LAVORO SPORTIVO

LE NOVITÀ DOPO LA RIFORMA
E I DECRETI ATTUATIVI

MARTA BREGOLATO

Copyright © 2021 TeleConsul Editore
www.teleconsul.it

I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento totale o parziale, con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche), sono riservati per tutti i Paesi.

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico, dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633.

Le riproduzioni diverse da quelle sopra indicate (per uso non personale – cioè, a titolo esemplificativo, commerciale, economico o professionale - e/o oltre il limite del 15%) potranno avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da EDISER Srl, società di servizi dell'Associazione Italiana Editori, attraverso il marchio CLEARedi Centro Licenze e Autorizzazioni Riproduzioni Editoriali. Informazioni: www.clearedi.org

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali involontari errori o inesattezze.

Finito di stampare nel mese di ottobre 2021 da
Rotostampa Group Srl
via Tiberio Imperatore, 23 – Roma

2. GLI ELEMENTI DEL CONTRATTO DI LAVORO

Gli elementi essenziali del contratto, e quindi anche del contratto di lavoro, sono:

- accordo/consenso: incontro delle volontà (la volontà può essere diretta a costituire, modificare o estinguere un rapporto giuridico);
- causa: funzione economico-sociale del contratto;
- oggetto: possibile, lecito, determinato o determinabile;
- forma: modo di manifestazione della volontà.

2.1. Volontà

La matrice contrattuale del rapporto di lavoro pone in assoluta centralità ed essenzialità dell'elemento volitivo nella fase costitutiva del rapporto giuridico.

La formazione della volontà è soggetta alla disciplina codicistica in tema di consenso e vizi del consenso.

- **Errore:** falsa interpretazione della realtà alla quale si equipara l'ignoranza (artt. 1428-1433 c.c.). L'errore può ricadere:
 - sulla dichiarazione o trasmissione: errore ostativo;
 - sul processo di formazione della volontà: errore vizio;
 - sulle circostanze di fatto: errore di fatto;
 - sull'esistenza di una norma: errore di diritto.

L'errore deve essere:

- essenziale: relativo a una qualità o a un elemento necessario del negozio;
 - riconoscibile: quando una persona di normale diligenza avrebbe potuto rilevarlo.
- **Violenza morale:** minaccia di un male ingiusto (nel senso di antigiuridico) e notevole che spinga un soggetto al compimento di un negozio giuridico (artt. 1434-1438 c.c.).

La violenza morale si distingue dalla violenza fisica (che comporta costrizione materiale) in quanto quest'ultima determina la nullità (e non solo l'annullabilità del negozio giuridico). Si distingue anche dal c.d. timore reverenziale ovvero dal timore (paura) che il soggetto nutre nei confronti di una persona.

- **Dolo:** tale fattispecie si concretizza in artifici e raggiri per ingannare un soggetto indotto al compimento di un negozio giuridico (artt. 1439-1440 c.c.) che:
 - altrimenti non avrebbe compiuto (dolo determinante). In tale circostanza il negozio eventualmente concluso è da ritenersi annullabile;

- altrimenti avrebbe compiuto in modo diverso (dolo incidente). In tale circostanza il negozio giuridico eventualmente concluso è valido ma il contraente, in mala fede, deve risarcire il danno.

2.2. Causa

La causa è la funzione economico sociale del negozio. Si tratta di un elemento essenziale del contratto tant'è che qualora la stessa sia assente o illecita determina la nullità del negozio.

Con stretto riferimento al contratto di lavoro, la causa è rappresentata dallo scambio tra la prestazione del lavoratore e la retribuzione corrisposta dal datore di lavoro.

Ai fini della validità del contratto la causa (quindi presente e rilevabile dal contratto) deve essere lecita: ovvero conforme alla legge, all'ordine pubblico, al buon costume.

2.3. Oggetto

Ai sensi dell'art. 1346 c.c., l'oggetto è richiesto nei negozi patrimoniali e deve essere:

- **possibile**: la possibilità è intesa sia in senso materiale, sia in senso giuridico. Significa che la prestazione o l'attività richiesta in esecuzione del contratto è fattibile nel rispetto delle norme giuridiche vigenti;
- **lecito**: il contratto non può avere per oggetto il compimento di un'azione o di una prestazione che va in deroga alle norme giuridiche vigenti;
- **determinato**: il contratto esprime chiaramente il valore delle prestazioni;
- **determinabile**: pur non esprimendo chiaramente il contratto il valore delle prestazioni lo stesso potrà, per esempio con l'intervento di terzi, essere determinato in quanto il contratto contiene tutti i criteri e gli elementi utili per giungere alla sua valorizzazione.

2.4. Forma

La forma si configura quale mezzo di manifestazione della volontà.

Può essere:

- **espressa**: a mezzo parole, scritti, o altri mezzi che rendano palese il pensiero;
- **tacita**: consistente in un comportamento che sarebbe incompatibile con una diversa volontà.

Il nostro ordinamento riconosce la libertà della forma (da qui la desunzione di cui abbiamo già parlato anche in altri passaggi che anche il contratto di

lavoro potrebbe di per sé essere stipulato solo verbalmente), fatta eccezione per i casi in cui ai fini della validità del negozio giuridico non sia espressamente richiesta la forma scritta.

Da qui la distinzione di:

- **ad probationem**: il contratto è valido ma in caso di contestazioni non si potrà ricorrere alla sua esibizione, fatto salvo il ricorso alla prova per testimoni;
- **ad substantiam**: essenziale ai fini della validità del contratto; in mancanza della forma scritta il negozio giuridico è nullo quindi come mai concluso e i suoi effetti sono inesistenti.

Con riferimento ai contratti di lavoro, come abbiamo già più volte detto, la forma è libera, fatto salvo i casi in cui la forma scritta è prevista *ad substantiam* (apprendistato, periodo di prova, *part time*, tempo determinato, ecc.) anche se sempre più spesso i CCNL (Contratti Collettivi Nazionali di Lavoro) prevedono la forma scritta.

Oltre ai suddetti elementi essenziali del contratto che abbiamo qui analizzato, vi sono anche alcuni elementi accidentali, ovvero elementi posti liberamente dalle parti, che qualora presenti, indicano e influenzano l'efficacia del contratto.

Essi sono:

- **condizione**: avvenimento futuro e incerto al cui verificarsi le parti subiranno l'inizio (se la condizione è sospensiva) o la cessazione (se la condizione è risolutiva) del negozio giuridico;
- **termine**: indica il momento dal quale o fino al quale un negozio giuridico esplica i propri effetti. Si tratta quindi di un avvenimento futuro e certo dal quale le parti faranno partire o cessare gli effetti del negozio giuridico. Il termine può essere iniziale (quando appunto indica il momento dal quale si producono gli effetti) o finale (quando appunto indica il momento fino al quale si producono gli effetti);
- **modus**: è una clausola utilizzabile solo nel caso di contratti a titolo gratuito al fine di stabilire il momento in cui vi è il raggiungimento dell'obiettivo e quindi cessa l'obbligo di esecuzione della prestazione. Fissa quindi il termine dell'obbligo di fare, di non fare o di dare.

3. LA RETRIBUZIONE

La retribuzione rappresenta quindi l'obbligazione finanziaria principale disciplinata dall'art. 2099 c.c. nonché dall'art. 36 della Costituzione Italiana.

Il Codice civile (art. 2099) definisce la retribuzione come il compenso dovuto al dipendente quale corrispettivo per la prestazione resa. Il Codice disciplina i modi e i tempi di corresponsione della retribuzione e stabilisce in particolare che debba essere erogata, in denaro e periodicamente, con le modalità e nei termini in uso nel luogo in cui il lavoro viene eseguito.

Con riferimento al metodo di calcolo della retribuzione, la giurisprudenza e la dottrina hanno elaborato soluzioni diverse:

- **secondo giurisprudenza:** concetto unitario e *omnia* comprensivo (per la cui definizione rinviamo ai paragrafi successivi) in base al quale tutti i compensi erogati dal datore di lavoro in modo determinato, obbligatorio, corrispettivo e continuo costituiscono elementi della retribuzione;
- **secondo dottrina:** per la determinazione di ciascuna voce retributiva occorre individuare gli elementi che concorrono alla specifica base di calcolo, secondo la disciplina contrattuale collettiva o individuale applicabile alla fattispecie contrattuale.

Non si tratta dell'unica obbligazione che ricade in capo al datore di lavoro o committente, in quanto in capo a esso vi è per esempio anche l'obbligo di formazione e informazione con stretto riferimento alla mansione richiesta, formazione e informazione in ambito di sicurezza del lavoro.

Con riferimento alla disciplina normativa in materia di retribuzione, vediamo nello specifico:

Costituzione Italiana - Art. 36

"Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa. La durata massima della giornata lavorativa è stabilita dalla legge.

Il lavoratore ha diritto al riposo settimanale e a ferie annuali retribuite, e non può rinunziarvi".

Dalla lettura dell'art. 36 della Costituzione si evincono quindi i principi di sufficienza e della proporzionalità della retribuzione. Vediamoli meglio nel dettaglio:

- **sufficienza:** la retribuzione deve essere sufficiente alle esigenze vitali del lavoratore e della sua famiglia, così da garantirgli un'esistenza libera e dignitosa; poiché la valutazione della nozione di sufficienza deve essere fatta caso per caso, entrando così in una sfera che va oltre il rapporto lavorativo

stesso, i giudici dovranno fare riferimento ai minimi tabellari contenuti nei CCNL.

L'art. 36 della Costituzione infatti non stabilisce, in concreto, quale retribuzione spetti al prestatore, perché questo viene lasciato alla legislazione ordinaria. La norma si limita quindi a dettare i criteri sulla base dei quali emanare questa normativa, che sono appunto quelli della proporzionalità e della sufficienza. Con riferimento alla sufficienza la legislazione deve indicare la misura minima del compenso, tale per l'appunto da rispettare libertà e dignità del lavoratore e della sua famiglia.

Eventuali accordi regionali, provinciali o individuali potranno essere sottoscritti solo se le condizioni saranno favorevoli per il dipendente o collaboratore. Sempre in relazione all'attenzione che deve essere riservata ai bisogni del lavoratore e della sua famiglia, in abbinata con il principio della sufficienza vi è anche quello della corresponsione della retribuzione entro breve tempo dalla prestazione del lavoro;

- **proporzionalità:** la retribuzione deve essere proporzionale sia alla quantità, sia alla qualità del lavoro prestato, nonché al tempo impiegato per lo svolgimento della prestazione stessa.

Con questo termine si identifica quindi la relazione corrispettiva tra ogni elemento della retribuzione e ogni elemento della prestazione lavorativa. Per esempio, una parte di retribuzione può consistere in elargizioni diverse dal denaro, come le partecipazioni agli utili societari. Questa scelta può essere adottata per esempio quando si vuole fidelizzare il lavoratore rendendolo parte attiva dell'attività produttiva dell'azienda e quindi stimolandolo a incrementare la produzione e conseguentemente il risultato di esercizio.

La proporzionalità può eventualmente mancare per esempio nei casi in cui la retribuzione viene comunque erogata anche in assenza di prestazione lavorativa.

Da questo fondamentale principio costituzionale discende quindi l'anticostituzionalità del differente trattamento retributivo tra uomo e donna, identificato anche con il termine di *gender pay*, piuttosto che tra adulti e ragazzi, chiaramente in relazione a pari mansioni.

Secondo le indicazioni giurisprudenziali¹, la retribuzione deve anche essere proporzionata all'anzianità di servizio acquisita. Ciò in considerazione del fatto che l'esperienza lavorativa maturata porti a un miglioramento della

¹ Cass., sent. 7 luglio 2008, n. 18584.

qualità della prestazione resa, e conseguentemente la retribuzione deve essere adeguata alla più alta qualità lavorativa.

I principi di proporzionalità e sufficienza devono essere rispettati anche nel caso di lavoratori extracomunitari;

- **determinatezza e determinabilità:** (art. 2099, comma 2, c.c.). La determinazione della retribuzione avviene a opera dei CCNL (che fissano i valori minimi per le singole prestazioni), dai contratti individuali e quindi in accordo tra le parti (solo in senso migliorativo rispetto a quanto previsto e indicato dai CCNL) o in assenza o impossibilità di determinarla dal giudice chiamato a farlo in sede di contenzioso. In materia di determinatezza o determinabilità della retribuzione la Cassazione civile, Sezione lavoro, con sentenza n. 21274 del 15 ottobre 2010 precisa che *“La giusta retribuzione spettante al lavoratore, ai sensi dell’art. 36 Cost., deve essere individuata nei minimi retributivi stabiliti per ciascuna qualifica dalla contrattazione collettiva, i quali devono applicarsi necessariamente, indipendentemente dall’iscrizione o meno del datore di lavoro ad un’associazione sindacale stipulante, ed anche nel caso si tratti di imprese di non rilevanti dimensioni, ove non sussista una separata contrattazione collettiva.”*;
- **obbligatorietà:** la retribuzione è un diritto irrinunciabile del lavoratore. Il venir meno del requisito dell’obbligatorietà della retribuzione, fa sorgere in capo al lavoratore un diritto di credito (testimoniato dal contratto e dalle buste paga liquidate e non saldate) nei confronti del datore di lavoro. Il mancato pagamento delle retribuzioni periodiche costituisce un inadempimento così grave da prevedere, a favore del lavoratore, il diritto di recesso dal contratto avocando le dimissioni per giusta causa (ciò consentirà al lavoratore di accedere quindi agli ammortizzatori sociali per la perdita involontaria del lavoro e quindi alla NASpl); oltre a ciò il lavoratore avrà diritto anche al pagamento di un’indennità risarcitoria del danno subito (non solo di natura monetaria ma anche il danno causato dall’aver creato una situazione di disagio e incertezza per il mancato o ritardato pagamento delle retribuzioni spettanti);
- **corrispettività:** ogni emolumento corrisposto al lavoratore trova il suo corrispettivo nel rapporto di lavoro stesso; in realtà vi possono essere delle situazioni in cui, seppure in assenza di prestazione lavorativa, il datore di lavoro è tenuto a corrispondere in ogni caso la retribuzione. Si tratta per esempio dei periodi di malattia, maternità, infortunio, ferie, permessi, ecc. In materia di corrispettività della retribuzione la Cassazione civile, Sezione lavoro, con propria sentenza 11 ottobre 2012, n. 17353, ha stabilito che *“nel*

contratto di lavoro - ove le prestazioni sono corrispettive, in quanto all'obbligo di lavorare dell'una corrisponde l'obbligo di remunerazione dell'altra - ciascuna parte può valersi dell'eccezione di inadempimento prevista dall'art. 1460 c.c., dovendosi escludere che alla inadempienza del lavoratore il datore di lavoro possa reagire col con sanzioni disciplinari o, al limite, con il licenziamento, oppure col rifiuto di ricevere la prestazione parziale a norma dell'art. 1181 c.c. e con la richiesta di risarcimento. Ne consegue che, nel caso di inadempimento della prestazione lavorativa il datore di lavoro non è tenuto al pagamento delle retribuzioni ove ricorrano le condizioni dell'art. 1460 c.c."

Nella sentenza di specie, la sentenza impugnata aveva condannato il datore al pagamento delle retribuzioni per il periodo, nel quale non vi era stata alcuna prestazione lavorativa, intercorrente tra la scadenza del periodo di comporto e la data di efficacia del licenziamento, ritenendo che il mantenimento del posto di lavoro del dipendente nel detto periodo, in assenza di causa legittima di sospensione, implicasse rinuncia del datore a fare valere l'assenza ingiustificata del dipendente; la sentenza, nel cassare la decisione impugnata, ha affermato il principio su esteso;

- **continuità:** come detto in relazione al requisito della corrispettività, la retribuzione spetta anche in alcuni casi di sospensione temporanea del rapporto di lavoro. Sono esempi di queste circostanze in cui manca la reciprocità tra la prestazione svolta e la retribuzione: assenza per malattia, maternità, infortunio, congedi, aspettativa. In misura diversa a seconda della situazione, la retribuzione sarà corrisposta in parte dal datore di lavoro e in parte dall'ente, previdenziale e assistenziale, che interviene nella specifica fattispecie;
- **irrinunciabilità:** larga parte della dottrina ritiene che non esista lavoro subordinato in senso giuridico laddove manchi una retribuzione. La Suprema Corte ha tuttavia affermato la configurabilità di un'attività lavorativa a titolo gratuito, la cui pattuizione deve intendersi consentita all'autonomia privata sempre che, integrando un'eccezionale deroga alla normale onerosità del rapporto, ricorrano particolari condizioni soggettive e oggettive (modalità e quantità del lavoro, condizioni economico sociali delle parti, relazioni tra le stesse) che giustifichino la causa gratuita e consentano di negare con certezza la sussistenza di un accordo elusivo dell'irrinunciabilità della retribuzione.

Proseguendo nell'analisi e approfondimento del concetto di retribuzione e di *omnia* comprensività, dobbiamo analizzare gli artt. 2099 e 2121 c.c.

Codice civile - Artt. 2099 e 2121

Art. 2099

“La retribuzione del prestatore di lavoro può essere stabilita a tempo o a cottimo e deve essere corrisposta nella misura determinata [dalle norme corporative], con le modalità e nei termini in uso nel luogo in cui il lavoro viene eseguito.

In mancanza [di norme corporative o] di accordo tra le parti, la retribuzione è determinata dal giudice, tenuto conto, ove occorra, del parere delle associazioni professionali.

Il prestatore di lavoro può anche essere retribuito in tutto o in parte con partecipazione agli utili o ai prodotti, con provvigione o con prestazioni in natura”.

Art. 2121

“L'indennità di cui all'art. 2118 deve calcolarsi computando le provvigioni, i premi di produzione, le partecipazioni agli utili o ai prodotti ed ogni altro compenso di carattere continuativo, con esclusione di quanto è corrisposto a titolo di rimborso spese.

Se il prestatore di lavoro è retribuito in tutto o in parte con provvigioni, con premi di produzione o con partecipazioni, l'indennità suddetta è determinata sulla media degli emolumenti degli ultimi tre anni di servizio o del minor tempo di servizio prestato.

Fa parte della retribuzione anche l'equivalente del vitto e dell'alloggio dovuto al prestatore di lavoro”.

Tra dottrina e giurisprudenza non vi è una coincidente definizione dell'elemento retributivo.

La giurisprudenza appare infatti orientata verso la definizione di retribuzione per tutti i compensi erogati dal datore di lavoro in modo determinato (in misura fissa o variabile), obbligatorio, corrispettivo e continuativo.

Si introduce quindi il concetto di **omnia comprensività**.

In altre parole, nella retribuzione **sono compresi tutti gli elementi fondamentali e accessori** che compongono la remunerazione purché non occasionali.

La retribuzione può quindi essere erogata non solo in prestazioni monetarie ma anche con prestazioni in natura suscettibili di valorizzazione economica.