis Gardies (*Indicatif et impératif juridiques*, 1959, pp. 135-139) in riferimento a quei teorici che concepiscono l'istituto giuridico come un mero artificio dei giuristi.

³¹⁵ Cosa che di per sé non ne metterebbe in discussione l'utilità. Cfr. ALF ROSS, *Tû-Tû*, pp. 812-825.

³¹⁶ MICHAEL C. JENSEN, WILLIAM H. MECKLING, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, 1976, 305-360.

in ambito aziendale non sarebbero distinguibili dai rapporti esterni all'azienda. Scrivono Jensen e William:

Considerare l'azienda come il nesso di una serie di relazioni contrattuali tra individui è utile a rendere chiaro il fatto che la personalizzazione di un'azienda implicita nelle domande “quale dovrebbe essere la funzione oggettiva di un'azienda?” o “le aziende hanno una responsabilità sociale?” è seriamente fuorviante. L'azienda non è un individuo. L'azienda è una finzione giuridica [*legal fiction*] che funge da fulcro di un complesso processo nel quale gli obiettivi configgenti di individui (che rappresentano in alcuni casi interessi di altre organizzazioni) sono riportati in equilibrio in una struttura di relazioni contrattuali. In questo senso il “comportamento” dell'azienda è il comportamento del mercato, cioè il prodotto di un complesso processo di armonizzazione³¹⁷.

Secondo Michael C. Jensen e William H. Meckling, il termine ‘*firm*’ sarebbe dunque un'etichetta [*label*] priva di una reale incidenza sui rapporti tra lavoratori e datore di lavoro. Il potere che viene esercitato in ambito aziendale è “ridotto” alla possibilità di offrire ricompense [*rewards*] o di somministrare sanzioni [*sanctions*]. Per questo motivo, Jensen e Meckling ritengono che ogni tentativo di reificazione del concetto di “azienda” sia una sorgente di fallacie.

Tuttavia, Jensen e Meckling non negano che si possa parlare di unità chiamata azienda: l'azienda è pur sempre “una struttura” anche se composta da un insieme di relazioni giuridiche contrattuali. Essi negano solo che tale unità abbia una qualche portata ontologica e che influenzi le relazioni contrattuali dalle quali è composta. In altre parole, il fatto che l'azienda non sia un'unità dal punto di vista ontologico non implica affatto che essa non sia un'unità dal punto di vista epistemologico.

Il problema dell'indipendenza del concetto di “azienda” da altri concetti si riflette sul grado di indipendenza dell'ordinamento aziendale rispetto ad altri ordinamenti.

³¹⁷ MICHAEL C. JENSEN e WILLIAM H. MECKLING, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, 1976, p. 314:

Viewing the firm as the nexus of a set of contracting relationships among individuals also serves to make it clear that the personalization of the firm implied by asking questions such as “what should be the objective function of the firm?” or “does the firm have a social responsibility?” is seriously misleading. The firm is not an individual. It is a legal fiction which serves as a focus for a complex process in which the conflicting objectives of individuals (some of whom may “represent” other organizations) are brought into equilibrium within a framework of contractual relations.

L'uso aziendale è concepito come un fenomeno normativo radicato in azienda, in questo senso, le condotte datoriali (qualificate in base ai diversi concetti di uso aziendale) sono prese in considerazione dalla dottrina e dalla giurisprudenza, in quanto inserite in un contesto aziendale. Nello stesso tempo, l'uso aziendale è un istituto del “diritto del lavoro”, ovvero un istituto radicato nell'ordinamento giuridico statale.

In quale misura l'ordinamento statale può condizionare le modalità di produzione normativa che caratterizzano le organizzazioni aziendali? Può realmente esistere una “*autoregolamentazione*” aziendale?³¹⁸

Rispondere negativamente a tale interrogativo vorrebbe dire sostenere l'esistenza di un modello di organizzazione aziendale *standard*, imposto dall'alto, che definisca le modalità di produzione delle norme aziendali, esclusivamente sulla base delle fonti formali esplicitamente previste dal diritto statale.

Le singole aziende hanno di fatto un margine di autonomia³¹⁹ relativo alla modalità di produzione delle norme aziendali, anche se tali modalità possono essere influenzate dalle norme “extra-aziendali”.

Non è facile individuare degli esponenti della dottrina italiana che abbiano emancipato totalmente il concetto di “uso aziendale” dal concetto di “azienda”.

Un interessante tentativo di ricostruire l'evoluzione storica del concetto “uso aziendale” ipotizzandone un'origine pre-industriale e indipendente dal concetto di “azienda” è stato compiuto da Lucia Valente, che rintraccia l'origine dell'“uso aziendale” in un istituto romanistico di epoca tardo-repubblicana: la *remissio mercedis*. Scrive Valente:

³¹⁸ GERARD LYON-CAEN, JEAN PELISSIER, ALAIN SUPLOT, *Droit du travail*, 1996, p. 59.

Peut-il exister dans un État de droit des normes non conventionnelles qui ne seraient pas issues de l'autorité publique (législative, exécutive ou judiciaire) mais d'une autorité privée? Peut-il exister réellement une “autoréglementation”?

³¹⁹ È importante sottolineare la distinzione evidenziata da Giampaolo Azzoni tra “autodeterminazione” e “autonomia”. Scrive Azzoni (*Dignità umana e diritto privato*, 2012, pp. 75-98):

L'autodeterminazione si estrinseca in una decisione, cioè in una regola individuale il cui ambito di validità non trascende l'individuo, invece l'autonomia si ha quando il soggetto si dà una regola individuale tale che, insieme, soddisfi i requisiti trascendentali della legge, cioè una regola individuale che possa valere come legge universale: autonomia è autolegislazione, *Selbstgesetzgebung*, “la proprietà del volere di essere legge a sé stesso”.

Le *remissiones* sembrano assimilabili – quanto a genesi – alle pratiche aziendali posto che, al pari di queste, traggono la loro origine dalla condotta del soggetto della relazione contrattuale economicamente più forte [...]. Il *dominus* al pari del datore di lavoro mediante un atto di benevolenza reiterato nel tempo attenua lo squilibrio delle posizioni contrattuali³²⁰.

Attraverso la *remissio mercedis* il colono otteneva la remissione del canone di locazione nel caso in cui una calamità naturale avesse danneggiato il raccolto. Anche se la *remissio mercedis* veniva spesso estesa alla generalità dei coloni, restava comunque una pratica di carattere interindividuale, poiché non v'era alcuna connessione tra le attività produttive compiute dai singoli coloni (se non quella di avere un contraente comune).

Peraltro, il fine dell'erogazione di un *benefit* nell'ambito di un'organizzazione aziendale non sembra assimilabile ad una volontà datoriale di riequilibrare le posizioni contrattuali, né può essere ridotto ad un semplice atto di liberalità compiuto dal datore di lavoro nei confronti di uno o più contraenti. In altri termini, sostenere che la genesi del concetto di “uso aziendale” possa essere rintracciata nell'istituto della *remissio mercedis* sembra piuttosto discutibile, dal momento che una simile affermazione porterebbe a scindere l'istituto dell'uso aziendale dal senso reale del comportamento datoriale.

Anche un altro autore, Gino Spagnuolo Vigorita, nega che l'organizzazione dell'azienda abbia un'influenza sulla formazione dell'uso aziendale. Secondo Gino Spagnuolo Vigorita:

Invero il ben noto rifiuto da parte della nostra cultura giuridica di ogni suggestione istituzionalistica [...] induce a ritenere l'azienda un elemento del tutto inconsistente sotto il profilo qualificatorio. L'assenza di ogni precisazione in ordine all'elemento “quantitativo” identificativo dell’“azienda” finisce poi per sottolineare la scarsa affidabilità ed utilità di un generico riferimento a tale realtà [...]. Senza un autonomo riferimento, che dia giuridicamente rilevanza all'azienda in sé – differenziandola dal comune contesto contrattuale tra privati è veramente arduo ipotizzare un interesse dell'ordinamento per una disciplina livellatrice da realizzarsi a mezzo dell’ “uso aziendale”, delle singole fattispecie di volta in volta riferite all'istituto in esame. Le stesse premesse dell'istituto appaiono claudicanti³²¹.

³²⁰ LUCIA VALENTE, *Consuetudini e usi nel rapporto di lavoro subordinato*, 2006, p. 17.

³²¹ GINO SPAGNUOLO VIGORITA, *Osservazioni in tema di uso aziendale*, 1998, p. 333.

3.2.2. Il giurista riduzionista

Alcuni giuristi invitano all'abbandono della categoria "uso aziendale" e auspicano la sua sostituzione con categorie contemplate dal diritto ufficiale, ma ancora più ampie, più generiche e più gravide di incoerenze e problemi. I *giuristi riduzionisti*, a differenza dei giuristi inventori, non si limitano a coniare dei nuovi concetti di "uso aziendale", traendo alcune caratteristiche da altri concetti giuridici, ma *sostituiscono* il concetto di "uso aziendale" con altri concetti giuridici.

Le operazioni concettuali compiute dai giuristi riduzionisti possono essere di due specie.

La *prima specie* di operazioni concettuale consta nella *riduzione dell'uso aziendale ad un'altra fonte*. Tale operazione è compiuta non in base a un'effettiva ricostruzione di un fatto normativo aziendale, ma in base a un criterio teleologico. Ad esempio, si identifica l'uso aziendale con il contratto collettivo perché questa operazione consente di estendere il beneficio derivante da uso aziendale anche ai lavoratori assunti dopo la formazione dell'uso.

La *seconda specie* di operazione consiste nella *riduzione dell'uso aziendale ad un principio o con una clausola generale*.

Ad esempio, secondo alcuni studiosi, l'obbligo del datore di lavoro di reiterare una condotta favorevole al lavoratore può essere giustificato in base al concetto di "buona fede", indipendentemente dal fatto che tale obbligo sia esplicitamente previsto nel contratto collettivo o nel contratto individuale. Scrive, in tal senso, Lucia Valente:

Sarebbe contrario alla buona fede negare un trattamento aziendale osservato in azienda nei confronti della generalità dei dipendenti e da questi accettato in quanto più favorevole. In tale contesto la prassi aziendale svolge una funzione volta a limitare dall'esterno il potere discrezionale del datore di lavoro, consentendo al giudice di verificare l'esistenza di un obbligo volontariamente assunto e per tale via regolare le modalità di concreto esercizio dell'autonomia imprenditoriale³²².

Se si ritiene che alla base del concetto di "buona fede" vi sia un principio etico, allora l'argomento è criticabile, perché confonde il fondamento etico della norma aziendale con il fatto normativo che produce tale norma³²³.

³²² LUCIA VALENTE, *Consuetudini e usi nel rapporto di lavoro*, 2006, p. 145.

³²³ Cfr. NORBERTO BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, 1942, p. 19.

Se si ammette, invece, che un comportamento secondo buona fede sia un comportamento conforme a particolari criteri, delineati da regole condivise³²⁴, allora il ricorso alla buona fede, ovvero ad una clausola generale prevista dal diritto formale, servirebbe ad “omaggiare il diritto ufficiale” al fine di giustificare l’applicazione di regole extra-legali e extra-contrattuali. In questo caso, l’abbandono dell’ “uso aziendale” è solo apparentemente finalizzato a rafforzare il principio di legalità. Infatti, l’esito di tale operazione è alquanto paradossale, ed è riassunto perfettamente dalle parole di Giovanni Tarello:

Nell’assumere come punto fermo il principio di legalità, lo si loda per le scappatoie che offre; tanto maggiore è l’entusiasmo che esso suscita quanto minore è la capacità di impegnare che gli si riconosce³²⁵.

³²⁴ Secondo Rodolfo Sacco il ricorso alla buona fede è un modo per attribuire rilevanza alla consuetudine. Scrive Sacco (*Il contratto I*, 1975, p. 299):

Gli oneri imposti dalle consuetudini e dagli usi (che non siano stati manifestamente rifiutati dalle parti) possono farsi salvi come voluti dalla “buona fede”, che regola la condotta delle parti durante la formazione del contratto (art. 1337 del Codice civile); ed essere pertanto generati da fonti sussidiarie del diritto, nel pieno rispetto della lettera della legge.

³²⁵ GIOVANNI TARELLO, *Il problema della crisi del diritto*, 1957, p. 97.

CONCLUSIONI

In una nota a sentenza provocatoriamente intitolata *Ma l'uso aziendale esiste?* la giuslavorista Laura Castelvetti scrive:

L'uso aziendale [è una] figura sconosciuta al nostro diritto positivo e creata dalla giurisprudenza, che le è inspiegabilmente devota, malgrado la casistica sulla quale è stata costruita dimostri che esso è soprattutto una convenzione linguistica, nella cui generica capienza rifluiscono *comportamenti concreti* di gestione del personale diversamente motivati e indirizzati, accomunati solo dall'essere reiterati nel tempo e più favorevoli dei trattamenti legali o collettivi³²⁶.

L'affermazione della Castelvetti è in parte discutibile. Infatti, in base a quanto è emerso dalla presente ricerca, occorre distinguere tra i concetti di "uso aziendale" (le costruzioni concettuali elaborate dai giuristi) e i fenomeni aziendali che ne costituiscono il sostrato sociale.

Gli usi aziendali sono delle costruzioni concettuali che consentono di individuare (o di elaborare) le norme che disciplinano (o che secondo i giuristi dovrebbero disciplinare) particolari comportamenti del datore di lavoro compiuti nei confronti dei dipendenti, anche se tali norme non sono esplicitamente contemplate dalle fonti del diritto ufficiali. Poiché gli usi aziendali sono una famiglia di concetti condizionati da ideologie e da teorie disomogenee, è impossibile individuare una definizione precisa di uso aziendale.

I giuristi costruiscono i concetti di uso aziendale al fine di condizionare e di regolare secondo particolari modelli ideali alcuni comportamenti datoriali di gestione del personale.

Le condotte datoriali possono presentare una componente ideologica che deve essere tenuta distinta dall'ideologia che caratterizza i concetti di uso aziendale. Ad esempio, l'elargizione di particolari *benefit* può essere presentata dai datori di lavoro come un'operazione filantropica destinata ad avvantaggiare i lavoratori, ma essere in realtà una strategia di gestione del personale vantaggiosa principalmente per il datore di lavoro in quanto finalizzata a demonetizzare il salario e a scorporare dal contratto alcune parti della retribuzione. I concetti di "uso aziendale" possono essere utilizzati al fine di contrastare tali condotte datoriali falsamente favorevoli ai lavoratori. In questo senso gli usi aziendali sono le reazioni ideologiche dei giuristi

³²⁶ LAURA CASTELVETRI, *Ma l'uso aziendale esiste?*, 2000, p. 598 [DeJure].

ai comportamenti ideologici dei datori di lavoro. Nel mio lavoro ho ricostruito le prese di posizione teoriche e politiche che costituiscono il presupposto dei diversi concetti di uso aziendale. In particolare, la morfologia dei concetti di “uso aziendale” è condizionata in vario modo da diverse concezioni dell’azienda presupposte dai giuristi. Inoltre, ho distinto le diverse operazioni ideologiche compiute dai giuristi per alterare la posizione gerarchica delle norme aziendali nell’ordinamento statale, dalle operazioni ideologiche finalizzate a modificare direttamente il contenuto delle norme aziendali. Stabilire se sia lecito reagire all’ideologia datoriale con l’ideologia giuridica esula dall’obbiettivo di questa ricerca.

APPENDICE

Zur konkreten Ordnung des Betriebes

[*L'ordinamento aziendale concreto*]

WOLFGANG SIEBERT

In: REUSS, WILHELM / SIEBERT, WOLFGANG, *Die konkrete Ordnung des Betriebes*, Berlin, DRV, 1941, pp. 54-62. [traduzione parziale dal tedesco di Olimpia G. Loddo].

Das konkrete Ordnungsdenken

Der Begriff der konkreten Ordnung stammt von C. Schmitt. In seiner Schrift „Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens“ unterscheidet er als die drei feststehenden juristischen Denken das Regel- oder Gesetzesdenken (Normativismus), das Entscheidungsdenken (Decisionismus) und das konkrete Ordnungs- und Gestaltungsdenken.

[...]

La concezione dell'ordinamento concreto

Il concetto dell'ordinamento concreto deriva da Carl Schmitt. Nel suo saggio *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* distingue tre tipi di pensiero giuridico:

- (i) il pensiero della legge o delle regole (normativismo);
- (ii) il pensiero delle scelte (decisionismo);
- (iii) il pensiero dell'ordinamento concreto o pensiero dell'ordinamento.

[...]

Für das konkrete Ordnungs-denken sind Regel und Entscheidung nur ein Bestandteil und ein Mittel der Ordnung.

Die Norm und die Entscheidung schaffen nicht die Ordnung. Die Norm und die Entscheidung schaffen nicht die Ordnung, die haben vielmehr nur auf dem Boden und im Rahmen einer gegebenen Ordnung eine gewisse regulierende Funktion.

Während das Regeldenken für Lebensgebiete paßt, bei denen es auf die verkehrsmäßig-technische Regelung ankommt entfaltet das konkrete Ordnungsdenken seine Wirkungskraft in den institutionell gestalteten Lebensgebieten, in der Ehe, Familie und Sippe, im Stand, im Heer usw. Diese Lebensgebiete haben ihre eigene rechtliche Substanz, sie tragen ihre Begriffe von dem, was normal ist in sich selbst.

Die generellen Regeln sind nur Ausfluß dieser Substanz und entstehen aus dieser konkreten eigenen inneren Ordnung heraus, die nicht die Summe dieser Regeln ist. Der Gesetzgeber muß die mit der Institution gegebenen Rechtsbegriffe und konkreten Ordnungsvorstellungen übernehmen, wenn er nicht die Institution zerstören will.

Per il pensiero dell'ordinamento concreto le norme e le decisioni sono solo un componente o uno strumento dell'ordine.

La norma e la decisione non creano l'ordine, hanno piuttosto una funzione regolatrice sulla base e nella cornice di un ordine dato.

Mentre il pensiero normativista è adatto agli ambiti della vita, nei quali è importante la regolazione tecnica dei rapporti; la concezione concreta dell'ordinamento spiega la forza della sua efficacia negli ambiti istituzionali della vita [*institutionelle gestalteten Lebensgebiete*]: nell'onore [*Ehe*], nella famiglia [*Familie*], nel sippe [*Sippe*], nell'esercito [*Heer*]. Questi ambiti della vita hanno una loro propria sostanza giuridica [*rechtliche Substanz*], essi traggono – come è ovvio – il loro concetto da se stessi.

Le regole generali sono solo un'emanazione di questa essenza e si costituiscono a partire da questo proprio ordine interno che non è la somma di tali regole. Il legislatore deve accettare i concetti giuridici e l'idea dell'ordinamento giuridico che sono dati con istituzione.

Jede solche Institution entwickelt aus sich heraus typische Figuren, die die konkrete Ordnung verkörpern. Als Beispiele nennt C. Schmitt den tapferen Soldaten, den pflichtbewussten Beamten, den anständigen Kameraden und den guten Familienvater.

Die vorstehende Wiedergabe zeigt, daß der Ausdruck „konkrete Ordnung“ zunächst geprägt worden ist, um eine bestimmte neue Denkweise, das Denken in konkreten Ordnungen, zu kennzeichnen. Wesensmerkmal dieser Denkart ist danach, daß sie unmittelbar an die Lebenswirklichkeit anknüpft. Als klarsten Ausdruck des neuen Ordnungsdenkens in der Nationalsozialistischen Gesetzgebung sieht C. Schmitt dabei das AOG [Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit] an.

Gleichzeitig bezeichnet C. Schmitt als konkrete Ordnungen auch bestimmte Lebensbereiche. Dazu rechnet er einmal echte Gemeinschaften, insofern er Ehe, Familie, Sippe und Stand als natürliche Ordnungen bezeichnet.

Ogni istituzione di questo genere sviluppa da sé le figure tipiche che incorporano [verkörpern] l'ordinamento concreto. Schmitt propone l'esempio del soldato valoroso, del funzionario diligente, del buon camerata e del buon padre di famiglia.

L'interpretazione precedente mostra che l'espressione 'ordinamento concreto' [konkrete Ordnung], in primo luogo, è stata coniata al fine di identificare un particolare nuovo modo di pensare [Denkweise], il pensiero dell'ordinamento concreto. Carattere essenziale [Wesensmerkmal] di questo tipo di pensiero è quindi che esso è legato direttamente alla realtà della vita. Carl Schmitt individua accanto alla legislazione nazionalsocialista nella AOG [Legge sull'ordinamento del lavoro nazionale] una chiara espressione di questa nuova idea di ordinamento. Allo stesso tempo Schmitt considera come ordinamenti dei particolari ambiti della vita. Per questo prende in considerazione le società reali [echte], in questo senso indica come ordinamenti reali il connubio [Ehe], la famiglia [Familie], la sippe [Sippe] e la casta [Stand].

Darüber hinaus werden allerdings auch bloße statische Organisationen, wie die preußische und französische Verwaltung, konkrete Ordnungen genannt. Darin kommt eine Vielgestaltigkeit zum Ausdruck, die von Anfang an einen starken Einwand gegen diesen Ordnungsbegriff geliefert hat. Eine möglichst eindeutige Begriffsbestimmung und Abgrenzung der konkreten Ordnung haben besonders Dahm und Larenz versucht.

Dahm will als konkrete Ordnungen nur die echten Gemeinschaften anerkennen, deren Voraussetzungen und deren Wesenhaftigkeit er näher bestimmt.

Nach Larenz bedeutet konkrete Ordnung letztlich die Ordnung, die in der eigentümlichen Wirklichkeit eines bestimmten Gemeinschaftslebens als dessen inneres Maß und Gesetz angelegt ist und durch sie gefordert wird.

Inoltre, vengono chiamate ‘ordinamenti concreti’ anche le società statiche come la società prussiana e la società francese.

A questo punto arriviamo a una pluralità di società, che all’inizio ha prodotto una forte obiezione contro questo concetto di ordinamento.

In particolare, [Georg] Dahm e [Karl] Larenz tentano una chiara delimitazione e definizione del concetto di “ordinamento concreto”.

Dahm riconosce come ordinamenti concreti solo le società reali [*echten Gemeinschaften*], delle quali determina chiaramente i presupposti [*Voraussetzungen*] e l’essenzialità [*Wesenhaftigkeit*].

Secondo Larenz, l’“ordinamento concreto” è in ultima analisi l’“ordinamento” costituito all’interno della sua specifica realtà [*Wirklichkeit*] da una vita comunitaria [*Gemeinschaftslebens*] come sua [dell’ordinamento] misura e norma interna [*inneres Maß und Gesetz*], ed è richiesto [*gefordert wird*] attraverso tale realtà [*durch sie*].

Dahm und Larenz denken dabei sowohl an die Volksgemeinschaft wie an die ihr eingegliederten engeren Gemeinschaften: Familie, Gliederungen der Bewegung, Betriebsgemeinschaft, Arbeitsdienst und Berufsstände.

Alle diese lebendigen Gemeinschaften aber auch nur sie tragen ihre Ordnung vor aller ausdrücklichen Regelung bis zu einem gewissen Grade in sich selbst.

Ihre Ordnung wird dabei jeweils durch ihre besonderen Ausgaben und die Eigenart der in ihnen wirksamen gemeinschaftsbildenden Kräfte – z.B. die Bedeutung der Arbeit innerhalb der Betriebsgemeinschaft – bestimmt.

In questo senso Dahm e Larenz pensano sia a popolo-comunità [*Volksgemeinschaft*], sia a piccola comunità incorporate [nel popolo-comunità]:

- (i) la famiglia [*Familie*],
- (ii) i membri del movimento [*Gliederungen der Bewegung*],
- (iii) la comunità aziendale [*Betriebsgemeinschaft*],
- (iv) il luogo di lavoro [*Arbeitsdienst*],
- (v) le categorie professionali [*Berufsstände*].

Tutte queste società viventi [*lebendigen Gemeinschaften*], ma solo queste, sino a un certo grado portano il proprio ordinamento in sé, al di sopra di tutte le regolamentazioni esplicite [*ausdrücklichen Regelung*]. Il loro ordinamento sarà determinato di volta in volta attraverso le loro particolari funzioni [*Aufgaben*] e la caratteristica [*Eigenart*] della loro efficace forza di costruzione sociale [*gemeinschaftsbildende Kraft*]: ad esempio, il significato [*Bedeutung*] del lavoro nell'ambito della comunità aziendale [*Betriebsgemeinschaft*].

Funktion des Rechts ist es, diese der Wirklichkeit schon innewohnende eigentümliche Ordnung aus ihr herauszuziehen und das, was nur faktisch geschieht, nach diesem der Wirklichkeit selbst entnommenen Maßstab zu beurteilen und auszurichten. Wirklichkeit ist also für Dahm und Larenz niemals nur das rein Faktische, sondern immer zugleich auch der Sinn, die innere Ordnung und das gestaltende Prinzip. Dieses Wesen eines Lebensverhältnis bedarf stets der Konkretisierung und hierfür sind sinnbildliche Leitbilder und Maßstäbe unentbehrlich. Der Gesetzgeber verweist zum Teil selbst auf diese Maßstäbe wie z. B. bei den Begriffen „Treu und Glauben“, „soziale Ehre“, „Ehrbarkeit“ usw.

Die Bedeutung des konkreten Ordnungsdenkens beschränkt sich nicht auf die Gesetzesauslegung und Lückenergänzung.

La funzione del diritto [*Funktion des Rechts*] è quella di ricavare dalla realtà [*Wirklichkeit*] l'ordine già insito in essa e di giudicare e valutare ciò che accade di fatto in relazione al criterio [*Maßstab*] ricavato dalla realtà.

Secondo Dahm e Larenz, la realtà non è quindi mai solo la pura fattualità [*niemals nur das rein Faktische*], ma è al contempo anche il senso [*Sinn*], l'ordinamento intrinseco [*innere Ordnung*] e il principio formante [*gestaltende Prinzip*].

Questa essenza [*Wesen*] di una relazione vitale [*Lebensverhältnisses*] abbisogna sempre di concretizzazione [*stets der Konkretisierung*], e perciò sono indispensabili [*unentbehrlich*] modelli [*Leitbilder*] e criteri simbolici [*sinnbildliche*]. Il legislatore fa riferimento in parte solo a questi criteri, come ad esempio nel caso dei concetti di “buona fede” [*Treu und Glauben*], “onore sociale” [*soziale Ehre*], rispettabilità [*Ehrbarkeit*], ecc.

Il significato [*Bedeutung*] della concezione dell'ordinamento concreto non si limita all'interpretazione della legge [*Gesetzesauslegung*] e all'integrazione delle lacune [*Lückenergänzung*].

Die echten Gemeinschaften wie Familie und Betrieb, deren Grundverfassung keiner gesetzlichen Bestätigung bedarf, haben vielmehr die Kraft, ihnen entgegen stehende abstrakt-allgemeine Gesetznormen für ihren Bereich insoweit zurückzudrängen, als ihre besondere Art und völkische Aufgabe das zwingend erfordert. Als Beispiel weist Larenz auf die Verdrängung der allgemeinen Vertragsnormen des BGB. Durch die Ordnung der Betriebsgemeinschaft hin.

Der fruchtbare Sinn aller dieser rechtsmethodischen Bemühungen liegt m. E. in der Darlegung der Notwendigkeit und der Möglichkeit, die Rechtsbegriffe aus ihrer Funktion in der Lebenswirklichkeit zu bestimmen und dabei insbesondere die natürliche Wesenhaftigkeit jeder echten Gemeinschaft auch rechtlich unmittelbar und ebenso natürlich zu erfassen und auszuwerten.

Le società reali come la famiglia [Familie] e l'azienda [Betrieb], delle quali lo statuto fondamentale [Grundverfassung] non abbisogna di alcuna convalida legislativa [gesetzlichen Bestätigung], hanno nonostante ciò la forza di respingere le norme generali e astratte per il loro specifico ambito nella misura in cui questo è necessario per le loro caratteristiche e per dovere nazionale [völkische Aufgabe]. Larenz indica come esempio la sostituzione [Verdrängung] delle norme generali sul contratto [allgemeinen Vertragsnormen] del Codice civile con l'ordinamento della comunità aziendale [Ordnung der Betriebsgemeinschaft].

Il senso fecondo [fruchtbare Sinn] di tutti questi sforzi giuridico-metodologici [rechtsmethodischen Bemühungen] a mio parere [m. E.] risiede nella rappresentazione della necessità [Notwendigkeit] e della possibilità [Möglichkeit], di delineare i concetti giuridici [Rechtsbegriffe] a partire dalla loro funzione nella realtà vivente [Lebenswirklichkeit] e perciò di comprendere e di valutare la naturale essenzialità [Wesenhaftigkeit] di ogni società reale [echten Gemeinschaft] in modo giuridicamente diretto e altrettanto naturale.

Im Arbeitsrecht ist dieser methodische Grundgedanke vor allem für die Auffassung von Wesen und Wirkungsart der Betriebsgemeinschaft und des Arbeitsverhältnisses verwertet worden. Wie weit dabei der Ausdruck „konkrete Ordnung“ nützlich und notwendig ist, soll hier noch nicht entscheiden werden.

Nel diritto del lavoro, questo principio metodologico [*methodische Grundgedanke*] è stato utilizzato soprattutto per la comprensione dell'essenza [*Wesen*] e della modalità di efficacia [*Wirkungsart*] della comunità aziendale [*Betriebsgemeinschaft*] e dei rapporti di lavoro [*Arbeitsverhältnisses*]. Intanto, in quale misura l'espressione 'ordinamento concreto' [*konkrete Ordnung*] sia utile e necessaria, deve essere ancora stabilito.

**Die konkrete Ordnung
im neuesten
arbeitsrechtlichen Schrifttum**

Im Anschluß an die oben niedergegebene Rechtsprechung des RArbG. [Reichsarbeitsgericht] ist die konkrete Ordnung des Betriebes im neusten arbeitsrechtlichen Schrifttum vielfach erörtert worden. Hierbei ist man oft sogleich von der konkreten Ordnung im Sinne des RArbG. [Reichsarbeitsgericht], also im Sinne einer tatsächlichen Übung, ausgegangen; die vorangegangenen Bemühungen der Wissenschaft sind nicht selten ganz unbeachtet geblieben. Allgemeine Anerkennung hat der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gefolgschaftsmitglieder gefunden.

Eine nähere Begründung und Entwicklung des vom RArbG. [Reichsarbeitsgericht] Aufgestellten Grundsatzes versucht vor allem Denecke. Er geht davon aus, daß schon aus der gemeinsamen Tätigkeit im Betriebe und der sich dabei auf die Dauer zwangsläufig herausbildenden Ordnung gewisse Rechte und Pflichten entstehen und die allgemeinen Rechte und Pflichten dadurch gewissen Änderungen unterliegen.

**L'ordinamento concreto
nella più recente
letteratura giuslavoristica**

In relazione alla giurisprudenza della RArbG. [Reichsarbeitsgericht], l'ordinamento aziendale concreto [die konkrete Ordnung des Betriebes] è stato più volte oggetto di discussione [erörtert worden] nella nuova letteratura giuslavoristica.

In questa occasione, spesso si parte dal senso [Sinne] di ordinamento concreto [konkreten Ordnung] della RArbG. [Reichsarbeitsgericht], dunque nel senso di uso aziendale effettivo [tatsächlichen betrieblichen Übung]. Il progressivo sforzo [Bemühungen] della scienza non di rado passa inosservato. Il principio della parità di trattamento [Gleichbehandlung] dei collaboratori [Gefolgschaftsmitglieder] ha trovato generale riconoscimento.

Soprattutto Denecke ha tentato la più precisa argomentazione [Begründung] e sviluppo [Entwicklung] dei principi enunciati [aufgestellten] dal RArbG. Egli è partito dal presupposto che dalla attività collettiva in azienda [gemeinsamen Tätigkeit im Betriebe] e anche dall'ordine sorgono necessariamente per continuità, certi diritti e doveri [Rechte und Pflichten], e per questo i diritti e doveri generali soggiacciono a certi cambiamenti.

Auf Grund rein tatsächlicher Handlung ohne besondere Erklärungen der Mitglieder der Betriebsgemeinschaft könne eine Übung entstehen, die infolge allgemeiner Anerkennung schließlich Bestandteil der Rechtsordnung der Gemeinschaft werde.

Voraussetzung sei, daß sich aus der gleichmäßigen dauernden Übung ergebe, daß die Übung wegen ihrer rechtlichen Notwendigkeit auch künftig als Bestandteil der Ordnung der Gemeinschaft gelten solle.

Eine derartige ständige Übung bezeichnet Denecke als konkrete Ordnung und stellt sie als betriebliches Gewohnheitsrecht, als ungeschriebene Betriebsfassung, gleichwertig neben die förmlich erlassene Betriebsordnung des § 27 AOG [Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit].

Sulla base di una pratica puramente fattuale [*rein tatsächlicher Handhabung*] senza particolari dichiarazioni [*Erklärungen*] dei consociati della comunità aziendale [*Mitglieder der Betriebsgemeinschaft*] può – secondo Denecke – sorgere un uso [*Übung*] che, in seguito a un generale riconoscimento, diventa infine parte costitutiva dell'ordinamento giuridico della comunità [*Bestandteil der Rechtsordnung der Gemeinschaft*].

Sia premesso che emerge dall'uso regolare [*gleichmäßigen*] e duraturo [*daurenden*], che l'uso debba valere per la sua necessità giuridica anche nel futuro come elemento costitutivo dell'ordine della comunità [*Bestandteil der Ordnung der Gemeinschaft*].

Un uso costante di questo tipo [*derartige ständige Übung*] viene considerato da Denecke come un ordinamento concreto e lo presenta come un diritto consuetudinario aziendale [*betriebliches Gewohnheitsrecht*], come un ordinamento aziendale non scritto, che è tanto vincolante quanto l'ordinamento aziendale formalmente previsto [*förmlich erlassene*] nel § 27 AOG [Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit].

Ebenso wie diese soll sie echtes Gemeinschaftsrecht sein, das ohne Rücksicht auf das Einverständnis des einzelnen Mitgliedes – ja unter Umständen sogar gegen seinen Willen – kraft der Rechtssetzungsmacht der Gemeinschaft für alle Geltung gewinnt und somit in Gegensatz zu dem „individualistischen Vertragsrecht“ und der bisher in der Rechtsprechung verwandten stillschweigenden Vereinbarung tritt. Die vertragliche Abrede habe nur dort ihre Stelle, wo es sich um die Rechtsbeziehungen zwischen dem Unternehmer und dem einzelnen Erfolgsmann mit Rücksicht auf dessen besondere Leistungen, Fähigkeiten oder sonstige persönliche Verhältnisse handele.

Auch in bezug auf ihre Wirkungskraft soll die konkrete Betriebsordnung entsprechen. Die konkrete Ordnung ist also nach Denecke die schwächere Rechtsquelle gegenüber zwingenden Vorschriften in Gesetz oder Tarifordnung; sie ist jedoch in der Lage, alle, auch die zwingenden Bestimmungen der förmlichen Betriebsordnung abzuändern, und kann auch nachgiebige gesetzliche oder tarifliche Vorschriften ersetzen.

Il diritto della comunità aziendale deve essere come questo [l'ordinamento aziendale formalmente previsto] un diritto di comunità reale, che senza riguardo all'approvazione [Einverständnis] del singolo consociato [Mitgliedes] – in alcune circostanze persino contro il suo volere – in forza del potere legislativo della comunità [Rechtssetzungsmacht der Gemeinschaft] acquista ogni validità [Geltung] e con questo entra in contrasto con “l'individualistico diritto dei contratti” e con la precedente giurisprudenza. L'accordo contrattuale ha luogo nel caso in cui si tratti di relazioni giuridiche [Rechtsbeziehungen] tra l'imprenditore [Unternehmer] e il singolo collaboratore [Erfolgsmann] con riguardo alle sue particolari prestazioni, abilità, o altre relazioni. L'ordinamento aziendale concreto deve essere equivalente all'ordinamento aziendale formale anche in relazione all'efficacia. Secondo Denecke, l'ordinamento aziendale concreto è la fonte del diritto più debole rispetto alle norme vincolanti per legge o l'ordinamento tariffario. Tuttavia, esso è in grado di poter modificare tutto, anche le disposizioni vincolanti dell'ordinamento formale, può anche sostituire disposizioni flessibili [nachgiebige] (tariffarie o legislative).

Wichtig ist, daß nach der Ansicht von Denecke die konkrete Ordnung des Betriebes nicht allein durch ständige Übung sondern auch durch eiseitige ausdrückliche Verlautbarungen des Betriebsführers geschaffen werden kann. Diese werden dadurch, daß sie allgemein befolgt und für die Ordnung des Betriebes als notwendig anerkannt werden, Bestandteil der Betriebssatzung, Beispiele für solche Anordnungen sind einmal reine Ordnungsvorschriften (z.B. „Rauchen verboten), sodann aber auch sachlich-rechtliche Anordnungen wie Rubegeldordnungen, Urlaubsordnungen, Bestimmungen über Sonderzuwendungen usw. Die Rechtssetzungen des Betriebsführers wird hierbei durch den Grundsatz der Treu- und Fürsorgepflicht beherrscht, was namentlich für eine spätere Änderung etwa von Rubegeldbestimmungen von Bedeutung ist.

Die Auffassung von Denecke hat mehrfach Zustimmung gefunden; unter den verschiedensten Gesichtspunkten, angegriffen worden.

È importante che, secondo l'opinione di Denecke, l'ordinamento aziendale concreto può essere prodotto non solo attraverso l'uso costante [ständige Übung], ma anche attraverso le comunicazioni [Verlautbarungen] unilaterali [einseitige] del datore di lavoro. Queste, in virtù del fatto di essere generalmente seguite e ritenute necessarie, diventano per questo parti integranti dell'ordinamento aziendale. Un esempio di simili imposizioni sono da un lato delle semplici prescrizioni [Ordnungsvorschriften] (ad esempio "Vietato fumare"), cosicché anche imposizioni materiali-giuridiche come il regolamento pensionistico, regolamento delle ferie, disposizioni a proposito di benefici speciali, ecc.

Il potere legislativo del capo dell'azienda viene controllato e limitato in questo modo attraverso il principio dell'obbligo di lealtà e assistenza [Treu- und Fürsorgepflicht], cosa particolarmente significativa per una successiva modifica delle disposizioni pensionistiche.

La concezione di Denecke ha trovato molte adesioni ma è stata anche attaccata sotto molti punti di vista.

So haben Reuß e Herschel dagegen gewandt, die konkrete Ordnung im Sinne einer tatsächlichen Übung als Gewohnheitsrecht und damit als unmittelbare Rechtsquelle anzuerkennen. Reuß weist darauf hin, daß weist darauf hin, daß konkreten Ordnung in der Rechtsprechung des RArbG. [Reichsarbeitsgericht]. Die für die Bildung jedes Gewohnheitsrechts unerlässliche Voraussetzung: die Überzeugung aller Beteiligten von der Allgemeinverbindlichkeit fehle. Beteiligter in diesem Sinn sei auch der Unternehmer; ohne seinen Willen könne sich also kein Betriebsrecht bilden.

Das RArbG. [Reichsarbeitsgericht] verwende die konkrete Ordnung nun aber gerade für die Fälle in denen wegen fehlender Willensübereinstimmung eine stillschweigende Vereinbarung zwischen Betriebsführer und Gefolgsleuten nicht angenommen werden könne. Dies sei nicht zulässig, da nicht die Gefolgschaft, sondern nur der Betriebsführer einseitig Recht setzen könne und auch er nur in den gesetzlichen Formen und Grenzen, d.h. durch Betriebsordnung.

Quindi, Reuß e Herschel si sono opposti all'idea che l'ordinamento concreto nel senso di un uso di fatto [*tatsächlichen Übung*] sia un diritto consuetudinario [*Gewohnheitsrecht*] e perciò anche una fonte immediata del diritto.

Reuß fa notare che nell'ordinamento concreto nella giurisprudenza del RArbG [*Reichsarbeitsgericht*] manca la convinzione [*Überzeugung*] dei consociati sulla generale obbligatorietà: che è un imprescindibile presupposto per la costituzione di ogni diritto consuetudinario. Secondo Reuß, è un consociato [*Beteiligter*] in questo senso anche l'imprenditore; senza la sua volontà non può costituirsi alcun ordinamento aziendale.

La RArbG [*Reichsarbeitsgericht*] utilizza l'ordinamento aziendale concreto per i casi nei quali, per via della mancante concordanza di voleri, non si può ammettere un tacito accordo tra il capo dell'azienda e i collaboratori. Sempre secondo Reuß, questo non è ammissibile, perché non i consociati, ma solo il capo dell'azienda può porre unilateralmente il diritto e anche lui nelle forme e nei limiti legali [*gesetzlichen Formen und Grenzen*], ovvero attraverso l'ordinamento aziendale.

Wo aber die erforderliche Willensübereinstimmung zwischen Unternehmer und Gefolgschaft vorliege, sei die Annahme einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung eine ausreichende Anspruchsgrundlage, die konkrete Ordnung als neue Rechtsquelle also überflüssig.

Diese Letztere Ansicht teilt auch Hueck. Er meint, den vom RArbG. [Reichsarbeitsgericht]. Entschiedenen Fällen sei in Wahrheit eine stillschweigende Vereinbarung zwischen Betriebsführer und Gefolgschaftsmitgliedern Grund des Anspruchs. Der im Betrieb bestehende Brauch, Ruhegeld, zu zahlen, könne ebenso wie eine besonders aufgestellte Ruhegeldordnung nur durch den Willen des Unternehmers begründet worden sein.

Werde aber alle in gleicher Lage befindlichen Angestellten ein Ruhegeld gewahrt, so könne jeder einzelne Angestellte daraus die Folgerung ziehen, daß der Unternehmer ihn in gleicher Weise behandeln werde.

Tuttavia [secondo Reuß] nel caso in cui la necessaria concordanza delle volontà [Willensübereinstimmung] tra il capo dell'azienda e i collaboratori esista [vorliege], la supposizione di un accordo espresso o tacito è sufficiente a fondare una pretesa [Anspruchsgrundlage], e perciò il concreto ordinamento aziendale è superfluo.

Hueck condivide quest'ultimo punto di vista. Egli crede che nei casi decisi dal RArbG. [Reichsarbeitsgericht], in realtà, a fondamento della pretesa vi sia un accordo tacito tra il capo dell'azienda e i collaboratori. La consuetudine [Brauch] sussistente in azienda di pagare la pensione [Ruhegeld], potrebbe esser stata costituita dalla sola volontà dell'imprenditore allo stesso modo di un particolare ordinamento pensionistico.

Tuttavia, se la pensione viene pagata a tutti i collaboratori nella stessa situazione, allora ogni impiegato può trarre la conclusione che l'imprenditore si comporterà nei suoi confronti allo stesso modo.

Sollte ferner in Betrieben der gleichen Brauche eine allgemeine Verkehrs-sitte auf Gewährung von Ruhezgeldern bestehen, so unterwerfe sich der Unternehmer, der nicht ausdrücklich eine entgegengesetzte Vereinbarung treffe, stillschweigend diesem Brauch.

Im Gegensatz zu Hueck begrüßt Herschel grundsätzlich, daß das RArbG. [Reichsarbeitsgericht] den Mißbrauch der stillschweigenden Parteiabrede übermunden und dem Bestreben Ausdruck gegeben habe, statt dessen eine neue Anspruchsgrundlage objektiver Art in der gegenständlichen Ordnung des Betriebes zu finden. Er ist jedoch mit Reuß der Ansicht, daß die konkrete Ordnung nicht die an eine unmittelbare Rechtsquelle wie das Gewohnheitsrecht zu stellenden Forderungen erfülle; er will aber die konkrete Ordnung ähnlich wie die Verkehrs-sitte als mittelbare Rechtsquelle ansprechen.

Inoltre, se nelle imprese dello stesso ramo esiste un uso generale [Verkehrs-sitte] di pagare la pensione, un imprenditore che non prende esplicitamente accordi opposti si sottomette tacitamente allo stesso uso.

In contrasto con Hueck, Herschel approva il fatto che la RArbG. [Reichsarbeitsgericht] abbia superato l'abuso [Mißbrauch] dell'accordo tacito tra le parti e abbia espresso l'aspirazione di trovare un nuovo fondamento di pretesa nell'ordinamento oggettivo azienda [gegenständlichen Ordnung des Betriebes]. Tuttavia, condivide l'opinione di Reuß secondo la quale l'ordinamento concreto non soddisferebbe le condizioni per una fonte del diritto indipendente come il diritto consuetudinario; al contrario egli considera il concreto ordinamento (in quanto uso generale comune) una fonte del diritto indiretta.

Ebenso wie der Verkehrsitte, wo das Gesetz auf sie verweist, abgeleitete Rechtssatzwirkung zukommt, soll auch die tatsächliche oder im Werden begriffene Betriebsübung in Verbindung mit der in § 2 Abs. 2 AOG [Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit] niedergelegten Treupflicht zur Rechtspflicht werden können, sondern nur § 2 Abs. 2 niedergelagten Treupflicht zur Rechtspflicht werden können. An anderer Stelle meint Herschel darüber hinaus die konkrete Ordnung sei eine überflüssige Neukonstruktion; sämtliche Ergebnisse dieses Grundsatzes sein leichter und fachgerechter unmittelbar aus der im § 2 Abs. 2 ausgesprochenen Treu- und Fürsorgepflicht des Betriebsführers und Treupflicht des Gefolgsmannes abzuleiten sofern nur § 2 Abs. 2 als unmittelbare Entstehungsursache von Einzelansprüchen anerkannt würde. Reuß und Herschel äußern aber auch noch in anderer Hinsicht Bedenken gegen die Anerkennung der konkreten Ordnung als eines neuen Gewohnheitsrechts.

Così come l'uso generale produce effetti giuridici immediati, laddove la legge rimanda ad esso, allo stesso modo anche l'uso aziendale deve essere preso in esame in quanto obbligo giuridico, tenendo fermi i principi dell'obbligo di lealtà e di assistenza [Treu- und Fürsorgepflicht] del capo dell'azienda e l'obbligo di lealtà dei consociati previsti dal § 2 Abs. 2 AOG. Tuttavia, solo § 2. Abs. 2 viene riconosciuto come immediata condizione di genesi per pretese individuali. In un'altra sede Herschel sostiene che l'ordinamento concreto sia una nuova categoria superflua, perché gli effetti di questa categoria sono derivabili più facilmente direttamente dall'obbligo di lealtà e di assistenza § 2 Abs. 2. sull'obbligo di assistenza del capo dell'azienda e sull'obbligo di lealtà del collaboratore, purché § 2 venga riconosciuto come fonte di genesi di pretese individuali. Reuß e Herschel esprimono dubbi anche in un altro modo sul riconoscimento dell'ordinamento concreto come un nuovo diritto consuetudinario.

Herschel weist darauf hin, daß das Gewohnheitsrecht wegen seines beharrlichen und stetigen Charakters die Dynamik des Rechts gefährde, da seine Entstehung eine dauernde Übung voraussetze. Das Gewohnheitsrecht sei deshalb in den letzten Jahren ständig zurückgedrängt worden, es sei rechtspolitisch bedenklich, nunmehr die Bildung von Gewohnheitsrecht wieder zu erleichtern. Reuß hält die Anerkennung einer formlose Betriebsatzung mit gleicher Wirkung wie die förmliche Betriebsordnung für unvereinbar mit der staatlichen Lenkung der Arbeitsbedingungen. Außer dem führe die Zulassung einseitiger Abänderung des Vertragsrechts durch den Unternehmer zu Ungunsten der Gefolgschaft dazu, das, der wirtschaftlich Stärkere einen Brauch auch gegen den Willen des anderen einführen könne. Andererseits sei auch die Rechtsprechung des RArbG. [Reichsarbeitsgericht], soweit sie Übungen zugunsten der Gefolgschaftsmitglieder behandle, letzten Endes sozial schädlich die Unternehmer in Zukunft von freiwilligen Mehrleistungen an die Gefolgschaftsmitglieder abgehalten werden würden.

Herschel sostiene, a questo proposito, che il diritto consuetudinario a causa del suo carattere statico e duraturo comprometta la dinamica [Dynamik des Rechts] del diritto, giacché la sua formazione presuppone un uso costante [dauernde Übung]. Il diritto consuetudinario quindi sarebbe stato respinto [zurückgedrängt] negli ultimi anni, ormai è – secondo Herschel – gius-politicamente sospetto agevolare nuovamente la genesi del diritto consuetudinario.

Reuß considera il riconoscimento [Betriebsatzung] di uno statuto aziendale informale con identica efficacia di un ordinamento aziendale formale inconciliabile con la direzione [Lenkung] statale delle condizioni di lavoro. Inoltre, l'ammissione di una modifica unilaterale del diritto dei contratti da parte dell'imprenditore a danno [Ungunsten] dei collaboratori porta a far sì che l'economicamente più forte possa far sorgere un uso anche contro la volontà degli altri. D'altro canto, anche la giurisprudenza del RArbG. [Reichsarbeitsgericht], per quanto si tratti di usi a favore dei membri della comunità dei collaboratori è socialmente nociva perché a causa di ciò l'imprenditore in futuro sarà scoraggiato dall'elargizione di ulteriori benefici.

Die angeführten Äußerungen aus dem Schrifttum wenden sich also vornehmlich gegen die Anerkennung einer neuen Rechtsquelle in der Gestalt der ständigen Übung im Betriebe, ohne umfassender zum Begriff der konkreten Ordnung Stellung zu nehmen. Nur Herschel weist auf die Notwendigkeit einer Auseinandersetzung mit der Lehre Carl Schmitts hin.

Auch Loschke versucht, wieder an die Lehre von C. Schmitt anzuknüpfen und wendet sich deshalb gegen die Gleichstellung von konkreter Ordnung mit Brauch oder Gewohnheitsrecht; er beschränkt allerdings seine Ausführungen sehr stark auf den Grundsatz der Gleichbehandlung.

Loschke versteht die konkrete Ordnung eines bestimmten Lebensbereichs in einem umfassenden Sinne: sie besteht sowohl aus der schon geformten und gestalteten Ordnung wie aus der noch ungeformten, aber in den Grundwerten schon vorhandenen Ordnung.

Le opinioni della dottrina che sono state riportate si oppongono al riconoscimento di una nuova fonte del diritto nella forma [*Gestalt*] dell'uso costante [*ständigen Übungen*], senza prendere posizione sull'ampio concetto dell'ordinamento concreto.

Solo Herschel fa notare la necessità di una riflessione [*Auseinandersetzung*] sulla teoria di Carl Schmitt. Anche Loschke cerca di ricollegarsi alla teoria di Carl Schmitt e si contrappone all'equiparazione tra diritto consuetudinario e ordinamento concreto; egli limita il suo compimento al principio della parità di trattamento [*Grundsatz der Gleichbehandlung*].

Loschke concepisce l'ordinamento aziendale concreto come una sfera vitale in senso ampio: essa consiste sia nell'ordine già costituito e formato, sia l'ordine non ancora formato ma sussistente [*vorhandende*] nei valori fondamentali [*in den Grundwerten*].

Innerhalb der Betriebsgemeinschaft stellen Gesetz, Tarifsatzung, Betriebsordnung, Betriebsbrauch und die faktische betriebliche Lebensgestaltung die geformte Ordnung dar.

Neben sie tritt vorerst noch ungeformte aber jederzeit formungsfähige konkrete Ordnung, die im Augenblick der notwendigen Einzelentscheidung den Grundwerten des Arbeitsrechts (Führung, Gemeinschaft, Treue, Ehre, Leistung usw.) entnommen werden kann.

La legge [Gesetz], lo statuto tariffario [Tarifsatzung], ordinamento aziendale [Betriebsordnung], la consuetudine aziendale [Betriebsbrauch] e la forma di vita aziendale [Lebengestaltung] statica configurano l'ordinamento costituito all'interno della comunità aziendale. Tra di loro subentra l'ordinamento concreto per ora non delineato, ma in grado di prender forma in ogni momento, che al momento della necessaria scelta individuale può essere dedotto [entnommen werden kann] dai valori fondamentali del diritto del lavoro (guida [Führung], comunità [Gemeinschaft], lealtà [Treue], onore [Ehre], adempimento [Leistung], ecc.).

Heraus sind nach der Eigenart des Betriebes und der Gliedstellung des einzelnen schon die Minimalrechtsstellungen abzuleiten, die der Unternehmer und der einzelne Gefolgsmann zur Erfüllung der ihnen im Arbeitsleben zukommenden Funktion haben müssen. Ausnahmsweise kann aber auch eine überminimale Rechtsstellung wie z. B. das Recht auf Sonderzuwendungen, Ruhegelder, Ehrengaben usw. unmittelbar aus dem konkreten Ordnungsgrund gestaltet werden, wenn nämlich die Vorenthaltung eines generell gewährten überminimalen Rechtsvorteils lediglich auf Willfähr beruht und damit gegen die Grundpflichten einer gerechten und vertrauenswürdigen Führerpersönlichkeiten verstößt.

In questo senso, devono essere fatti derivare dalla particolarità [Eigenart] dell'azienda e dall'inquadramento dei singoli consociati le posizioni giuridiche ordinarie [Minimalrechtsstellungen] da parte dell'imprenditore e del singolo collaboratore per l'adempimento [Erfüllung] delle rispettive funzioni che devono avere nella loro vita lavorativa. In via eccezionale anche una posizione giuridica straordinaria come, ad esempio, il diritto ai sussidi speciali [Sonderzuwendungen], alla pensione [Ruhegelder], ai doni matrimoniali [Ehrengaben], ecc. si formano direttamente sulla base dell'ordinamento concreto, se infatti la privazione di un beneficio giuridico straordinario generalmente atteso, riposa solo sull'arbitrio e contro i doveri fondamentali [Grundpflichten] si discosta con questo da una giusta e rispettabile [vertrauenswürdigen] personalità dirigente.

BIBLIOGRAFIA

1. ALCHIAN, ARMEN / DEMSETZ, HAROLD, *Production, Information, Costs and Economic Organization*. In: "The American Economic Review", 62 (1972), pp. 777-795.
2. ALPA, GUIDO, *La prassi e i codici deontologici*. In: Alpa, Guido / Guarneri, Attilio / Monateri, Pier Giuseppe / Pascuzzi, Giovanni / Sacco, Rodolfo (ed.), *Trattato di diritto civile. Le fonti del diritto italiano. Le fonti non scritte e l'interpretazione*. Milano, UTET, 1999, pp. 97-128.
3. ASQUINI, ALBERTO, *Profili dell'impresa*. In: "Rivista di diritto commerciale", 39 (1943), pp. 135-167. Riedito in: *Scritti giuridici*, Padova, CEDAM, vol. III, 1961, pp. 121-147.
4. ASQUINI, ALBERTO, *Usi legali e usi negoziali*. In: "Rivista di diritto commerciale", 1 (1944), pp. 71-82. Riedizione in: ALBERTO ASQUINI, *Scritti giuridici*. Padova, CEDAM, vol. III, 1961, pp. 365-371.
5. ASQUINI, ALBERTO, *I battelli del Reno*. In: "Rivista delle società", 4 (1959), pp. 617-631. Riedizione in: ALBERTO ASQUINI, *Scritti giuridici*. Padova, CEDAM, vol. III, 1961, pp. 219-237.
6. ASQUINI, ALBERTO, *In tema di usi aziendali*. In: "Massimario di giurisprudenza del lavoro", 41 (1968), pp. 187-188.
7. AULETTA, GIUSEPPE / SALANTRO, NICCOLÒ, *Diritto commerciale*. Torino, Giuffrè, ¹⁸2010.
8. AULETTA, GIUSEPPE GIACOMO, *Azienda*. In: *Enciclopedia giuridica*. Roma, Treccani, vol. IV, 1988.
9. AZZONI, GIAMPAOLO MARIA, *Cognitivo e normativo: il paradosso delle regole tecniche*. Milano, Franco Angeli, 1991.
10. AZZONI, GIAMPAOLO MARIA, *Dignità umana e diritto privato*. In: "Ragion pratica", 36 (2012), pp. 75-98.
11. BALOSSINI, CAJO ENRICO, *Consuetudini, usi, pratiche, regole di costume*. Milano, Giuffrè, 1958.
12. BARASSI, LODOVICO, *Il contratto di lavoro*. Milano, Società editrice libraria, 1901. Riedizione a cura di Mario Napoli: Milano, Vita e Pensiero, 2003.

13. BARASSI, LODOVICO, *Il diritto del lavoro I*. Milano, Giuffrè, 1949.
14. BARASSI, LUDOVICO, *Elementi di diritto del lavoro*. Milano, Giuffrè, 1959.
15. BELVEDERE, ANDREA / JORI, MARIO / LANTELLA, LUIGI, *Definizioni giuridiche e ideologie*. Milano, Giuffrè, 1979.
16. BERGMANN, GUSTAV, *Ideology*. In: "Ethics", 61 (1951), pp. 205-218.
17. BERGMANN, GUSTAV, *The Metaphysics of Logical Positivism*. Madison-Milwaukee-London, Wisconsin University Press, 1954.
18. RÜTHERS, BERND / BROX, HANS / HENSSLER, MARTIN, *Arbeitsrecht I*. Stuttgart, Kohlhammer, 2007.
19. BIANCA, MASSIMO, *Le autorità private*. Napoli, Jovene, 1977.
20. BIANCHI, ERNESTO, *Fictio iuris. Ricerca sulla finzione in diritto romano dal pensiero arcaico all'epoca augustea*. Padova, CEDAM, 1997.
21. BOBBIO, NORBERTO, *La consuetudine come fatto normativo*. Padova, CEDAM, 1942. Riedizione con un'introduzione di Paolo Grossi: Torino, Giappichelli, 2010.
22. BOBBIO, NORBERTO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Milano, Edizioni di Comunità, 1965. Riedizione con una prefazione di Luigi Ferrajoli: Roma-Bari, Laterza, 2011.
23. BOBBIO, NORBERTO, *L'ideologia in Pareto e in Marx*. In: "Rivista internazionale di filosofia del diritto", 58 15 (1968), pp. 7-17. Riedizione in: Bobbio, Norberto, *Saggi sulla scienza politica*. Roma-Bari, Laterza, 1969, ⁵2005, pp. 95-108.
24. BOBBIO, NORBERTO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria generale del diritto*. Torino, Edizioni di Comunità, 1977. Riedizione a cura di Mario G. Losano: Roma-Bari, Laterza, 2007.
25. BOBBIO, NORBERTO, *Teoria generale del diritto*. Torino, Giappichelli, 1993.
26. BOBBIO, NORBERTO, *Trends in Italian Legal Theory*. In: "The American Journal of Comparative Law", 8 (1959) pp. 329-340.
27. BOIDIN, BRUNO / POSTEL, NICOLAS / ROUSSEAU, SANDRINE, *La responsabilité sociale des entreprises: une perspective institutionnaliste*. Villeneuve d'Ascq, Presses Universitaires du Septentrion, 2009.
28. BOLAFFIO, LEONE, *Il codice di commercio commentato*. Torino, UTET, 1933.

29. BOSSU, BERNARD / DUMONT, FRANÇOIS / VERKINDT, PIERRE-YVES, *Droit du travail*, Paris, Montchrestien, 2007.
30. BÖTTLICHER, EDUARD, *Der Anspruch auf Gleichbehandlung im Arbeitsrecht*. In: "Recht der Arbeit", 6 (1953), pp. 161-169.
31. BONIARDI, RENATO / GRECO, TOMMASO, *Il sistema normativo aziendale. Premesse teoriche, risultati di una ricerca, temi emergenti*. In: "Sviluppo e organizzazione", 42 (2012), pp. 53-59.
32. BRUN, ANDRÉ / GALLAND, HENRI / LAROQUE, JEAN, *Droit du travail*. Paris, Sirey, 1978.
33. CARCATERRA, GAETANO, *Le norme costitutive*. Giuffrè, Milano, 1974.
34. CARCATERRA, GAETANO, *La forza costitutiva delle norme*. Roma, Bulzoni, 1979.
35. CARNELUTTI, FRANCESCO, *Criteri di interpretazione della legge sugli infortuni*. In: "Rivista di diritto commerciale", 2 (1904), pp. 202-226. Riedizione: Los Angeles, Kessinger, 2010.
36. CARNIOL, FABIO / CESARINI, EDOARDO / FATALI, GIORDANO (eds.), *Employee Value Proposition and Flexible Benefit. Politiche retributive, attrattività e benefit nelle imprese del XXI secolo*. Milano, Franco Angeli, 2012.
37. CARRINO, AGOSTINO, *Ideologia e coscienza*. Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1992.
38. CARRIÒ, GENARO R., *Sull'interpretazione giuridica*. In: Comanducci, Paolo / Guastini, Riccardo (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. II*. Torino, Giappichelli, 1989, pp. 127-151.
39. CASTELVETRI, LAURA, *Una nuova prospettiva teorica per gli usi aziendali*. In: "Argomenti di Diritto del lavoro", 2 (1997), pp. 161-177.
40. CASTELVETRI, LAURA, *L'uso aziendale come una manifestazione dell'autonomia collettiva dell'imprenditore verso i lavoratori*. In: "Orientamenti della giurisprudenza del lavoro", 36 (1997), pp. 14-21.
41. CASTELVETRI, LAURA, *Ma l'uso aziendale esiste?* In: "Rivista italiana di Diritto del lavoro", 19 (2000), pp. 598-603.
42. CELANO, BRUNO, *Consuetudine e norme sulla produzione di norme*. In: Comanducci, Paolo / Guastini, Riccardo (eds.), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*. Torino, Giappichelli, 1996, pp. 185-214.

43. CESARINI SFORZA, WIDAR, *Il diritto dei privati*. Milano, Giuffrè, 1963.
44. CESARINI SFORZA, WIDAR, *Proprietà e impresa*. In: Angelini, Francesco (ed.), *La concezione fascista della proprietà privata*. Roma, Arte della stampa, 1939.
45. CANARIS, CLAUS-WILHELM, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*. München, Beck, 1971.
46. COASE, RONALD HARRY, *The Nature of the Firm*. In: "Economica", 4 (1937), pp. 386-405.
47. CONTE, AMEDEO G., *Rapporto giuridico. Teoria del diritto come*. In: *Novissimo digesto italiano*. Torino, UTET, vol. XIV, 1967, pp. 785-787.
48. CONTE, AMEDEO G., *Validità*. Torino, UTET, 1974. Estratto anticipato da: *Nuovissimo digesto italiano*. Torino, UTET, vol. XX, 1975, pp. 418-425. Riedizione in: Conte, Amedeo G., *Filosofia del linguaggio normativo I. Studi 1965-1981*. Torino, Giappichelli, 1989, 117-145.
49. CONTE, AMEDEO G., *Validità atthetica*. In: Castignone, Silvana (ed.), *Studi in memoria di Giovanni Tarello*. Milano, Giuffrè, 1990, vol. II, pp. 161-175.
50. CONTE, AMEDEO G., *Nomotropismo. Agire in funzione di regole*. In: "Sociologia del diritto", 27 (2000), pp. 1-27. Seconda edizione in: Conte, Amedeo G., *Filosofia del linguaggio normativo III. Studi 1995-2001*. Torino, Giappichelli, 2001, pp. 893-920.
51. CONTE, AMEDEO G., *Validità ipotetica*. In: Conte, Amedeo G., *Filosofia del linguaggio normativo III*. Torino, Giappichelli, 2001, pp. 773-778.
52. CONTE, AMEDEO G., *Kanon. Filosofia della regolarità*. In: "Sociologia del diritto", 34 (2004), pp. 5-22.
53. CONTE, AMEDEO G., *Filosofia del performativo*. In: PASSERINI GLAZEL, LORENZO (ed.), *Ricerche di filosofia del diritto*. Torino, Giappichelli, 2007, pp. 198-218.
54. CONTE, AMEDEO G., *Sociologia filosofica del diritto*. Torino, Giappichelli, 2011.
55. DAHM, GEORG, *Der Ehrenschutz der Gemeinschaft*. Berlin, de Gruyter, 1936.
56. DEL PRATO, ENRICO, *L'individuazione dell'uso aziendale*. In: "Giurisprudenza italiana", 138 (1987), pp. 1369-1376.
57. DEL PRATO, ENRICO, *Usi nel rapporto di lavoro*. In: *Enciclopedia del diritto*. Milano, Treccani, vol. XXXVII, 1988.
58. DENECKE, JOHANNES, *Die konkrete Ordnung des Betriebs als Rechtsquelle*. In:

- “Deutsches Arbeitsrecht”, 8 (1940), pp. 141-146.
59. DÉPREZ, JEAN, *Un remède à la précarité des avantages acquis: l'incorporation dans le contrat de travail*. In: “Droit social”, 12 (1986), pp. 906-914.
 60. DÉPREZ, JEAN, *Le régime juridique des usages d'entreprise: un droit en formation*. In: “Bulletin social Francis Lefebvre”, 1987, pp. 67-73.
 61. DÉPREZ, JEAN, *Naissance de la norme dans l'entreprise: interprétation de la volonté de l'employeur et constatation de l'usage*. In: “Droit social”, 13 (1987), pp. 637-641.
 62. DÉPREZ, JEAN, *Usages dans l'entreprise - révocation d'un usage à la suite de modifications des conditions de travail*. In: “Bulletin social Francis Lefebvre”, 1987, pp. 397-403.
 63. DÉPREZ, JEAN, *Le consentement des salariés à la remise en cause d'un usage d'entreprise non régulièrement dénoncé par l'employeur*. In: “Jurisclasseur périodique Entreprise”, 66 (1992), pp. 178-187.
 64. DÉPREZ, JEAN, *Dénonciation de l'usage. Avantage incorporé dans le contrat de travail. Conséquences*. In: “La Semaine Juridique. Entreprise et Affaires”, 1993, pp. 401-404.
 65. DESPAX, MICHEL, *L'entreprise et le droit*. Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1957.
 66. DESTUTT DE TRACY, ANTOINE LOUIS CLAUDE, *Éléments d'idéologie*. Paris, Courcier, 1915.
 67. DI LUCIA, PAOLO, *Efficacia senza adempimento*. In: “Sociologia del diritto”, 3 (2002), pp. 73-103.
 68. DI LUCIA, PAOLO, *Agire in-funzione-di norme*. In: Passerini Glazel, Lorenzo (ed.), *Ricerche di Filosofia del diritto*. Torino, Giappichelli, 2007, pp. 169-170.
 69. DUQUESNE, FRANÇOIS, *Les conséquences de la dénonciation irrégulière d'un usage d'entreprise*. In: “Droit social”, 20 (1994), pp. 360-372.
 70. DUQUESNE, FRANÇOIS *Incidence de la nature contractuelle de l'avantage salarial sur le régime juridique de l'usage d'entreprise*. In: “La Semaine Juridique. Édition Générale”, 55 (2000), pp. 421-423.
 71. ELSTER, JON, *Sour Grapes. Studies in the Subversion of Rationality*. Cambridge, Cambridge University Press, 1983.
 72. ENGELS, FRIEDRICH, *Brief an Mehring 14., 07, 1893*. In: Marx, Karl / Engels, Friedrich, *Werke. Briefe*. Berlin, Dietz, vol. XXXIX, 1968, pp. 96-100.
 73. FANTINI, LORENZO, *Gli “usi aziendali”. Tra incertezze dottrinali ed equivoci*

- giurisprudenziali*. In: “Il diritto del lavoro”, 73 (1999), pp. 532-557.
74. FITTIPALDI, EDOARDO, *Everyday Legal Ontology. A Psychological and Linguistic Investigation within the Frame Work of Leon Petrażycki's Theory of Law*. Milano, LED, 2012.
 75. FITTIPALDI, EDOARDO, *Psicologia giuridica e realismo: Leon Petrażycki*. Milano, LED, 2012.
 76. FLORIG, HANS-GEORG, *Rechtsnatur und Abdingbarkeit betrieblicher Übungen, arbeitsvertraglicher Einheitsregelungen und Gesamtzusagen*. Frankfurt am Main, Johann Wolfgang Goethe-Universität, 1993. [Tesi di dottorato.]
 77. GABEL, JOSEPH, *La fausse conscience: essai sur la réification*. Paris, Éditions de Minuit, 1962.
 78. GALGANO, FRANCESCO, *Lex mercatoria*. Bologna, Il Mulino, 1976, ⁵2010.
 79. GALGANO, FRANCESCO, *Trattato di diritto civile*. Den Haag, Kluwer, 2010.
 80. GAMBARO, ANTONIO / SACCO, RODOLFO, *Sistemi giuridici comparati*. Torino, UTET, 1992.
 81. GAMILLSCHEG, FRANZ, *Betriebliche Übung*. In: Wiedemann, Herbert / Dieterich, Thomas / Gamillscheg, Franz (eds.), *Festschrift für Marie Luise Hilger und Hermann Stumpf*. München, Beck, 1983.
 82. GAMILLSCHEG, FRANZ / BLANC-JOUVAN, XAVIER / DAVIES, PAUL / HANAU, PETER, *Mitbestimmung der Arbeitnehmer in Frankreich, Großbritannien, Schweden, Italien, den USA und der Bundesrepublik Deutschland*. Frankfurt am Main, Metzner, 1978.
 83. GARDIES, JEAN-LOUIS, *Indicatif et impératif juridiques*. In: “Archives de philosophie de droit”, 10 (1959), pp. 135-139.
 84. GAUL, DIETER / BOBROWKI, PAUL, *Das Arbeitsrecht im Betrieb. Von der Einstellung bis zur Entlassung*. Heidelberg, Recht und Wirtschaft, 1970.
 85. GEIGER, THEODOR JULIUS, *Ideologie und Wahrheit*. Darmstadt, Luchterhand, 1968.
 86. GHIRON, MARIO, *L'imprenditore, l'impresa e l'azienda*. Torino, UTET, 1950.
 87. GIERKE, OTTO VON, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*. Berlin, Weidmann, 1887.
 88. GIUGNI, GINO, *Il diritto sindacale e i suoi interlocutori*. In: “Rivista trimestrale di

- procedura civile”, 24 (1970), pp. 369-406.
89. GRANDI, MARIO, *Ludovico Barassi e la dottrina sociale della Chiesa*. In: Napoli, Mario (ed.), *La nascita del diritto del lavoro*. Milano, Vita e Pensiero, 2003, pp. 123-144.
 90. GUASTINI, RICCARDO, *Fonti del diritto. Fondamenti teorici*. Milano, Giuffrè, 2010.
 91. GUASTINI, RICCARDO, *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011.
 92. GUSY, CHRISTOPH, *Rechtsverhältnis*. In: Ritter, Joachim / Karlfried, Gründer/ Gottfried, Gabriel (eds.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*. Basel, Schwabe, 1992, colonne 352-353.
 93. HART, HERBERT L. A., *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*. Oxford, Oxford University Press, 1968.
 94. HART, HERBERT LIONEL ADOLPHUS, *Definition and Theory in Jurisprudence*. In: “Law Quarterly Review” 70 (1954), pp. 37-69. Riedizione in: Hart, Herbert Lionel Adolphus (ed.), *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford, Oxford University Press, 1983, pp. 21-48.
 95. HART, HERBERT LIONEL ADOLPHUS, *Kelsen Visited*. In: “Law Review”, 10 (1963), pp. 709-728. Riedizione in: Hart, Herbert Lionel Adolphus (ed.), *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford, Oxford University Press, 1983, pp. 286-309.
 96. HART, HERBERT LIONEL ADOLPHUS, *The Concept of Law*. Oxford, Oxford University Press, 1961. (Clarendon Law Series.) Traduzione italiana di Mario A. Cattaneo: *Il concetto di diritto*. Introduzione e traduzione di Mario A. Cattaneo. Torino, Einaudi, 1965, 2002.
 97. HEBEISEN, MICHAEL WALTER, *Recht und Staat als Objektivationen des Geistes in der Geschichte*. Biel-Bienne, Books on Demand, 2005.
 98. HERMANN, ISAY, *Rechtsnorm und Entscheidung*. Berlin, Franz Vahlen, 1929.
 99. HOFFMAN, CLAUDIA, *Betriebliche Übung und AGB-Kontrolle*. Berlin, Logos, 2009.
 100. HROMADKA, WOLFGANG / MASCHMANN, FRANK, *Arbeitsrecht*. Dordrecht, Springer, 2011.
 101. IEZZONI, HERMANS JOSEPH, T. F. R., *Premio fedeltà ed uso aziendale*. In: “Il diritto del lavoro”, 77 (2003), pp.197-206.
 102. IEZZONI, HERMANS JOSEPH, *La nozione di “uso aziendale”*. In: “Diritto & Diritti. Electronic Law Review”, 2005.

103. JACOBI, ERWIN, *Betrieb und Unternehmen als Rechtsbegriffe*. In: *Festschrift für Victor Ehrenberg*. Leipzig, Weicher, 1926, pp. 1-40.
104. JAMES, ÉMILE, *Les formes d'entreprise*. In: Truchy, Henri (ed.), *Traité d'économie politique*. Paris, Recueil Sirey, 1935.
105. JENS, KIRCHNER / SASCHA, MORGENROTH, *Pay and Benefits*. In Kirchner, Jens / Kremp, Pascal R. / Magotsch, Michael (eds.), *Key aspects of German employment and labour law*. Dordrecht, Springer, 2010, pp. 71-81.
106. JENSEN, MICHAEL C. / MECKLING, WILLIAM H., *Theory of the Firm. Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*. In: "Journal of Financial Economics", 3 (1976), pp. 305-360.
107. JORI, MARIO, *Il giurista selvaggio. Un contributo alla metodologia della descrizione sociale*. In: "Sociologia del Diritto", 1 (1974). Riedizione in: Jori, Mario, *Saggi di meta giurisprudenza*. Milano, Giuffrè, 1985, pp. 45-74.
108. JORI, MARIO, *Osservazioni sull'ideologia, ordinamento e interpretazione*. In: "Sociologia del diritto", 5 (1978), pp. 421-430.
109. JORI, MARIO, *Il formalismo giuridico*. Milano, Giuffrè, 1980.
110. JORI, MARIO / PINTORE, ANNA, *Manuale di teoria generale del diritto*. Torino, Giappichelli, ²1995.
111. JORI, MARIO, *Del diritto inesistente. Saggio di metagiurisprudenza descrittiva*. Pisa, ETS, 2010.
112. KANT, IMMANUEL, *Kritik der reinen Vernunft*. Riga, Johann Friedrich Hartknoch, 1781, ²1787. Riedizione in: *Kant's gesammelte Schriften*. Herausgegeben von der Königlich Preußischen Akademie der Wissenschaften. Band II. Berlin, Georg Reimer, 1903-1904. Traduzione di Giovanni Gentile e Giuseppe Lombardo-Radice (rivista da Vittorio Mathieu), Roma-Bari, Laterza, 1959, 2007.
113. KELSEN, HANS, *Théorie du droit international et coutumier*. In: "Revue internationale de la théorie du droit", 13 (1939), pp. 253-275.
114. KELSEN, HANS, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. Wein, Deuticke, 1934. Traduzione italiana di Renato Treves: *La dottrina pura del diritto*. Torino, Einaudi, 1952.
115. KIRCHNER, JENS / KREMP, PASCAL R. / MAGOTSCH, MICHAEL, *Key Aspects of German Employment and Labor Law*. Heidelberg, Springer, 2009, pp. 71-81.

116. KRANIG, ANDREAS *Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit (AOG). Grundgesetz der nationalsozialistischen Arbeitsverfassung?* In: Harald Steindl (ed.), *Wege zur Arbeitsrechtsgeschichte*. Frankfurt am Main, Klostermann, 1984, pp. 441-503.
117. LANGLOIS, PHILIPPE, *Le sort des avantages résultant d'un usage dénoncé*. In: "Droit social", 25 (1999), pp. 125-136.
118. LARENZ, KARL, *Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart*. Berlin, Junker und Dünhaupt, 1935.
119. LARENZ, KARL, *Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens*. Berlin, Junker und Dünhaupt, 1938.
120. LAZZARO, GIORGIO, *L'interpretazione sistematica della legge*. Torino, Giappichelli, 1965.
121. LYON-CAEN, GERARD / PELISSIER, JEAN / SUPLOT, ALAIN, *Droit du travail*. Paris, Dalloz, 1996.
122. LAZZARO, GIORGIO, *Reciprocità e consuetudine*. In: Scarpelli, Uberto (ed.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi in onore di Norberto Bobbio*. Milano, Edizioni di Comunità, 1983, pp. 231-248.
123. LIEB, MANFRED / JACOBS, MATTHIAS, *Arbeitsrecht*. Heidelberg, Müller, 2006.
124. LIEBMAN, STEFANO, *Individuale e collettivo nel rapporto di lavoro. Il problema degli usi aziendali nella giurisprudenza della Cassazione*. In: "Diritto delle relazioni industriali", 1 (1991), pp. 141-170.
125. LIEBMAN, STEFANO, *Individuale e collettivo nel contratto di lavoro*. Milano, Giuffrè, 1993.
126. LIEBMAN, STEFANO, *Comportamenti unilaterali dell'imprenditore, usi aziendali e teoria delle fonti di regolamentazione del rapporto di lavoro*. In: "Massimario di giurisprudenza del lavoro", 64 (2000), pp. 584-594.
127. LIEBMAN, STEFANO, *"Impresa al plurale" e diritto del lavoro: una nota a margine del dibattito sulla Corporate Social Responsibility*. In: Montuschi, Luigi (ed.), *Studi in onore di Yasuo Suwa*. Milano, Giuffrè, 2007, pp. 447-458.
128. LIEBMAN, STEFANO, *Prassi aziendale e autonomia privata*. In: "Massimario di giurisprudenza del lavoro", 63 (1999), pp. 41-46.
129. LIEBMAN, STEFANO, *Usi aziendali*. In: *Dizionario di diritto privato. Lavoro*. Milano, Giuffrè, 2010, pp. 735-739.

130. LINDER, MARC, *The Supreme Labor Court in Nazi Germany: a Jurisprudential Analysis*. Frankfurt am Main, Klostermann, 1987.
131. LISO, FRANCESCO, *La mobilità del lavoratore in azienda. Il quadro legale*. Milano, Franco Angeli, 1982.
132. LOCKE, JOHN, *An Essay Concerning Human Understanding*. London, Th. Basset, 1690. Edizione a cura di P. H. Nidditch: Oxford, Clarendon Press, 1975. Traduzione italiana di Camillo Pelizzi, con una introduzione di Carlo Augusto Viviano: *Saggio sull'intelligenza umana*. Roma-Bari, Laterza, 1988. Traduzione italiana di Vincenzo Cicero e Maria Grazia D'Amico, con una introduzione di Pietro Emanuele: *Saggio sull'intelletto umano*. Milano, Bompiani, 2004.
133. LOKIEC, PASCAL, *The Framework of French Labour Law and Recent Trends in Regulation*. In: Blanpain, Roger / Araki, Takashi / Ōuchi, Shin'ya (eds.), *Labor Law in Motion. Diversification of the Labor Force. Terms and Conditions of Employment. Reports Given at the 7th Tokyo Seminar, March 2004*. Den Haag, Kluwer, 2005, pp. 91-104.
134. LOMBARDI VALLAURI, LUIGI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*. Milano, Giuffrè, 1967, 1975.
135. LOMBARDI VALLAURI, LUIGI, *Corso di filosofia del diritto*. Milano, Giuffrè, 1981.
136. LORINI, GIUSEPPE, *Dimensioni giuridiche dell'istituzionale*. Padova, CEDAM, 2000.
137. LORINI, GIUSEPPE, *Antonio Pigliaru, filosofo della giuridicità*. In: Piga, Gesuino / Pulina, Paolo (eds.), *La ricerca di Antonio Pigliaru sulla vendetta barbaricina*. Pavia, Nuova Tipografia Popolare, 2010.
138. LORINI, GIUSEPPE, *Due specie di dovere normativo: dovere deontico vs. dovere anankastico*. In: Passerini Glazel, Lorenzo (ed.), *Ricerche di filosofia del diritto*. Torino, Giappichelli, pp. 103-115.
139. LORINI, GIUSEPPE, *Oggetto e atto*. Torino, Giappichelli, 2008.
140. LORINI, GIUSEPPE, *La costitutività dei Mixed Modes in John Locke*. In: Romano, Bruno (ed.), *Scritti in memoria di Sergio Cotta*. Milano, Giuffrè, 2010, pp. 519-542.
141. LORINI, GIUSEPPE / PASSERINI GLAZEL, LORENZO (eds), *Filosofie della norma*. Torino, Giappichelli, 2012.
142. LORINI, GIUSEPPE, *La norma come strumento*. In: Contu, Alberto (ed.), *Questione sarda e dintorni. Liber amicorum per Gianfranco Contu*. Cagliari, Condaghes, 2012, pp. 183-187.

143. LORINI, GIUSEPPE, *Meta-institutional Concepts. The Philosophy of "Something More"*. In: "Rivista di Estetica", 52 (2013). [In corso di edizione.]
144. LUHMANN, NIKLAS, *Normen in soziologischer Perspektive*. In: "Soziale Welt", 20 (1969), pp. 28-48. Traduzione italiana parziale di Edoardo Fittipaldi e Lorenzo Passerini Glazel: *Aspettative e norme*. In: Lorini, Giuseppe / Passerini Glazel, Lorenzo (eds.), *Filosofie della norma*. Torino, Giappichelli, 2012, pp. 283-298.
145. LUZZATI, CLAUDIO, *Principi e princìpi. La genericità del diritto*. Torino, Giappichelli, 2012.
146. MANCUR, OSLOM, *The Logic of Collective Action. Public Goods and the Theory of Groups*. Harvard, University Press, 1965.
147. MANNHEIM, KARL, *Ideologie und Utopie*. Bonn, Cohen, 1929.
148. MATIES, MARTIN, *Die gegenläufige betriebliche Übung*. Berlin, Duncker und Humblot, 2003.
149. MATORRAS DÍAZ-CANEJA, ANA, *Gli usi aziendali tra Italia e Spagna: configurazione natura ed efficacia giuridica*. In: "Il diritto del lavoro", 74 (2000), pp. 155-186.
150. MAZZARELLA, FERDINANDO, *La scoperta di un paradigma complesso. L'"Unternehmen" nel diritto commerciale e nella dottrina austro tedesca nel novecento*. In: "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", 39 (2009), pp. 299-386.
151. MENGONI, LUIGI, *Il contratto di lavoro*. Milano, Vita e Pensiero, 2008.
152. MENGONI, LUIGI, *In tema di usi aziendali*. In: "Massimario di giurisprudenza del lavoro", 51 (1978), pp. 471-472.
153. MEREU, ITALO, *Storia dell'intolleranza in Europa: sospettare e punire*. Milano, Bompiani, 2000.
154. MICHALSKI, LUTZ, *Arbeitsrecht*. Heidelberg, Müller, 2008.
155. MILGRAM, STANLEY, *Obedience to authority: an experimental view*. London, Taylor & Francis, 1974.
156. MISCIONE, MICHELE, *Usi aziendali e diritti individuali I*. In: "Il lavoro nella giurisprudenza", 23 (2008), pp. 445-457.
157. MISCIONE, MICHELE, *Usi aziendali e diritti individuali II*. In: "Il lavoro nella giurisprudenza", 23 (2008), pp. 543-559.

158. MONTUSCHI, LUIGI, *Il sistema generale delle fonti giuslavoristiche*. In: Persani, Mattia (ed.), *Trattato di diritto del lavoro I. Le fonti del diritto del lavoro*. Padova, CEDAM, 2010, pp. 395-416.
159. MOREL, CHRISTIAN, *Le droit coutumier social dans l'entreprise*. In: "Droit social", 5 (1979), pp. 279-286.
160. MORAND, MICHEL, *Vie et mort de l'usage d'entreprise*. In: "Jurisclasseur périodique. Édition entreprise", 61 (1986), 15372, pp. 167-171.
161. MORAND, MICHEL, *L'avantage acquis ou le moyen de concilier modification du contrat de travail et dénonciation de l'usage*. In: "Droit du travail et de la sécurité sociale", 1994, pp. 1-10.
162. MOTTA, RICCARDO / REMOTTI, FRANCESCO, *Riflessioni e aggiornamenti su antropologia giuridica e discipline confinanti*. Torino, Giappichelli, 2006.
163. OPPENHEIM, FELIX E., *Egalitarianism as a Descriptive Concept*. In: "American Philosophical Quarterly", 7 (1970), pp. 143-152.
164. OPPENHEIM, FELIX E., *Egalitarian Rules of Distribution*. In: "Ethics", 90 (1980), pp. 164-179.
165. OPPO, GIORGIO, *Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano*. In: "Rivista di diritto civile", 22 (1976), pp. 591-608.
166. ORRÙ, GIOVANNI, *Richterrecht. Il problema della libertà e autorità giudiziale nella dottrina tedesca*. Milano, Giuffrè, 1985.
167. PEDRAZZOLI, MARCELLO, *La parabola della subordinazione: dal contratto allo status*. In: Napoli, Mario (ed.), *La nascita del diritto del lavoro*. Milano, Vita e Pensiero, 2003, pp. 350-369.
168. PELISSIER, JEAN / AUZERO, GILLES / DOCKES, EMMANUEL, *Droit du travail*. Paris, Dalloz, 2010.
169. PERGOLESÌ, FERRUCCIO, *Saggi sulle fonti normative*. Milano, Giuffrè, 1942.
170. PERSANI, MATTIA (ed.), *Trattato di diritto del lavoro I. Le fonti del diritto del lavoro*. Padova, CEDAM, 2010.
171. PERULLI, ADALBERTO, *Il potere direttivo dell'imprenditore*. In: "Lavoro e diritto", 16 (2002), pp. 397-414.
172. PETRAZYCKI, LEON, *Law and Morality*. Traduzione inglese di: Hugh W. Babb, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1955.

173. PICKER, CHRISTIAN, *Die betriebliche Übung*. Tübingen, Mohr Siebeck, 2011.
174. PINTORE, ANNA, *Norme e principi. Una critica a Dworkin*. Milano, Giuffrè, 1982.
175. PINTORE, ANNA, *Il concetto di persona giuridica nell'indirizzo filosofico analitico*. In: "Quaderni fiorentini" 12 (1983), pp. 722-776.
176. PINTORE, ANNA, *La teoria analitica dei concetti giuridici*. Napoli, Jovene, 1990.
177. PINTORE, ANNA, *I diritti della democrazia*. Roma-Bari, Laterza, 2003.
178. POWELL, WALTER / DIMAGGIO, PAUL, *The New Institutionalism in Organizational Analysis*. Chicago, University Press, 1991.
179. QUINE, WILLIARD VAN ORMAN, *Two Dogmas of Empiricism*. In: "The philosophical review", 60 (1951), pp.20-43. In: Quine Williard Van Orman, *From a Logical Point of View*. Cambridge (Mass.), London, Harvard University Press, 1953, 2003, pp. 20-46.
180. QUADRI, GIULIO, *Usi aziendali e autonomia negoziale. Regole consuetudinarie e modificazioni unilaterali nel rapporto di lavoro*. Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2008.
181. QUADRI, GIULIO, *Uso aziendale e trasferimento di azienda*. In: "Rivista italiana di diritto del lavoro", 29 (2010), pp. 814-815
182. RESCIGNO, PIETRO / CASTRONOVO, CARLO, *Rapporto giuridico*. In: Melchiorre, Virgilio (ed.), *Enciclopedia filosofica*. Milano, Bompiani, vol. X, 2006, pp. 9385-9386.
183. REUSS, WILHELM / SIEBERT, WOLFGANG, *Die konkrete Ordnung des Betrieb*. Berlin, Deutscher Rechtsverlag, 1942.
184. RICHARD, TUCK, *Free Riding*. Harvard, University Press, 2008.
185. ROMAGNOLI, UMBERTO, *Il contratto collettivo di impresa*. Milano, Giuffrè, 1963.
186. ROMAGNOLI, UMBERTO, *Giuristi del lavoro. Percorsi italiani di politica del diritto*. Roma, Donzelli, 2009.
187. ROMANO, SANTI, *L'ordinamento giuridico*. Pisa, Mariotti, 1917.
188. ROMANO, SANTI, *Realtà giuridica*. In: *Frammenti di un dizionario giuridico*. Milano, Giuffrè, 1953.
189. ROSS, ALF, *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*. Neudruck der Ausgabe Leipzig und Wien 1929. Darmstadt, Aalen, 1989.

190. ROSS, ALF, *Directives and Norms*. London, Routledge and Kegan, 1968. Traduzione italiana di Mario Jori: *Direttive e norme*. Milano, Edizioni di Comunità, 1978.
191. ROSS, ALF, *Om ret og retfærdighed*. København, Nyt Nordisk Forlag Arnold Busck, 1953. Traduzione inglese di Margaret Dutton a cura di Max Knight: *On Law and Justice*. London, Sevens, 1958. Traduzione italiana di Giacomo Gavazzi: *Diritto e giustizia*. Torino, Einaudi, 1965.
192. ROSS, ALF, *Tú-tú*. In: *Festskrift till professor dr. juris Henry Ussing*. København, 1951, pp. 468-484. Riedizione in: "Scandinavian Studies in Law", 1957, pp. 137-153; e in "Harvard Law Review", 70 (1957), pp. 812-825. Traduzione italiana di Mario Piantelli in "Rivista internazionale di filosofia del diritto" 47 (1970), pp. 453-467. Riedizione (con revisione della traduzione di Mario Jori) in: Scarpelli Uberto (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*. Milano, Edizioni di Comunità, 1976, pp. 165-181.
193. ROSSI LANDI, FERRUCCIO, *Ideologia. Per l'interpretazione di un operare sociale e la ricostruzione di un concetto*. Torino, ISEDI, 1978. Riedizione ampliata: Milano, Mondadori, 1980. Riedizione a cura di Augusto Ponzio: Roma, Meltemi, 2005.
194. SACCO, RODOLFO, *Il diritto muto*. In: "Rivista di diritto civile", 39 (1993), pp. 689-702.
195. SACCO, RODOLFO / DE NOVA, GIORGIO, *Il contratto. I-II*. In: *Trattato di diritto civile*. Torino, UTET, ³2004.
196. SACCO, RODOLFO, *Lingua e diritto*. In "Ars Interpretandi", 5 (2000), pp. 117-135.
197. SALVALAIO, MANUELA, *Nozione di azienda e diritto del lavoro*. Padova, Tesi di dottorato. Università degli Studi di Padova, 2008.
198. SANTAGATA, RAFFAELLO, *Il lavoratore azionista*. Milano, Giuffrè, 2008.
199. SANTORO PASSARELLI, FRANCESCO, *L'impresa nel sistema del diritto civile*. In: "Rivista di diritto commerciale", 38 (1942), pp. 377-405.
200. SAVATIER, JEAN, *La révocation des avantages résultant des usages de l'entreprise*. In: "Droit social", 12 (1986), pp. 890-902.
201. SCARPELLI, UBERTO, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*. "Memorie dell'Accademia delle Scienze di Torino", serie III, tomo 5, Torino, 1959. Riedizione a cura di Anna Pintore: Milano, Giuffrè, 1985.
202. SCARPELLI, UBERTO, *Filosofia analitica, norme, valori*. Milano, Comunità, 1962.

203. SCARPELLI, UBERTO, *La meta-etica analitica e la sua rilevanza etica*. In: "Rivista di filosofia", 71 (1980), pp. 319-353. Riedizione in: Scarpelli, Uberto, *Etica senza verità*. Bologna, Il Mulino, 1982, pp. 73-112.
204. SCARPELLI, UBERTO, *La teoria generale del diritto: prospettive per un trattato*. In: Scarpelli, Uberto, *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi in onore di Norberto Bobbio*. Milano, Edizioni di Comunità, 1983, pp.281-340.
205. SCHLICHT, EKKEHART, *On Custom in the Economy*. Clarendon, Oxford, 1998.
206. SCHMITT, CARL, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*. Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1934. Traduzione italiana di Giuliana Stella: *I tre tipi di scienza giuridica*. Torino, Giappichelli, 2002.
207. SCHELLHAMMER, KURT, *Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen. Samt BGB Allgemeiner Teil*. Hutig Jehle Rehm, Müller, 2011.
208. SCHMIDT, KARSTEN, *Gesellschaftsrecht*. Köln, Heymann, 2002.
209. SCHWYZER, HUBERT, *Rules and Practices*. In: "The Philosophical Review", 78 (1969), pp. 451-467. Traduzione italiana parziale a cura di Corrado Roversi, *Regole del gioco e senso di gioco*. In: Lorini, Giuseppe / Passerini Glazel, Lorenzo (eds.), *Filosofie della norma*. Torino, Giappichelli, 2012, pp. 165-172.
210. SEARLE, JOHN R., *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*. Cambridge, Cambridge University Press, 1969, 1980. Traduzione italiana di Giorgio Raimondo Cardona: *Atti linguistici. Un saggio di filosofia del linguaggio*. Torino, Boringhieri, 1976.
211. SEARLE, JOHN R., *The Construction of Social Reality*. London, Allen Lane, 1995. Traduzione italiana di Andrea Bosco: *La costruzione della realtà sociale*. Milano, Edizioni di Comunità, 1996.
212. SEITER, HUGO, *Die Betriebsübung. Zugleich Beitrag zur Lehre vom Rechtsgeschäft und von den Zurechnungsgründen rechtserheblichen Verhaltens im Privatrecht*. Düsseldorf, Handelsblatt, 1967.
213. SENNE, DANIELA, *Workers' Financial Participation and the Role of Social Partners in Germany*. In: Biagi, Marco (ed.), *Quality of Work and Employee Involvement in Europe*. Den Haag, Kluwer, 2002, pp. 219-243.
214. SPAGNUOLO VIGORITA, LUCIANO, *Funzione del consiglio aziendale e principio di collaborazione*. In: *Studi sul diritto tedesco*, Milano, Giuffrè, 1961.
215. SPAGNUOLO VIGORITA, LUCIANO, *Gli usi aziendali*. Napoli, Morano, 1961,

²1965.

216. SPAGUOLO VIGORITA, GINO, *Osservazioni in tema di “uso aziendale” e contratto collettivo*. In: “Massimario di Giurisprudenza del Lavoro”, 62 (1998), pp. 332-342.
217. SPINELLI, STEFANO, *Lavoro*. Den Haag, Kluwer, 2009.
218. SUPIOT, ALAIN, *Autopsie du “citoyen dans l’entreprise”: Le rapport Auroux sur les droit des travailleurs*. In: Le Crom, Jean-Pierre (ed.), *Deux siècles de droit du travail: l’histoire par les lois*. Paris, Editions de l’Atelier, 1998, pp. 265-274.
219. SUPIOT, ALAIN, *Critique du droit du travail*. Paris, PUF, 1994.
220. TARELLO, GIOVANNI, *Il realismo giuridico americano*. Milano, Giuffrè, 1962
221. TARELLO, GIOVANNI, *Sul problema della crisi del diritto*. Torino, Giappichelli, 1957.
222. TARELLO, GIOVANNI, *Teorie ed ideologie nel diritto sindacale. L’esperienza italiana dopo la costituzione*. Milano, Edizioni di Comunità, 1967, 1972.
223. THÜSING, GREGOR, *Vom Ende einer betrieblichen Übung*. In: “Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht”, 22 (2005), pp. 718-723.
224. TIERSMA, PETER MEIJES, *Acceptance and Promise*. In: “U. C. Davis Law Review”, 26 (1992), pp. 1-86.
225. TODESCAN, FRANCO, *Diritto e realtà. Storia e teoria della fictio iuris*. Padova, CEDAM, 1979.
226. UDHEN, LARS, *Free-Rider*. In: *International Encyclopedia of Economic and Sociology*. New York-Oxon, Routledge, 2006, pp. 292-293.
- VACHET, GÉRARD, *L’interprétation des conventions collectives*. In: “La Semaine Juridique. Entreprise et Affaires”, 45 (1992), pp. 186-195.
227. VACHET, GÉRARD, *L’usage d’entreprise est-il un véritable usage?* In: “Jurisclasseur périodique. Édition entreprise”, 1984, 14328, pp. 501-509.
228. VACHET, GÉRARD, *La dénonciation des usages d’entreprise*. In: “La Semaine Juridique. Entreprise et Affaires”, 51 (1996), pp. 898-907.
229. VALENTE, LUCIA, *Clausole d’uso e usi aziendali nel sistema delle fonti negoziali di integrazione del contratto di lavoro*. In: “Rivista italiana di Diritto del lavoro”, 23 (2005), pp. 519-553.
230. VALENTE, LUCIA, *Consuetudini e usi nel rapporto di lavoro*. Milano, Giuffrè, 2006.
231. VALLEBONA, ANTONIO, *Breviario di Diritto del lavoro*. Torino, Giappichelli, 2005.

232. VAVASSORI, MARIO, *Gli stipendi degli italiani*. Milano, ETAS, 2004
233. VENETO, GAETANO, *Contrattazione e prassi nei rapporti di lavoro*. Bologna, Il Mulino, 1974.
234. WAQUET, PHILIPPE, *Procédure de dénonciation des usages d'entreprise*. In: "Jurisclasseur périodique. Édition entreprise", 2005, pp. 289-290.
235. WAQUET, PHILIPPE, *La dénonciation des usages de l'entreprise et des engagements unilatéraux de l'employeur*. "La semaine sociale Lamy", 1994, pp. 3-10.
236. WAQUET, PHILIPPE, *Du nouveau et des précisions sur la dénonciation par l'employeur d'un usage d'entreprise ou d'un engagement unilatéral*. In: "Semaine sociale Lamy", 1996, pp. 3-9.
237. WILLIAMSON, OLIVER, *The Economic Institutions of Capitalism*. New York, Free Press, 1984.
238. WOLFGANG, HROMADKA / FRANK, MASCHMANN, *Arbeitsrecht*. Heidelberg, Springer, 2010
239. ZAGREBELSKY, GUSTAVO, *Manuale di diritto costituzionale. Il sistema delle fonti del diritto*. Torino, UTET, 1991.
240. ŻELANIEC, WOJCIECH, *Zarys filozoficznej teorii ideologii* [Lineamenti di una teoria filosofica dell'ideologia]. Lublin, Tesi di dottorato. Università Cattolica di Lublin (KUL), 1991.
241. ZNAMIEROWSKI, CZESŁAW, *Podstawowe pojęcia teorii prawa. I. Układ prawny i norma prawna*. [Concetti fondamentali della teoria del diritto. Struttura giuridica e norma giuridica]. Poznań, Fiszer i Majewski, 1924. Traduzione italiana (parziale) a cura di Giuseppe Lorini, *Atti tetrici e norme costruttive*. In: DI LUCIA, PAOLO (ed.), *Filosofia del diritto*. 2002, pp. 73-80.
242. ZORZETTO, SILVIA (ed.), *La consuetudine giuridica. Teoria storia, ambiti disciplinari*. Milano, ETS, 2008.
243. ZORZETTO, SILVIA, *Le consuetudini nella giurisprudenza italiana degli ultimi trent'anni*. In: "Stato, chiese e pluralismo confessionale", 2010, pp. 1-80.