

**IL PATTO
DI NON CONCORRENZA**

INDICE

PREMESSA	5
CAP. I IL PATTO DI NON CONCORRENZA NEI VARI SETTORI DELL'ORDINAMENTO	8
1. GLI ACCORDI LIMITATIVI DELLA CONCORRENZA.....	8
2. IL PATTO DI NON CONCORRENZA CON IL PRESTATORE DI LAVORO.....	9
3. IL PATTO DI NON CONCORRENZA CON L'AGENTE	13
4. IL PATTO DI NON CONCORRENZA CON IL LAVORATORE AUTONOMO.....	17
CAP. II IL PATTO DI NON CONCORRENZA NEL LAVORO SUBORDINATO	22
1. L'ART. 2125 C.C.....	22
2. L'INTERESSE DELLE PARTI ALLA STIPULA DEL PATTO.....	23
3. LA NATURA GIURIDICA DEL PATTO.....	25
4. IL MOMENTO DELLA STIPULAZIONE	28
5. LA FORMA DEL PATTO DI NON CONCORRENZA.....	30
6. I LIMITI DI OGGETTO.....	33

7. I LIMITI DI TEMPO.....	37
8. I LIMITI DI ESTENSIONE TERRITORIALE.....	40
9. IL CORRISPETTIVO	44
10. LA NULLITÀ DEL PATTO	55

**CAP. III LE CLAUSOLE ACCESSORIE AL PATTO DI NON
CONCORRENZA..... 60**

1. GLI ELEMENTI ACCESSORI DEL CONTRATTO.....	60
2. IL DIRITTO DI RECESSO.....	60
3. IL DIRITTO DI OPZIONE	70
4. LA CLAUSOLA PENALE.....	79
5. IL FORO ESCLUSIVO.....	84

**CAP. IV LE CONSEGUENZE DERIVANTI DALLA
VIOLAZIONE DEL PATTO DI NON CONCORRENZA 86**

1. PROFILI GENERALI.....	86
2. LE AZIONI ESPERIBILI DAL DIPENDENTE E DALL'AGENTE.....	87
3. LE AZIONI ESPERIBILI DAL DATORE DI LAVORO E DAL PREPONENTE....	89
4. CENNI SULLA RILEVANZA PENALE DELLA VIOLAZIONE DEL PATTO DI NON CONCORRENZA	98

CONCLUSIONI..... 102

BIBLIOGRAFIA..... 105

PREMESSA

Il patto di non concorrenza, in particolare quello stipulato con i lavoratori subordinati, è un istituto di estremo interesse.

I dipendenti e i collaboratori, infatti, sempre più spesso risultano protagonisti dell'attività aziendale, di cui conoscono dinamiche e segreti, anche perché gli imprenditori investono sui lavoratori, a cui trasferiscono conoscenze e informazioni anche di estrema rilevanza.

Le imprese, dunque, hanno l'esigenza di non disperdere i propri investimenti e di tenere riservate le informazioni e le conoscenze trasferite ai lavoratori, che potrebbero a loro volta comunicarle ad altri imprenditori concorrenti, a valle della cessazione del rapporto di lavoro.

In tale contesto si inserisce il patto di non concorrenza.

Proprio il crescente ricorso a tale pattuizione ha sollevato nuove problematiche e, nel contempo, ha indotto gli interpreti a rivedere conclusioni che sembravano acquisite.

In realtà, molto dipende dalle norme che disciplinano il patto; si tratta, infatti, di disposizioni spesso vaghe o aperte che, se da un lato hanno lasciato e lasciano spazio a dubbi interpretativi, dall'altro lato hanno consentito e consentono all'istituto di potersi adattare all'evoluzione della società, dell'economia, del mercato del lavoro e dei rapporti tra datori e dipendenti (o comunque collaboratori in generale).

Occorre, dunque, prima di tutto distinguere la disciplina del patto di non concorrenza dei lavoratori subordinati rispetto a quella prevista per altre tipologie di lavoratori.

Successivamente, si può passare ad esaminare la disciplina del patto in questione nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato.

In tale settore, la regolamentazione è volta a tutelare il dipendente da accordi eccessivamente gravosi, le cui conseguenze talvolta non sono immediatamente percepibili da parte del contraente debole.

Pertanto, il legislatore ha operato un bilanciamento tra le contrapposte esigenze del datore di lavoro e del dipendente.

Diviene così imprescindibile individuare gli interessi sottesi alla stipula del patto di non concorrenza e, più in generale, esaminare la natura e le funzioni di tale accordo.

Lo stesso art. 2125 c.c., che disciplina il patto di non concorrenza dei lavoratori subordinati, offre numerosi spunti di riflessione, in particolare con riferimento ai limiti alla stipulazione del patto e con riferimento alle conseguenze derivanti dalla violazione di tali limiti.

Proprio su tale previsione normativa si sono susseguiti e tuttora si susseguono numerosi interventi giurisprudenziali e dottrinari.

Di recente, anche la Suprema Corte è ritornata su tale istituto e ha modificato le conclusioni a cui era giunta in tema di rapporto tra determinatezza (o determinabilità) del corrispettivo e congruità.

Peraltro tali interventi hanno riaperto il dibattito sulle conseguenze derivanti dalla mancanza di tali requisiti e, più in generale, sulla nullità del patto di non concorrenza.

Non si può prescindere, poi, dall'esame di una serie di clausole accessorie che talvolta vengono inserite dalle parti nel patto in questione, ma della cui ammissibilità si discute.

In particolare, appare opportuno esaminare la compatibilità con il patto di non concorrenza delle clausole che prevedono il diritto di recesso, il diritto di opzione, la penale e il foro esclusivo.

Occorre, inoltre, soffermarsi sugli strumenti a disposizione delle parti per tutelare i propri diritti, laddove vengano violati (validi) patti di non concorrenza.

Anche tale profilo risulta di estrema rilevanza, in quanto va ad incidere sul problema dell'effettività e della celerità della tutela.

Soprattutto nel settore dei patti di non concorrenza, infatti, l'imprenditore ha l'esigenza di inibire tempestivamente comportamenti illegittimi perpetrati a suo danno.

Occorre sin d'ora rilevare, però, come molte delle questioni trattate non siano state ancora risolte, a dimostrazione della specificità dell'istituto, della sua attualità e della costante necessità di approfondimenti e adattamenti alla luce degli interventi giurisprudenziali e dottrinari in materia.

CAP. I
IL PATTO DI NON CONCORRENZA NEI VARI SETTORI
DELL'ORDINAMENTO

1. GLI ACCORDI LIMITATIVI DELLA CONCORRENZA

L'ordinamento disciplina una pluralità di settori in cui le parti possono stipulare patti che limitano la concorrenza.

In particolare il legislatore nazionale è intervenuto a regolamentare i patti stipulati sia nell'ambito dei rapporti di lavoro subordinato sia nell'ambito dei rapporti di agenzia sia nell'ambito dei rapporti di lavoro autonomo o comunque tra soggetti indipendenti¹.

Ciò che accomuna tali discipline è la circostanza che, a monte, sussiste un accordo tra le parti, che impedisce l'attività concorrenziale anche lecita, individuata di volta in volta in ciascun accordo.

Risulta estraneo all'ambito dei patti limitativi della concorrenza, invece, il divieto generale di compiere atti di concorrenza sleale disciplinato dagli artt. 2598 ss. cod. civ., che prescinde dalla stipula di un patto e sanziona solo le condotte di concorrenza illegittima.

Ovviamente una medesima condotta potrà violare sia un patto di non concorrenza sia il divieto di cui al citato art. 2598 c.c.

È bene precisare, inoltre, come risultino estranee alla disciplina dei patti limitativi della concorrenza anche una serie di disposizioni, in cui il divieto di non svolgere attività in concorrenza è imposto dalla legge, per effetto dell'assunzione di un determinato ruolo e non già per effetto di un accordo a ciò finalizzato.

Si pensi, a tal proposito, al divieto previsto per il socio di una società in nome collettivo di esercitare, senza il consenso degli altri soci, per conto proprio o altrui un'attività concorrente con quella della società o di partecipare come socio illimitatamente responsabile ad altra società

¹ È bene precisare che sui patti limitativi della concorrenza è intervenuta anche la legislazione comunitaria, soprattutto a tutela del libero mercato e della concorrenza.

concorrente (previsto dall'art. 2301 c.c.); oppure, si pensi al divieto per gli amministratori di una società per azioni di assumere la qualità di soci illimitatamente responsabili in società concorrenti, o di esercitare un'attività concorrente per conto proprio o di terzi, o di essere amministratori o direttori generali in società concorrenti, salvo autorizzazione dell'assemblea (previsto dall'art. 2390 c.c.).

Il patto di non concorrenza, peraltro, non deve essere sovrapposto alla clausola contrattuale contenente il divieto di storno di clientela; di recente, infatti, la Suprema Corte ha ribadito la differenza tra questi due istituti e ha rilevato che il primo *“proibisce lo svolgimento di attività lavorativa in concorrenza con la società datrice, anche al termine del rapporto di lavoro”*, mentre la seconda *“impedisce il compimento di atti e comportamenti funzionali a sviare la clientela storica verso un'altra impresa datrice, sfruttando il rapporto di fiducia instaurato e consolidato durante il periodo di dipendenza con la prima società”* e mira *“a garantire la tutela dell'avviamento della società stipulante, dal momento che esso concorre al mantenimento e alla consolidazione dei buoni rapporti con il portafoglio di clienti acquisiti nel corso del tempo”*².

Stando all'insegnamento della Suprema Corte, dunque, alla clausola contrattuale contenente il divieto di storno di clientela non si applica l'art. 2125 cc³.

2. IL PATTO DI NON CONCORRENZA CON IL PRESTATORE DI LAVORO

Il patto di non concorrenza è un istituto che non riguarda solo il rapporto di lavoro subordinato; è necessario, pertanto, individuare la disciplina di

² Cass. civ., Sez. lavoro, Ord., (data ud. 16/12/2020) 04/08/2021, n. 22247 in *pluriscadam.utetgiuridica.it*, con riferimento alla fattispecie concreta ivi esaminata, ha rilevato: *“correttamente, pertanto, è stata ritenuta dalla Corte territoriale la indipendenza delle due clausole in questione (patto di non concorrenza e divieto di storno di clienti), la loro autonomia nella fonte normativa regolatrice le singole fattispecie e la loro singola violazione avvenuta mediante condotte distinte, per tempi e modi, benchè connesse sotto l'aspetto teleologico”*.

³ Cass. civ., Sez. lavoro, Ord., n. 22247/2021 cit., ha concluso statuendo testualmente che: *“non può, quindi, estendersi il regime normativo di cui all'art. 2125 c.c., anche alla previsione contrattuale del divieto di storno di clienti”*.

riferimento per tale settore, tracciando i confini rispetto a quella applicabile a differenti tipologie di lavoratori.

Occorre partire, allora, dall'art. 2125 c.c., che si riferisce al patto di non concorrenza stipulato con il "prestatore di lavoro".

Nessun dubbio sussiste sul fatto che nel concetto di "prestatore di lavoro" rientri il lavoratore subordinato, ove si consideri, tra l'altro, la collocazione sistematica della disposizione all'interno del codice civile e il riferimento alla categoria dei dirigenti ivi contenuta.

Si è posto il problema, però, di capire se tutti i dipendenti possano stipulare il patto di non concorrenza oppure se tale possibilità sia limitata a quelli che svolgono mansioni apicali.

Si rinvengono, infatti, pronunce, benché risalenti nel tempo, in cui è stata esclusa la possibilità di stipulare il patto di non concorrenza con dipendenti che svolgevano mansioni meramente esecutive o materiali o elementari⁴.

In realtà, appare preferibile la conclusione opposta e dunque deve ritenersi possibile stipulare un patto di non concorrenza con qualsiasi dipendente⁵.

⁴ Ha aderito a tale orientamento, ormai minoritario, Cass. 1 dicembre 1981 n. 6381 in *pluriscadam.utetgiuridica.it*, in cui si è statuito che: "il semplice svolgimento materiale di un'attività lavorativa subordinata alle dipendenze di un'impresa concorrente col datore di lavoro non concreta di per sé la violazione dell'obbligo di non concorrenza, in quanto la concorrenza vietata al lavoratore deve consistere in atti rientranti nell'attività imprenditoriale, se posta in essere per conto proprio, o in atti rientranti nelle prestazioni di carattere intellettuale dotate di notevole autonomia e discrezionalità, se effettuata per conto di terzi".

⁵ In tal senso cfr. Cass. civ. Sez. lavoro, (data ud. 19/04/2002) 19-04-2002, n. 5691 in *pluriscadam.utetgiuridica.it*. Sulla legittimità di un patto di non concorrenza stipulato con un commesso, cfr. F.M. GALLO, *Compatibilità tra il patto di non concorrenza e il rapporto di lavoro subordinato*, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza* n. 1/2003, p. 34: "basti pensare che, nella fattispecie, il ricorrente era addetto alla vendita al dettaglio di abbigliamento, calzature e profumeria, cioè in settori merceologici nei quali spesso si instaura tra commerciante e cliente un rapporto di fiducia, di simpatia, di affidamento, tale che il negozio continua ad essere frequentato anche perché c'è quel determinato commesso, che ormai conosce le esigenze, i gusti, le caratteristiche del singolo cliente, sicché non è inverosimile pensare che la clientela, proprio quella abituale, possa -almeno in parte - seguire il commesso che si sposta presso un altro negozio non troppo distante, avente analoga merce. Inoltre, la stessa esperienza acquisita dal commesso sulla qualità della merce, sul modo di servire la clientela, sugli accorgimenti idonei a proporre un articolo sì da renderlo più appetibile, è un elemento che ben può indurre il datore di lavoro a tenere fuori gioco, per qualche tempo, il proprio ex dipendente". A. BOSCATI, *Il patto di non concorrenza del prestatore di lavoro subordinato nell'interpretazione della giurisprudenza (senza dimenticare la dottrina)* in *Argomenti di Diritto del Lavoro* n. 4-5/2015, p. 1097, ha rilevato che: "nella sostanza si è sottolineato che la sempre più agguerrita competitività del mercato e la sempre maggiore importanza della conoscenza di fattori fino a qualche tempo fa trascurabili, quali le preferenze di determinate fasce di consumatori, la loro conoscenza diretta, la capacità di

La stessa disposizione codicistica, infatti, differenzia la durata massima del patto in ragione della categoria del lavoratore che lo ha sottoscritto (cinque anni, se si tratta di dirigente e tre anni negli altri casi), con ciò sottintendendo che il patto può essere stipulato anche da lavoratori che non ricoprono ruoli di vertice.

Peraltro, una distinzione in base alla natura delle mansioni non troverebbe alcun riscontro nella norma.

Esistono, però, delle categorie per le quali non può stipularsi il patto in questione; si pensi agli sportivi professionisti, per i quali trova applicazione l'art. 4, comma 6, della Legge 23 marzo 1981, n. 91, in base al quale *“il contratto non può contenere clausole di non concorrenza o, comunque, limitative della libertà professionale dello sportivo per il periodo successivo alla risoluzione del contratto stesso né può essere integrato, durante lo svolgimento del rapporto, con tali pattuizioni”*⁶.

In ogni caso e in generale, per stipulare il patto di non concorrenza deve comunque sussistere un effettivo interesse datoriale meritevole di tutela.

Pertanto, il patto risulterà legittimo, solo qualora il datore di lavoro, in ragione della specifica natura e delle peculiari caratteristiche dell'attività svolta, possa subire un concreto pregiudizio, in termini di penetrazione nel mercato e di capacità concorrenziale, dall'utilizzazione da parte del lavoratore della sua esperienza e delle acquisite conoscenze.

accattivarsene le simpatie, possono comportare l'interesse a sottoscrivere il patto anche con prestatori di lavoro che svolgono mansioni meramente operative”.

⁶ Sull'invalidità degli accordi stipulati in violazione dell'art. 4 della Legge n. 91/1981, cfr. G. FACCI, *La nullità dei patti aggiunti al contratto sportivo*, in *Il Corriere Giuridico*, n. 3, 1 marzo 2015, p. 341. In giurisprudenza, cfr. Cass. civ., Sez. VI - Lavoro, Ord., (data ud. 30/01/2014) 13/03/2014, n. 5830 in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*, laddove si legge quanto segue: *“nella disciplina di settore posta dalla L. 23 marzo 1981, n. 91, artt. 4 e 12, per la regolamentazione dei rapporti nell'ordinamento sportivo sono affetti da nullità i contratti - aventi ad oggetto non solo l'assunzione di un giocatore, ma anche eventuali patti aggiunti - ove stipulati in modo non conforme al contratto tipo, atteso che - pur in mancanza di un'espressa previsione in tal senso da parte degli accordi collettivi (e segnatamente dall'art. 5 dell'accordo collettivo F.I.G.C. e A.I.C.) - la mancata osservanza della forma è sanzionata con l'invalidità del rapporto direttamente dall'art. 4 citato. Tale sanzione di nullità - che persegue la finalità di assicurare un immediato ed effettivo controllo del contratto da parte della Federazione italiana gioco calcio (F.I.G.C.) - può anche essere rilevata d'ufficio dal giudice”.*

In tal senso si è espressa anche la Suprema Corte, che ha precisato come non si possa prescindere dall'esistenza del pregiudizio arrecabile all'imprenditore⁷.

Resta, però, la difficoltà di andare a verificare in concreto l'esistenza di questo pregiudizio.

Accertato, dunque, che l'art. 2125 c.c. si riferisce ai lavoratori subordinati, si è posto l'ulteriore problema di capire se nella generica locuzione "prestatore di lavoro" possano ricomprendersi anche i lavoratori che non siano legati all'impresa dal vincolo della subordinazione e, dunque, se la disciplina di cui alla richiamata disposizione sia applicabile anche al di fuori del rapporto di lavoro subordinato.

In particolare, la questione è stata sollevata con riferimento agli agenti, prima dell'introduzione dell'art. 1751-bis c.c.

Secondo un orientamento minoritario, l'art. 2125 c.c. poteva essere richiamato, quantomeno in via analogica, per disciplinare rapporti di lavoro diversi rispetto a quello subordinato⁸.

Secondo l'orientamento prevalente, però, al di fuori del rapporto di lavoro subordinato, non c'era e non c'è spazio per l'art. 2125 c.c., in quanto si tratta di una norma speciale che non consente interpretazioni analogiche e

⁷ Cfr. Cass. civ. Sez. lavoro, 19-04-2002, n. 5691 cit. rileva come: "*il disposto dell'art. 2125 c.c. debba trovare applicazione non solo per i dipendenti che svolgano mansioni direttive o di alto livello ma anche per tutti coloro che siano impiegati in compiti non intellettuali, e sinanche di natura esecutiva, sempre però che operino in settori in cui l'imprenditore, in ragione della specifica natura e delle peculiari caratteristiche dell'attività svolta, possa subire un concreto pregiudizio - in termini di penetrazione nel mercato e di capacità concorrenziale - dalla utilizzazione (sia in corso di rapporto che successivamente) da parte del suddetto lavoratore dalla sua lunga esperienza e dalle numerose acquisite conoscenze*". Sulla necessità di un concreto interesse del datore di lavoro a stipulare il patto di non concorrenza al fine di escludere la simulazione di tale patto, cfr. anche Cass. civ., 26/10/1982, n. 5617 in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*.

⁸ Cass. civ. Sez. lavoro, (ud. 27-03-2008) 23-07-2008, n. 20312 in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*, ha evidenziato quanto segue: "*il caso di specie riguarda un rapporto di lavoro parasubordinato e non è perciò riconducibile direttamente all'art. 2125 c.c., il quale è tuttavia applicabile per analogia quanto alla durata massima del patto di non concorrenza, ossia nel senso della durata limitata bensì al quinquennio, o al termine pattizio minore, e altresì della non computabilità del periodo di svolgimento del rapporto di lavoro*".

dunque trovavano e trovano applicazione altre disposizioni (e cioè l'art. 1751-bis c.c. e l'art. 2596 c.c.)⁹.

3. IL PATTO DI NON CONCORRENZA CON L'AGENTE

Si è detto che il legislatore ha disciplinato il patto di non concorrenza anche al di fuori del rapporto di lavoro subordinato.

È necessario soffermarsi, allora, su quei patti regolamentati dall'art. 1751-bis c.c.

La richiamata disposizione si riferisce al patto di non concorrenza stipulato con l'agente e attualmente prevede che: *“il patto che limita la concorrenza da parte dell'agente dopo lo scioglimento del contratto deve farsi per iscritto. Esso deve riguardare la medesima zona, clientela e genere di beni o servizi per i quali era stato concluso il contratto di agenzia e la sua durata non può eccedere i due anni successivi all'estinzione del contratto. L'accettazione del patto di non concorrenza comporta, in occasione della cessazione del rapporto, la corresponsione all'agente commerciale di una indennità di natura non provvigionale. L'indennità va commisurata alla durata, non superiore a due anni dopo l'estinzione del contratto, alla natura del contratto di agenzia e all'indennità di fine rapporto. La determinazione della indennità in base ai parametri di cui al precedente periodo è affidata alla contrattazione tra le parti tenuto conto degli accordi economici nazionali di categoria. In difetto di accordo l'indennità è determinata dal giudice in via equitativa anche con riferimento: 1) alla media dei corrispettivi riscossi dall'agente in pendenza di contratto ed alla loro incidenza sul volume d'affari complessivo nello stesso periodo; 2) alle cause di cessazione del contratto di agenzia; 3) all'ampiezza della zona assegnata all'agente; 4) all'esistenza o meno del vincolo di esclusiva per un solo preponente”*.

⁹ Cfr., *ex plurimis*, Cass. civ. Sez. lavoro Sent., 21/03/2013, n. 7141 in *pluriscedam.utetgiuridica.it*; in dottrina cfr. G. MANCA, *Il patto di non concorrenza nel contratto di agenzia*, in *Guida al Lavoro / Il Sole 24ore*, n. 16, 10 aprile 2020, pp. 29 ss.

Si è già detto che, prima dell'introduzione della citata disposizione, ci si chiedeva se agli agenti si potesse estendere, per analogia, la disciplina di cui all'art. 2125 c.c. oppure se per loro dovesse trovare applicazione la disciplina generale di cui all'art. 2596 c.c.

Si trattava di questione di estrema rilevanza in quanto il ricorso all'una o all'altra disciplina comportava differenti conseguenze non solo per la diversa estensione e durata del vincolo (in quanto l'art. 2125 c.c. subordina la validità del patto alla determinazione di un duplice limite territoriale e merceologico, nonché ad una limitazione temporale di 5 anni per i dirigenti e di 3 anni negli altri casi, mentre l'art. 2596 c.c. richiede la delimitazione dell'attività in relazione alla sua localizzazione o al suo genere per una durata massima di un quinquennio), ma anche perché solo nel primo caso era prevista la specifica onerosità del patto in questione¹⁰.

La problematica è stata risolta parzialmente con l'art. 1751-bis, inserito nel Codice Civile dall'art. 5 del D.Lgs. 10 settembre 1991, n. 303.

Detta disposizione ha avuto il merito di prevedere la forma scritta del patto a pena di nullità e una durata massima di due anni.

Nulla si dice, però, circa il momento della stipula, che comunque si ritiene possa avvenire in qualsiasi fase, quantomeno fino alla conclusione del rapporto di agenzia; tuttavia l'Accordo Economico del Commercio consente la stipulazione del patto solo al momento dell'inizio del rapporto in questione (cfr. art. 7, comma 1, dell'A.E.C.).

La norma ha anche disposto che l'oggetto del patto deve riguardare lo stesso "genere di beni o servizi" (quindi non esattamente gli stessi prodotti) ai quali si riferiva il contratto di agenzia.

Per ciò che concerne i limiti connessi alla zona e alla clientela, "*detto patto può ritenersi operante ai sensi dell'art. 1751 bis cod. civ., comma 1, solo*

¹⁰ Sulla ricostruzione storica di tale problematica, cfr. A. CARESTIA, *L'onerosità del patto di non concorrenza nel rapporto di agenzia*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, n. 3-4, 1 maggio 2001, pp. 471 ss.

*per la medesima zona e clientela per la quale era stato concluso il contratto di agenzia, mentre deve ritenersi nullo per la parte eccedente*¹¹.

È interessante evidenziare come la giurisprudenza abbia ricollegato “solo” la sanzione della nullità parziale del patto, laddove siano stati superati i limiti in questione (sempre che non venga provato che le parti non avrebbero stipulato detto accordo senza quelle condizioni)¹².

La previsione di un corrispettivo per il patto in questione è stata introdotta solo con l’art. 23 della Legge 29 dicembre 2000, n. 422 (legge comunitaria 2000, in attuazione dell’art. 20 della direttiva 86/653/CEE del Consiglio, del 18 dicembre 1986/422/2000)¹³.

¹¹ Cfr. Cass. civ. Sez. lavoro, Sent., (ud. 12-05-2010) 16-09-2010, n. 19586 in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*.

¹² Cass. 30 dicembre 2009 n. 27839 in *pluris-cedam.utetgiuridica.it* afferma: “*esattamente il giudice di merito ritiene che il patto di non concorrenza inserito in un contratto di agenzia possa, ai sensi dell’art. 1751 bis c.c., comma 1, cit., operare soltanto per la medesima zona e clientela per le quali era stato concluso il contratto d’agenzia e sia nullo per la parte eccedente*”.

¹³ Sulla non applicabilità della novella legislativa ai patti stipulati antecedentemente alla Legge n. 422/2000, cfr. Cass. civ. Sez. lavoro, Sent., (ud. 01-12-2016) 31-05-2017, n. 13796 in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*, in cui si legge quanto segue: “*dunque, il patto di non concorrenza è stato concordato dalle parti allorquando la legislazione vigente non prevedeva un compenso per l’obbligo di astensione post contrattuale assunto dall’agente (a differenza di quanto prescritto per il contratto di lavoro subordinato dall’art. 2125 c.c., che già allora comminava una espressa sanzione di nullità “se non è pattuito un corrispettivo a favore del prestatore di lavoro”). Quindi, la previsione di un compenso per l’impegno assunto dall’agente e la sua disciplina erano lasciate alla libera dinamica contrattuale. Solo con la L. n. 422 del 2000, art. 23, il legislatore, senza che ciò fosse necessitato dalla disciplina comunitaria in materia, ha introdotto l’art. 1751 bis, comma 2, c.c., a decorrere dal primo giugno 2001, stabilendo che l’accettazione del patto di non concorrenza comporta, in occasione della cessazione del rapporto, la corresponsione all’agente commerciale di una indennità di natura non provvigionale, indicando i parametri cui l’indennità va commisurata, affidando la sua determinazione alla contrattazione tra le parti (tenuto conto degli accordi economici nazionali di categoria) e prevedendo che in difetto di accordo l’indennità venga determinata in via equitativa dal giudice. Si intende, pertanto, dare continuità all’anzidetto principio di diritto, condividendo le ragioni che lo sorreggono. In assenza di una disciplina transitoria predisposta dal legislatore -(dettata invece dal D.Lgs. n. 303 del 1991, art. 6, per la applicazione ai contratti in corso del comma 1 dello stesso art. 1751 bis) - deve farsi riferimento all’art. 11 disp. prel. c.c., secondo cui la legge non dispone che per l’avvenire e non ha effetto retroattivo” [...]. Ove non si applicasse la regola descritta della naturale irretroattività della legge, si altererebbe in modo determinante l’originario programma contrattuale che le parti si erano liberamente date, producendo effetti iniqui”.* Nello stesso senso, Cass. civ., Sez. lavoro, Sent., (data ud. 13/10/2016) 03/01/2017, n. 53 in *onelegale.wolterskluwer.it*, ha statuito che: “*in materia di contratto di agenzia, l’art. 1751 - bis c.c., comma 2, introdotto dalla L. 29 dicembre 2000, n. 422, art. 23, secondo cui l’accettazione del patto di non concorrenza comporta, in occasione della cessazione del rapporto, la corresponsione all’agente commerciale di una indennità di natura non provvigionale, non si applica ai patti stipulati prima della sua entrata in vigore, ancorchè i contratti di agenzia cui si riferiscano siano cessati successivamente*”.

All'agente, dunque, è dovuto un corrispettivo, di natura non provvigionale, che di conseguenza non incide sul calcolo dell'indennità di cessazione e che non rileva neppure sotto il profilo previdenziale.

L'indennità prevista dall'art. 1751-bis c.c., a differenza di quanto accade nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato disciplinato dall'art. 2125 c.c., non può essere sostituita da altre utilità.

L'onerosità, però, non è imposta per la validità del patto di non concorrenza, in quanto il corrispettivo può mancare oppure essere determinato successivamente¹⁴.

La quantificazione del corrispettivo è rimessa all'accordo delle parti e deve tener conto della durata del patto, della natura del contratto di agenzia, dell'indennità di fine rapporto e delle previsioni degli accordi economici collettivi se applicati. Soltanto in mancanza di una determinazione pattizia, il corrispettivo sarà stabilito dal giudice in via equitativa tenuto conto dei parametri indicati dallo stesso legislatore al comma 2 dell'art. 1751-bis c.c.

Tuttavia, si evidenzia che i parametri per la quantificazione del corrispettivo sono valutabili solo al momento della cessazione del rapporto e ciò risulta in contrasto con la diffusa prassi commerciale secondo la quale il compenso viene determinato al momento della conclusione del contratto e corrisposto periodicamente in percentuale sul fatturato.

Si apre, dunque, la questione della legittimità di siffatta prassi.

Ed invero, un primo orientamento esclude la possibilità di corrispondere l'indennità in costanza di rapporto di lavoro¹⁵.

¹⁴ Cfr., in tal senso, Cass. civ. Sez. lavoro, Sent., n. 13796/2017 cit. in cui si legge: “*per l'art. 1751 bis, comma 2, la corresponsione di una indennità all'agente commerciale non è prevista a pena di nullità del patto di non concorrenza post contrattuale; anche per la nuova disciplina l'agente, d'intesa con la preponente, può espressamente stabilire che all'obbligo assunto non sia correlato un corrispettivo, atteso che la non specifica valorizzazione economica dell'impegno può giustificarsi come conveniente nel contesto dell'intero rapporto di agenzia. Dunque, anche nel vigore della nuova disciplina, la naturale onerosità del patto di non concorrenza non è inderogabile, in quanto non presidiata da una sanzione di nullità espressa e non diretta alla tutela di un interesse pubblico generale (così ancora Cass. n. 12127/15 cit.)*”.

¹⁵ A. CARESTIA, op. cit., pp. 471 ss., ritiene che l'indennità in questione non possa essere corrisposta ratealmente con il pagamento delle provvigioni dovute nel corso del rapporto, e quindi anticipatamente rispetto al momento iniziale di efficacia del patto di non concorrenza.

Si sostiene, infatti, che *“qualora il patto di non concorrenza sia inserito nel testo del contratto di agenzia, il diritto all'indennità sorge nel momento stesso della sua conclusione e non in relazione all'effettivo adempimento dell'obbligo di non concorrenza da parte dell'agente, anche se tale diritto diviene esigibile soltanto al momento della cessazione del rapporto”*¹⁶.

Per contro, esiste un altro orientamento, forse più attento al concreto evolversi dei rapporti, che evidenzia come non sia stata prevista alcuna nullità collegata al pagamento dell'indennità in costanza di rapporto e che critica l'orientamento più restrittivo il quale *“potrebbe portare a conseguenze risibili quali il diritto del preponente alla ripetizione delle somme eventualmente versate prima della conclusione del rapporto quale corrispettivo dell'obbligo di non concorrenza (in quanto indebite), per poi dover il preponente riversare quelle stesse somme immediatamente dopo in ossequio alla tempistica imposta dalla nuova legge, oppure più semplicemente ad operazioni di compensazione”*¹⁷.

4. IL PATTO DI NON CONCORRENZA CON IL LAVORATORE AUTONOMO

Anche al di fuori dell'ambito giuslavoristico, il legislatore ha disciplinato i patti limitativi della concorrenza.

A tal fine, occorre richiamare l'art. 2596 c.c. dove è previsto che *“il patto che limita la concorrenza deve essere provato per iscritto. Esso è valido se circoscritto ad una determinata zona o ad una determinata attività, e non può eccedere la durata di cinque anni.*

Se la durata del patto non è determinata o è stabilita per un periodo superiore a cinque anni, il patto è valido per la durata di un quinquennio”.

¹⁶ Cfr. Tribunale Arezzo, Sent., 09/12/2020, n. 281 in onelegale.wolterskluwer.it

¹⁷ N. ALESSANDRI, *Agenzia: indennità di fine rapporto e patto di non concorrenza*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 3, 1 marzo 2001, pp. 209 ss., rileva quanto segue: *“la norma, malgrado il "tono" imperativo, nulla dice. Sembra quindi doversi concludere che sia valido il patto che preveda un pagamento per l'obbligo di non concorrenza anche durante il rapporto di agenzia in ossequio al principio della tipicità dei casi di nullità, e comunque della necessità di una previsione per legge per i casi di nullità di clausole”.*

È bene precisare che la sfera di applicazione dell'art. 2596 c.c. va oltre gli accordi fra imprenditori e possono assumere la veste di parte contrattuale sia le persone fisiche che quelle giuridiche.

In base a tale previsione, dunque, i patti limitativi della concorrenza disciplinati dalla norma generale sopra riportata, devono essere redatti per iscritto *ad probationem*.

Ai fini della validità dell'accordo, è necessario che lo stesso sia “*circoscritto ad una determinata zona o ad una determinata attività*” e che non ecceda la durata dei cinque anni.

Laddove non sia prevista espressamente la sua durata oppure quest'ultima ecceda il quinquennio, il contratto viene integrato con la disposizione di legge che sostituisce la clausola invalida, con la previsione della durata quinquennale.

Maggiori perplessità pongono invece l'oggetto del patto ex art. 2596 cc. e i limiti che lo devono contraddistinguere.

La necessità di circoscrivere l'accordo, ai fini della sua stessa validità, “*ad una determinata zona o ad una determinata attività*” pone, infatti, il dubbio se il limite territoriale e quello relativo all'attività debbano considerarsi concorrenti ovvero alternativi.

La tesi prevalente ritiene che si tratti di limiti alternativi, in quanto il legislatore ha utilizzato la particella disgiuntiva¹⁸.

Occorre precisare poi che la portata ed il valore della disposizione deve ritenersi mutata a seguito dell'introduzione della normativa speciale *antitrust* (art. 81 Trattato CE già art. 85, art. 2, L. 10.10.1990, n. 287)¹⁹.

¹⁸ In tal senso, cfr. Corte d'Appello Milano, 14/05/1996 in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*.

¹⁹ In base all'art. 81 del Trattato: “*1. Sono incompatibili con il mercato comune e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazione d'impresa e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra gli Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune ed in particolare quelli consistenti nel: a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione; b) limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti; c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento; d)*”

Pertanto, l'art. 2596 c.c. vale innanzitutto per i patti limitativi della concorrenza che non spiegano effetti oltre le parti e non toccano né il mercato nazionale né una sua parte rilevante²⁰.

Del pari, occorre salvaguardare quanto previsto dalla normativa comunitaria ed in particolare dall'art. 81 del Trattato CE, che vieta “*gli accordi fra imprese*”, “*le decisioni di associazioni d'impresa e le pratiche concordate*” che possano arrecare pregiudizio al commercio fra gli Stati Membri e che siano idonei a pregiudicare il gioco della concorrenza nell'ambito del mercato comune.

Alla luce di quanto precede si sottolinea la residualità dell'ambito di applicazione dell'art. 2596 cc²¹.

È importante in questa sede richiamare l'art. 2596 c.c. (per lo più estraneo al settore giuslavoristico), in quanto si è posto il problema di individuare il rapporto tra tale disposizione e quella prevista per il “prestatore di lavoro” all'art. 2125 cc²².

applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza; e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi.

2. *Gli accordi o decisioni, vietati in virtù del presente articolo, sono nulli di pieno diritto.*

3. *Tuttavia, le disposizioni del paragrafo 1 possono essere dichiarate inapplicabili:*

- *a qualsiasi accordo o categoria di accordi fra imprese;*

- *a qualsiasi decisione o categoria di decisioni di associazioni d'impresa e*

- *a qualsiasi pratica concordata o categoria di pratiche concordate che contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva, ed evitando di: a) imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi; b) dare a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi”.*

²⁰ Cfr., in tal senso, A. VANZETTI, V. DI CATALDO, *Manuale di Diritto Industriale*, 5a ed., Milano, 2005, p. 622.

²¹ Sul punto, cfr. G. ANDREOTTI, *Clausola di non concorrenza*, in *Clausole negoziali. Profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche*, a cura di M. CONFORTINI, Utet, 2017, pp. 521 ss.. L'Autore precisa che “l'art. 2596 c.c., dal suo canto, lontano dal contrastare le discipline antitrust, entra in gioco nel momento in cui è esclusa la loro applicazione. La norma si ritaglia spazio allorché i patti di non concorrenza non risultano vietati dalle discipline antitrust: ove i patti non giungano ad alterare la libera concorrenza del mercato, essi devono essere raffrontati con l'art.2596; in questo senso, bisognerà verificare che i patti, pur se leciti per le discipline antitrust, rispettino le prescrizioni poste dall'art. 2596”.

²² Per una ricostruzione degli orientamenti in tema di rapporto tra l'art. 2125 c.c. e 2596 c.c., cfr. A. PAVONE, op.cit., pp. 3 s.

Secondo un primo orientamento, infatti, l'art. 2125 c.c. costituirebbe una specie del più generale patto di non concorrenza previsto dall'art. 2596 cc, con la conseguenza che potrebbe applicarsi quest'ultima disposizione, ove non derogata dalla norma speciale.

Secondo un diverso orientamento, invece, si tratta di due fattispecie autonome, per cui la disciplina dell'una non può essere applicata a quella dell'altra; a tale conclusione dovrebbe pervenirsi in ragione di molteplici fattori e segnatamente: il diverso ambito di applicazione (l'art. 2125 c.c. è destinato ai lavoratori subordinati, mentre l'art. 2596 c.c. riguarda i lavoratori autonomi e non richiede un pregresso vincolo tra le parti come può essere il contratto di lavoro), la diversa collocazione nel codice civile (l'art. 2125 c.c. è disciplinato nell'ambito del rapporto di lavoro, mentre l'art. 2596 c.c. è inserito nell'ambito della disciplina della concorrenza e dei consorzi), la differente disciplina (in particolare l'art. 2125 c.c. richiede la forma scritta *ad substantiam* e presuppone un corrispettivo, mentre l'art. 2596 c.c. richiede la forma scritta solo *ad probationem* e non prevede il corrispettivo), i differenti beni giuridici alla cui tutela sono preordinati i due istituti (l'art. 2125 c.c. è funzionale a tutelare il diritto al lavoro dell'ex dipendente, limitando il potere datoriale, mentre l'art. 2596 c.c. è funzionale a tutelare la libertà del mercato)²³.

In particolare, in dottrina si è evidenziato “*come l'art. 2125 Codice civile limiti l'obbligo di non concorrenza entro confini più ristretti, risolvendosi in ultima istanza in una disciplina più favorevole nei confronti del soggetto passivo del patto. Non solo infatti è prevista la forma scritta a pena di nullità, ma si richiede altresì che sia pattuito un compenso determinato, laddove l'art. 2596 Codice civile sembrerebbe ammettere la previsione di*

²³ In tal senso, A. PAVONE, op.cit., pp. 3 s.

un'unica controprestazione a fronte sia dell'obbligo di non concorrenza, sia di altri e differenti obblighi"²⁴.

Ha aderito a tale ultimo orientamento di recente anche la Suprema Corte, che ha precisato quanto segue: *“il legislatore ha dettato, nell'ambito della generale disciplina ex art. 2596 c.c., in tema di limitazioni (legali o volontarie) alla concorrenza, una specifica regolamentazione che porta a differenziare integralmente il lavoratore subordinato da tutti gli altri soggetti pur essi destinatari del divieto di concorrenza (cfr. al riguardo: art. 1751 bis c.c.; art. 2557 c.c.; artt. 2301 e 2390 c.c.; così Cass. n. 5691 del 2002)”*²⁵.

Si esclude, dunque, che l'art. 2596 c.c. possa trovare applicazione diretta o anche solo analogica nel settore del lavoro subordinato²⁶.

Ancora una volta, dunque, la giurisprudenza più recente, al pari della dottrina maggioritaria, ha rimarcato la specialità della disciplina dettata per i rapporti di lavoro subordinati.

È evidente, infatti, come sussista una situazione di particolare debolezza del dipendente, che ha portato il legislatore a creare delle norme che derogano rispetto al diritto comune.

²⁴ Cfr. L. CASTELLI, *Patto di non concorrenza e livelli diversi di mercato*, in *I Contratti*, n. 7, 1 luglio 2004, pp. 707 ss.

²⁵ Cass. civ. Sez. lavoro, Ord., 01-03-2021, n. 5540 in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*.

²⁶ In tal senso, A. PAVONE, *op.cit.*, p. 4.

CAP. II
IL PATTO DI NON CONCORRENZA NEL LAVORO
SUBORDINATO

1. L'ART. 2125 C.C.

Tra i patti limitativi della concorrenza, di primario interesse è quello stipulato nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato, la cui regolamentazione si rinviene nell'art. 2125 c.c.

In base a tale disposizione, *“il patto con il quale si limita lo svolgimento dell'attività del prestatore di lavoro, per il tempo successivo alla cessazione del contratto, è nullo se non risulta da atto scritto, se non è pattuito un corrispettivo a favore del prestatore di lavoro e se il vincolo non è contenuto entro determinati limiti di oggetto, di tempo e di luogo.*

La durata del vincolo non può essere superiore a cinque anni, se si tratta di dirigenti, e a tre anni negli altri casi. Se è pattuita una durata maggiore, essa si riduce nella misura suindicata”.

Tale disposizione ha natura imperativa ed inderogabile, per cui le parti possono stipulare il patto di non concorrenza solo nei limiti concessi dal legislatore²⁷.

Tale previsione normativa è sicuramente più restrittiva rispetto a quelle previste dagli artt. 1751-bis e 2596 c.c., sia con riferimento ai limiti sia con riferimento alle conseguenze derivanti dalla loro violazione; tale diverso trattamento si giustifica con l'esigenza di tutelare il contraente debole e cioè il lavoratore che, trovandosi in una posizione di soggezione, potrebbe essere indotto a sottoscrivere contratti, in realtà non voluti e per lui poco vantaggiosi²⁸.

²⁷ Sulla natura imperativa della disposizione, cfr. Cass. civ., 25/05/1983, n. 3625, in *pluriscadam.utetgiuridica.it*.

²⁸ Come noto, non si tratta dell'unica previsione derogatoria rispetto alle ordinarie norme civilistiche; si pensi, a tal proposito, sempre nell'ambito del diritto del lavoro, alla disciplina in tema di rinunce e transazioni oppure, al di fuori del settore giuslavoristico, alla disciplina che tutela il consumatore.

La disposizione in esame, dunque, è funzionale a creare dei limiti al potere contrattuale del datore di lavoro.

Tuttavia la norma risulta, sotto diversi profili, generica e presenta importanti criticità, che alimentano un dibattito non ancora sopito sia in dottrina che in giurisprudenza.

2. L'INTERESSE DELLE PARTI ALLA STIPULA DEL PATTO

Per comprendere a pieno la disciplina del patto di non concorrenza nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato, si deve partire dall'esame degli interessi che le parti intendono soddisfare con l'accordo in questione.

Innanzitutto, parte datoriale ha un preciso interesse a salvaguardare, da una parte, il proprio patrimonio immateriale (come i processi tecnici, amministrativi e produttivi utilizzati in azienda e con cui il dipendente viene necessariamente in contatto) e, dall'altra, la propria clientela, che spesso intrattiene un rapporto diretto e immediato con il dipendente e che, dunque, potrebbe decidere di "seguire" quest'ultimo presso un'impresa concorrente²⁹.

Tali interessi sono sicuramente legittimi e trovano la propria copertura nell'art. 41 della Costituzione³⁰.

Si è posto, però, il problema di capire se, accanto a tali profili, possa avere una qualche rilevanza giuridica anche l'interesse alla fidelizzazione del dipendente.

Sicuramente tale finalità esiste e risulta evidente soprattutto nei casi in cui il corrispettivo del patto viene versato nel corso del rapporto di lavoro, così

²⁹ Sull'interesse datoriale alla stipula del patto di non concorrenza, cfr. L. TANI, *Patto di non concorrenza: il labile confine tra (in)determinatezza e (in)determinabilità del corrispettivo*, in *ADL - Argomenti di Diritto del Lavoro*, n. 6/2016, p. 1301. Giova precisare che, come evidenziato da Cass. civ., Sez. lavoro, Ord., n. 22247/2021 cit., l'interesse ad evitare la perdita di clientela potrebbe essere soddisfatto anche mediante la clausola contenente il divieto di storno della clientela, a cui però – come si è già detto – non si applica l'art. 2125 c.c.

³⁰ M. CERBONE, *Nullità del patto di non concorrenza ex art. 2125 c.c. tra indeterminabilità e non adeguatezza del corrispettivo* in *Giurisprudenza Italiana* – Luglio 2021, p. 1687.

finendo per accrescere il compenso mensile del dipendente, che può perdere interesse a ricercare altre occupazioni³¹.

Si è evidenziato, però, che se si accentua l'interesse alla fidelizzazione del dipendente, si corre il rischio di spezzare quel collegamento funzionale tra le due obbligazioni di non concorrenza – quella ex art. 2125 c.c. e quella ex art. 2105 c.c. – e dunque si finisce al di fuori del perimetro causale del patto, che si piegherebbe alla diversa funzione di soddisfare l'interesse datoriale, in un bilanciamento meno rispettoso della professionalità del lavoratore vincolato³².

Ovviamente anche il dipendente ha interesse alla sottoscrizione del patto di non concorrenza, in quanto percepisce un corrispettivo a fronte di un obbligo di non fare.

Peraltro, i dipendenti possono avere ulteriori interessi alla stipula del patto, anche non strettamente economici; ben può accadere, infatti, che il datore di lavoro comunichi informazioni aziendali e trasmetta conoscenze riservate solo a quei dipendenti che abbiano stipulato il patto; in tal caso, questi (e solo questi) riceveranno un arricchimento conoscitivo e professionale altrimenti precluso.

³¹ M. DALLACASA, *Il compenso per il patto di non concorrenza: le distinzioni della Cassazione in tema di nullità*, in *Il Lavoro nella giurisprudenza* 10/2021, p. 920, sostiene quanto segue: “*nel patto di non concorrenza si sovrappongono due diverse funzioni, che rispondono a due diversi interessi datoriali; da un lato l'interesse a che il lavoratore, andando a lavorare con un concorrente, non approfitti illecitamente di quanto egli ha appreso dell'impresa presso cui ha lavorato (know how, avviamento, condizioni contrattuali con clienti e fornitori), dall'altro l'interesse a che il lavoratore non utilizzi a favore di altri il patrimonio di conoscenze professionali che egli ha acquisito e che ormai è suo proprio. Da un lato, dunque il patto di non concorrenza come difesa avanzata rispetto ad atti di concorrenza sleale; dall'altro il patto di non concorrenza come modalità di fidelizzazione del lavoratore. Da questo secondo punto di vista, ben si comprende che il compenso del patto di non concorrenza operi come un superminimo, col vantaggio per il datore di lavoro di impedire che il lavoratore giochi al rialzo col concorrente.*”. Sul patto di non concorrenza come forma di fidelizzazione del dipendente cfr. anche A. BOSCATI, op. cit., pp. 1080 s.

³² Per tale posizione cfr. M. CERBONE, op. cit., pp. 1689 s. che, nel commentare Cass. civ. Sez. lavoro, Ord., 01-03-2021, n. 5540, proprio sulla finalità fidelizzante del patto, rileva come “*l'impressione è che la stessa Cassazione confermi un'impostazione del profilo causale del patto non compatibile con la logica della fidelizzazione*”.

Gli interessi del dipendente hanno una copertura negli artt. 4 e 35 della Costituzione³³.

È evidente, dunque, come entrambe le parti abbiano interesse alla stipula del patto di non concorrenza.

Tuttavia è altrettanto evidente come il dipendente, trovandosi in uno stato di soggezione rispetto al proprio datore di lavoro, possa essere indotto ad accettare patti iniqui e trovarsi, a valle della cessazione del rapporto di lavoro, sprovvisto dei mezzi necessari per potersi sostenere.

A tal fine soccorre la disciplina codicistica che ha previsto sia dei limiti alla stipulazione del patto di non concorrenza sia conseguenze radicali per la loro violazione, proprio al fine di garantire il corretto bilanciamento dei rispettivi interessi³⁴.

3. LA NATURA GIURIDICA DEL PATTO

Il patto di non concorrenza stipulato con i dipendenti viene generalmente definito come un contratto a titolo oneroso a prestazioni corrispettive, in forza del quale il datore di lavoro si obbliga a corrispondere una somma di denaro o altra utilità al dipendente, in cambio della rinuncia di quest'ultimo, entro determinati limiti, a svolgere attività concorrenziale dopo la cessazione del rapporto di lavoro³⁵.

In genere, si afferma che da tale pattuizione sorgono, a carico del dipendente, effetti differiti, nel senso che il vincolo negoziale si perfeziona

³³ Sulla rilevanza costituzionale degli interessi e delle esigenze del lavoratore, cfr. M. CERBONE, op. cit., p. 1687.

³⁴ Cass. civ. Sez. lavoro, Ord., 01-03-2021, n. 5540 cit. rileva che “*dal punto di vista degli interessi meritevoli di tutela regolati dal patto, questa Corte ha affermato che le clausole di non concorrenza sono finalizzate, da un canto, a salvaguardare l'imprenditore da qualsiasi "esportazione presso imprese concorrenti" del patrimonio immateriale dell'azienda, trattandosi di un bene che assicura la sua resistenza sul mercato ed il suo successo rispetto alle aziende concorrenti, e, d'altro canto, a tutelare il lavoratore subordinato, affinché le dette clausole non comprimano eccessivamente le possibilità di poter indirizzare la propria attività lavorativa verso altre occupazioni, ritenute più convenienti (da ultimo, Cass. n. 9790 del 2020, conf. a Cass. n. 24662 del 2014)*”.

³⁵ In giurisprudenza cfr., *ex plurimis*, Cass. civ. Sez. lavoro, 02-03-1988, n. 2221, nonché Cass., Sez. lav., 01-03-2021, n. 5540 entrambe in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*. In dottrina, tra i tanti, cfr. M. CERBONE, op. cit., pp. 1684 ss. e A. BOSCATI, op. cit., p. 1080.

con l'accordo, mentre l'effetto finale si realizza dopo la cessazione del rapporto di lavoro³⁶.

Tuttavia, si è evidenziato come gli effetti del patto di non concorrenza non siano soltanto differiti, in quanto l'accordo, già dalla sua stipulazione, produce effetti sul dipendente, che non può programmare la propria vita lavorativa futura e che non può neppure cercare, durante il rapporto di lavoro, alternative occupazionali in contrasto con il vincolo derivante dal patto di non concorrenza; in assenza di tale pattuizione, infatti, la ricerca di alternative occupazionali non sarebbe preclusa al dipendente, che dovrebbe attenersi "solo" ai vincoli derivanti dall'art. 2105 cc³⁷.

Tale rilievo introduce il problema della differente portata dell'art. 2125 c.c. (che disciplina il patto di non concorrenza dei dipendenti) rispetto all'art. 2105 c.c. (che tratta dell'obbligo di fedeltà durante il rapporto di lavoro e che vieta al dipendente di trattare affari, per conto proprio o di terzi, in concorrenza con l'imprenditore e di divulgare notizie attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa, o farne uso in modo da poter recare ad essa pregiudizio).

³⁶ Sul punto, in dottrina, cfr. A. BOSCATI, op. cit., p. 1080.

³⁷ In proposito, L. CAIRO, U. VILLA, *Recesso e opzione nel patto di non concorrenza: orientamenti della giurisprudenza* in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 5/2018, p. 468, rilevano quanto segue "l'art. 2105 c.c. vieta al lavoratore di trattare affari in concorrenza con il datore di lavoro per tutta la durata del rapporto di lavoro ma non gli impedisce di dimettersi per andare a lavorare da un concorrente. In altre parole, l'obbligo di non concorrenza previsto dall'art. 2125 c.c., per quanto sia destinato a entrare in vigore alla fine del contratto di lavoro, produce, come effetto indiretto, un obbligo che limita immediatamente, e per tutta la durata del rapporto di lavoro, il mercato disponibile per il dipendente, imponendogli di rifiutare eventuali offerte di impiego da concorrenti del datore di lavoro". Nello stesso senso, R. PETTINELLI, *La clausola di recesso unilaterale apposta al patto di non concorrenza è nulla? Così è (se vi pare)*, in *Giurisprudenza Italiana* – Novembre 2020, p. 2526, che così testualmente afferma: "in questi termini andrebbe evidentemente ripensata la tesi che attribuisce al patto efficacia del patto differita, in quanto esso dispiegherebbe i suoi effetti solo a decorrere dalla cessazione del rapporto di lavoro posto che, nel corso di esso, ad operare è l'art. 2105 c.c. A ben vedere, infatti, l'apposizione di un vincolo alla concorrenza differenziale del dipendente manifesta un effetto dissuasivo sulla possibilità per il dipendente di programmare la propria vita lavorativa futura immediato. L'efficacia del patto è solo formalmente differita, in quanto il patto incide sulle scelte del dipendente sin dal momento della sua sottoscrizione, limitandone, in particolare, la ricerca di una nuova occupazione e la stessa libertà di recesso dal rapporto. E, in questo senso, assume una finalità di retention immediata".

Secondo un primo orientamento, infatti, le due disposizioni proteggerebbero i medesimi beni, sicché il vincolo del patto di non concorrenza si porrebbe come un prolungamento del dovere di fedeltà oltre la cessazione del rapporto di lavoro³⁸.

Tuttavia, l'orientamento prevalente tende a differenziare le due previsioni normative; se è vero, infatti, che entrambe sono finalizzate ad impedire la concorrenza del lavoratore subordinato, non coincidono gli obblighi dalle stesse nascenti.

Ed invero, il vincolo di cui all'art. 2105 c.c. (che opera durante il rapporto di lavoro) vieta ogni forma di concorrenza, mentre quello di cui all'art. 2125 c.c. (destinato ad operare successivamente alla cessazione del rapporto) non vieta la concorrenza *tout court*, ma solo quella prevista dal patto sottoscritto dalle parti; differenti sono anche le finalità delle due norme, in quanto la prima protegge il datore di lavoro da eventuali condotte del dipendente contrarie al vincolo di fiducia e fedeltà, mentre la seconda, da un lato, è funzionale a garantire il datore di lavoro da condotte in concorrenza successive alla cessazione del rapporto e, dall'altro lato, è finalizzata a limitare l'autonomia contrattuale, salvaguardando il diritto del lavoratore di ricercare comunque una nuova occupazione³⁹.

In coerenza con tali rilievi, dunque, si ritiene che il patto di non concorrenza, ancorché inserito nel contratto di lavoro, costituisca una fattispecie negoziale autonoma, dotata di una causa distinta, costituita dal nesso sinallagmatico tra l'obbligo di non fare concorrenza e la contrapposta obbligazione di riconoscere un corrispettivo, benché vincolata da un nesso di interdipendenza funzionale con il rapporto di lavoro⁴⁰.

³⁸ Cfr. Cass. 25 luglio 1986, n. 4757 e Cass. 22 gennaio 1987, n. 595 entrambe in *pluriscadam.utetgiuridica.it*

³⁹ A. PAVONE, *Patto di non concorrenza, profili generali*, in *Guida al Lavoro / Il Sole 24ore*, n. 16, 10 aprile 202, pp. 2 ss..

⁴⁰ Cass. civ. Sez. lavoro, Ord., (ud. 20-10-2020) 01-03-2021, n. 5540 in *pluriscadam.utetgiuridica.it* ha chiarito che “il patto di non concorrenza, anche se è stipulato contestualmente al contratto di lavoro subordinato, rimane autonomo da questo, sotto il profilo prettamente causale”. In questi stessi termini si esprime anche A. BOSCATI, *op.cit.*, p. 1080 che

Da tale premessa consegue anche il principio secondo cui la nullità del patto di non concorrenza non si ripercuote sul contratto di lavoro.

Tuttavia, proprio perché l'autonomia tra il contratto di lavoro e il patto di non concorrenza non è assoluta, potendosi parlare di un collegamento negoziale, si pone il problema di individuare le conseguenze della nullità del primo sul secondo⁴¹.

Si tratta di una questione che dal punto di vista pratico probabilmente è marginale, poiché non sono frequenti le ipotesi in cui il contratto di lavoro viene dichiarato nullo; la problematica, però, dal punto di vista giuridico, merita ulteriori approfondimenti.

In questo caso, infatti, il collegamento negoziale tra i due contratti potrebbe portare ad escludere la validità del patto di non concorrenza, che presuppone appunto l'esistenza del contratto di lavoro.

Tuttavia, tale conclusione finirebbe per frustrare la legittima esigenza di tutela del datore che, seppur in ragione di un contratto di lavoro nullo, ha fornito informazioni (anche riservate e confidenziali) all'ex dipendente⁴².

4. IL MOMENTO DELLA STIPULAZIONE

richiama la giurisprudenza a sostegno di tale tesi (e cioè Cass. 21 aprile 1966, n. 1027, in *Foro It.*, 1966, I, col. 1520; Cass. 13 maggio 1975, n. 1846, in *Foro It.*, 1975, I, col. 2248; Cass. 30 luglio 1987, n. 6618; Trib. Milano 10 maggio 2012, in *Leggi D'Italia*), dando comunque atto anche dell'esistenza di pronunce di segno opposto e cioè Cass. 25 luglio 1986, n. 4757 e Cass. 22 gennaio 1987, n. 595.

⁴¹Sul collegamento negoziale, cfr. M. CERBONE, op. cit., pp. 1684 s., che rileva quanto segue: *“la circostanza che gli effetti limitativi del patto si producano per il tempo successivo alla cessazione del contratto non deve tuttavia far propendere per la assoluta impermeabilità tra patto di non concorrenza e obbligo di non concorrenza incardinato ex art. 2105 c.c. nella struttura del contratto di lavoro subordinato ex art. 2094 c.c. Le due disposizioni codicistiche instaurano, invece, un nesso di interdipendenza funzionale tra le due obbligazioni che è necessario considerare anche per le conseguenze sulla funzione del patto medesimo”*. Cfr. anche S. SONNATI, *Licenziamento illegittimo, dimissioni per giusta causa e patto di non concorrenza: il lavoratore può riappropriarsi della piena libertà di lavorare?*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2020, pp. 573 ss.

⁴² Di recente, Cass. civ., Sez. VI - Lavoro, Ord., (data ud. 08/06/2021) 26/11/2021, n. 36940, in *onegale.wolterskluwer.it*, ha confermato la decisione della Corte di Appello di Bologna e ha ritenuto legittimo, in ipotesi di trasferimento di ramo di azienda ex art. 2112 c.c., l'automatico trasferimento del patto dalla società cedente alla cessionaria, essendo evidente il collegamento funzionale del patto con il contratto di lavoro.

Una delle prime lacune ravvisabili nell'art. 2125 c.c. riguarda il momento in cui le parti possono stipulare il patto di non concorrenza.

Giurisprudenza e dottrina ritengono pressoché unanimemente che il patto possa essere stipulato, oltre che durante il rapporto di lavoro, anche contestualmente all'assunzione, non risultando alcun divieto in tal senso.

Proprio perché la disposizione in parola non individua un limite temporale alla stipulazione del patto, ci si è chiesti se quest'ultimo possa essere sottoscritto anche successivamente alla cessazione del rapporto di lavoro⁴³.

Tuttavia si è osservato come, per risolvere il quesito, non si possa prescindere dalla questione relativa all'esistenza di un effettivo interesse meritevole di tutela alla stipula del patto, in capo al datore di lavoro.

Può accadere infatti che, nel tempo intercorso tra la cessazione del rapporto di lavoro e la stipula del patto, il dipendente abbia instaurato un diverso rapporto di lavoro con un altro imprenditore e utilizzato le conoscenze in precedenza acquisite in favore di quest'ultimo.

Anche sulla scorta di tali rilievi, dunque, si è sviluppato un orientamento che ha escluso radicalmente la possibilità di stipulare il patto di non concorrenza a valle della cessazione del rapporto di lavoro e ha individuato il termine ultimo per la sua sottoscrizione nel momento della risoluzione di tale rapporto⁴⁴.

Sulla questione, però, sono intervenute le Sezioni Unite della Cassazione che hanno disatteso (almeno in parte) tale orientamento e hanno affermato la legittimità del patto stipulato dopo la cessazione del rapporto di lavoro, tutte le volte che *“il patto stesso, avente origine e causa da detto evento ed*

⁴³ A. PAVONE, op. cit., pp. 4 ss., descrive puntualmente l'evoluzione storica del dibattito dottrinario e giurisprudenziale in ordine alla possibilità di stipulare il patto di non concorrenza dopo la cessazione del rapporto di lavoro. Per un utile sunto delle differenti posizioni sul punto, cfr. anche A. BOSCATI, op.cit., pp. 1081 s.

⁴⁴ A. PAVONE, op. cit., p. 5, richiama a sostegno di tale orientamento, Cass. civ., 08/08/1962, n. 2465, Corte d'Appello Milano 14/04/1950, Corte d'Appello Torino 01/07/1963.

*in collegamento col regolamento che le parti hanno fatto dei reciproci interessi economici, sia da ricondurre al rapporto medesimo*⁴⁵.

In altri termini, si ritiene ammissibile la stipulazione del patto successivamente alla conclusione del rapporto di lavoro, purché ciò avvenga nell'ambito di una transazione, tesa alla definizione di un conflitto di interessi ancora pendente; viceversa, laddove l'assetto di interessi sia stato già definito, il patto non sarà più assoggettato all'art. 2125 c.c., bensì alla disciplina generale di cui all'art. 2596 c.c.⁴⁶.

Tale soluzione, però, lascia aperto il problema di verificare in concreto se tale stipulazione possa avvenire solo nell'ambito di un formale accordo transattivo nonché il problema di regolamentare gli effetti derivanti dalle condotte poste in essere dal lavoratore nel periodo intercorrente tra la cessazione del rapporto di lavoro e la stipula del patto di non concorrenza.

5. LA FORMA DEL PATTO DI NON CONCORRENZA

Nessun dubbio sussiste in ordine alla forma del patto di non concorrenza, che deve essere redatto per iscritto a pena di nullità⁴⁷.

La previsione della forma scritta *ad substantiam* rappresenta certamente un'ipotesi eccezionale nell'ambito del diritto del lavoro, in cui notoriamente la volontà sostanziale della parti prevale sull'elemento formale⁴⁸.

⁴⁵ Cass. 10/04/1965, n. 630, in *pluris-cedam.utetgiuridica.it* ha poi così concluso: “*conseguentemente anche in tale ipotesi di patto stipulato dopo la cessazione del rapporto di lavoro, è inapplicabile la norma più generale e meno restrittiva posta dall'art. 2596 c.c.*”; successivamente cfr. Cass. civ., 17/11/1980, n. 6139 in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*.

⁴⁶ Per tale conclusione, cfr. A. PAVONE, op. cit., p. 3 ss.

⁴⁷ Per un'utile prospettiva comparativa anche sulla forma del patto, cfr. G. ARMENIA, M. BATTISTELLA, *Prospettiva comparata: UK e Germania*, in *Guida al Lavoro / Il Sole 24ore*, n. 16, 10 aprile 2020, pp. 32 ss.; qui si fa notare come nel Regno Unito “*sebbene non vi sia alcun obbligo formale per la redazione del patto di non concorrenza, è maggiormente difficoltoso che un patto stipulato non in forma scritta sia valutato vincolante in giudizio*”; nell'ordinamento tedesco, invece, per la validità ed efficacia del patto, questo deve essere redatto in forma scritta e ciascuna delle parti deve ricevere un originale debitamente sottoscritto in tutte le pagine dalle parti personalmente.

⁴⁸ In tal senso, G. ARMENIA, *La forma e i limiti di oggetto, tempo e luogo*”, in *Guida al Lavoro / Il Sole 24ore*, n. 16, 10 aprile 2020, p. 8. In dottrina cfr. anche M. WASCHKE, A. COLDESINA, *Il patto di non concorrenza nel rapporto di lavoro subordinato*, in *Guida al Lavoro / Il Sole 24ore*, n. 16, 10 aprile 2020, pp. 56 ss. A. PAVONE, op. cit., p. 4, mette in luce la differenza tra il patto ex art. 2125 c.c. che richiede la forma scritta *ad substantiam* e quello ex art. 2596 c.c. che la

In ogni caso proprio l'obbligo della forma scritta *ad substantiam* dimostra il disfavore del legislatore per tale accordo che limita la libertà del dipendente di svolgere una specifica attività lavorativa e, dunque, è finalizzato a tutelare il contraente debole, che in tal modo dovrebbe riuscire ad avere una maggiore consapevolezza del vincolo a cui si sta sottoponendo⁴⁹.

Semmai ci si può chiedere se la forma scritta sia sufficiente per fornire le giuste garanzie al dipendente.

Non a caso, si è posto il problema se siffatta pattuizione debba essere sottoscritta in sede protetta; tuttavia, tale soluzione è stata esclusa in assenza di previsioni normative che impongano tale ulteriore cautela.

Non si comprende, però, per quale ragione le rinunce e le transazioni risultino valide solo ove stipulate in sede protetta e non sia stata prevista analoga garanzia per il patto di non concorrenza, che è altrettanto idoneo ad incidere in maniera sensibile sulla posizione del lavoratore, che potrebbe non essere sereno nella scelta se sottoscriverlo o meno e che potrebbe non comprendere pienamente la sua rilevanza.

Nondimeno si è escluso che il patto ex art. 2125 c.c. integri una clausola vessatoria per la quale sia necessaria una specifica approvazione scritta ex art. 1341 cc⁵⁰.

Sul punto, in dottrina si è rilevato che *“la giurisprudenza più recente è univoca nel ritenere che la validità del patto di non concorrenza non sia*

prevede solo *ad probationem*. Sulla forma scritta *ad substantiam*, in giurisprudenza, cfr. *ex plurimis*, Cass. civ. Sez. I, 19/12/2001, n. 16026 in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*.

⁴⁹ In tal senso, cfr. E. POMINI, *Il patto di non concorrenza dell'ex dipendente*, in *I Contratti* n. 4/2004, p. 404; l'Autore rileva quanto segue: *“l'imposizione di un onere formale per la conclusione di tale patto, pur essendo il nostro ordinamento improntato al principio della libertà delle forme, risulta pienamente giustificato dalla delicatezza degli interessi in gioco e dall'esigenza di tutelare il lavoratore, parte «debole» del rapporto contrattuale con il datore di lavoro. Del resto, l'assunzione di un vincolo alla propria libertà negoziale in ambito lavoristico costituisce, come si è visto, un'eccezione rispetto alla regola del venir meno degli obblighi di fedeltà a seguito della cessazione del rapporto di subordinazione, ed è tale per cui possa ritenersi senz'altro opportuna l'imposizione di un onere formale, considerando altresì la funzione di garanzia che la forma scritta riveste in relazione al controllo sul rispetto degli altri limiti prescritti dalla norma in parola”*. In giurisprudenza, cfr. Cass. civ. Sez. I, 19/12/2001, n. 16026 cit. che rileva espressamente come la previsione della forma scritta *“ad substantiam”* del patto sia *“mirata a bilanciare la storica debolezza del lavoratore”*.

⁵⁰ In giurisprudenza, cfr. Cass. civ. Sez. lavoro, (data ud. 27/11/2018), 06/02/2019, n. 3471 in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*.

condizionata alla specifica approvazione scritta, escludendosene l'equiparazione alle condizioni generali di contratto di cui all'art. 1341 Cod. Civ. A tale conclusione conduce un duplice ordine di ragioni: l'art. 2125 contempla un'ampia serie di requisiti essenziali del patto più rigorosi e garantisti rispetto a quelli stabiliti nell'art. 1341; le ipotesi contemplate dal secondo comma dell'art. 1342 Cod. Civ. sono tassative e tra queste non è compresa quella in esame"⁵¹.

Maggiori contrasti, invece, sono sorti in ordine agli elementi del patto che devono essere redatti per iscritto, in quanto si è ipotizzato che fosse sufficiente la forma scritta solo per quei requisiti previsti per la validità del patto stesso (e cioè oggetto, estensione territoriale e corrispettivo).

La questione è stata affrontata innanzitutto con riferimento alla durata del vincolo.

Un primo orientamento ritiene che, laddove le parti non abbiano predeterminato la durata del patto, quest'ultimo venga integrato ex art. 1374 Cod. Civ. con la durata massima prevista dall'art. 2125 cc⁵².

Tuttavia, tale orientamento è stato fortemente criticato dalla dottrina maggioritaria, che esclude una siffatta integrazione contrattuale *"in ragione dell'inscindibilità dei requisiti del patto che devono essere autonomamente espressi dai contraenti e unitamente considerati dal giudice per valutare la legittimità dell'accordo. Del resto il legislatore nel fissare un limite temporale massimo e nello statuire una riduzione ex lege dell'eventuale termine accedente tale limite esprime una chiara presa di posizione nel senso della indefettibile fissazione di una durata del patto. Diversamente avrebbe espressamente considerato anche l'ipotesi in cui vi sia l'assenza di indicazione"*⁵³.

Si ritiene preferibile, pertanto, l'orientamento secondo cui la forma scritta deve riguardare tutti gli elementi del patto e non solo i requisiti di validità,

⁵¹ A. BOSCATI, op.cit., p. 1084; cfr. anche G. ARMENIA, op. cit., p. 9.

⁵² In tal senso, cfr. Cass. Civ. 22/07/1978, n. 3687 in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*.

⁵³ Così testualmente A. BOSCATI, op.cit., p. 1083.

in coerenza con la finalità di garantire al lavoratore un'effettiva consapevolezza del vincolo e dei suoi effetti⁵⁴.

Per le stesse ragioni, è stata esclusa la possibilità di un'integrazione per via interpretativa del patto, laddove gli elementi di validità non risultino sufficientemente specificati⁵⁵.

Tuttavia, si rinvencono pronunce, seppur datate, anche della Suprema Corte, che invece ritengono ammissibile una siffatta interpretazione adeguatrice⁵⁶.

6. I LIMITI DI OGGETTO

L'art. 2125 c.c. prevede che il vincolo derivante dal patto di non concorrenza debba essere contenuto entro determinati limiti di oggetto e sanziona con la nullità l'accordo che non individua tali limiti.

Si tratta all'evidenza di una previsione generica, che comunque ha consentito e consente di adattare di volta in volta il contenuto del patto all'attività svolta dall'impresa e alla posizione assunta dal lavoratore.

Anche il limite in questione mira a garantire quel bilanciamento di interessi, per cui *“l'obbligazione negativa posta a carico del lavoratore deve essere [...] determinata in funzione della tutela della capacità concorrenziale del datore di lavoro e non deve, comunque, impedire l'esplicazione della concreta professionalità del prestatore di lavoro al quale deve essere consentito di potersi assicurare un guadagno idoneo alle esigenze di vita”*⁵⁷.

⁵⁴ G. ARMENIA, op. cit., pp. 7 ss.

⁵⁵ In tal senso si esprime, G. ARMENIA, op. cit., p. 8.

⁵⁶ Cass. civ., 22/07/1978, n. 3687 in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*, ha statuito che *“sebbene la forma scritta del patto di non concorrenza ex art. 2125 c.c. debba riguardare tutti gli elementi essenziali del patto stesso, il contenuto di esso, espresso in forma lacunosa od inadeguata, può essere ricostruito attraverso l'interpretazione integrativa”*.

⁵⁷ Così testualmente A. BOSCATI, op.cit., p. 1094; G. ARMENIA, op. cit., pp. 7 ss., mette l'accento sull'importanza del limite dell'oggetto, quale strumento attraverso il quale evitare che il dipendente, pur volontariamente e consapevolmente, possa accettare un vincolo che gli precluda successivamente di svolgere attività lavorativa e che, dunque, non gli consenta di sostentarsi. In giurisprudenza Cass. civ. Sez. lavoro, (ud. 15-12-2005) 04-04-2006, n. 7835 in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*, ha chiarito che: *“l'ampiezza del vincolo, infatti, deve essere tale da*

La genericità della disposizione con cui è stata imposta l'apposizione dei limiti di oggetto ha reso necessaria un'attività interpretativa attraverso la quale sono stati elaborati dei criteri generali di riferimento⁵⁸.

Dal punto di vista dell'impresa, si ritiene che con il patto possa essere vietata qualsiasi attività, purché idonea a ledere l'interesse datoriale.

In concreto, ciò comporta che con il patto si possano impedire solo le attività effettivamente svolte dall'impresa e rientranti nel suo oggetto⁵⁹; tanto ciò è vero che è stata dichiarata la nullità di patti che precludevano lo svolgimento, non della stessa, ma di attività analoghe o affini a quelle esercitate dal datore di lavoro⁶⁰.

Controversa è invece la possibilità di vietare attività meramente potenziali rispetto a quelle svolte dall'imprenditore.

comprimere l'esplicazione della concreta professionalità del lavoratore in limiti che non ne compromettano la possibilità di assicurarsi un guadagno idoneo alle esigenze di vita".

⁵⁸ G. ARMENIA, op. cit., p. 9, parla di limiti quantitativi e qualitativi.

⁵⁹ Cfr. Cass. civ. Sez. lavoro, 26-11-1994, n. 10062 in *pluris-cedam.utetgiuridica.it* ha statuito quanto segue: "se una delimitazione può desumersi dalla formulazione della disposizione, e in particolare dalla rubrica, essa dipende piuttosto dalla attività del datore di lavoro e induce ad escludere dal possibile oggetto del patto, in quanto inidonee ad integrare concorrenza, attività estranee allo specifico settore produttivo o commerciale nel quale opera l'azienda (cfr. Cass., n. 571/75)". Per un elenco delle principali ipotesi in cui la giurisprudenza ha ritenuto esorbitanti i limiti di oggetto del patto di non concorrenza, cfr. A. BOSCATI, op.cit., pp. 1094 s.: "detta necessaria correlazione tra le attività vietate dal patto e tutela dell'interesse concorrenziale ha portato ad affermarne la nullità ove esso precluda lo svolgimento, non della stessa, ma di attività analoghe o affini a quelle esercitate dal datore di lavoro. Si è così sancita la nullità di un patto esteso ad un intero settore merceologico, comprendente anche imprese non concorrenti; di un patto che vieta al lavoratore di prestare la propria attività anche a favore di imprese clienti/utilizzatrici dei beni commercializzati dal datore di lavoro; di un patto che ritiene assimilabile l'attività prestata presso una società finanziaria a quella delle aziende di credito; di un patto inerente lo svolgimento di attività a favore di un'altra azienda la cui produzione è meccanicamente e concettualmente diversa".

⁶⁰ Per un elenco delle principali ipotesi in cui la giurisprudenza ha ritenuto violato l'art.2125 c.c. con riferimento ai limiti di oggetto del patto di non concorrenza, cfr. A. BOSCATI, op.cit., pp. 1094 s.: "detta necessaria correlazione tra le attività vietate dal patto e tutela dell'interesse concorrenziale ha portato ad affermarne la nullità ove esso precluda lo svolgimento, non della stessa, ma di attività analoghe o affini a quelle esercitate dal datore di lavoro. Si è così sancita la nullità di un patto esteso ad un intero settore merceologico, comprendente anche imprese non concorrenti; di un patto che vieta al lavoratore di prestare la propria attività anche a favore di imprese clienti/utilizzatrici dei beni commercializzati dal datore di lavoro; di un patto che ritiene assimilabile l'attività prestata presso una società finanziaria a quella delle aziende di credito; di un patto inerente lo svolgimento di attività a favore di un'altra azienda la cui produzione è meccanicamente e concettualmente diversa".

Sul punto, l'orientamento prevalente tende a considerare legittimo il riferimento alle eventuali attività future dell'azienda, purché si tratti del prevedibile e normale sviluppo produttivo.

Con riferimento alle mansioni che possono essere inibite con il patto in questione, l'orientamento maggioritario ritiene che possano essere ricomprese nel divieto anche mansioni diverse rispetto a quelle svolte nel corso del rapporto di lavoro, poiché le informazioni che l'impresa intende preservare potrebbero essere accessibili a ciascun dipendente in ragione dell'attività svolta nell'ambito dell'organizzazione aziendale, anche se collaterali alle attività svolte dal dipendente vincolato dal patto⁶¹.

Di recente, la Suprema Corte ha riaffermato tale principio, così statuendo: *“il patto non deve necessariamente limitarsi alle mansioni espletate dal lavoratore nel corso del rapporto, ma può riguardare qualsiasi prestazione lavorativa che possa competere con le attività economiche svolte dal datore di lavoro, da identificarsi in relazione a ciascun mercato nelle sue oggettive strutture, ove convergano domande e offerte di beni o servizi identici o comunque parimenti idonei a soddisfare le esigenze della clientela del medesimo mercato”*⁶².

In ogni caso – come già rilevato in precedenza - i limiti di oggetto risentono dell'esigenza, da una parte, di garantire un'effettiva limitazione allo svolgimento di attività concorrenziali e, dall'altra, di garantire all'ex dipendente una residua capacità lavorativa per potersi procurare un reddito coerente con le proprie capacità professionali.

⁶¹ Cfr. *ex plurimis*, Cass. civ. Sez. lavoro, (ud. 29-05-2003) 10-09-2003, n. 13282 in *pluriscadam.utetgiuridica.it*. In dottrina cfr. G. ARMENIA, op. cit., p. 9.

⁶² Cass. civ., Sez. lavoro, Ord., (data ud. 25/11/2020) 25/08/2021, n. 23418 in *pluriscadam.utetgiuridica.it*. Nello stesso senso, Cass. civ. Sez. lavoro, (ud. 29-05-2003) 10-09-2003, n. 13282 cit., ha statuito quanto segue: *“il patto di non concorrenza, previsto dall'art. 2125 c.c., può riguardare qualsiasi attività lavorativa che possa competere con quella del datore di lavoro e non deve quindi limitarsi alle sole mansioni espletate dal lavoratore nel corso del rapporto. Esso è, perciò, nullo allorché la sua ampiezza sia tale da comprimere la esplicazione della concreta professionalità del lavoratore in limiti che ne compromettano ogni potenzialità reddituale. Il giudice di merito deve, quindi, procedere a tale accertamento - da compiersi in relazione alla concreta personalità professionale dell'obbligato - e non può ritenere nullo il patto stesso per il solo fatto di non avere circoscritto l'obbligo di astensione del lavoratore alle attività esercitate presso il datore di lavoro (Cass. 26 novembre 1994 n. 10062; Cass., 21 aprile 1966, n. 1027)”*.

Ciò comporta la necessità di una valutazione in concreto di ciascuna pattuizione, evidentemente riservata al giudice di merito.

Ad esempio, proprio sulla base della verifica della residua capacità professionale del lavoratore, è stato ritenuto illegittimo il patto di durata annuale, esteso all'intero territorio italiano, avente ad oggetto lo svolgimento di qualsiasi attività concorrenziale con la datrice di lavoro operativa nel settore della somministrazione e della selezione del personale e che era stato stipulato con un lavoratore che aveva una storia professionale esclusivamente in quel settore⁶³. Parimenti, è stata dichiarata nulla la clausola limitativa della concorrenza che proibiva ad un lavoratore la spendita della propria professionalità in relazione ad un vasto settore merceologico, vietandone qualsiasi prestazione nell'ambito della costruzione, commercio e utilizzazione di un determinato prodotto⁶⁴.

Di contro, è stato ritenuto valido il patto di durata biennale a carico di un ex direttore commerciale, esteso oltreconfine, che precludeva l'attività lavorativa presso imprese operanti nel medesimo settore del datore di lavoro, sul principale presupposto che la capacità professionale specifica non deve essere presa a riferimento in relazione allo specifico settore merceologico, ma individuata nel nucleo significativo delle mansioni svolte stante la fungibilità della professionalità del lavoratore tale da consentirgli di soddisfare le sue esigenze di guadagno anche in altri settori⁶⁵.

⁶³ Tribunale di Milano 4.3.2009 in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*

⁶⁴ Cass. 23/04/1991 n. 4383 in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*.

⁶⁵ Cass. 03/12/2001, n. 15253 in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*. A. BOSCATI, op.cit., p. 1099, rileva quanto segue: *“in questo caso la peculiarità è data dall'esigenza di individuare ed enucleare le attività tipiche del settore da quelle esercitabili indifferentemente anche in altri settori. La giurisprudenza ha evidenziato la sussistenza di una situazione di inversa proporzionalità: la limitazione sarà tanto più trascurabile quanto più l'attività vietata in un dato settore sia liberamente esplicabile in altri settori. Si è così affermato che la valutazione dell'ampiezza del vincolo presuppone “la determinazione della misura in cui le competenze professionali sono associate a mansioni tipiche del settore” con l'effetto che “il vincolo è tanto più esteso quanto più specializzate, legate alla specifica attività del tipo di azienda, sono le mansioni espletate dal lavoratore”. Pertanto la validità o meno di un patto che vieti qualsiasi attività in un determinato settore merceologico dipende essenzialmente dal rapporto tra le competenze professionali del lavoratore e le mansioni tipiche del settore”*.

In ogni caso, dai variegati interventi giurisprudenziali e dottrinari in materia, finalizzati a chiarire in quale misura debba essere garantita al lavoratore una capacità di procurarsi reddito in relazione alle proprie attitudini, si riesce a comprendere come la professionalità acquisita dal lavoratore (che deve essere sempre garantita dal patto) vada intesa in senso ampio.

Sempre con riferimento all'oggetto, è opportuno precisare che il patto in esame inibisce lo svolgimento di attività in concorrenza a prescindere delle modalità con cui ciò possa avvenire, con la conseguenza che all'ex dipendente è impedito lo svolgimento di attività rientranti nell'ambito di applicazione del patto, sia che ciò avvenga alle dipendenze di un altro datore di lavoro sia che ciò accada mediante lo svolgimento di attività in maniera autonoma o perfino per interposta persona⁶⁶.

È bene ribadire, poi, che il patto di non concorrenza inibisce (anche) la concorrenza lecita; fermo restando che eventuali comportamenti illeciti o comunque illegittimi perpetrati dall'ex dipendente, risultano già stigmatizzati da altre previsioni normative (ad esempio, in caso di concorrenza sleale trova applicazione l'art. 2598 Cod. Civ.; in caso di abusiva divulgazione o applicazione di segreti industriali e commerciali, possono trovare applicazione gli artt. 621-623 Cod. Pen.)⁶⁷.

7. I LIMITI DI TEMPO

Come per l'oggetto, l'art. 2125 c.c. prevede, al primo comma, che il patto di non concorrenza debba essere contenuto entro determinati limiti di tempo;

⁶⁶ Cfr. Cass. civ. Sez. lavoro, 03/10/2008, n. 24593 in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*; nella circostanza, il giudice di legittimità ha ravvisato la violazione del patto sulla base di una valutazione complessiva degli elementi istruttori acquisiti al processo, da cui è emerso che gli ex-dipendenti, durante il periodo di vigenza del patto, avevano costituito, con l'interposizione delle rispettive consorti, una società di capitali operante nello stesso settore di quella di origine, per avviare e gestire la quale avevano partecipato a convegni e a congressi dimostrativi di settore; avevano lavorato negli *stands* di presentazione dei prodotti; avevano inserito nei cataloghi dimostrativi modelli con le stesse caratteristiche di quelli da loro realizzati per conto della società *ex-datrice* di lavoro e avevano, infine, inviato lettere di presentazione ai clienti della società di origine.

⁶⁷ Su tale precisazione cfr. A. BOSCATI, *op.cit.*, p. 1097.

tuttavia, a differenza dell'oggetto, lo stesso articolo, ma al comma 2, individua con precisione tali limiti temporali, che risultano fissati in cinque anni per i dirigenti e in tre anni negli altri casi.

È evidente la *ratio* del diverso limite temporale; i dirigenti, infatti, proprio per il loro ruolo, risultano maggiormente coinvolti nelle dinamiche aziendali e, dunque, è molto più probabile che vengano a conoscenza di informazioni più rilevanti rispetto agli altri lavoratori; da qui sorge l'esigenza di garantire una maggiore tutela per il datore di lavoro, attraverso la previsione di un più lungo termine massimo di durata del patto⁶⁸.

Il *dies a quo*, da cui calcolare la durata del vincolo, è certamente la data di cessazione del rapporto di lavoro⁶⁹.

La disposizione è chiara anche in ordine alle conseguenze derivanti dalla previsione di una durata superiore rispetto a quella massima; in questo caso, infatti, il legislatore ha ritenuto eccessivo sanzionare il superamento del

⁶⁸ In tal senso si esprimono, cfr. A. BOSCATI, op. cit., p. 1084 e G. ARMENIA, op. cit., p. 12.

⁶⁹ In tema di *dies a quo*, un caso interessante è stato deciso di recente in sede cautelare dal Tribunale di Lecce; nella fattispecie il dipendente svolgeva anche il ruolo di consigliere di amministrazione della società datrice di lavoro e il patto di non concorrenza era stato stipulato per entrambe le attività; si è posto allora il problema di individuare la decorrenza del vincolo; nella fattispecie, il Trib. di Lecce con ord. 22/10/2020 ha così statuito: “*punto controverso tra le parti è il dies a quo relativo alla data di inizio della efficacia del suddetto patto, nel quale si legge che R... F... “si impegna per 5 anni, a partire dalla data di cessazione sia del contratto di lavoro dipendente che dalla carica di consigliere d’amministrazione, a non prestare la sua attività in concorrenza con l’A... s.r.l.”. All’esito di una interpretazione letterale e sistematica della pattuizione contrattuale predetta (l’art. 2125 richiamato nel patto in questione fa riferimento al tempo successivo alla cessazione del contratto), appare evidente la volontà di far decorrere l’efficacia del patto di non concorrenza dalla data di cessazione dei rapporti ai quali si fa riferimento nel patto medesimo ovvero il rapporto di lavoro subordinato ed il rapporto organico relativo alla carica di consigliere di amministrazione rivestita dal R... Il riferimento ad entrambi i rapporti è proprio funzionale a garantire che, in ogni caso, una volta cessati entrambi i rapporti (anche se in momenti diversi), dalla data di cessazione dell’ultimo rapporto in essere, per un periodo di 5 anni, R... F... sarebbe stato soggetto contrattualmente all’obbligo di non concorrenza. Pertanto, essendosi risolto l’ultimo rapporto tra le parti (ovvero quello di lavoro subordinato) nel marzo 2020, il patto di non concorrenza cesserà nel marzo 2023 secondo le limitazioni convenute tra le parti”. È utile evidenziare che il Giudice della prima fase (Trib. di Lecce ord. 05/06/2020) era giunto a conclusioni opposte, avendo ritenuto che il termine decorresse dal venir meno del primo rapporto: “*al riguardo, si deve infatti rilevare che la cessazione del rapporto di lavoro è avvenuta nel 2020, mentre la cessazione dalla carica di consigliere di amministrazione era avvenuta nel 2015; non possono essere operanti entrambi i termini, poiché altrimenti la durata del patto sarebbe complessivamente di sei anni, in contrasto con l’art. 2125 c.c., per cui essa dovrebbe essere comunque ridotta a tre anni, che però sarebbero già trascorsi rispetto alla data di cessazione dalla carica di consigliere di amministrazione (2015-2018). Per quanto esposto, si deve ritenere che il patto di non concorrenza non fosse più efficace”.**

limite con la nullità dell'intero patto e ha predisposto un meccanismo di riduzione automatica della durata, che viene così riportata entro i confini previsti dalla norma.

Tale meccanismo, però, ha comunque posto talune problematiche.

In primo luogo, è stata sollevata la questione dell'eventuale riduzione proporzionale del corrispettivo pattuito per la durata del patto superiore a quella massima prevista dal Codice.

Sul punto, si ritiene preferibile la soluzione che esclude la riduzione del corrispettivo, in assenza di un'indicazione in tal senso nella norma; si rileva, infatti, che il legislatore, laddove avesse voluto accompagnare alla riduzione automatica della durata del patto, anche una riduzione del corrispettivo, lo avrebbe senz'altro espresso⁷⁰.

Un'ulteriore problematica attiene, invece, alla possibilità di prorogare la durata di un patto che non superi originariamente quella massima prevista dalla legge.

La soluzione al quesito dipende dalle conclusioni a cui si è pervenuti in ordine al momento della stipulazione del patto di non concorrenza.

Si ritiene, allora, che nulla osti alla sottoscrizione di un nuovo accordo fino alla cessazione del rapporto di lavoro e (stando ai precedenti giurisprudenziali sopra richiamati) anche successivamente a tale momento, laddove ciò intervenga nell'ambito di una definizione transattiva dei contrapposti interessi.

Nel caso della proroga della durata, però, il patto complessivamente considerato dovrà comunque rispettare, oltre al limite temporale, anche

⁷⁰ Su tale problematica, A. BOSCATI, op.cit., pp. 1084 s. ha rilevato che *“la questione, in assenza (almeno a quanto consta) di specifici interventi giurisprudenziali, è stata variamente risolta in dottrina. Alla tesi di chi ha ritenuto che il corrispettivo pattuito debba essere proporzionalmente ridotto, si è contrapposto chi, sul presupposto della inderogabilità in peius, ma della derogabilità in melius dell'art.2125 Cod. Civ., ha argomentato per il mantenimento del maggiore trattamento quale condizione di miglior favore, pur non escludendo la possibilità per il datore di lavoro di chiedere l'annullamento del contratto lamentando un vizio del consenso, segnatamente un errore essenziale di diritto, rappresentando una certa durata la ragione unica o principale della sottoscrizione del patto”*.

quello relativo al compenso, che dovrà risultare congruo rispetto all'intera durata del patto e non solo rispetto a quella iniziale.

Infine, si è posta l'ulteriore problematica relativa alla possibilità di integrare il patto, laddove le parti non ne abbiano predeterminato la durata.

Nella parte in cui si è trattato degli elementi del patto che devono essere redatti per iscritto, sono stati già riportati i vari orientamenti che si sono confrontati sul punto.

Si è già detto, allora, che esistono precedenti giurisprudenziali che legittimano siffatta integrazione e che dunque ammettono la possibilità di ritenere implicitamente fissato il termine nella misura massima prevista per legge, anche se esistono numerosi interventi dottrinari che invece sostengono il contrario.

8. I LIMITI DI ESTENSIONE TERRITORIALE

L'art. 2125 c.c. prevede che il patto di non concorrenza sia assoggettato a determinati limiti territoriali ma, come per l'oggetto, non fornisce ulteriori specificazioni; in ogni caso, sanziona con la nullità il patto che non individua tale limite.

Anche sul punto dottrina e giurisprudenza hanno cercato di dare concretezza alla formula presente nel codice, cercando comunque di rimanere fedeli all'obiettivo di bilanciare i contrapposti interessi, garantendo al lavoratore la possibilità di procurarsi un reddito compatibile con la propria professionalità.

Si ritiene, allora, che l'estensione territoriale in cui ha efficacia il patto di non concorrenza debba essere ben determinata e congrua.

Sotto il profilo della determinazione dell'estensione territoriale, si ritiene che il patto debba contenere la precisa indicazione dell'ambito di operatività del vincolo⁷¹.

⁷¹ Cfr. Tribunale Ravenna, 24/03/2005 in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*, rileva quanto segue: "il confine territoriale del patto di non concorrenza configura un autonomo requisito di validità, la

Per tale ragione, non pare condivisibile quell'orientamento giurisprudenziale (che comunque non sembra aver trovato seguito), secondo cui il patto è valido anche in assenza di specifici limiti territoriali, laddove l'oggetto sia molto limitato e il prestatore di lavoro dotato di una professionalità molto elevata⁷²; del resto, a smentire tale orientamento è lo stesso art. 2125 cc che impone espressamente l'indicazione del limite territoriale.

Sul punto, la giurisprudenza ha comunque ammesso l'utilizzo di locuzioni che non identificano precise estensioni geografiche come ad esempio "Italia settentrionale" o "Nord Italia"⁷³; tuttavia, non essendoci certezza in ordine all'effettiva consistenza di tali aree, probabilmente un siffatto orientamento dovrebbe essere ripensato, proprio in considerazione dell'esigenza di determinatezza posta alla base dell'indicazione del limite territoriale.

Si ritiene inoltre che in alternativa o in aggiunta alla specificazione territoriale dell'estensione del vincolo, sia comunque ammissibile l'indicazione, all'interno del patto, della denominazione di imprese concorrenti.

Si discute poi se sia ammissibile il patto in cui l'estensione territoriale non è determinata, ma determinabile.

Il problema si è posto ad esempio laddove le parti abbiano fissato l'estensione in base alla distanza chilometrica rispetto al luogo di lavoro del dipendente, con spostamento dell'area interessata nel caso di trasferimento di questi e con l'ulteriore possibilità di cumulo delle diverse aree di interdizione⁷⁴.

In questi casi, infatti, si dubita della legittimità del patto di non concorrenza, in quanto il lavoratore non è posto nelle condizioni di poterne valutare la convenienza al momento della stipula.

cui totale assenza o mancata determinazione entro limiti congrui rende il patto irrimediabilmente nullo".

⁷² In tal senso, Corte d'Appello Milano, 31/07/2002 in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*.

⁷³ In tal senso, cfr. Cass. civ. Sez. lavoro, 14-05-1998, n. 4891 in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*.

⁷⁴ Solleva tale interessante problematica, M. DALLACASA, op. cit., p. 920.

Con riferimento alla congruità, si è osservato come l'estensione territoriale risulti strettamente connessa all'oggetto e alla durata del patto, “*tra cui intercorre un rapporto di proporzionalità inversa*”, con la conseguenza che tanto più ristretti saranno l'oggetto del vincolo e la sua durata, tanto più ampia potrà essere l'estensione territoriale⁷⁵.

La formula aperta con cui il legislatore ha fissato il limite territoriale ha consentito alla giurisprudenza, nel tempo, di ampliare le fattispecie in cui ha ritenuto congrua l'estensione territoriale, tenuto conto dell'evoluzione delle tecnologie, dell'economia e finanche dei mezzi di trasporto, che hanno portato alla creazione di un mercato (ivi compreso quello del lavoro) non più ristretto ai confini nazionali⁷⁶.

Ad esempio, in passato, erano frequenti le pronunce in cui veniva dichiarata la nullità del patto di non concorrenza esteso a tutto il territorio nazionale, perfino in presenza di una limitata estensione dell'oggetto e della durata⁷⁷.

Di recente, però, la giurisprudenza ha ritenuto legittimi, vincoli estesi all'intero territorio italiano⁷⁸ e perfino all'intero territorio europeo⁷⁹.

Del resto, l'estensione dei mercati contribuisce ad ampliare quella che è la residua capacità dell'ex dipendente di trovare una nuova occupazione.

Si è così sancita la legittimità del patto con cui il lavoratore, a fronte di un corrispettivo previsto nella misura del 15% dell'importo totale delle retribuzioni corrisposte nei due anni precedenti la data di risoluzione del rapporto di lavoro, si impegnava per due anni a non svolgere nell'intero territorio comunitario attività di vendita, progettazione o produzione, anche solo occasionale o gratuita, a favore di imprese o di organizzazioni le quali

⁷⁵ G.ARMENIA, op. cit., p. 11.

⁷⁶ G.ARMENIA, op. cit., p. 11, evidenzia anche il proporzionale accrescimento delle possibilità di reimpiego del lavoratore anche all'estero. A. BOSCATI, op.cit., pp. 1099 ss., presenta un'utile rassegna di pronunce, distinguendole in relazione agli orientamenti a cui hanno aderito e in relazione all'estensione territoriale del vincolo.

⁷⁷ In tal senso si vedano, tra le altre, Cass. civ. Sez. lavoro, 23-04-1991, n. 4383 e Cass. 4 febbraio 1987, n. 1098 entrambe in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*.

⁷⁸ Aderisce a tale orientamento, tra le altre, Cass. civ. Sez. lavoro, 04/04/2006, n. 7835 in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*.

⁷⁹ Aderisce a tale orientamento, tra le altre, Cass. civ. Sez. lavoro, (ud. 29-05-2003) 10-09-2003, n. 132827835 in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*.

costituiscano, commercino o comunque usino anche per scopi di ricerca o consulenza fibre metalliche⁸⁰. Parimenti, è stato considerato valido un patto di non concorrenza stipulato con un addetto ufficio estero marketing presso una società leader a livello internazionale nel settore della commercializzazione di articoli per il fitness, esteso all'intero territorio Italiano ed Europeo per i tre anni successivi alla cessazione del rapporto, verso un corrispettivo mensile pari a 200.000 lire per tredici mensilità⁸¹. Nondimeno, sono stati considerati validi: un patto esteso per un biennio a Italia, Francia, Svizzera, Germania e Austria⁸²; un patto della durata di sei mesi esteso a Francia, Germania, Svizzera, Gran Bretagna e Stati Uniti⁸³; un patto della durata di due anni nel territorio Europeo e negli USA⁸⁴; un patto della durata di tre mesi in Italia, Francia, Svizzera, Spagna Germania, Principato di Monaco, Rep. di San Marino, Belgio, Lussemburgo e Paesi Bassi⁸⁵.

Tuttavia, in dottrina v'è chi critica questa estensione e sostiene che *“il bilanciamento che tale giurisprudenza opera tra interesse dell'impresa - calata in un contesto sovranazionale - e libertà di lavoro del prestatore è, forse, parzialmente falsato dal mancato apprezzamento degli ostacoli alla mobilità geografica che, pure in un contesto di economia globalizzata, incontrano i lavoratori i quali dovrebbero potere esercitare le libertà costituzionali senza necessità di emigrare: restituire autonomia al limite territoriale, costringendolo entro confini più angusti di quelli dell'interesse (sovranazionale) dell'impresa costituisce, forse, la via per realizzare*

⁸⁰ Trib. Milano (ord.) 22 ottobre 2003, in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*.

⁸¹ Cass. 10 settembre 2003, n. 13282, in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*.

⁸² Cass. 3 dicembre 2001, n. 15253, in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*.

⁸³ Trib. Milano 31 luglio 2003, in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*.

⁸⁴ Trib. Torino 16 gennaio 2006 in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*.

⁸⁵ Cass. civ., Sez. lavoro, Ord., (data ud. 16/12/2020) 04/08/2021, n. 22247 in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*.

*quell'equo contemperamento di interessi tra tutela della libertà di iniziativa economica e tutela del lavoro che la norma persegue*⁸⁶.

In ogni caso, deve escludersi che il patto di non concorrenza possa fissare il limite del mondo (o dell'intero globo), in quanto in tal caso il vincolo sarebbe determinato, ma non congruo e si tradurrebbe in una disapplicazione surrettizia del limite territoriale in questione⁸⁷.

Si segnala infine che in dottrina v'è chi ha messo in rilievo che *“l'indicazione dei limiti territoriali deve essere intesa come divieto per il lavoratore di svolgere attività lavorativa nel territorio definito nel patto e non come divieto di prestare tale attività per società aventi la propria sede nel predetto territorio, ovunque il lavoratore si trovi, in quanto tale ultima interpretazione comporterebbe la nullità del patto stesso per indeterminatezza dei limiti territoriali del divieto”*⁸⁸.

9. IL CORRISPETTIVO

L'art. 2125 c.c. dispone che per il lavoratore, a fronte del sacrificio imposto con il patto di non concorrenza, debba essere previsto, a pena di nullità, un corrispettivo.

Ancora una volta il legislatore non ha fornito ulteriori indicazioni per dare concretezza a quella che rappresenta la principale obbligazione, a carico del datore di lavoro, nascente dal patto in esame.

Anche sul corrispettivo, dunque, si è aperto un intenso confronto volto ad individuare criteri generali utili per verificare la legittimità della pattuizione.

Prima di affrontare le problematiche connesse alle caratteristiche che deve assumere la clausola del corrispettivo, occorre preventivamente individuare il momento in cui quest'ultimo deve essere versato.

⁸⁶ In questi termini si esprime B. DE MOZZI, *Tutela della professionalità e autonomia del limite territoriale nel patto di non concorrenza*, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza* n. 2/2006, pp. 172 ss.

⁸⁷ Esclude la possibilità di un vincolo esteso a tutto il mondo, Cass. civ. Sez. lavoro, 02-05-2000, n. 5477 in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*.

⁸⁸ Così testualmente A. BOSCATI, op. cit., pp. 1101 s., che richiama l'attenzione su Cass. civ. Sez. lavoro, 02-05-2000, n. 5477 in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*.

Esiste unanimità di vedute in ordine alla possibilità di erogare il corrispettivo del patto di non concorrenza al momento della cessazione del rapporto di lavoro; viceversa si riscontrano opinioni divergenti sulla possibilità di versarlo nel corso del rapporto di lavoro, eventualmente anche in maniera rateizzata.

Sul punto, occorre prendere atto che il versamento del corrispettivo durante il rapporto di lavoro è una prassi assai diffusa, anche per l'effetto fidelizzante che tale forma di pagamento riesce a creare⁸⁹.

Del resto, l'art. 2125 c.c. nulla dice sul punto e non paiono sussistere ragioni che possano effettivamente giustificare un divieto per tale forma di pagamento; pertanto, l'orientamento di gran lunga prevalente la ritiene assolutamente legittima⁹⁰.

Di recente, peraltro, anche la Suprema Corte ha chiaramente statuito che “*il corrispettivo del patto di non concorrenza può essere erogato anche in corso del rapporto di lavoro*”⁹¹.

Laddove il corrispettivo venga versato durante il rapporto di lavoro, il relativo importo deve essere indicato in busta paga in maniera distinta rispetto al trattamento retributivo, proprio per non essere confuso con eventuali aumenti retributivi⁹².

È opportuno precisare che la questione del pagamento rateizzato di un corrispettivo predeterminato, in costanza di rapporto di lavoro, è diversa rispetto a quella del pagamento, sempre in costanza di rapporto, del corrispettivo che non è predeterminato nel suo esatto ammontare, ma collegato alla durata del rapporto stesso ed eventualmente fissato in una percentuale della retribuzione mensile.

⁸⁹ Si richiama nuovamente M. DALLACASA, op. cit., p. 920, che equipara la rata del patto di non concorrenza ad un superminimo mensile.

⁹⁰ Sulla legittimità di tale modalità di pagamento, nella giurisprudenza di merito, cfr., *ex plurimis*, Trib. Bari, 17/4/2020; Trib. Bari, Coll. Sez. Lav., ord. 06/2/2020; Trib. di Lecce ord. 22/10/2020 cit.; Tribunale Pescara Sez. lavoro, 10/07/2020.

⁹¹ Cass. civ., Sez. lavoro, Ord., (data ud. 25/11/2020) 25/08/2021, n. 23418 cit.

⁹² Cfr. Cass. civ. Sez. lavoro, 02/08/2005, n. 16183 in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*.

In questo caso, infatti, si pone non solo il problema del momento in cui il corrispettivo debba essere pagato, ma anche quello della sua c.d. determinazione o determinabilità.

Trova applicazione, infatti, il principio secondo cui *“il patto di non concorrenza, anche se è stipulato contestualmente al contratto di lavoro subordinato, rimane autonomo da questo, sotto il profilo prettamente causale, per cui il corrispettivo con esso stabilito, essendo diverso e distinto dalla retribuzione, deve possedere soltanto i requisiti previsti in generale per l'oggetto della prestazione dall'art. 1346 c.c. (in termini Cass. n. 16489 del 2009, che richiama Cass. n. 1846 del 1975 e n. 3507 del 1991) e, quindi, deve essere «determinato o determinabile»*⁹³.

Pertanto, si è sostenuto che il corrispettivo, laddove collegato alla durata del rapporto di lavoro, non sia determinabile al momento della stipula del patto e, dunque, il dipendente non sarebbe nelle condizioni di poterne valutare la convenienza, proprio perché all'oscuro della durata del proprio rapporto di lavoro; in questi casi il patto risulterebbe nullo, quantomeno nell'ipotesi in cui non venga prevista una durata minima del rapporto oppure un corrispettivo minimo garantito⁹⁴.

⁹³ Cass. civ. Sez. lavoro, Ord., (ud. 20-10-2020) 01-03-2021, n. 5540 in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*.

⁹⁴ Cfr., *ex plurimis*, Tribunale Rieti, 22/05/2020 in *pluris-cedam.utetgiuridica.it* secondo cui: *“la previsione del pagamento di un corrispettivo del patto di non concorrenza, durante il rapporto di lavoro e senza la individuazione di un corrispettivo minimo garantito, ancora la sua determinazione ad una circostanza fattuale, quale la durata del rapporto, del tutto imprevedibile e non rispetta così il disposto dell'art. 2125 cod. civ. e la disciplina generale in materia di oggetto del contratto, che deve essere determinato o determinabile al momento della stipulazione del patto”*; Tribunale Perugia Sez. lavoro, 10/10/2018 in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*, secondo cui: *“è nullo il patto di non concorrenza post contrattuale per indeterminabilità "ex ante" del compenso pattuito quale corrispettivo della limitazione dell'attività del lavoratore per il periodo successivo alla cessazione del rapporto. L'art. 2125 c.c. prevede che il patto che limiti lo svolgimento dell'attività del lavoratore, per il tempo successivo alla cessazione del contratto, se non risulta da atto scritto, non è pattuito un corrispettivo a favore del lavoratore e se il vincolo non è contenuto entro determinati limiti di oggetto, tempo e luogo. Infatti, il patto di non concorrenza è pienamente autonomo rispetto al contratto di lavoro subordinato dal punto di vista causale, pertanto il corrispettivo in esso stabilito, essendo diverso e distinto dalla retribuzione, deve soddisfare i requisiti richiesti, in generale, per l'oggetto della prestazione. Quindi, la previsione di un compenso commisurato ad una percentuale della retribuzione mensile e da erogarsi con la stessa periodicità, in mancanza di una espressa previsione di un congruo livello minimo del corrispettivo, non risponde al requisito di determinabilità imposto dagli artt. 1346 e 2125 c.c.”*; Corte d'Appello Brescia Sez. lavoro, 21/04/2020 in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*, secondo cui: *“è*

Tanto ciò è vero che, nella prassi, proprio per ridurre il rischio connesso alla formulazione di domande o eccezioni finalizzate a far dichiarare la nullità del patto per indeterminatezza del corrispettivo collegato alla durata del rapporto di lavoro, spesso nell'accordo si inserisce la previsione di un importo minimo garantito a titolo di corrispettivo indipendente dalla durata del rapporto, con conseguente eventuale conguaglio alla cessazione dello stesso.

Tuttavia, sull'argomento è intervenuta di recente la Suprema Corte e, sulla scorta di propri precedenti⁹⁵, ha chiarito quanto segue: *“dire che un corrispettivo è variabile in relazione alla durata del rapporto di lavoro, non significa affatto che esso non sia determinabile in base a parametri oggettivi, atteso che si ha determinabilità quando sono indicati, anche per relationem, i criteri in base ai quali si fissa la prestazione, così sottratta al mero arbitrio”*⁹⁶.

Ciò comporta che *“la mera non indicazione della «durata minima» e dell'«importo minimo garantito» non costituiscono di per sé elementi idonei ad escludere il requisito della determinabilità del corrispettivo, a condizione che vengano però indicati «i criteri in base ai quali si fissa la*

valido un patto di non concorrenza, con pagamento del corrispettivo in costanza di rapporto e previsione di un minimo garantito pari alla durata del patto”; Tribunale Udine Sez. lavoro, 25/05/2017 in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*, secondo cui: *“ai sensi dell'art. 2125 c.c., il corrispettivo del patto di non concorrenza deve poter essere esattamente determinato ovvero determinabile all'atto del consenso espresso dal lavoratore, dal momento che quest'ultimo, accettando di sottoscriverlo, deve essere consapevole del prezzo a fronte del quale rinuncia, seppure entro certi limiti, al proprio diritto al lavoro, costituzionalmente tutelato; senonché, nel caso in cui il compenso venga pattuito in una percentuale della retribuzione, ovvero in una somma fissa mensile, non vi è alcuna possibilità di conoscere in anticipo la misura esatta del corrispettivo che si trova ad essere condizionato da un elemento variabile, costituito dalla durata del rapporto. Anche se, in alcuni casi la normativa sui licenziamenti potrebbe porre al riparo il lavoratore da ingiustificati provvedimenti di recesso, nondimeno ciò non può riflettersi in una valutazione di validità della pattuizione in oggetto, non potendo quest'ultima discendere da circostanze estrinseche, non prevedibili ex ante; ed in ogni caso, va rilevato che il lavoratore è libero di dimettersi, il che comporta che, in caso di esercizio di tale facoltà, egli si troverebbe pregiudicato dall'aver ricevuto una somma inidonea a compensare la rinuncia già fatta”*.

⁹⁵ Cass. civ. Sez. lavoro, 04-04-1991, n. 3507 in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*, aveva già evidenziato che *“non è, pertanto necessario che la percezione del corrispettivo avvenga dopo la cessazione del rapporto di lavoro, ma è possibile pattuire tale corrispettivo in una percentuale sulla mercede da corrispondersi in costanza del detto rapporto (Cass., 21 aprile 1966, n. 1027)”*.

⁹⁶ Cass. n. 5540/2021 cit.

prestazione» [...], non essendovi una norma che imponga di stabilire preventivamente la complessiva entità del compenso, ma soltanto che esso sia determinabile”⁹⁷.

In altri termini, dunque, il corrispettivo deve essere determinato o determinabile e tale requisito deve essere valutato alla luce dell’art. 1346 c.c.; dunque, il patto non è nullo per difetto di tale requisito, laddove il corrispettivo dipenda dalla durata del rapporto di lavoro.

In sintesi, per usare le parole di attenta dottrina che ha commentato la citata pronuncia, *“quando viene in questione la determinatezza o determinabilità del corrispettivo, il giudizio è riferito al momento della stipula del patto e ha ad oggetto il compenso voluto dalle parti. È la volontà delle parti obiettivata nel patto che deve fissare il criterio che consentirà, eventualmente a posteriori, la determinazione del compenso. Ciò si verificherà quando il compenso sia determinato in una misura periodica e se ne preveda il venir meno con la cessazione del rapporto”⁹⁸.*

Tuttavia, la stessa Corte di Cassazione ha valorizzato la necessità di verificare se il corrispettivo così determinato risulti poi congruo.

L’adeguatezza del corrispettivo, infatti, costituisce un requisito implicito ai fini della validità del patto, in deroga alla disciplina di diritto comune ed è previsto per rimediare ad una pluralità di situazioni in cui si verifica uno squilibrio contrattuale, non risolvibile con gli ordinari rimedi di diritto comune⁹⁹.

L’assenza di congruità è sanzionata proprio dall’art. 2125 c.c. che contempla una fattispecie di nullità speciale (distinta rispetto a quella di cui all’art. 1346 c.c. invocabile in caso di violazione del requisito della determinatezza o determinabilità)¹⁰⁰.

⁹⁷ Cfr. M. CERBONE, op. cit., p. 1686.

⁹⁸ M. DALLACASA, op. cit., p. 919.

⁹⁹ M. CERBONE, op. cit., p. 1687, mette in luce la tutela solo apparente che deriverebbe dai rimedi previsti dall’art. 1448 c.c., con l’azione generale di rescissione per lesione e dall’art. 1467 c.c., con la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione.

¹⁰⁰ M. DALLACASA, op. cit., p. 918.

Si è rilevato, dunque, che con il concetto di adeguatezza del corrispettivo e con la sanzione della nullità dell'intero patto di non concorrenza ove difetti tale requisito, si supera la tradizionale impostazione secondo cui, in tema di rapporti di scambio, lo squilibrio economico originario delle prestazioni non può comportare la nullità del contratto in ragione della prevalenza del principio dell'autonomia negoziale; pertanto, *“si sottrae all'autonomia contrattuale delle parti un punto qualificante dell'assetto negoziale, quale il nucleo essenziale della valutazione economica degli interessi in gioco, per fissare imprescindibili livelli di adeguatezza socio-professionale del corrispettivo in funzione dei valori costituzionali coinvolti”*¹⁰¹.

Sul punto, in dottrina, si è evidenziato inoltre che tale posizione rappresenta un segnale *“di come la ricerca della causa concreta del negozio possa spingersi, in chiave interpretativa, alla verifica della congruità dello scambio contrattuale, per accertare se l'assetto di interessi programmato dalle parti sia compatibile con la funzione economico-individuale del negozio, seppur in un'ottica di compatibilità con il tipo legale cui ricondurre l'operazione negoziale”*¹⁰².

La stessa dottrina ha precisato che *“in tal caso, la verifica della congruità dello scambio non è da intendersi in senso economico, perché l'autonomia privata non consente al giudice di sostituirsi alle parti per valutare la convenienza dell'affare, nella prospettiva dell'una o dell'altra parte. Piuttosto, quella verifica è funzionale a un giudizio di compatibilità, nel senso che il corrispettivo pattuito non deve essere tale da snaturare gli elementi strutturali della fattispecie legale, traducendosi altrimenti in una abusiva riduzione della prestazione imposta, ex lege, al contraente che beneficia del vincolo di non concorrenza”*¹⁰³.

¹⁰¹ Così M. CERBONE, op. cit., p. 1687.

¹⁰² S. VERZONI, *Il concetto di causa come funzione economico-individuale nella risoluzione di conflitti*, in *Contratto e Impresa*, n. 2, 1 aprile 2021, p. 682.

¹⁰³ S. VERZONI, op. cit., p. 682, aggiunge: *“riecheggia qui l'insegnamento di chi, in modo nitido, ha affermato che di «fronte ad un contratto non è sufficiente rilevare che lo schema astratto, a cui esso corrisponde, è stato riconosciuto adempiere ad una funzione socialmente utile, ma è*

La richiamata pronuncia della Suprema Corte, però, compie un passo ulteriore e rileva come la sproporzione del regolamento negoziale possa essere colta non tanto al momento della stipulazione del patto quanto nel momento della sua esecuzione.

In conseguenza di tale pronuncia, il giudizio sulla congruità deve essere fatto *ex post*, sulla base di quanto effettivamente percepito dal dipendente; in dottrina, si evidenzia che tale conclusione sembra doversi desumere: “- dalla rilevanza che, ai fini della congruità, deve assumere l’andamento reale del rapporto, in luogo di quello ipotetico considerato dalle parti, dovendosi altrimenti instaurare un confronto tra una prestazione parzialmente ineseguita e una che dovrà essere interamente onorata; - dalla manifesta iniquità che si produrrebbe nel caso di risoluzione del rapporto per licenziamento giustificato da motivo oggettivo, che lascerebbe in vita l’obbligo di non concorrenza, in presenza peraltro di un corrispettivo non integralmente corrisposto; - all’impossibilità di un giudizio esclusivamente *ex ante* nel caso in cui le parti non abbiano determinato la misura massima (e la data ultima) di percezione del compenso, ma solo la sua misura periodica; in questo caso quanto è stato pattuito può essere valutato in chiave di congruità solo sapendo quanto è durato il rapporto”¹⁰⁴.

La soluzione offerta dalla Suprema Corte ha fatto così “cadere la distinzione fra «regole di struttura del contratto» e «regole di condotta», per estendere la valutazione giudiziale allo «scopo pratico del regolamento negoziale», con la lente del principio di buona fede contrattuale e in una prospettiva di effettività del principio di solidarietà sociale”¹⁰⁵.

necessario altresì valutare in concreto il modo in cui lo schema astratto è stato utilizzato. È necessario, cioè, valutare se l’interesse concretamente perseguito sia effettivamente corrispondente all’interesse tipizzato nello schema astratto”.

¹⁰⁴ M. DALLACASA, op. cit., p. 919.

¹⁰⁵ M. CERBONE, op. cit., p. 1687.

In ogni caso, sono stati sollevati dei dubbi in ordine alla suddetta pronuncia, che consente una valutazione *ex post* della validità del contratto e che così ha creato un'importante rottura con gli ordinari principi di diritto.

Si è osservato, infatti, che *“la nullità attiene [...] ad un vizio genetico del contratto e quindi deve esistere sin dal suo sorgere. La congruità valutata a posteriori attiene a come il contratto ha funzionato. Non si può argomentare da essa per ritenere che il patto sia sorto già viziato. È chiaro che la nullità opera diversamente dalla risoluzione per eccessiva onerosità”*¹⁰⁶.

Nel caso prospettato dalla Suprema Corte, infatti, la tutela del dipendente sarebbe stata garantita anche da altri strumenti giuridici (previsti dal diritto comune) e cioè la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta prevista dall'art. 1467 cc¹⁰⁷ o la rescissione per lesione prevista dall'art. 1448 cc¹⁰⁸.

In ogni caso, occorre capire (anche a prescindere dalla particolare ipotesi in cui il corrispettivo dipenda dalla durata del rapporto di lavoro) quando sussista il requisito della congruità.

Sul punto la recente pronuncia della Suprema Corte n. 5540/2021 (più volte citata), si è attestata sui criteri tradizionali, secondo cui il corrispettivo non deve risultare simbolico o manifestamente iniquo o sproporzionato, in

¹⁰⁶ Cfr. M. DALLACASA, op. cit., p. 919.

¹⁰⁷ L'art. 1467 c.c. prevede che: *“nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'articolo 1458.*

La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto.

La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto”.

¹⁰⁸ L'art. 1448 c.c. prevede che: *“se vi è sproporzione tra la prestazione di una parte e quella dell'altra, e la sproporzione è dipesa dallo stato di bisogno di una parte, del quale l'altra ha approfittato per trarne vantaggio, la parte danneggiata può domandare la rescissione del contratto .*

L'azione non è ammissibile se la lesione non eccede la metà del valore che la prestazione eseguita o promessa dalla parte danneggiata aveva al tempo del contratto.

La lesione deve perdurare fino al tempo in cui la domanda è proposta.

Non possono essere rescissi per causa di lesione i contratti aleatori .

Sono salve le disposizioni relative alla rescissione della divisione”

rapporto al sacrificio richiesto al lavoratore e, dunque, alla riduzione delle sue possibilità di guadagno.

In concreto, tale valutazione è rimessa al Giudice del merito e in tale attività il magistrato dovrà, per un verso, garantire un risultato al lavoratore in termini di adeguatezza e, per altro verso, non dovrà spingersi a tal punto da sostituire le proprie valutazioni di opportunità a quelle effettuate dalle parti. In tale valutazione, il Giudice non potrà rifarsi a parametri assoluti, tantomeno fare riferimento all'art. 36 della Costituzione stante la scissione tra il concetto di adeguatezza del corrispettivo del patto di non concorrenza e adeguatezza della retribuzione¹⁰⁹.

Ciononostante, la retribuzione percepita dal lavoratore durante il rapporto di lavoro è stata costantemente utilizzata come parametro per verificare l'adeguatezza del corrispettivo del patto, che comunque deve tener conto degli altri parametri desumibili dalla stessa norma come l'estensione oggettiva, temporale e territoriale del divieto, in quanto incidenti sul sacrificio richiesto al lavoratore e, dunque, sulla riduzione delle sue possibilità di guadagno.

Si tratta in ogni caso di valutazioni – giova ribadire – da effettuarsi caso per caso.

È utile segnalare allora taluni interventi giurisprudenziali proprio sulla congruità del corrispettivo.

Ad esempio, in un caso la Suprema Corte, in ordine a un patto della durata di tre anni in territorio italiano ed europeo, ha ritenuto proporzionato un compenso di £ 2.600.000 a fronte di un reddito di £ 26.000.000 (pari a 10% della retribuzione)¹¹⁰; in un altro caso, sempre la Suprema Corte, per un patto della durata di due anni nel territorio di Italia, Francia, Svizzera, Germania e Austria, ha ritenuto proporzionato un compenso di £ 400.000

¹⁰⁹ Cass. civ. Sez. lavoro, (ud. 15-12-2005) 04-04-2006, n. 7835 in *pluris-cedam.utetgiuridica.it* rileva “l'autonomia del corrispettivo del patto di non concorrenza dal concetto di retribuzione e la conseguente inapplicabilità allo stesso dei parametri di cui all'art. 36 Cost.”.

¹¹⁰ Cass. civ. Sez. lavoro, 10-09-2003, n. 13282 in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*.

mensili a fronte di una retribuzione mensile lorda di £ 6.105.640 (pari al 6,55% della retribuzione)¹¹¹; la giurisprudenza di merito ha ritenuto in un caso proporzionato un compenso annuale di € 5.200,00 a fronte di un reddito di € 40.000,00 (pari al 13% della retribuzione)¹¹², mentre in altri casi ha ritenuto congruo un corrispettivo del 10%¹¹³.

In genere, il parametro di riferimento attualmente più utilizzato, ai fini della valutazione della congruità, tiene comunque in considerazione il rapporto tra il corrispettivo e la c.d. retribuzione annua lorda (R.A.L.), che non deve essere inferiore al 10%¹¹⁴.

Si discute, però, sul R.A.L. da utilizzare quale parametro di riferimento.

In genere, si afferma che il R.A.L. da prendere come riferimento è quello percepito al momento della cessazione del rapporto di lavoro, in quanto è da quel momento che sorge l'obbligo per il dipendente di astenersi dallo svolgere attività lavorativa in concorrenza e quel corrispettivo è funzionale a compensare tale obbligo.

Tuttavia, tale assunto non può considerarsi sempre valido.

Può accadere, infatti, che parte datoriale provveda al versamento del corrispettivo pattuito al momento della stipula del patto e, dunque, anche molti anni prima della cessazione del rapporto di lavoro; in tal caso, non appare corretto valutare la congruità del corrispettivo rispetto al R.A.L. finale del dipendente, in quanto quest'ultimo ha immediatamente fruito del denaro che - come noto - ha di per sé un valore; in tale fattispecie, allora, appare preferibile quantomeno una soluzione intermedia in cui il corrispettivo venga prima attualizzato secondo gli indici ISTAT e solo successivamente raffrontato all'ultimo R.A.L.

Più difficoltosa appare la valutazione sulla congruità, laddove il corrispettivo non sia una somma di denaro, bensì una qualsiasi altra utilità

¹¹¹ Cass. civ. Sez. lavoro, 03/12/2001, n. 15253 in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*.

¹¹² Trib Milano 25/6/2003 in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*.

¹¹³ Trib Milano 21/7/2005 e Trib Torino 27/7/2001 in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*.

¹¹⁴ Per un approfondimento sulla casistica in tema di corrispettivo, cfr. I. BEGA, *Il corrispettivo del patto di non concorrenza* in *Guida al Lavoro / Il Sole 24ore*, n. 16, 10 aprile 2020, pp. 13 ss.

idonea a garantire un vantaggio economicamente valutabile in favore del lavoratore¹¹⁵.

Si discute, inoltre, sulla natura giuridica del corrispettivo.

A fronte di un orientamento che propende per il carattere risarcitorio o che comunque ne esclude la natura retributiva¹¹⁶, esiste un altro orientamento che, invece, propende per la natura retributiva, con conseguente assoggettamento all'imposizione contributiva¹¹⁷.

Esiste comunque anche un terzo orientamento, secondo cui: *“le caratteristiche (tributarie) del corrispettivo del patto di non concorrenza sono essenzialmente due: i) non si tratta di un'erogazione retributiva; ii) non si tratta di un'erogazione risarcitoria [...] Che il patto sia stipulato all'inizio o durante il decorso del rapporto di lavoro, ovvero che esso intervenga alla sua cessazione, eventualmente nell'ambito di un più articolato accordo transattivo, gli ammontari erogati in virtù di tale accordo fuoriescono dalla categoria dei redditi di lavoro dipendente e confluiscono nei redditi diversi (art. 67, 1o comma, lett. l), del t.u.i.r.). Si tratta infatti, come detto, di somme volte a ristorare l'inattività futura, e dal momento che si fondano su di un'obbligazione nuova, volontariamente assunta dalle parti, non hanno natura risarcitoria né sostitutiva, che*

¹¹⁵ Sulla possibilità che il corrispettivo non coincida con il versamento di una somma di denaro, cfr. Cass. civ. Sez. lavoro, 02/03/1988, n. 2221 in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*.

¹¹⁶ Cass. civ. Sez. lavoro, 26-11-1994, n. 10062 in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*, ha statuito che: *“esso non fa parte della retribuzione (non compensa una prestazione di lavoro ma l'astensione da alcune prestazioni), sicché non sono pertinenti i criteri dettati dall'art. 36 Cost., deve riconoscersi che nella sua formulazione letterale la norma richiede soltanto che sia fissato un compenso a favore del prestatore di lavoro”*.

¹¹⁷ Cass. civ. Sez. lavoro Sent., 15/07/2009, n. 16489 in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*, ha ritenuto che: *“la tesi relativa alla natura risarcitoria dell'emolumento è stata abbandonata dall'INPS ed è contraddetta dalla uniforme giurisprudenza di questa Corte che qualifica esplicitamente tale erogazione come corrispettivo dell'obbligazione di non fare (cfr., quanto alla completa definizione del patto, Cass. 2 marzo 1988 n. 2221; quanto poi all'uso corrente del termine "corrispettivo", cfr. ad es., Cass. 4 aprile 2006 n. 7835) [...] Concludendo, sulla base delle considerazioni esposte, dovendosi ritenere che il corrispettivo del patto di non concorrenza di cui all'art. 2125 c.c. è incluso nella nozione di reddito da lavoro dipendente ai fini contributivi di cui alla L. 30 aprile 1969, n. 153, art. 12, come sostituito dal D.Lgs. 2 settembre 1997, n. 314, art. 6”*.

*permetterebbe una riconduzione alla categoria dei redditi di lavoro dipendente*¹¹⁸.

10. LA NULLITÀ DEL PATTO

Esaminando le caratteristiche e i limiti del patto di non concorrenza sono state già individuate le ipotesi in cui si configura la nullità dell'accordo.

Ciononostante è opportuno ribadire, anche in questa parte, come la violazione dei limiti inerenti l'oggetto e l'estensione territoriale, nonché la violazione dell'obbligo di prevedere un corrispettivo comportino la nullità dell'intera pattuizione, mentre la violazione del limite temporale comporti una nullità parziale, per cui la durata del vincolo viene ricondotta automaticamente entro i limiti massimi di legge.

Occorre, poi, affermare nuovamente che, alla luce dell'interpretazione fornita di recente dalla Suprema Corte, la congruità del corrispettivo può essere valutata *ex post* e ciononostante incidere sulla validità del patto, che potrebbe essere dichiarato nullo.

Ciò ha portato ad una differenza tra determinabilità e congruità del corrispettivo che, stando a quanto indicato dalla Suprema Corte, crea “due forme diverse di nullità”; in Cass. n. 5540/2021 si legge, infatti, che *“operano su diversi piani la nullità del patto di non concorrenza per indeterminatezza o indeterminabilità del corrispettivo che spetta al lavoratore, quale vizio del requisito prescritto in generale dall'art. 1346 c.c., per ogni contratto, e la nullità per violazione dell'art. 2125 c.c., laddove il corrispettivo "non è pattuito" ovvero, per ipotesi equiparata dalla giurisprudenza di questa Corte, sia simbolico o manifestamente iniquo o sproporzionato [...]; dall'accoglimento del primo motivo di ricorso deriva la cassazione della sentenza impugnata, con rinvio al giudice d'appello indicato in dispositivo che dovrà procedere a nuovo esame*

¹¹⁸ In dottrina tale posizione è espressa da A. VANNINI, *Somme erogate dal datore di lavoro nell'ambito di accordi transattivi novativi: il caso del patto di non concorrenza*, in *Diritto e pratica tributaria* n. 6/2010, pp. 1037 ss.

valutando distintamente la questione della nullità per mancanza del requisito di determinatezza o determinabilità del corrispettivo pattuito tra le parti e, poi, verificando che il compenso, come determinato o determinabile, non fosse simbolico o manifestamente iniquo o sproporzionato, in rapporto al sacrificio richiesto al lavoratore, alla riduzione delle sue possibilità di guadagno, indipendentemente dall'utilità che il comportamento richiesto rappresentava per il datore di lavoro, come dal suo ipotetico valore di mercato”¹¹⁹.

In dottrina, sulla base di tale sentenza, si è dunque evidenziato che *“quando viene in questione la determinatezza o determinabilità del corrispettivo, il giudizio è riferito al momento della stipula del patto e ha ad oggetto il compenso voluto dalle parti [...] Agli effetti dell’art. 2125 c.c., invece, il giudizio [...] dovrebbe essere effettuato ex post secondo un criterio di congruità oggettiva che può anche scostarsi dalla volontà delle parti”¹²⁰.*

In sintesi, dunque, stando al recente orientamento della Suprema Corte, i vizi attinenti alla determinabilità del corrispettivo, riguardano l’art. 1346 c.c., in quanto le parti, pur volendo accordarsi sul patto di non concorrenza, non hanno tuttavia esplicitato gli elementi necessari per determinare la configurazione del corrispettivo, sicché il regolamento contrattuale viene a difettare di un elemento essenziale; per contro, le ipotesi relative alla congruità del corrispettivo rientrano tra le nullità previste dall’art. 2125 c.c., in quanto le parti hanno determinato il compenso, che però non risulta adeguato.

Si tratta di statuizioni che finiscono per scardinare taluni dei principi base dell’ordinamento di diritto comune.

¹¹⁹ Cass. civ. Sez. lavoro, Ord., (ud. 20-10-2020) 01-03-2021, n. 5540 cit.

¹²⁰ In tal senso, cfr. M. DALLACASA, op. cit., pp. 918 ss.

Se è vero, infatti, che la nullità può essere fatta valere mediante un'azione di accertamento proponibile in qualsiasi momento¹²¹, un medesimo atto potrebbe essere inizialmente valido e successivamente invalido.

Portando poi alle estreme conseguenze l'orientamento espresso dalla Cassazione, si finisce per affermare che detta azione di accertamento possa essere esercitata solo a valle della cessazione del rapporto di lavoro, perché solo allora si può valutare la congruità del compenso¹²².

Si è già detto, allora, che sono stati sollevati numerosi dubbi in ordine alla soluzione offerta dalla Suprema Corte e sul fatto che, per principi conclamati, *“la nullità attiene [...] ad un vizio genetico del contratto e quindi deve esistere sin dal suo sorgere”*.

Pertanto, si ritiene che non sia coerente con l'ordinamento, verificare *ex post* la congruità del corrispettivo che incide sulla validità originaria del patto¹²³.

Si è comunque posta l'ulteriore questione se la speciale forma di nullità prevista dall'art. 2125 c.c., proprio perché finalizzata a proteggere il dipendente, possa essere fatta valere solo da quest'ultimo.

Sul punto, si rinviene un precedente della Suprema Corte, ormai datato, in cui si statuisce che *“la norma dell'art. 2125 c. c., che disciplina il patto di non concorrenza del prestatore di lavoro per il tempo successivo alla cessazione del contratto, ha natura inderogabile ed imperativa e pertanto il giudice deve compiere d'ufficio l'indagine circa la validità o meno del patto anche in relazione ai limiti dell'oggetto in cui è contenuto”*¹²⁴.

¹²¹ Sulle caratteristiche della nullità nel diritto comune, cfr. A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, XIV ed., pp. 238 ss.

¹²² La stessa Cass. civ. Sez. lavoro, Ord., n. 5540/2021 cit. in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*: *“dà atto della tradizionale impostazione secondo cui, in tema di rapporti di scambio lo squilibrio economico originario delle prestazioni non può comportare la nullità del contratto perchè nel nostro ordinamento prevale il principio dell'autonomia negoziale (cfr. Cass. n. 9144 del 1993; Cass. n. 9640 del 2013; Cass. n. 22567 del 2015) e detta patologia radicale è strettamente correlata ad un difetto della struttura della fattispecie rispetto al paradigma legale (sulla perdurante separazione tra regole di condotta e regole di validità o di struttura del contratto v. Cass. SS.UU. n. 26724 del 2007) [...]”*.

¹²³ Cfr. M. DALLACASA, op. cit., p. 919.

¹²⁴ Cass. civ., 12/06/1981, n. 3837 in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*.

Tuttavia, si dubita dell'attualità di una siffatta conclusione, anche alla luce delle recenti pronunce della Suprema Corte che hanno insistito sulla specialità della nullità prevista dall'art. 2125 c.c.; non si può dimenticare, infatti, che alla declaratoria di nullità del patto conseguono i normali effetti restitutori, con la conseguenza che il dipendente dovrà restituire la somma eventualmente percepita a titolo di corrispettivo al proprio datore di lavoro, nonostante un eventuale interesse dello stesso dipendente a mantenere in vita il patto invalido e a trattenere la somma in questione.

Peraltro, potrebbe anche accadere che l'accertamento della nullità pervenga a distanza di anni, perfino successivamente al periodo di efficacia del patto stesso, durante il quale il dipendente potrebbe essersi astenuto dal compiere attività in concorrenza, con la conseguenza che egli avrebbe diritto solo al risarcimento del danno.

Si è evidenziato, dunque, che in caso di accertata nullità del patto, il datore di lavoro potrà agire per ottenere in restituzione il corrispettivo versato.

L'azione di ripetizione dell'indebitto, però, dovrà rispettare il termine decennale di prescrizione¹²⁵.

Giova precisare, infine, che la somma che dovrà essere restituita al datore di lavoro dovrà essere al netto delle trattenute e coinciderà, dunque, con quanto il dipendente ha effettivamente percepito¹²⁶, oltre agli interessi e alla rivalutazione monetaria¹²⁷.

Quest'ultima, però, non è dovuta in maniera automatica, ma dovrà essere versata solo ove ne ricorrano i presupposti, in quanto spetta al creditore

¹²⁵ Cfr., *ex plurimis*, Tribunale Milano Sez. lavoro, Sent., 2 febbraio 2015, in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*.

¹²⁶ Tribunale Milano Sez. lavoro, Sent., 26-05-2021 in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*. precisa quanto segue: “*il resistente va quindi condannato a ripetere in favore della società ricorrente la somma netta [...], tenuto conto che [...] deve essere considerato alla stregua di sostituto d'imposta*”. Più in generale, per tale principio, cfr. Cass. civ., Sez. lavoro, Sent., (data ud. 10/04/2018) 25/07/2018, n. 19735 in *onegale.wolterskluwer.it*: “*il datore di lavoro, salvi i rapporti col fisco, può ripetere l'indebitto nei confronti del lavoratore nei limiti di quanto effettivamente percepito da quest'ultimo, restando esclusa la possibilità di ripetere importi al lordo di ritenute fiscali mai entrate nella sfera patrimoniale del dipendente*”.

¹²⁷ Cfr., *ex plurimis*, Tribunale Milano Sez. lavoro, Sent., 02-02-2015 cit. in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*.

allegare e dimostrare il maggior danno derivato dalla mancata disponibilità della somma durante il periodo di mora e non compensato dalla corresponsione degli interessi¹²⁸.

È utile rilevare nondimeno come la possibilità di esperire l'azione di ripetizione del corrispettivo del patto di non concorrenza dichiarato nullo, confermi che le somme erogate per il patto in questione non rientrano tra le retribuzioni del dipendente e, quindi, non sono assoggettate alle previsioni di cui all'art. 2126 cc¹²⁹.

Resta inteso che la nullità del patto di non concorrenza, anche laddove previsto all'interno del contratto di lavoro, non si estende a quest'ultimo; si è già detto, infatti, che il patto in esame, ancorché inserito nel contratto di lavoro, costituisce una fattispecie negoziale autonoma, dotata di una causa distinta, costituita dal nesso sinallagmatico tra l'obbligo di non fare concorrenza e la contrapposta obbligazione di riconoscere un corrispettivo, benché vincolata da un nesso di interdipendenza funzionale con il rapporto di lavoro¹³⁰.

¹²⁸ Sulla rivalutazione monetaria, cfr. Cass. civ. Sez. VI - 3 Ord., 08/07/2020, n. 14158 in *pluriscadam.utetgiuridica.it*.

¹²⁹ L'art. 2126 c.c. prevede che *“la nullità o l'annullamento del contratto di lavoro non produce effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione, salvo che la nullità derivi dall'illiceità dell'oggetto o della causa. Se il lavoro è stato prestato con violazione di norme poste a tutela del prestatore di lavoro, questi ha in ogni caso diritto alla retribuzione”*.

¹³⁰ Cfr. Cass. civ. Sez. lavoro, Sent. (ud. 07-02-2019) 30-05-2019, n. 14797, in *pluriscadam.utetgiuridica.it*.

CAP. III

LE CLAUSOLE ACCESSORIE AL PATTO DI NON CONCORRENZA

1. GLI ELEMENTI ACCESSORI DEL CONTRATTO

Si è già detto che il patto di non concorrenza è assoggettato a dei limiti, che devono essere previsti dalle parti all'interno dell'accordo a pena di nullità.

Tale affermazione, però, non esclude la possibilità per le parti di esprimere la loro autonomia contrattuale e aggiungere alla pattuizione alcune clausole accessorie.

Le clausole accessorie dei contratti, anche note come elementi accidentali, sono clausole la cui presenza non è indispensabile ai fini della validità del contratto e che hanno solo la funzione di modificarne o precisarne il contenuto; tuttavia, ove, apposte, dette clausole incidono sull'efficacia del negozio¹³¹.

Occorre, però, verificare quali di queste clausole siano compatibili con il patto di non concorrenza, alla luce dei limiti che lo contraddistinguono.

La questione è stata affrontata per lo più nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato, dove maggiore è l'esigenza di tutela del contraente debole; in ogni caso, si rinvengono interventi giurisprudenziali e dottrinari anche con riferimento ai rapporti di agenzia.

Tra le clausole accessorie che più di frequente sono state apposte ai patti di non concorrenza, si annoverano il recesso unilaterale, l'opzione, la penale e il foro esclusivo.

La circostanza che tali clausole siano state utilizzate non significa ovviamente che le stesse siano valide.

È opportuno, dunque, esaminare nel dettaglio gli approdi cui sono pervenuti su ciascuna di esse dottrina e giurisprudenza.

2. IL DIRITTO DI RECESSO

¹³¹ A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, op. cit., pp. 150 s.

Il diritto di recesso è disciplinato dall'art. 1373 c.c. e attribuisce la facoltà, alla parte in favore della quale è stato previsto, di liberarsi dal vincolo contrattuale sulla base di una propria decisione unilaterale¹³².

Dottrina e giurisprudenza si sono interrogate sulla possibilità di inserire, all'interno del patto di non concorrenza, una clausola di recesso.

Come già detto, la problematica è stata affrontata per lo più con riferimento al rapporto di lavoro subordinato e, quindi, è opportuno concentrarsi soprattutto su tale settore.

In tal caso, laddove sia stato previsto il diritto di recesso, il patto di non concorrenza, già perfezionato, cesserebbe i propri effetti in virtù di una comunicazione unilaterale del datore di lavoro, che si è riservato il diritto di sciogliersi dal vincolo e, dunque, di non versare al dipendente il corrispettivo pattuito¹³³.

Per completezza, appare opportuno differenziare le risposte al quesito sopra indicato, in base al termine ultimo fissato dalle parti per esercitare il diritto di recesso.

In primo luogo, occorre esaminare l'ipotesi in cui la clausola preveda la possibilità di recedere dal patto di non concorrenza, a valle della cessazione del rapporto di lavoro.

Secondo un orientamento minoritario e ormai risalente, la clausola in questione sarebbe ammissibile anche in tale ipotesi, in quanto l'art. 1373 c.c. individuerrebbe principi applicabili in qualsiasi settore e dunque anche in quello del rapporto di lavoro subordinato¹³⁴.

¹³² L'art. 1373 cc prevede che: *“se a una delle parti è attribuita la facoltà di recedere dal contratto, tale facoltà può essere esercitata finché il contratto non abbia avuto un principio di esecuzione.*

Nei contratti a esecuzione continuata o periodica, tale facoltà può essere esercitata anche successivamente, ma il recesso non ha effetto per le prestazioni già eseguite o in corso di esecuzione.

Qualora sia stata stipulata la prestazione di un corrispettivo per il recesso, questo ha effetto quando la prestazione è eseguita.

E' salvo in ogni caso il patto contrario”.

¹³³ Sul punto cfr. G. MANCA, *Le clausole accessorie al patto di non concorrenza*, in *Guida al Lavoro / Il Sole 24ore*, n. 16, 10 aprile 2020, 19.

¹³⁴ Cass. 10.4.1978, n. 1686.

Sempre secondo tale orientamento, poi, il diritto di recesso non farebbe venire meno la determinatezza o della determinabilità del corrispettivo, trattandosi di profili separati¹³⁵.

In tale prospettiva, inoltre, il recesso sarebbe un evento favorevole per il lavoratore, in quanto farebbe riespandere le possibilità di impiego anche nel settore prima inibito dal patto e nel quale il dipendente ha maggiore appetibilità sul mercato.

È evidente, però, che tale orientamento finisce, per un verso, per lasciare il dipendente alla mercé del datore di lavoro e, per altro verso, per violare l'obbligo di predeterminare la durata del vincolo, che non può venir meno per una decisione unilaterale nel periodo di efficacia del patto stesso.

In tal senso si è espressa anche la Suprema Corte che ha evidenziato quanto segue: *“l'art. 2125 risulta invece violato dalla clausola con cui la società si è riservata la facoltà di recesso. Questa infatti - ancorchè legittima secondo i principi generali che presiedono ai contratti di cui all'art. 1373 cod. civ., essendo consentito ogni patto che preveda la possibilità di recesso dal contratto ad opera di una delle parti - confligge però con la disciplina specifica prevista per il patto di non concorrenza nel rapporto di lavoro subordinato, la quale limita l'autonomia contrattuale, sancendo che il patto venga "determinato nel tempo". Si tratta di una condizione diversa da quella prescritta nell'ultimo comma dell'art. 2125 cod. civ., che ne delimita la durata massima, di talchè sarebbe contra legem solo una durata esorbitante da quei limiti, ma sarebbe consentita invece la clausola di recesso. Questa viceversa è vietata perchè la durata del patto deve essere, ai sensi del primo comma, "delimitata ex ante" e quindi non può essere soggetta ad una pattuizione che ne consenta il venire meno in ogni*

¹³⁵ Ricostruisce in questi termini l'orientamento più risalente, A. BOSCATI, op. cit., 1103.

momento della sua durata, come nel caso di specie, in cui il patto era revocabile ad opera della società nell'ambito del biennio"¹³⁶.

Occorre verificare, allora, se sia ammissibile una clausola che attribuisca al datore di lavoro il diritto di esercitare il recesso al momento della conclusione del rapporto di lavoro.

Anche in questo caso, l'orientamento di gran lunga prevalente ritiene che la clausola sia invalida¹³⁷.

Si ribadisce, infatti, che la clausola di recesso unilaterale è lesiva dell'assetto di interessi regolato in modo inderogabile dall'art. 2125 c.c. (norma imperativa e speciale rispetto alla fattispecie generale prevista dall'art. 2596 c.c. e diversa da quella prevista dall'art. 2105 c.c.) e che deve essere interpretata secondo i principi ermeneutici di tale settore dell'ordinamento, in particolare tenendo presente il *favor* verso il lavoratore.

Si è detto, allora, che in questi termini il recesso viene visto come un "espediente fraudolento" sanzionabile con la nullità¹³⁸.

Alla base di tale assunto v'è dunque sempre l'esigenza di tutelare il contraente debole, anche attraverso la previsione della sanzione della nullità della clausola.

¹³⁶ Cass. civ. Sez. lavoro, Sent, (data ud. 16/04/2004) 16/08/2004, n. 15952 in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*.

¹³⁷ Corte di Cassazione, sentenza 13 giugno 2003, n. 9491 in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*, evidenzia quanto segue: "è proprio la libertà di recesso del datore di lavoro dal patto di non concorrenza alla data di cessazione del rapporto o per il periodo successivo, all'interno del limite temporale di vigenza del patto, che deve ritenersi non consentita"; cfr anche Trib. Milano, 25 luglio 2000 in *onelegale.wolterskluwer.it*, secondo cui "il patto di non concorrenza stipulato da datore e prestatore di lavoro ai sensi dell'art. 2125 c.c. non ammette l'inserimento di una clausola che, ai sensi dell'art. 1373 c.c., attribuisca al datore di lavoro la facoltà di recesso unilaterale alla data della cessazione del rapporto o per il periodo successivo, all'interno del limite temporale di vigenza del patto, posto che la norma di cui all'art. 2125 - norma speciale rispetto alla fattispecie generale prevista dall'art. 2596 e diversa da quella prevista dall'art. 2105 c.c. - deve essere interpretata secondo i principi ermeneutici di tale settore dell'ordinamento, in particolare tenendo presente il "favor" verso il lavoratore. La clausola suddetta, infatti, potrebbe costituire lo strumento attraverso cui eludere le garanzie che l'art. 2125 c.c. appresta al lavoratore, snaturando completamente il regolamento di interessi oggetto del patto, in quanto produttiva di un'indeterminatezza temporale dell'obbligo assunto dal prestatore di lavoro. Essa è, pertanto, nulla ai sensi dell'art. 1344 c.c."; in dottrina, cfr. R. PETTINELLI, op. cit., p. 2524.

¹³⁸ A. BOSCATI, op. cit., 1103; R. PETTINELLI, op. cit., p. 2524.

In realtà, a tale conclusione si perviene non solo in ragione dell'esigenza di fornire protezione al lavoratore attraverso una c.d. interpretazione teleologica dell'art. 2125 c.c., ma anche in ragione della considerazione sopra riportata secondo cui il patto previsto dall'art. 2125 c.c. comporta, fin dalla sua stipulazione, un obbligo di non fare, già efficace durante il rapporto di lavoro e che fa sorgere l'obbligo (ulteriore rispetto a quello previsto dall'art. 2105 c.c.) di non accettare offerte di lavoro da un concorrente.

Ne viene che l'obbligo di non concorrenza, per quanto sia destinato a entrare in vigore alla fine del contratto di lavoro, produce, come effetto indiretto, un obbligo che limita immediatamente il dipendente; pertanto, il diritto di recesso finirebbe per alterare una situazione giuridica che ha già prodotto - almeno in parte - effetti limitativi per il lavoratore¹³⁹.

In questo caso, allora, non si opera tanto una verifica in merito al fatto che il recesso abbia rappresentato un espediente fraudolento, sanzionabile con la nullità (art. 1344 c.c.), finalizzato ad eludere disposizioni imperative quali l'art. 2125 c.c., ma si stabilisce un criterio presuntivo assoluto volto a consentire, al di là della regolazione di interessi oggetto del patto, un adeguato controllo in merito al venir meno dell'onerosità del vincolo e in merito all'indeterminatezza temporale dell'obbligo assunto dal prestatore di lavoro derivante dalla pattuizione della clausola di recesso¹⁴⁰.

In altri termini, l'esercizio datoriale della facoltà di recesso finisce per eludere, per un verso, l'obbligo di fissazione di un termine di durata certo e, per altro verso, l'obbligo di versare un corrispettivo congruo, così come previsto dall'art. 2125 c.c.

Allora, è proprio la libertà del recesso *ex post* dal patto di non concorrenza (ovvero alla data di cessazione del rapporto di lavoro o per il periodo

¹³⁹ L. CAIRO e U. VILLA, op. cit., p. 468

¹⁴⁰ In questi termini, R. PETTINELLI, op. cit., p. 2525.

successivo, durante il periodo di vigenza del patto) a essere considerata incompatibile con l'art. 2125 cc¹⁴¹.

Su tali basi, la Suprema Corte ha così statuito: *“la condizione meramente potestativa ad effetto risolutivo non rientra nella previsione di nullità di cui all'art. 1355 c.c. (vedi, da ultimo, Cass. 15 settembre 1999, n. 9840); in ogni caso, in presenza di contratti ad esecuzione continuata (ed è questo il caso del patto di non concorrenza), la pattuita possibilità di "rinuncia" al patto da parte del datore di lavoro è da ricondurre all'astratta previsione di cui all'art. 1373 c.c., secondo comma, che, peraltro, non presenta sostanziali differenze, in mancanza di patti specifici sugli effetti retroattivi, con l'ipotesi della condizione risolutiva potestativa, stante il disposto dell'art. 1360 c.c., secondo comma. Ma è proprio la libertà di recesso del datore di lavoro dal patto di non concorrenza alla data di cessazione del rapporto o per il periodo successivo, all'interno del limite temporale di vigenza del patto, che deve ritenersi non consentita [...] la limitazione allo svolgimento dell'attività lavorativa deve essere contenuta entro determinati limiti di oggetto, di tempo e di luogo e compensata da un corrispettivo di natura latamente retributiva. La norma, interpretata secondo i principi generali, anche di derivazione costituzionale (artt. 4 e 35 Cost.), non consente, da una parte, che sia attribuito al datore di lavoro il potere di incidere unilateralmente sulla durata temporale del vincolo, così vanificando la previsione della fissazione di un termine certo; dall'altra, che l'attribuzione patrimoniale pattuita possa essere caducata dalla volontà del datore di lavoro. In definitiva, la grave ed eccezionale limitazione alla libertà di impiego delle energie lavorative risulta compatibile soltanto con un vincolo stabile (salva, ovviamente, la concorde volontà delle parti), che si presume accettato dal lavoratore all'esito di una valutazione della sua convenienza, sulla quale fonda determinate programmazioni della sua attività dopo la cessazione del rapporto. Ammettere la facoltà di recesso*

¹⁴¹ R. PETTINELLI, op. cit., p. 2525.

del datore di lavoro dal patto di non concorrenza, sarebbe in contrasto con il principio del controllo giudiziale di tutti i poteri che il contratto di lavoro attribuisce al datore di lavoro, e proprio con riferimento ad aspetti incidenti sul diritto al lavoro come tale e, in definitiva, sui livelli retributivi in senso ampio”¹⁴².

Rimane da verificare la possibilità di inserire nel patto di non concorrenza, clausole che prevedono l’esercizio del diritto di recesso in epoca antecedente alla cessazione del rapporto di lavoro.

In questi casi, infatti, il ridotto spazio temporale a disposizione del datore di lavoro potrebbe consentire al dipendente di conoscere in anticipo la durata del vincolo derivante dal patto e confidare sul corrispettivo ovvero, nel caso in cui venga esercitato il diritto di recesso, di esser certo di potersi reinserire nel mondo del lavoro subito dopo la risoluzione del rapporto in essere.

Proprio su tali premesse, una parte della giurisprudenza di merito, anche con il sostegno di una parte della dottrina, ha ritenuto ammissibile la clausola in esame, in base ai principi ermeneutici di cui all’art. 1367 c.c. e dunque in base al principio per cui si deve privilegiare l’interpretazione che consenta la conservazione del contratto¹⁴³.

Nonostante tali rilievi, la Suprema Corte ha escluso l’ammissibilità della clausola che prevede il diritto di recesso, anche se esercitabile prima della cessazione del rapporto di lavoro, proprio perché gli obblighi a carico delle parti sorgono al momento della stipula del patto ed il recesso andrebbe comunque ad incidere sulla possibilità del lavoratore di autodeterminarsi¹⁴⁴.

¹⁴² Cass. civ. Sez. lavoro, 13-06-2003, n. 9491 in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*.

¹⁴³ R. PETTINELLI, op. cit., p. 2525, richiama tra le pronunce a sostegno di tale tesi Trib. Milano, 25 luglio 2000, cit.; Corte d’App Milano, 12 aprile 2001, cit.; Trib. Torino, 23 luglio 2004, in *Giur. Piem.*, 2005, 293.

¹⁴⁴ Cfr. in tal senso Cassazione civile, Sez. lav., 3 giugno 2020, n. 10535, in *pluris-cedam.utetgiuridica.it* che ha testualmente statuito quanto segue: “*va, innanzitutto, premesso che, come anche correttamente sottolineato dalla Corte distrettuale, le doglianze della società attengono al tema della legittimità del patto di non concorrenza post-contrattuale, del diritto dell’ex dipendente di ottenere il corrispettivo indennizzo previsto nel patto di non concorrenza sottoscritto e della nullità della clausola che prevede la facoltà del datore di lavoro di recedere unilateralmente dal predetto patto. Al riguardo, si evidenzia che i giudici di merito sono pervenuti alla decisione oggetto del presente giudizio uniformandosi agli ormai consolidati arresti*

Anche in questi casi, dunque, si ritiene che la clausola sia nulla per contrasto con norma imperativa, posto che è l'intero schema causale del patto di non concorrenza a risultare violato dall'introduzione di un diritto potestativo il quale: non sarebbe dissimile dalla condizione risolutiva, sarebbe volto a inficiare la necessaria delimitazione *ex ante* del patto e sarebbe idoneo ad ostacolare la possibilità per il dipendente di predeterminarsi o di assumere liberamente le determinazioni più opportune sul proprio percorso professionale confidando sulla stabilità del patto e, dunque, del corrispettivo, che dovendo essere determinato o determinabile, non potrebbe essere soggetto ad alea o condizioni¹⁴⁵.

La clausola di recesso, dunque, altererebbe l'equilibrio tra le prestazioni dedotte nel patto di non concorrenza a tal punto da renderlo incompatibile con l'art. 2125 c.c., con la conseguente illiceità della clausola accessoria, in quanto inidonea a realizzare interessi meritevoli di tutela ex art. 1322, 2° comma, c.c.

giurisprudenziali della Suprema Corte nella materia, del tutto condivisi da questo Collegio, che non ravvisa ragioni per discostarsene - ed ai quali, ai sensi dell'art. 118 disp. att. c.p.c., fa espresso richiamo (cfr., ex plurimis, Cass. nn. 3/2018; 8715/2017; 213/2013; 212/2013; 15952/2004; 9491/2003) -, secondo cui "la previsione della risoluzione del patto di non concorrenza rimessa all'arbitrio del datore di lavoro concreta una clausola nulla per contrasto con norme imperative"; inoltre, sempre in linea con la giurisprudenza di legittimità, i giudici di seconda istanza hanno osservato che il fatto che, nella fattispecie, il recesso dal patto di non concorrenza sia avvenuto in costanza di rapporto di lavoro non rileva, poichè i rispettivi obblighi si sono cristallizzati al momento della sottoscrizione del patto, "il che", secondo quanto affermato dall'ormai consolidato orientamento della Corte di Cassazione, "impediva al lavoratore di progettare per questa parte il proprio futuro lavorativo e comprimeva la sua libertà; ma detta compressione, appunto ai sensi dell'art. 2125 c.c., non poteva avvenire senza l'obbligo di un corrispettivo da parte del datore; corrispettivo che, nella specie, finirebbe con l'essere escluso ove al datore stesso venisse concesso di liberarsi ex post dal vincolo" (cfr., per tutte, Cass. n. 3/2018, cit.); pertanto, premesso che "l'obbligazione di non concorrenza a carico del lavoratore per il periodo successivo alla cessazione del rapporto sorge, nella fattispecie, sin dall'inizio del rapporto di lavoro" (Cass. n. 8715/2017, cit.), "tamquam non esset va considerata la successiva rinuncia al patto stesso... appunto perchè, mediante questa, si finisce per esercitare la clausola, nulla, tramite cui la parte datoriale unilateralmente riteneva di potersi sciogliere dal patto, facendo cessare ex post gli effetti, invero già operativi, del patto stesso, condizione risolutiva affidata in effetti a mera discrezionalità di una sola parte contrattuale" (Cass. n. 3/2018, cit.)". Più di recente, tali statuizioni hanno trovato conferma anche in Cass. civ., Sez. lavoro, Ord., (data ud. 25/11/2020) 01/09/2021, n. 23723 in pluris-cedam.utetgiuridica.it, secondo cui: "il fatto che, nella fattispecie, il recesso del patto di non concorrenza sia avvenuto in costanza di rapporto di lavoro non rileva, poichè i rispettivi obblighi si sono cristallizzati al momento della sottoscrizione del patto, il che impediva al lavoratore di progettare per questa parte il proprio futuro lavorativo e comprimeva la sua libertà".

¹⁴⁵ R. PETTINELLI, op. cit., p. 2526.

In sintesi, dunque, stando agli orientamenti più recenti della Suprema Corte, la clausola che attribuisce il diritto di recesso, laddove inserita nel patto di non concorrenza, è invalida indipendentemente dal momento in cui tale diritto può essere esercitato dal datore di lavoro.

Tuttavia, nonostante la netta posizione assunta attualmente dalla giurisprudenza, in dottrina v'è comunque chi intravede uno spazio per il diritto di recesso all'interno del patto di non concorrenza, ma lo condiziona sia al pagamento di uno specifico corrispettivo per il diritto in questione sia al suo esercizio prima della cessazione del rapporto di lavoro¹⁴⁶.

In tale ipotesi infatti, laddove il datore di lavoro eserciti il diritto di recesso, il dipendente manterrebbe il diritto alla controprestazione pattuita per tale diritto; mentre, nel caso in cui il datore di lavoro non dovesse esercitare il diritto di recesso, al dipendente spetterebbe comunque il corrispettivo previsto dall'art. 2125 c.c. con il quale compensare l'obbligazione negativa di non svolgere le attività precluse dal patto di non concorrenza.

Sempre secondo tale orientamento, in questo caso sussisterebbe certezza nei rapporti; si afferma, infatti, che *“l'eccezionale limitazione alla libertà di impiego delle energie lavorative accettata dal lavoratore sarebbe invero assistita da una stabilità, se non propriamente temporale (attesa la facoltà datoriale di liberarsi del vincolo comunque entro la cessazione del rapporto), quantomeno in relazione all'onerosità del sacrificio, si` da giustificare, nell'ambito del sinallagma negoziale, la dimidiata capacità di autodeterminazione e programmazione del dipendente per il periodo antecedente al recesso”*¹⁴⁷.

¹⁴⁶ R. PETTINELLI, op. cit., p. 2526 rileva in proposito quanto segue: *“osservando il fenomeno attraverso la lente delle argomentazioni sollevate dalla giurisprudenza in tema di opzione è proprio l'ipotesi da quest'ultima legittimata, si da render possibile interrogarsi su quali potrebbero essere le sorti di un patto di non concorrenza che preveda, oltre alla facoltà di recesso unilaterale da esercitarsi prima della cessazione del rapporto contrattuale, anche il pagamento del corrispettivo in corso di rapporto o, alternativamente, una specifica indennità prevista a titolo di caparra penitenziale (art. 1386 c.c.) o di clausola penale (art. 1382 c.c.)”*.

¹⁴⁷ R. PETTINELLI, op. cit., pp. 2526 s.

In tal caso, rimarrebbe solo da verificare la congruità del corrispettivo per il diritto di recesso.

In ogni caso, ad oggi non risulta che tale posizione dottrinale stata recepita dalla giurisprudenza, che invece continua ad escludere la possibilità di inserire la clausola in questione, ritenuta nulla.

Si discute, invece, se tale nullità infici la validità dell'intero patto di non concorrenza.

Sul punto, bisogna far riferimento all'art. 1419 c.c., che consente la conservazione del patto ex art. 2125 c.c., anche laddove si accerti la nullità della clausola di recesso, salvo che risulti che le parti non lo avrebbero concluso senza la clausola nulla¹⁴⁸.

Tale ricerca non è finalizzata ad individuare l'effettiva volontà delle parti ma si tratta *“di una valutazione ipotetica, condotta tanto in funzione dell'interesse in concreto perseguito e della permanenza dell'equilibrio fra prestazioni contrattuali instaurate quanto rilevando le ragioni in base alle quali un contraente modello, assunto a parametro di riferimento, avrebbe stipulato il patto di non concorrenza senza la clausola invalida”*¹⁴⁹.

In dottrina, comunque, vi è chi ritiene che *“il principio espresso dall'art. 1419, 1° comma, c.c. esprimerebbe una regola interpretativa funzionale «alla ricerca dell'intenzione dei contraenti circa la conservazione del negozio parzialmente nullo» da cui deriverebbe la necessità di «ricostruire*

¹⁴⁸ Cfr. A. BOSCATI, op. cit., p. 1104, che richiama a tal fine Trib. Milano 25 luglio 2000, cit.; Trib. Milano (ord.) 11 giugno 2001; cfr. anche Cass. civ. Sez. lavoro, Ord., (ud. 21-05-2019) 03-06-2020, n. 10535 in *pluris-cedam.utetgiuridica.it* in cui si statuisce che: *“i giudici di merito hanno escluso - facendo corretta applicazione del disposto dell'art. 1419 c.c., comma 2, - che la nullità della sola clausola di recesso dovesse comportare la nullità dell'intero patto di non concorrenza, in ossequio al principio di conservazione del contratto, che costituisce la regola nel sistema del codice civile (cfr. ex multis, Cass. nn. 23950/2014; 15214/2011; 27732/2005; 6756/2003), alla stregua del quale, perchè l'intero atto negoziale venga travolto da nullità, è necessario accertare che la clausola nulla sia stata determinante per la conclusione dello stesso: circostanza, questa, rimasta priva di delibazione, non avendo la società "fornito alcun elemento di prova da cui trarre i requisiti di eccezionalità ed essenzialità della clausola dichiarata nulla”*.

¹⁴⁹ Cfr. R. PETTINELLI, op. cit., pp. 2526 s. che richiama Cass. civ., 26 settembre 2019, n. 24044, in *Giur. It.*, 2020, 358, che non esclude che *“possa trovare applicazione l'art. 1419 c.c., come avvenuto nel presente caso, laddove l'assetto degli interessi in gioco non venga pregiudicato da una pronuncia di nullità parziale, limitata alle clausole rivenienti dalle intese illecite”*.

*il contratto sulla base della volontà che gli interessati avrebbero manifestato se avessero conosciuto con esattezza la legge»*¹⁵⁰.

In ogni caso, la regola base è il principio di conservazione del contratto, con la conseguenza che l'onere probatorio di dimostrarne l'essenzialità ricade su chi ha interesse a far caducare l'intero patto (verosimilmente il datore di lavoro)¹⁵¹.

Da ultimo, è opportuno rilevare che si è discusso sulla possibilità di inserire la clausola in questione nell'ambito di un patto di non concorrenza stipulato con un agente.

Anche in questo caso, però, la giurisprudenza è giunta alle medesime conclusioni cui è pervenuta per il rapporto di lavoro subordinato; in particolare, si è detto che *“il diritto all'indennità, difatti, è già sorto con la semplice accettazione del patto di non concorrenza, pertanto sembrerebbe oltremodo discutibile che la rinuncia della società preponente ad avvalersi del patto possa essere validamente manifestata senza un espresso consenso dell'agente [...] Pertanto, la risoluzione del patto di non concorrenza rimessa all'arbitrio del datore di lavoro, concreta un accordo nullo per contrasto con norme imperative, essendo irrilevante il fatto che il recesso dal patto sia avvenuto in costanza del rapporto di lavoro”*¹⁵².

3. IL DIRITTO DI OPZIONE

Il diritto di opzione è un accordo in virtù del quale una parte effettua una proposta vincolante irrevocabile che l'altra parte si riserva di accettare ed è disciplinato dall'art. 1331 cc¹⁵³.

¹⁵⁰ Per la ricostruzione di tali orientamenti, cfr. R. PETTINELLI, op. cit., pp. 2526 s.

¹⁵¹ In tal senso, cfr. Cass. civ. Sez. lavoro, Ord., (ud. 21-05-2019) 03-06-2020, n. 10535 cit.

¹⁵² Tribunale Arezzo, Sent., 09/12/2020, n. 281 cit.

¹⁵³ In base all'art. 1331 c.c.: *“quando le parti convengono che una di esse rimanga vincolata alla propria dichiarazione e l'altra abbia facoltà di accettarla o meno, la dichiarazione della prima si considera quale proposta irrevocabile per gli effetti previsti dall'articolo 1329.*

Se per l'accettazione non è stato fissato un termine, questo può essere stabilito dal giudice”.

A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, op. cit., pp. 471 s. mettono in risalto anche la differenza con la proposta irrevocabile che, a differenza dell'opzione, non consegue ad un accordo ma da un impegno assunto unilateralmente. F. FERRETTI, *Opzione nel patto di non concorrenza e termine di esercizio: orientamenti della giurisprudenza*, in *il Lavoro nella giurisprudenza* 2/2020, pp. 169

Nell'ambito del patto di non concorrenza, la clausola contenente il diritto di opzione viene utilizzata per attribuire all'imprenditore un diritto potestativo alla conclusione del patto stesso, tenendo il lavoratore vincolato alla propria dichiarazione irrevocabile, con la conseguenza che soltanto in caso di accettazione di tale proposta il patto si perfezionerà a tutti gli effetti anche per quanto concerne il diritto del prestatore di lavoro a percepire il corrispettivo pattuito¹⁵⁴.

Pertanto, mentre con il recesso l'imprenditore si riserva la facoltà di sciogliere un patto di non concorrenza già stipulato, con l'opzione, l'imprenditore si riserva il diritto di stipulare un patto che non vincola le parti fin quando l'opzione non viene esercitata.

Si pone nuovamente il problema di verificare la compatibilità di tale clausola con il patto di non concorrenza, in quanto si avverte il rischio che il condizionamento e l'eccessiva incidenza sulla programmabilità delle scelte di lavoro possano alterare l'equilibrio di interessi tra le parti.

Ancora una volta si ritiene di poter esaminare prevalentemente la questione nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato; si rileva, però, già da ora che le conclusioni cui si perviene in tale ambito si applicano in gran parte anche ai rapporti di agenzia.

Inizialmente, la giurisprudenza ha ritenuto ammissibile la previsione del diritto di opzione all'interno del patto di non concorrenza, sul presupposto che la struttura del patto non verrebbe alterata dall'inserimento di tale clausola.

La stessa giurisprudenza che ha promosso tale orientamento, infatti, ha ritenuto di non ravvisare un negozio in frode alla legge *ex art. 1344 c.c.*, in

ss., così testualmente definisce il patto di opzione: *“il patto di opzione è un negozio giuridico bilaterale che dà origine a una fattispecie a formazione progressiva costituita inizialmente dall'accordo di irrevocabilità della proposta e, in seconda battuta, dall'(eventuale) accettazione del promissario/opzionario, che perfeziona il contratto alla cui conclusione l'opzione è volta”*. Per un puntuale trattazione del patto in questione, cfr. S. LOMBARDO, *Clausola di opzione*, in *Clausole negoziali. Profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche*, a cura di M. CONFORTINI, UTET, 2017, pp. 541 ss.

¹⁵⁴ Cfr. in tal senso G. MANCA, *Le clausole accessorie al patto di non concorrenza*, op. cit., p. 18.

assenza di una finalità diversa rispetto a quella prevista dalla fattispecie legale¹⁵⁵.

Del resto, sempre secondo tale orientamento, laddove sia stato previsto il diritto di opzione, il lavoratore non è immediatamente vincolato dal patto di non concorrenza, in quanto la sua efficacia è condizionata alla successiva dichiarazione del datore di lavoro e dunque le scelte lavorative del dipendente non subirebbero alcuna compressione finché il diritto di opzione non viene esercitato¹⁵⁶.

Tuttavia, si è replicato che l'inserimento del diritto di opzione nel patto di non concorrenza integra comunque una forma di coazione quantomeno indiretta della libertà del lavoratore, che potrebbe rimanere anche per anni in attesa della decisione datoriale, con la conseguenza che il patto di opzione finirebbe per eludere la norma imperativa di cui all'art. 2125 cc.

Si è dunque affermato un orientamento più restrittivo secondo cui il patto di opzione sarebbe sempre incompatibile con il patto di non concorrenza, in quanto sottopone il compenso a un'alea che contrasta con la certezza di uno degli elementi essenziali previsti dall'art. 2125 c.c. a pena di nullità¹⁵⁷.

A fronte di queste due contrapposte posizioni, si è andato ad affermare un orientamento intermedio che ha posto l'accento sulla necessità di andare a verificare se l'opzione, inserita nel patto di non concorrenza, sia di per sé idonea a condizionare la libertà del lavoratore e dunque se le parti abbiano inteso violare l'art. 2125 cc¹⁵⁸.

Si è quindi sostenuto che non si può escludere a priori che l'opzione sia concretamente strutturata in modo tale da eludere i limiti e le condizioni previste dall'art. 2125 c.c. e che l'esistenza di un siffatto intento fraudolento vada accertato caso per caso.

¹⁵⁵ Cass. civ., 24 marzo 1980, n. 1968, in *Giust. Civ.*, 1981, 1113

¹⁵⁶ Per tale ricostruzione, cfr. Cfr. L. CAIRO e U. VILLA, op. cit., p. 468.

¹⁵⁷ In L. CAIRO e U. VILLA, op. cit., p. 465, si richiama quale esempio di pronunce giurisprudenziali che hanno aderito a tale orientamento Pret. Bologna 28 febbraio 1985, in *Lav.* 80, 1985, 873.

¹⁵⁸ Cfr. Cass. civ., 25 maggio 1983, n. 3625, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1984, 471.

In concreto, è accaduto allora che sono state ritenute invalide le clausole contenenti il diritto di opzione che prevedeva l'obbligo del lavoratore, non assistito da corrispettivo, di comunicare all'impresa le offerte di lavoro ricevute dai terzi, al fine consentire al datore di lavoro una valutazione a posteriori in ordine alla convenienza di esercitare l'opzione.

Parimenti sono state ritenute invalide le clausole prive di un termine entro il quale il diritto di opzione doveva essere esercitato, tenuto conto che in tal caso il datore di lavoro avrebbe potuto esercitare tale diritto anche a seguito delle dimissioni del dipendente, sicché si sarebbe venuta a legittimare una dichiarazione avente funzione *latu sensu* sanzionatoria della volontà del lavoratore di voler recedere, con conseguente dichiarazione di nullità *ex art.* 1344 cc¹⁵⁹.

Si ritiene, allora, che l'opzione possa essere inserita all'interno del patto di non concorrenza, purché si rispettino determinati requisiti.

Innanzitutto, deve essere ristorata la compressione della libertà del lavoratore derivante dall'inserimento dell'opzione, verosimilmente mediante la previsione di un autonomo corrispettivo (diverso ed ulteriore rispetto a quello previsto per il patto di non concorrenza) proprio perché deve essere garantita la sinallagmaticità delle prestazioni¹⁶⁰.

¹⁵⁹ Cfr. Cass. civ., 4 aprile 2017, n. 8715 in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*: “*si realizza, anche sotto tale aspetto, la violazione del modello contrattuale dell'opzione in quanto: 1) mentre la parte vincolata all'opzione (ossia alla propria dichiarazione) non è tenuta - nella struttura tipica prevista dall'ordinamento - alla prestazione contrattuale finale finché la controparte non accetta costituendo, quindi, il rapporto contrattuale finale, 2) nella presente fattispecie, invece, il lavoratore concedente l'opzione è obbligato immediatamente, sin dalla stipulazione del patto di opzione (ossia sin dalla data di stipulazione del contratto di lavoro subordinato) non solo a mantenere ferma la dichiarazione ma anche ad adempiere all'obbligazione finale consistente nel patto di opzione*”; cfr. anche Trib. Milano, 30 maggio 2007, in *D&L Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2007, 1126.

¹⁶⁰ Nella fattispecie esaminata in Cass. 8715/2017 cit. si esclude che si tratti di un corrispettivo per il patto di opzione, la formazione fornita al dipendente nell'ambito di un contratto di formazione e lavoro; la Suprema Corte, infatti, ha così testualmente statuito: “*la formulazione della clausola di opzione prevede che il lavoratore attribuisca alla società il diritto di aderire al patto di non concorrenza a fronte di un corrispettivo, la "formazione professionale ricevuta alle dipendenze della stessa (società)", che rappresenta, invece, la causa stessa del contratto di formazione e lavoro stipulato fra le parti. Il contratto di formazione e lavoro, infatti, è un contratto di lavoro a causa mista, in cui allo scambio tra lavoro e retribuzione si aggiunge l'obbligo formativo a carico del datore di lavoro (cfr. Cass. nn. 887/1998, 8270/1995). La clausola di opzione, quindi, così come configurata dalla società non garantisce alcun corrispettivo a favore del concedente in*

Occorre inoltre che la clausola preveda un termine di esercizio del diritto di opzione anteriore alla cessazione del rapporto di lavoro¹⁶¹; più precisamente il termine di esercizio deve essere anteriore al momento in cui inizia a decorrere il preavviso, poiché è in questo momento che il lavoratore deve programmare le proprie scelte professionali e dunque al più tardi in tale momento deve conoscere con certezza l'esistenza o meno del vincolo di non concorrenza¹⁶².

Tuttavia, il dibattito è ancora aperto e si segnalano sentenze di merito, anche recenti, in cui è stato ritenuto legittimo l'inserimento di una clausola attributiva del diritto di opzione esercitabile successivamente alla

quanto la formazione professionale costituisce già la causa del contratto di lavoro subordinato stipulato fra le parti, con conseguente illecita sperequazione della posizione delle parti nell'ambito dell'assetto negoziale e violazione della natura contrattuale dell'opzione".

¹⁶¹ In tal senso v. Trib. Milano, 30 maggio 2007, cit., secondo cui è nullo "il patto di non concorrenza strutturato sotto forma di opzione che consente al datore di lavoro di esercitare il diritto di avvalersi del patto successivamente alla cessazione del rapporto di lavoro" per contrasto con norme imperative, ritenendo che "l'opzione di cui all' art. 1331 c.c. infatti è applicabile al patto di non concorrenza solo qualora sia previsto l'esercizio della stessa entro un termine che renda definitivo il patto di non concorrenza prima della cessazione del rapporto di lavoro in quanto, in mancanza di una siffatta predeterminazione temporale, si realizzerebbe un'elusione dell' art. 2125 c.c. considerato che, dopo la risoluzione del rapporto, il lavoratore deve essere messo in condizione di effettuare scelte sicure tali da consentirgli di ricercare una nuova occupazione in piena libertà o nei limiti e confini previsti dal patto di non concorrenza, così potendo valutare la convenienza sia del patto, al momento della sottoscrizione dello stesso, che delle nuove proposte di lavoro". Concordano sulla nullità della clausola contenente il diritto di opzione inserita nel patto di non concorrenza che preveda successivamente alla cessazione del rapporto di lavoro la facoltà del datore di lavoro di avvalersi del patto stesso numerose pronunce; cfr. *ex plurimis*, Cass. civ., 16 maggio 2017, n. 12090 in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*: "la Corte territoriale ha chiaramente tenuto in considerazione, rilevando come si tratti di un tempo (i trenta giorni successivi alla cessazione del rapporto, comprensivi del preavviso) che, in quanto utile alla ricerca di nuova occupazione, è appunto idoneo a conseguire l'effetto insito nella patto di non concorrenza - condizionare il lavoratore nella scelta del nuovo datore e riservarsi l'opzione di aderire o meno al patto ove quella scelta risulti o meno pregiudizievole per i suoi interessi - un tempo, dunque, che, se pur decorso in costanza di rapporto, come nella specie la Società ricorrente vorrebbe sostenere, così qualificando il periodo di preavviso lavorato ma pur sempre prioritariamente dedicato alla ricerca di nuova occupazione, non è tale da escludere, come correttamente ha presupposto, senza incorrere in alcun vizio logico, sia pur qui irrilevante, la Corte territoriale, il carattere fraudolento dell'intesa, insito nell'essere il lavoratore vincolato alla proposta ed il datore libero di concluderla ad effetto già conseguito"; cfr. anche Cass. civ., 15 maggio 2007, n. 11104, in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*.

¹⁶² In giurisprudenza, cfr. Corte d'App. Bologna, 13 gennaio 2015 e Trib. Verona, 16 settembre 2004 entrambe in *Leggiditalia*. In dottrina, L. CAIRO e U. VILLA, op. cit., p. 465 hanno precisato come, in presenza di un licenziamento con preavviso, il momento in cui deve esercitarsi l'opzione deve coincidere con la data di ricezione della comunicazione datoriale e non già con la cessazione del rapporto successiva al periodo di preavviso, in quanto è proprio dalla predetta comunicazione che il dipendente si attiva per la ricerca di nuova occupazione, proprio in coerenza con una delle finalità del preavviso stesso.

cessazione del rapporto di lavoro, sul presupposto che deve essere garantita la libertà delle parti di negoziare i termini del patto di opzione e che finché l'opzione non viene esercitata, il lavoratore è libero di svolgere attività concorrenziale e non vi sarebbe ad ogni modo compressione della sua libertà negoziale¹⁶³.

¹⁶³ Corte d'App. Milano, 2 settembre 2019, in *Lav. nella Giur.*, 2020, 167, che ha confermato la sentenza del Trib. Monza, Sez. lav., 6 marzo 2018, n. 129 e ha statuito quanto segue: "osserva la Corte come nella fattispecie, essendo in discussione l'opzione che accede al patto di non concorrenza, non sussista un patto che possa dirsi già perfezionato. Occorre infatti considerare che - nella struttura tipica prevista dall'ordinamento - la parte vincolata all'opzione, ossia alla propria dichiarazione, non è tenuta alla prestazione contrattuale finale finché la controparte non accetta, costituendo, quindi, il rapporto contrattuale finale. Ed infatti la Corte di Cassazione con la sentenza 17542 /2017, in fattispecie sovrapponibile alla presente, rigettando in sede di legittimità la domanda originariamente proposta da una lavoratrice, dopo aver precisato come non possa farsi riferimento a decisioni della giurisprudenza di legittimità in cui era controversa la legittimità o meno dell'apposizione di una clausola di recesso unilaterale all'interno di un patto di non concorrenza già perfezionato, ha affermato: "Orbene, come è noto - e come correttamente sottolineato dalla parte ricorrente - l'opzione determina la nascita di un diritto a favore dell'opzionario che conclude automaticamente il contratto, soltanto nel caso in cui venga esercitata. Si tratta, quindi, di un diritto potestativo, poichè ad esso corrisponde, dal lato passivo, una posizione di soggezione, dato che, ad esclusiva iniziativa dell'opzionario, il concedente può subire la conclusione del contratto finale. Lo schema di perfezionamento non è quello della proposta-accettazione, ma quello del contratto preparatorio di opzione, seguito dall'esercizio del suddetto diritto, mediante una dichiarazione unilaterale recettizia entro un termine fissato nel contratto stesso o, in mancanza, dal giudice. E, dunque, scaduto tale termine, l'opzione viene meno, trattandosi di un termine di efficacia di un contratto e non di irrevocabilità della proposta". Si tratta di argomentazioni condivise da questo Collegio e perfettamente sovrapponibili nella fattispecie, in cui è pacifico che parte appellata non ha esercitato la facoltà contrattualmente prevista di adesione al patto di non concorrenza entro il termine di otto giorni dalle dimissioni di M. del 1.10.2015 (il rapporto è poi effettivamente cessato in data 31.12.2015). Tenuto conto di tali principi, ritiene la Corte che il Tribunale abbia correttamente richiamato quanto affermato dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 13352/2014. in una fattispecie in cui il lavoratore aveva lamentato che il giudice di merito aveva errato per avere trascurato di valutare che gli effetti del patto di non concorrenza limitano il lavoratore non solo nel periodo in cui il patto è da considerarsi vigente, ma anche nel periodo precedente, circoscrivendo la facoltà del lavoratore stesso di reperire un nuovo datore di lavoro; la Corte di Cassazione, rigettando il ricorso, ha osservato che correttamente il giudice di merito aveva ritenuto che non si fosse verificata alcuna compressione della libertà contrattuale del lavoratore, avendo questi presentato le proprie dimissioni volontariamente ed accettato una diversa proposta lavorativa; la Corte ha aggiunto che il lavoratore non aveva dimostrato di avere subito una qualche limitazione dalla mancata comunicazione da parte della società dell'esercizio dell'opzione. Si tratta di argomentazioni condivisibili ed anch'esse, ad avviso del Collegio, sovrapponibili alla fattispecie, in cui non risulta e comunque non appare provata, come già correttamente rilevato dal giudice di prime cure, una concreta compressione della libertà contrattuale del lavoratore; in tal senso l'affermazione del ricorrente, presente nel ricorso introduttivo del giudizio (punto 9) e ribadita nel ricorso in appello di aver dovuto rinunciare nel corso del rapporto a proposte lavorative di imprese concorrenti appare solo genericamente formulata e comunque non provata. Nell'atto di appello, M. richiama le decisioni della Corte di Cassazione n. 3/2018 e 8715/2017; tali decisioni non appaiono però sovrapponibili alla fattispecie riguardando casi in cui - come correttamente e diffusamente osserva parte appellata in memoria - l'obbligazione di non concorrenza a carico del lavoratore per il periodo successivo alla cessazione del rapporto di lavoro sorgeva fin dall'inizio del rapporto di lavoro subordinato e proseguiva quanto meno nei trenta giorni successivi alla

Si tratta di pronunce criticate dalla dottrina, che ha messo in evidenza come *“in questo modo si realizza un capovolgimento logico, perché la presunta libertà del lavoratore viene ad essere elisa, ex post, da una valutazione di convenienza effettuata in senso puramente unilaterale dal datore di lavoro, determinando un’alterazione del rapporto sinallagmatico funzionale ad assicurare certezza alle parti in ordine alla sussistenza e portata del vincolo previsto dall’ art. 2125 c.c. In effetti, un siffatto meccanismo determina una situazione di incertezza che sposta sul lavoratore il rischio di esporsi, dopo la comunicazione delle dimissioni a fronte dell’accettazione di una nuova offerta di lavoro, alle conseguenze sanzionatorie previste in caso di violazione del patto di non concorrenza medio tempore attivato dal datore di lavoro (e dunque eventualmente all’inoccupazione), inibendogli la possibilità di compiere scelte sulla base di uno scenario certo e comprimendo in modo irragionevole la sua posizione sul mercato del lavoro (in considerazione del fatto che, secondo buona fede, egli dovrebbe comunicare la presenza del vincolo di opzione al momento della nuova assunzione). Ciò che comprime in modo sproporzionato la libertà contrattuale fin dall’inizio del rapporto in contrasto non solo con l’art. 2125 c.c., ma anche con le altre norme costituzionali che riconoscono la libertà di lavoro”*¹⁶⁴.

cessazione del rapporto. Rileva la Corte , infine , come nella fattispecie in esame non siano stati espressamente dedotti profili di frode alla legge inerenti il patto di opzione di cui è causa”.

¹⁶⁴ In questi termini, R. PETTINELLI, op. cit., p. 2526. Anche F. FERRETTI, op. cit., pp. 169 ss., si sofferma sulla sentenza della Corte di Appello di Milano n. 908/2019 che conferma l’applicabilità del patto di opzione al patto di non concorrenza ex art. 2125 c.c., discostandosi però dalla giurisprudenza maggioritaria secondo cui il diritto di opzione deve essere esercitato entro un termine di buona fede, ossia entro la data di comunicazione del recesso di una parte dal rapporto di lavoro e aderendo a un orientamento minoritario, che valorizza la libertà contrattuale delle parti nella definizione dei termini dell’opzione e che ritiene che la mera pattuizione di un termine di esercizio successivo alla comunicazione di recesso dal rapporto non sia idonea a comprimere la libertà negoziale del lavoratore. Lo stesso Autore dà conto poi di una pluralità di pronunce che aderiscono all’orientamento maggioritario tra cui C. Civ., Sez. lav., 16 maggio 2017, n. 12090; Trib. Milano, Sez. Lav., Ord. 1° agosto 2009; C. Civ., Sez. lav., 15 maggio 2007, n. 11104; Trib. Milano, Sez. lav., 30 maggio 2007, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2007; Trib. Perugia, Sez. lav., 26 aprile 2005, 2006, 88; Trib. Verona, Sez. lav., 16 settembre 2004, in *Riv. giur. econ. az.*, 2007, 145; App. Milano, Sez. lav., 12 aprile 2001, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2001, 722; Trib. Milano, Sez. lav., 25 luglio 2000, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2001, 136.

Si ritiene, pertanto, preferibile l'orientamento che condiziona la validità della clausola del diritto di opzione ai due requisiti sopra esaminati (e cioè la previsione di un corrispettivo e l'esercizio del diritto prima della cessazione del rapporto di lavoro).

Tuttavia, resta aperto il problema di verificare la tenuta di questo orientamento nell'ipotesi in cui sia il dipendente a decidere di cessare il rapporto di lavoro per dimissioni; in questo caso, infatti, il prestatore d'opera ha già effettuato le proprie valutazioni prima dell'esercizio dell'opzione stessa e dunque allorquando il patto di non concorrenza non si è ancora perfezionato.

In ogni caso, si evidenzia che anche per le dimissioni il momento ultimo per l'esercizio dell'opzione deve coincidere con la data in cui il lavoratore ha comunicato la propria volontà di recedere dal rapporto¹⁶⁵.

Si ammette, dunque, la compatibilità del patto di opzione con quello di non concorrenza, a condizione che il termine per l'esercizio dell'opzione sia individuato in buona fede, ossia prima che il dipendente abbia già preso le proprie scelte lavorative (comunicazione delle dimissioni) o fino al momento in cui sia messo nelle condizioni di doverle valutare (comunicazione del licenziamento).

Con riferimento alla forma, si ritiene che la clausola in questione debba essere redatta per iscritto stante la necessaria identità di forma tra il contratto di opzione ed il contratto definitivo¹⁶⁶, anche se si è già detto come esistano posizioni divergenti in ordine alla possibilità che le clausole non essenziali rispetto al patto possano non soggiacere alla forma scritta.

Pertanto, a fronte di chi sostiene che laddove il termine per l'esercizio del diritto di opzione non sia stato fissato per iscritto, la clausola deve ritenersi nulla, in dottrina si rinvia chi ritiene, sulla base dell'art. 1331 c.c., che

¹⁶⁵ In tal senso, F. FERRETTI, op. cit., pp. 169 ss., che richiama in proposito Trib. Verona, Sez. lav., 16 settembre 2004.

¹⁶⁶ Cfr., A. BOSCATI, op. cit., p. 1104.

laddove detto termine non sia fissato oppure sia stato fissato un termine superiore a quello ritenuto di buona fede, deve provvedervi il Giudice.

In particolare, chi sostiene quest'ultima tesi ha evidenziato che *“se da una parte è condivisibile la posizione della giurisprudenza prevalente che fissa un limite di buona fede per l'esercizio dell'opzione, dall'altra parte non pare condivisibile la conseguenza che essa trae dalla violazione di tale limite. Infatti, il termine non è un elemento essenziale dell'opzione che, in mancanza, rende nullo il patto. L'art. 1331 c.c. prevede che, se le parti non hanno stabilito un termine, esso è determinato dal Giudice. Allora, sembra logico ritenere che - qualora le parti abbiano fissato un termine che non risponde al principio di buona fede - spetti al Giudice determinare il termine ultimo per l'esercizio dell'opzione. Questo termine è stato identificato dalla giurisprudenza maggioritaria nella data di comunicazione del recesso dal rapporto di lavoro ad opera di una delle parti. Quindi, la conseguenza logica dovrebbe essere che - superato tale termine - il patto di opzione non sia nullo (e tantomeno il patto di non concorrenza); l'opzione eventualmente esercitata dopo il termine individuato dal Giudice sarà invece inefficace. Pertanto, dopo la comunicazione di recesso, l'opzione non potrà più produrre alcun effetto e l'eventuale comunicazione del datore di lavoro al lavoratore di attivare l'opzione costituirà una mera proposta contrattuale per la stipulazione di un patto di non concorrenza (che non vincolerà il lavoratore, salvo sua espressa accettazione)”*¹⁶⁷.

Probabilmente, tale orientamento potrebbe trovare maggiore spazio nell'ambito del rapporto di agenzia, in cui è maggiore il potere di intervento del Giudice, che può addirittura fissare il corrispettivo del patto di non concorrenza e, dunque, a maggior ragione, potrebbe anche fissare il

¹⁶⁷ F. FERRETTI, op. cit., pp. 169 ss. Sulla nullità della clausola, cfr. G. MANCA, *Le clausole accessorie al patto di non concorrenza*, op. cit., pp. 19 s.

corrispettivo per il patto di opzione e il termine finale per l'esercizio di tale diritto.

In ogni caso, come già anticipato, le conclusioni relative al diritto di opzione previsto nell'ambito del patto di non concorrenza con il lavoratore subordinato valgono anche per gli agenti¹⁶⁸.

Con riferimento alla conseguenze derivanti dall'invalidità della clausola di opzione, si è poi segnalato che a rigore, l'eventuale nullità dell'opzione dovrebbe comportare la nullità del contratto che si intende stipulare e dunque del patto di non concorrenza, poiché l'opzione è un contratto preparatorio, finalizzato alla stipulazione di un altro contratto.

Ed invero, se viene meno il diritto della parte beneficiaria di esercitare l'opzione, per via della nullità del relativo patto, viene meno la possibilità di determinare la stipulazione del contratto finale e, dunque, la naturale conseguenza dovrebbe essere che il contratto finale non può essere perfezionato e che la parte onerata venga definitivamente liberata dalla proposta irrevocabile formulata nel contesto del patto d'opzione¹⁶⁹.

Tuttavia, spesso è accaduto che i Giudici, dopo aver rilevato la nullità della clausola di opzione, hanno poi concluso per l'immediata vigenza del patto di non concorrenza, riqualificando la volontà di non stipulare il patto, come atto di recesso¹⁷⁰.

4. LA CLAUSOLA PENALE

Con la clausola penale, disciplinata dall'art. 1382 cc¹⁷¹, si prevede che, in caso d'inadempimento o di ritardo nell'adempimento, uno dei contraenti è

¹⁶⁸ Cass. civ., Sez. lavoro, Sent., (data ud. 12/04/2016) 08/09/2016, n. 17770 in *pluris-cedam.utetgiuridica.it* ha affermato la compatibilità del patto di opzione inserito in un patto di non concorrenza stipulato con un agente.

¹⁶⁹L. CAIRO e U. VILLA, op. cit., p. 467.

¹⁷⁰ Cfr. Cassazione Civile, Sez. lav., 2 gennaio 2018, n. 3, in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*.

¹⁷¹ L'art. 1382 c.c. prevede testualmente che: "*la clausola, con cui si conviene che, in caso d'inadempimento o di ritardo nell'adempimento, uno dei contraenti è tenuto a una determinata prestazione, ha l'effetto di limitare il risarcimento alla prestazione promessa, se non è stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore.*

La penale è dovuta indipendentemente dalla prova del danno".

tenuto a una determinata prestazione; la penale ha l'effetto di limitare il risarcimento, se non è stata prevista la risarcibilità del danno ulteriore ed è dovuta indipendentemente dalla prova del danno¹⁷².

Anche per tale clausola si è posto il problema di verificarne la compatibilità con il patto di non concorrenza.

Nuovamente è opportuno concentrarsi sul rapporto di lavoro subordinato, precisando che le conclusioni cui si perviene sono applicabili anche ai patti di non concorrenza stipulati con gli agenti¹⁷³.

La clausola penale spesso è stata inserita all'interno del patto di non concorrenza e prevede, in caso di inadempimento dell'ex dipendente o in caso di suo ritardato adempimento, il versamento di una somma di denaro in favore dell'ex datore di lavoro, per il quale sarà sufficiente limitarsi a dimostrare l'avvenuta violazione del patto, per ottenere l'importo previsto.

Talvolta peraltro, in collegamento con la penale, si inseriscono ulteriori clausole, come quella con cui il lavoratore si impegna a comunicare all'ex datore di lavoro la nuova occupazione o quella in base alla quale il datore di lavoro si impegna ad incontrarsi con il dipendente prima di richiedere il pagamento della penale¹⁷⁴.

Ad ogni buon conto, la clausola accessoria alla penale che più di frequente viene inserita è quella con cui il datore di lavoro si riserva il diritto al maggiore danno eventualmente patito, che dovrà essere dimostrato.

Orbene, giurisprudenza e dottrina sono concordi nel ritenere compatibile la clausola in questione con il patto di non concorrenza, in quanto non altera quel bilanciamento di interessi che il legislatore ha inteso tutelare con l'art. 2125 cc.

¹⁷² Per un approfondimento sulla natura e funzione della clausola penale, cfr. F. FIORAMONTI, *La clausola penale*, in *Clausole negoziali. Profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche*, a cura di M. CONFORTINI, *Utet*, 2017, pp. 799 ss., che parte esaminando l'istituto dalla c.d. *stipulatio poenae*, prevista nel diritto romano.

¹⁷³ Cfr. Cass. civ., Sez. lavoro, (data ud. 19/04/2002) 19/04/2002, n. 5691, in *pluriscedam.utetgiuridica.it*.

¹⁷⁴ Sulle clausole che in genere vengono apposte insieme con la penale cfr. M. BATTISTELLA, *La violazione del patto di non concorrenza*, *Guida al Lavoro / Il Sole 24ore*, n. 16, 10 aprile 2020, p. 24.

Peraltro, si è escluso che la clausola penale sia vessatoria, in quanto con essa le parti disciplinano gli effetti dell'inadempimento e, quindi, non introducono limitazioni all'esercizio della tutela processuale della parte, ma solo limitazioni di natura sostanziale che derivano dal contenuto del contratto¹⁷⁵.

La clausola penale, dunque, ha funzione risarcitoria e sanzionatoria¹⁷⁶, tuttavia laddove le parti abbiano espressamente previsto la possibilità di chiedere ulteriori danni, si ritiene che la clausola penale abbia una funzione meramente anticipatoria del danno¹⁷⁷.

Il successivo art. 1383 c.c. precisa però che *“il creditore non può domandare insieme la prestazione principale e la penale, se questa non è stata stipulata per il semplice ritardo”*.

Proprio sulla base di tale previsione, si è posto il problema di verificare se una volta versata la penale, l'ex dipendente sia libero dal patto e dunque possa agire al di fuori del vincolo ivi previsto.

È evidente, però, che una siffatta conclusione risulterebbe in contrasto con la finalità principale del patto di non concorrenza, che è proprio quella di limitare l'attività dell'ex dipendente.

Pertanto, la giurisprudenza è intervenuta a bloccare questa tesi, con puntuali argomentazioni; in particolare, la Suprema Corte ha evidenziato che *“nel caso che l'obbligazione principale sia costituita da una obbligazione di durata, di dare o di fare, il creditore può pretendere l'esecuzione in forma specifica dei soli atti maturati o, in alternativa, la clausola penale. Il*

¹⁷⁵ In dottrina, cfr. A BOSCATI, op. cit., p. 1105; in giurisprudenza, cfr. Cass. civ. Sez. III, (ud. 12-11-2004) 23-12-2004, n. 23965 in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*, secondo cui *“è principio consolidato della Suprema Corte che la clausola penale non debba essere specificamente approvata per iscritto, ai sensi dell'art. 1341 c.c.. Infatti, con tale clausola i contraenti disciplinano gli effetti dell'inadempimento, e quindi non introducono limitazioni all'esercizio della tutela processuale della parte bensì limitazioni di natura sostanziale che derivano dal contenuto del contratto (Cass. 26.6.2002 n. 9295)”*.

¹⁷⁶ Sul punto, cfr. A BOSCATI, op. cit., p. 1104.

¹⁷⁷ Al di fuori del patto di non concorrenza, cfr. Cass. civ. Sez. II, 13-07-1996, n. 6356 in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*, in cui si precisa quanto segue: *“è infatti affatto pacifico che quando sia pattuito il danno ulteriore, la penale non costituisce una sanzione che si aggiunge al risarcimento ma ha solo funzione di assolvere il creditore dall'onere della prova dei danni che con essa sono stati anticipatamente liquidati”*.

divieto di cumulo riguarda, tuttavia, le sole prestazioni già maturate e non adempiute e non quelle non ancora maturate e per le quali permane l'obbligo di adempimento. Parimenti, qualora l'obbligazione principale sia costituita da una obbligazione di durata di non fare per un determinato periodo di tempo, l'inadempimento deve essere riferito al solo periodo trascorso e non fa venir meno l'obbligo per il futuro, fino alla scadenza del termine pattuito"¹⁷⁸.

Anche la dottrina ha evidenziato come *“un'applicazione del divieto di cumulo in senso assoluto, non interpretato in relazione alla particolare obbligazione negativa di durata, consentirebbe al debitore di sottrarsi all'obbligazione stessa proprio attraverso l'inadempimento. Soluzione certamente inammissibile*"¹⁷⁹.

In genere, l'importo della penale è commisurato all'ampiezza e alla natura della limitazione imposta al lavoratore con il patto di non concorrenza¹⁸⁰; tuttavia anche la penale prevista in tale ambito può essere ridotta dal Giudice, in ragione dell'art. 1384 c.c., in base al quale *“la penale può essere diminuita equamente dal giudice, se l'obbligazione principale è stata eseguita in parte ovvero se l'ammontare della penale è manifestamente eccessivo, avuto sempre riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento*"

Il fondamento di detto potere coincide con il fine di ristabilire l'equilibrio contrattuale¹⁸¹.

La giurisprudenza ha chiarito i termini in cui può essere ridotta la penale, precisando che *“il criterio cui il Giudice deve fare riferimento per esercitare il potere di riduzione della penale non è la valutazione della prestazione in sé astrattamente considerata, ma l'interesse che la parte*

¹⁷⁸ In questi termini, Cass. civ., Sez. lavoro, (data ud. 21/06/1995) 21/06/1995, n. 6976 in *pluriscadam.utetgiuridica.it*.

¹⁷⁹ M. BALDISSONI, *Nota sulla funzione della clausola penale*, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 2, 1 febbraio 1996, p. 1103; cfr. anche A. BOSCATI, *op. cit.*, pp. 1105 s.

¹⁸⁰ G. MANCA, *Le clausole accessorie al patto di non concorrenza*, *op. cit.*, p. 20.

¹⁸¹ Cfr. F.M. ANDREANI, *Riduzione della penale e valutazione dell'interesse del creditore*, in *I Contratti* n. 4/2003, pp. 339 ss.

secondo le circostanze ha all'adempimento della prestazione cui ha diritto, tenendosi conto delle ripercussioni dell'inadempimento sull'equilibrio delle prestazioni e della sua effettiva incidenza sulla situazione contrattuale concreta"¹⁸².

Si discute, invece, se sia necessaria una specifica istanza di parte ai fini della riduzione della penale oppure se il Giudice possa procedervi d'ufficio. Sul punto, si rinvengono due orientamenti.

Secondo una prima tesi, il Giudice non può procedere alla riduzione della penale d'ufficio, in quanto ciò è contrario al principio della domanda e in quanto detta riduzione è posta a tutela degli interessi del debitore a cui è rimessa ogni valutazione sull'effettiva incongruità della penale e ogni conseguente decisione circa la possibilità di agire a tutela dei propri diritti¹⁸³.

¹⁸² Così testualmente Cass. civ. Sez. lavoro, (ud. 15-12-2005) 04-04-2006, n. 7835 in *pluriscadam.utetgiuridica.it*, che ha poi precisato con riferimento al caso concreto che *"la Corte di merito, nel rigettare la domanda di riduzione della penale, ha correttamente applicato i suddetti parametri avendo osservato, in particolare, che l'inadempimento è stato totale rispetto all'obbligazione assunta, essendo iniziato dal giorno successivo alla risoluzione del rapporto e si è protratto per l'intero periodo"*. Conforme Cass. Sez. Lav., 9.5.2007, n.10626 in *pluriscadam.utetgiuridica.it*, dove si è affermato che *"il criterio cui il giudice deve fare riferimento per esercitare il potere di riduzione della penale non è la valutazione del danno che sia stato accertato o risarcito, ma l'interesse che la parte ha, secondo le circostanze, all'adempimento della prestazione cui ha diritto"*. Tra la giurisprudenza di merito, si segnala Tribunale Milano, Sez. lavoro, Sent., 08/09/2014, n. 2420 in *onelegale.wolterskluwer.it* che ribadisce tali conclusioni. Più in generale, sul potere di riduzione della penale, cfr. F.M. ANDREANI, op. cit., pp. 339 ss.

¹⁸³ Aderisce a questo orientamento, Cass. civ. Sez. lavoro, 19-04-2002, n. 5691 in *pluriscadam.utetgiuridica.it*, in cui si legge: *"come ritiene la dottrina e la giurisprudenza predominante, perché il giudice si pronunzi sulla manifesta della penale è necessaria la richiesta di parte, non potendo il giudice procedere d'ufficio(cfr. ex plurimis: Cass. 21 Ottobre 1998 n. 10439; Cass. 15 novembre 1997 n. 341, Cass. 25 marzo 1995 n. 3549; Cass. 4 dicembre 1985 n. 6069; Cass. 21 gennaio 1985 n. 218. Contro, però, in epoca recente, Cass. 24 settembre 1999 n. 10511). A questo indirizzo ritiene di aderire questa Corte perché esso trova fondamento nel principio generale - cui l'art. 1384 c.c. non deroga - secondo cui il giudice non può pronunziare se non nei limiti delle domande ed eccezioni proposte dalle parti, nonché nella considerazione che la possibilità della riduzione della misura fissata dalle parti è prevista dalla legge come istituto a tutela degli specifici interessi del debitore, al quale quindi deve essere rimessa, nell'esercizio della difesa dei propri diritti, ogni iniziativa al riguardo ed ogni conseguenziale valutazione della eccessività della penale pattuita (ovvero della sua sopravvenuta onerosità) in relazione alla parte di esecuzione che il contratto ha avuto. Per di più il giudice, nell'esercizio, dei poteri equitativi diretti alla determinazione dell'oggetto dell'obbligazione della clausola, non dispone di altri parametri del giudizio che di quelli dati dai contrapposti interessi delle parti al fine esclusivo di verificare se l'equilibrio raggiunto dalle parti stesse nella preventiva determinazione delle conseguenze dell'inadempimento sia equo o sia rimasto tale(cfr. in tali sensi: Cass. 21 ottobre 1998 n. 10439 cit.). Corollario di siffatte regole è la necessità che la richiesta sia avanzata nel*

Peraltro, sempre secondo questo orientamento, non è neppure sufficiente, ai fini della riduzione della penale, una semplice deduzione di non dover nulla a tale titolo¹⁸⁴.

Tuttavia, esiste un altro orientamento, sviluppato per lo più al di fuori della disciplina del patto di non concorrenza, che invece ammette un siffatto potere officioso¹⁸⁵.

5. IL FORO ESCLUSIVO

Talvolta le parti, ai sensi dell'art. 28 cpc, inseriscono nei contratti una clausola con cui stabiliscono un foro esclusivo, a cui devono rivolgersi in caso di controversia.

Si è posto il problema di verificare se una siffatta clausola sia compatibile con il patto di non concorrenza.

In questo caso, la risposta al quesito dipende dalla natura del patto in questione.

Si è già detto, infatti, che il patto di non concorrenza è strettamente legato al rapporto di lavoro, con la conseguenza che sussiste la competenza del Giudice del Lavoro.

La Suprema Corte ha chiarito, infatti, che *“la competenza del giudice del lavoro si estende a tutte le pretese che hanno fondamento nel rapporto di*

rispetto degli sbarramenti di carattere processuale fissati nel processo del lavoro dagli artt. 414 e 416 c. p. c. e che quindi detta richiesta sia fatta valere nel ricorso introduttivo della lite o nella comparsa di risposta o, nell'ipotesi di fatti sopravvenuti idonei a rendere l'ammontare della penale "manifestamente eccessivo", nel primo atto difensivo successivo al verificarsi di detti fatti. In nessun caso però l'indicata domanda di riduzione può essere fatta valere nel giudizio di legittimità non potendosi in questa sede espletare quegli accertamenti di fatto e/o procedere a quelle valutazioni indispensabili per decidere, alla stregua degli interessi in gioco, sulla eccessività della penale”.

¹⁸⁴ Cfr. Cass. civ., Sez. lavoro, (data ud. 19/04/2002) 19/04/2002, n. 5691 in *pluriscedam.utetgiuridica.it*, che a sua volta richiama propri precedenti e rileva come: *“la deduzione del convenuto di nulla dovere a titolo di penale non possa ritenersi comprensiva dell'istanza di riduzione, dato che la prima esclude l'inadempimento mentre la seconda lo presuppone, cfr. Cass. 26 ottobre 1989 n. 4429; Cass. 21 gennaio 1985 n. 218”.*

¹⁸⁵ Sulla possibilità di ridurre d'ufficio la penale stipulata insieme con un patto di non concorrenza, cfr. Tribunale Monza, Sez. lavoro, Sent., 20/10/2015, n. 547 in *onelegale.wolterskluwer.it*. Al di fuori del settore lavoristico, cfr. Cfr. Cass., Sez. Un., 13 settembre 2005, n. 18128 in *pluriscedam.utetgiuridica.it*, che esclude che l'esercizio del potere di ridurre d'ufficio la penale possa violare il principio della domanda di cui all'art. 112 cpc e che l'istituto della riduzione della penale sia predisposto nell'interesse della parte debitrice.

lavoro, anche se relative a fatti verificatisi dopo la sua cessazione, quali i comportamenti del lavoratore che integrino il divieto di un patto di non concorrenza”¹⁸⁶, ivi compresa la domanda di risarcimento del danno per violazione di un patto limitativo della concorrenza, in epoca successiva alla cessazione del rapporto di lavoro subordinato o di agenzia, anche quando il suddetto patto venga perfezionato dopo la cessazione del rapporto predetto, ma sia funzionalmente collegato a tale pregresso rapporto e alla regolamentazione di interessi derivante da detta cessazione, oppure sia pur sempre in collegamento funzionale con la regolamentazione degli interessi derivanti dalla cessazione del rapporto, si da porsi su un piano di dipendenza diretta dal rapporto stesso¹⁸⁷.

Trova dunque applicazione l’art. 413, ultimo comma, cpc in base al quale *“sono nulle le clausole derogative della competenza per territorio”*.

Detta disposizione si riferisce alle controversie previste dall'articolo 409 cpc e, dunque, alle controversie relative (per quel che qui interessa) ai *“rapporti di lavoro subordinato privato, anche se non inerenti all'esercizio di una impresa”* e ai *“rapporti di agenzia, di rappresentanza commerciale ed altri rapporti di collaborazione che si concretino in una prestazione di opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale, anche se non a carattere subordinato [...]”*.

Deve escludersi, pertanto, la possibilità di inserire la clausola in questione nel patto di non concorrenza stipulato con un lavoratore subordinato o con un agente.

¹⁸⁶ Cass. civ., Sez. lavoro, Sent., (data ud. 16/04/2008) 10/07/2008, n. 19001 in *pluriscedam.utetgiuridica.it*.

¹⁸⁷ Cass. civ., Sez. lavoro, (data ud. 09/04/1991) 09/04/1991, n. 3709 in *pluriscedam.utetgiuridica.it*, precisa che *“la relativa controversia resta, infatti, devoluta alla competenza funzionale del pretore persino nella ipotesi in cui il patto di concorrenza per il tempo successivo alla cessazione del rapporto venga a perfezionarsi dopo tale cessazione ma pur sempre in collegamento funzionale con la regolamentazione degli interessi da essa derivanti, si da posti su un piano di dipendenza diretta dal rapporto stesso (Cass., n. 6139 del 1980 e già Cass., S.U., n. 630 del 1965)”*.

CAP. IV

LE CONSEGUENZE DERIVANTI DALLA VIOLAZIONE DEL PATTO DI NON CONCORRENZA

1. PROFILI GENERALI

Dopo aver esaminato le caratteristiche del patto di non concorrenza, occorre soffermarsi sulle conseguenze derivanti dalla sua violazione e dunque sugli strumenti a disposizione delle parti per far valere i propri diritti.

Ovviamente, laddove nessuno abbia interesse a mantenere il patto di non concorrenza, quest'ultimo potrà essere senz'altro risolto consensualmente¹⁸⁸.

L'art. 2125 c.c. non individua specifici strumenti di tutela e, dunque, è necessario partire dalla disciplina generale in tema di inadempimento delle obbligazioni.

Poiché si tratta di un contratto a prestazioni corrispettive, entrambe le parti possono risultare inadempimenti.

Anche in questo caso, maggiore attenzione va riservata al rapporto di lavoro subordinato, anche perché si tratta del settore su cui la problematica statisticamente si pone con più frequenza.

Pertanto, è opportuno, prima di tutto, esaminare l'ipotesi dell'inadempimento del datore di lavoro, la cui principale obbligazione è quella di corrispondere il compenso per il patto.

In questo caso, non si pongono particolari questioni con riferimento alla tutela del lavoratore, che potrà utilizzare gli ordinari strumenti previsti dall'ordinamento ed in particolare l'azione di adempimento e l'azione di risoluzione del contratto.

Maggiori problemi sorgono, invece, quando il patto di non concorrenza risulti violato dall'ex dipendente e dunque deve essere tutelata la posizione del datore di lavoro.

¹⁸⁸ Tale riflessione si rinviene in M. BATTISTELLA, op. cit., p. 21. In giurisprudenza, cfr. Tribunale di Torino 18/04/2000.

In questi casi, infatti, esiste già a monte il problema (probatorio) di individuare quei comportamenti che integrano la violazione del patto di non concorrenza validamente assunto; può accadere, infatti, che la violazione sia immediatamente percepibile, laddove l'ex dipendente stipuli un contratto di lavoro subordinato; in altre situazioni, però, tale accertamento appare più difficoltoso, come nel caso in cui l'ex dipendente partecipi ad una società di capitali utilizzando dei prestanome¹⁸⁹.

In ogni caso, si pone l'esigenza di una risposta immediata ed effettiva, che inibisca celermente all'ex dipendente la condotta illegittima.

Occorre, allora, esaminare gli strumenti che l'ordinamento mette a disposizione per raggiungere tale risultato.

È opportuno anche qui ribadire che in sede civile la tutela dei diritti deve essere fatta valere innanzi al Giudice del Lavoro; nella parte dedicata alla clausola contenente il foro esclusivo, infatti, si è già detto che si tratta di una competenza inderogabile¹⁹⁰.

Da ultimo si deve segnalare che la condotta del lavoratore, in taluni casi, può avere anche dei risvolti penali, a cui è opportuno fare cenno.

2. LE AZIONI ESPERIBILI DAL DIPENDENTE E DALL'AGENTE

Per effetto del patto di non concorrenza, la principale obbligazione che sorge a carico del datore di lavoro (o del preponente) è quella di versare il corrispettivo concordato.

¹⁸⁹ F. INTERSIMONE, *Cenni in tema di valutazione delle prove su un fatto decisivo e violazione del patto di non concorrenza ex art. 2125 cod. civ.*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n. 4, 1 aprile 2009, pp. 10363 ss., condivide la posizione di Cass. civ. Sez. lavoro, 03 ottobre 2008, n. 24593 cit. “nella parte in cui sottolinea l'importanza di valutare complessivamente i comportamenti e le circostanze provate per verificare in concreto se essi siano atti ad integrare una violazione del patto di non concorrenza in quanto dotati di specifico rilievo sul piano della «collaborazione concorrenziale» e, dunque, idonei a ledere l'interesse economico giuridico sotteso al patto in questione”.

¹⁹⁰ Sulla competenza del Giudice del Lavoro anche nel caso di proposizione di un'azione per concorrenza sleale con cui siano convenuti in giudizio il nuovo datore di lavoro e l'ex prestatore di lavoro ritenuto responsabile di aver violato un patto di non concorrenza, cfr. A. BOSCATI, op. cit., p. 1108.

A fronte dell'inadempimento del datore di lavoro (o del preponente), il dipendente (o agente) può richiedere l'adempimento oppure, laddove si verifichi un grave inadempimento rilevante ai sensi dell'art. 1455 c.c., la risoluzione del patto di non concorrenza.

In entrambi i casi, il lavoratore potrà richiedere anche il risarcimento dei danni subiti.

L'ipotesi che ha maggiormente alimentato il dibattito dottrinario, è certamente quella in cui sia previsto il pagamento del corrispettivo a valle della cessazione del rapporto di lavoro e il dipendente, a fronte dell'inadempimento datoriale, chieda la risoluzione del patto di non concorrenza.

Si è rilevato che, in questo caso, il lavoratore non potrebbe più pretendere l'adempimento e dunque il corrispettivo per il contratto, ma si scioglierebbe dal vincolo e avrebbe diritto a vedersi riconosciuto il danno per la perdita di *chance*, laddove abbia rifiutato altre occasioni di lavoro in quanto vincolato dal patto di non concorrenza¹⁹¹.

Tuttavia, si precisa che, trattandosi di contratti ad esecuzione continuata (disciplinati dall'art. 1458 c.c.), gli effetti retroattivi della risoluzione trovano un limite nelle prestazioni già eseguite¹⁹².

Pertanto il dipendente, che in buona fede si sia astenuto dal compiere atti vietati dal patto di non concorrenza, potrà richiedere comunque il pagamento del corrispettivo per le prestazioni già eseguite fino a quel momento¹⁹³.

La risoluzione del patto potrà essere richiesta, non solo mediante un'autonoma azione giudiziaria, ma anche solo con la diffida ad adempiere di cui all'art. 1454 c.c.

¹⁹¹ Cfr. M. BATTISTELLA, op. cit., p. 21

¹⁹² Afferma tale principio, rispetto al patto di non concorrenza con l'agente, Cass. civ. Sez. lavoro, Sent., (ud. 27-11-2014) 05-03-2015, n. 4461, in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*, secondo cui: "gli effetti retroattivi della risoluzione di un contratto, trovano limite nelle prestazioni già eseguite le quali, data la loro autonomia funzionale, non restano pregiudicate dalla risoluzione del rapporto negoziale, non potendo essere oggetto di alcuna pretesa restitutoria".

¹⁹³ In tal senso, M. BATTISTELLA, op. cit., pp. 21 s.

Il dipendente comunque potrà anche proporre un'eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c., laddove il datore di lavoro voglia far falere l'inadempimento del lavoratore al patto di non concorrenza.

Si è già detto, poi, che a fronte di un corrispettivo versato in costanza di rapporto e risultante non congruo al momento della sua cessazione, il lavoratore potrebbe esperire anche le azioni per eccessiva onerosità sopravvenuta, prevista dall'art. 1467 c.c. o di rescissione per lesione, prevista dall'art. 1448 c.c.; tuttavia in questi casi, stando all'orientamento più recente della Suprema Corte, il dipendente potrà propendere (e certamente propenderà) per l'azione di accertamento della nullità del patto.

È bene precisare che le suddette conclusioni valgono anche con riferimento ai patti di non concorrenza stipulati ex art. 1751-bis c.c. con gli agenti¹⁹⁴.

A tal proposito, occorre aggiungere che l'agente può anche agire in giudizio per far determinare il corrispettivo per il patto.

Si è già detto, infatti, che in tale settore, a differenza di ciò che accade nel rapporto di lavoro subordinato, la mancata determinazione del corrispettivo non genera la nullità del patto, in quanto potrà provvedere a tale determinazione il Giudice.

3. LE AZIONI ESPERIBILI DAL DATORE DI LAVORO E DAL PREPONENTE

Accade spesso che la parte inadempiente agli obblighi nascenti dal patto di non concorrenza risulti il lavoratore.

Ancora una volta è opportuno soffermarsi principalmente sull'inadempimento del dipendente, in quanto si tratta dell'ipotesi statisticamente più frequente rispetto a quella dell'inadempimento dell'agente; in ogni caso, le conclusioni cui si perviene, in tema di tutele, non presentano particolari differenze tra i due ambiti.

¹⁹⁴ Cfr., *ex plurimis*, Corte d'Appello Firenze, Sez. lavoro, Sent., 19/07/2021, n. 335 in *onelegale.wolterskluwer.it*. Cfr. altresì Cass. civ. Sez. lavoro, Sent., (ud. 27-11-2014) 05-03-2015, n. 4461 cit.

Si è già detto che la principale obbligazione, nascente dal patto in esame, a carico del dipendente, è quella di non svolgere attività in concorrenza, nei limiti indicati nell'accordo stesso.

A fronte dell'inadempimento del dipendente, il datore di lavoro ha a propria disposizione gli stessi rimedi sopra indicati per il lavoratore e, dunque, potrà richiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto (con il conseguente diritto ad ottenere la restituzione del corrispettivo versato), nonché il risarcimento dei danni subiti.

Accade raramente, però, che parte datoriale richieda la risoluzione del contratto, in quanto la *ratio* del patto è quella di impedire al dipendente talune attività in concorrenza; allora, parte datoriale propenderà generalmente per la domanda di adempimento.

In questo caso, però, si pone un problema di effettività della tutela, anche in ragione della necessità di un intervento tempestivo da parte dell'Autorità Giudiziaria.

Nell'ordinamento è espressamente prevista un'azione che in astratto potrebbe essere utilizzata per impedire l'attività lesiva; si tratta dell'azione inibitoria di cui all'art. 2599 c.c., in accoglimento della quale il Giudice ordina al soggetto che ha posto in essere atti di concorrenza sleale di cessare l'attività in atto e di astenersi dal compierla in futuro, se cessata, dando gli opportuni provvedimenti affinché ne vengano eliminati gli effetti¹⁹⁵.

Tuttavia, l'art. 2599 c.c. costituisce un rimedio generale a fronte di atti di concorrenza sleale, ma potrebbe accadere che la violazione del patto di non

¹⁹⁵ Cfr. Cass. civ., Sez. I, Sent., (data ud. 13/02/2013) 13/03/2013, n. 6226 in *pluriscadam.utetgiuridica.it*, ha statuito quanto segue: “l'ordine di inibitoria non necessariamente richiede che il comportamento illecito sia in atto potendo esso essere emanato anche al fine di impedire ripetizioni dell'illecito, [...] E' appena il caso di dire che la pronuncia di inibitoria ha per oggetto una attività, sia pure di tipo negativo, da svolgersi nel futuro ed è quindi connaturato a tale tipo di pronuncia che essa implichi l'ordine di cessare una attività in atto così come quello di astenersi in futuro dal compiere una certa attività anche se nel frattempo cessata. E' quanto già affermato da questa Corte che ha posto in rilievo che il carattere essenziale e tipico dell'azione inibitoria di cui all'art. 2599 c.c. è quello di apprestare una tutela giurisdizionale preventiva rivolta verso il futuro ed il contenuto della relativa pronuncia consiste nell'ordine rivolto ad una parte del processo di astenersi in futuro dal ripetere determinati atti commessi in violazione degli obblighi di non fare previsti dall'art. 2598 c.c. (Cass. 8080/95)”.

concorrenza costituisca un inadempimento contrattuale e non anche un atto di concorrenza sleale.

Si ritiene allora che sia esperibile l'azione di cui all'art. 2599 c.c. solo nelle ipotesi in cui coesistano la violazione del patto di non concorrenza e la concorrenza sleale.

In ogni caso, il datore di lavoro può comunque ricorrere al Giudice ex art. 700 c.p.c.¹⁹⁶.

Già da tempo, infatti, la giurisprudenza ha superato l'obiezione sollevata dall'orientamento ormai di gran lunga minoritario, che faceva leva sull'incoercibilità e, quindi, sull'inutilità di un provvedimento di condanna, in sede cautelare, volto all'adempimento di un obbligo di fare o di non fare infungibile.

Del resto, l'infungibilità dell'obbligo non ha mai rappresentato un limite alla concessione mediante ex art. 700 cpc di provvedimenti di reintegrazione in favore di dipendenti illegittimamente licenziati, atteso che il relativo provvedimento, pur inesequibile coattivamente, sarebbe pur sempre idoneo a produrre effetti mediante l'esecuzione volontaria da parte dell'obbligato.

In ogni caso, il provvedimento d'urgenza ha di per sé un'efficacia deterrente per le conseguenze penali che potrebbero derivare nei confronti del dipendente, che dovesse perpetrare la propria condotta illegittima¹⁹⁷.

È chiaro, infatti, che laddove si dovesse attendere la normale durata di un processo, è molto probabile che la sentenza di condanna all'adempimento giungerebbe quando ormai il vincolo del patto ha raggiunto il proprio limite di durata, con la conseguenza che si perverrebbe al paradosso per cui il datore di lavoro vedrebbe frustrata proprio l'esigenza principale per la quale

¹⁹⁶ Cfr. A. BOSCATI, op. cit., p. 1107.

¹⁹⁷ In dottrina cfr. D. ZAVALLONI, *Procedimento d'urgenza e patto di non concorrenza*, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza* n. 5/1996, p. 384. L'Autore rileva quanto segue: "né va infine dimenticato l'effetto di deterrenza insito nei provvedimenti di condanna ad un obbligo di fare e/o di non fare: alcune recenti sentenze della Corte d'Appello di Milano hanno infatti ribadito, proprio nella materia laborista, la ravvisabilità degli estremi del reato di cui all'art. 388 c.p. nel comportamento omissivo del datore di lavoro avanti a pronunce provvisoriamente esecutive".

ha stipulato il patto di non concorrenza, posto che il dipendente nelle more del processo potrebbe continuare la propria attività e il datore di lavoro dovrebbe accontentarsi del risarcimento del danno.

Con il ricorso d'urgenza, dunque, si è in grado di far conseguire al datore di lavoro una tutela effettiva, senza che il tempo del processo vada a suo discapito.

Il datore di lavoro può così ottenere un provvedimento con cui si ordina all'ex dipendente di cessare l'attività concorrenziale, proprio come avviene nell'ambito della tutela inibitoria predisposta dall'art. 2599 cc¹⁹⁸.

Occorre precisare, poi, che la tutela d'urgenza presuppone l'esistenza del c.d. *periculum in mora* e cioè il pericolo imminente e irreparabile al diritto fatto valere in giudizio, derivante dal ritardato accoglimento della domanda. Sul punto, secondo un primo orientamento, l'esistenza del *periculum* può essere individuata nel mero inadempimento del patto, senza che sia necessaria anche la prova dell'ulteriore danno effettivo e, dunque, il *periculum* sarebbe sussistente *in re ipsa*, in quanto idoneo di per sé a determinare sviamento di clientela e discredito commerciale¹⁹⁹.

Un altro orientamento, invece, respinge la tesi del *periculum in mora in re ipsa*, sul presupposto che ciò comporterebbe che tutte le cause relative al patto di non concorrenza debbano ricevere una precedenza rispetto alle altre; questo stesso orientamento ritiene, allora, che il datore di lavoro sia tenuto a provare, oltre all'inadempimento del patto, anche la sussistenza di

¹⁹⁸ Sul punto, cfr. S. RAPUANO, *L'art. 700 c.p.c. in materia di marchi e di concorrenza sleale*, in *700 c.p.c. Strategie processuali ed ambiti applicativi*, a cura di E. BRANDOLINI, Cedam, 2008, pp. 197 ss.

¹⁹⁹ Cfr. *ex plurimis*, Trib. Milano ord. 17 dicembre 2001: "ai fini della concessione di un provvedimento cautelare ex art. 700 c.p.c. per violazione di un patto di non concorrenza stipulato ai sensi dell'art. 2125 c.c., il datore di lavoro è tenuto a provare il "periculum in mora" che va individuato nel mero inadempimento del patto, senza che sia necessaria anche la prova dell'ulteriore danno effettivo; tale requisito dell'azione inibitoria può infatti identificarsi nel mero pericolo di discredito o sviamento di clientela ed è quindi configurabile anche quando si chiede di impedire il verificarsi di futuri probabili atti di concorrenza"; cfr. anche Tribunale di Milano, 09/09/2019; Trib. Lecce ord. 16 novembre 2001; Trib. Roma ord. 24 ottobre 2001; Trib. Novara 27/02/2012; Trib. Alessandria, 24.1.2019; Trib. Ravenna 12/06/2006, tutte in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*.

un danno e la sua irreparabilità nell'attesa dei tempi del giudizio a cognizione piena²⁰⁰.

Si è posto inoltre il problema di verificare se l'inserimento di una clausola penale, all'interno del patto di non concorrenza, impedisca il ricorso alla tutela d'urgenza, posto che in tal caso le parti avrebbero già determinato pattiziamente le conseguenze della violazione.

Tuttavia, si è già detto che nelle obbligazioni di durata assistite da una clausola penale, il divieto di cumulo fra la prestazione principale e la penale, previsto dall'art. 1383 c.c., riguarda le sole prestazioni già maturate e inadempite e non quelle non ancora maturate e per le quali permane l'obbligo dell'adempimento, con la conseguenza che deve ritenersi ammissibile anche in questo caso la possibilità di ricorrere ex art. 700 cpc²⁰¹.

In dottrina, si è messo in dubbio che il ricorso alla tutela d'urgenza legittimi poi parte datoriale a richiedere il risarcimento dei danni²⁰²; non risulta, però, che tale orientamento abbia trovato particolare seguito.

Una volta ammessa la tutela d'urgenza e una volta che il Giudice abbia ordinato al dipendente di astenersi dal compiere l'attività contraria al patto di non concorrenza si pone l'ulteriore questione di come si possa rendere effettivo l'ordine di non fare.

Per risolvere tale problema, sempre più di frequente i Giudici del Lavoro accompagnano l'ordine in questione a forme di coazione indiretta e, a tal

²⁰⁰ Cfr., *ex plurimis*, Tribunale Milano, 20/12/2002 in *onelegale.wolterskluwer.it*; in tale pronuncia si rileva quanto segue: "il datore di lavoro che agisca nei confronti del lavoratore in via d'urgenza e cautelare ex art. 700 c.p.c. per violazione di un patto di non concorrenza stipulato ai sensi dell'art. 2125 c.c., è tenuto ad allegare e a dimostrare l'esistenza in concreto del *periculum in mora*, consistente nella perdita irreversibile di competitività sul mercato per effetto della violazione di tale patto, essendo pertanto insufficiente la sola prova dello svolgimento da parte del lavoratore di un'attività lavorativa in concorrenza con quella dell'ex datore di lavoro"; cfr. altresì Trib. Milano (ord.) 16 luglio 2001 e Trib. di Udine 11/06/2018, entrambe in *pluriscadam.utetgiuridica.it*.

²⁰¹ Trib. Bari, Coll. Sez. Lav., 06/2/2020, che richiama a tal fine i principi espressi da Cass. civ. Sez. lavoro, 21/06/1995, n. 6976.

²⁰² Pongono la questione, M. WASCHKE, A. COLDESINA, op. cit., p. 59.

fine, prevedono delle sanzioni in caso di violazione del patto e dell'ordine giudiziale.

In genere tali sanzioni prevedono il pagamento di somme di denaro per ogni giorno di violazione del patto successivo all'ordine emesso dal Giudice²⁰³.

Peraltro, in questo caso potrebbe soccorrere anche l'art. 669-duodecies cpc, in base al quale, per quanto qui rileva, *“l'attuazione delle misure cautelari aventi ad oggetto obblighi di consegna, rilascio, fare o non fare avviene sotto il controllo del giudice che ha emanato il provvedimento cautelare il quale ne determina anche le modalità di attuazione e, ove sorgano difficoltà o contestazioni, dà con ordinanza i provvedimenti opportuni, sentite le parti”*.

Bisogna comunque segnalare che dottrina più risalente era contraria a tale possibilità, in quanto il Giudice non potrebbe emanare in via cautelare provvedimenti che non siano poi adottabili in sede di cognizione ordinaria; il Giudice, infatti, non avrebbe il potere di stabilire conseguenze pregiudizievoli per una parte (come una penale o una sanzione per il ritardato adempimento) che non siano previste dalla legge oppure dalla volontà delle parti risultante da un atto negoziale²⁰⁴.

In realtà, non si comprende la ragione per la quale il legislatore abbia escluso le controversie di lavoro dall'ambito di applicazione dell'art. 614-bis c.p.c. (rubricato *“misure di coercizione indiretta”*) introdotto con la Legge 18/06/2009 n. 69 e, in base al quale: *“con il provvedimento di condanna all'adempimento di obblighi diversi dal pagamento di somme di*

²⁰³ A tal proposito è interessante Trib. di Lecce, che con ordinanza 22/10/2020 cit., emessa nel settore del brokeraggio assicurativo, ha previsto nell'ipotesi di violazione del patto di non concorrenza il pagamento in via equitativa della somma di 250,00 euro per ogni contratto assicurativo stipulato all'esito dell'attività di intermediazione dell'ex dipendente.

²⁰⁴ Sul punto, cfr. D. TURELLO, *Patto di non concorrenza e misure di coercizione indiretta*, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza* n. 12/2003, pp. 1156 s., che si sofferma anche sulle previsioni di misure di coercizione indiretta in altri ordinamenti, citando a tal proposito l'*astreinte* prevista dal sistema giuridico francese (che consiste in una condanna al pagamento di una somma di denaro, pronunciata su istanza e a favore del creditore, per ogni giorno di ritardo nell'adempimento all'ordine del giudice), l'istituto del *contempt of court* rinvenibile nei paesi di *common law* (al quale consegue l'irrogazione di pene pecuniarie e cioè ammenda, sequestro, cauzione e anche detentive), la sanzione pecuniaria prevista dal diritto tedesco (devoluta, sempre su istanza di parte, allo Stato, anziché al creditore, e avente, pertanto, natura meramente sanzionatoria e non risarcitoria).

denaro il giudice, salvo che ciò sia manifestamente iniquo, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento. Il provvedimento di condanna costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza. Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano alle controversie di lavoro subordinato pubblico o privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'articolo 409. Il giudice determina l'ammontare della somma di cui al primo comma tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile"²⁰⁵.

Tuttavia, essendo dinanzi alla previsione di un'eccezione rispetto alla regola generale espressa dall'art. 614-bis c.p.c., occorre attenersi ad una lettura restrittiva, in ossequio anche a quanto emerge da una lettura costituzionalmente orientata della disposizione, per cui la limitazione deve essere circoscritta alle controversie aventi ad oggetto esclusivamente prestazioni di lavoro subordinato, pubblico e privato, e prestazioni di lavoro parasubordinato; dunque, si può anche ritenere che detta disposizione sia applicabile alla violazione del patto di non concorrenza che non riguarda prestazioni di lavoro in senso stretto.

Resta inteso che parte datoriale, anche laddove abbia ottenuto un provvedimento cautelare con cui sia stato inibito all'ex dipendente il comportamento contrario al patto di non concorrenza, potrà agire in via ordinaria per richiedere il risarcimento del danno.

In questo caso, però, si pone il problema di individuare dei criteri validi per quantificare tale risarcimento.

²⁰⁵ S. MAZZAMUTO, *L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. nella giurisprudenza di merito*, in *Giurisprudenza Italiana*, 3/2010, pp. 637 ss., rileva quanto segue: "il trattamento differenziato nell'ambito della controversie di lavoro che intaccano valori della persona di rilevanza costituzionale si rivela privo di un'adeguata giustificazione e, pertanto, incostituzionale".

Non è agevole, infatti, individuare quale sarebbe stato l'incasso del datore di lavoro, laddove l'ex dipendente non avesse posto in essere le condotte contrarie al patto di non concorrenza.

In una controversia avente ad oggetto la violazione del patto di non concorrenza nel settore del brokeraggio assicurativo, parte datoriale ha ritenuto di poter quantificare il danno differenziandolo in ragione di tre tipologie di clienti: per i clienti passati alla concorrente su iniziativa dell'ex dipendente si è assunto quale parametro annuale l'importo delle provvigioni maturate dall'impresa nell'anno antecedente alla data di risoluzione del rapporto di lavoro subordinato ed è stato moltiplicato per il triennio di vigenza del patto; per i potenziali clienti con cui l'impresa aveva instaurato trattative, acquisiti dalla concorrente su iniziativa dell'ex dipendente, si è assunto l'importo delle provvigioni che l'impresa avrebbe maturato ove fossero state stipulate le polizze oggetto di trattativa; per i potenziali clienti con cui l'impresa non aveva trattative in corso, acquisiti dalla concorrente su iniziativa dell'ex dipendente, si è assunto l'importo delle provvigioni maturate dall'impresa con riferimento agli enti di dimensioni simili. Si è poi aggiunta la c.d. sanzione determinata dal Tribunale per ogni contratto concluso, in violazione dell'inibitoria, nel triennio di durata del patto di non concorrenza²⁰⁶.

È bene ribadire che si tratta di criteri empirici, per cui verosimilmente il più delle volte il Giudice dovrà ricorrere a valutazioni di tipo equitativo.

Ci si è chiesti, poi, se sia possibile per la parte datoriale domandare l'annullamento del contratto di lavoro stipulato dall'ex dipendente in violazione del patto di non concorrenza o comunque ottenere un ordine rivolto sia all'ex dipendente che al nuovo datore di lavoro di cessazione dell'attività concorrenziale.

²⁰⁶ Tale criterio di quantificazione del danno è stato utilizzato nel giudizio di merito successivo all'ordinanza cautelare del Trib. di Lecce del 22/10/2020, sopra menzionata.

Può accadere, infatti, che l'ex dipendente inizi un'attività imprenditoriale, anche per interposta persona, in concorrenza oppure venga assunto da un datore di lavoro concorrente a conoscenza dell'esistenza del patto²⁰⁷.

In queste ipotesi, si ritiene ammissibile una decisione che imponga al nuovo datore di lavoro di non proseguire il rapporto costituito in violazione del patto e delle regole sulla concorrenza sleale e all'ex dipendente di svolgere detta attività²⁰⁸.

Tuttavia, bisogna dar conto di pronunce che hanno ritenuto che deve essere considerato inammissibile un ordine di recedere dal rapporto di lavoro rivolto al nuovo datore di lavoro in quanto *“si tradurrebbe nell'ordine di compiere un illecito civile, e cioè di risolvere un rapporto di lavoro subordinato, valido inter partes, al di fuori dei casi in cui è consentito il recesso dal datore di lavoro”*, mentre *“lo stesso non può dirsi per il caso di ordine rivolto al lavoratore, essendo sempre possibile il suo recesso dal rapporto”*²⁰⁹.

Si è sostenuto, infatti, come non si possa invalidare il nuovo contratto di lavoro stipulato dal dipendente che ha violato il patto, laddove il datore di lavoro sia terzo in buona fede, che non può essere pregiudicato dal provvedimento giudiziale²¹⁰.

Del resto, il nuovo datore di lavoro potrebbe decidere di utilizzare il dipendente in un'altra zona o per altre mansioni, non vietate dal patto di non concorrenza.

²⁰⁷ A. BOSCATI, op. cit., p. 1106, richiama sul punto Cass. civ. Sez. lavoro, 03/10/2008, n. 24593 cit., così massimata: *“integra una forma di concorrenza, vietata dalla clausola inserita nel contratto di lavoro ex art. 2125 c.c., l'attività di collaborazione, complessivamente considerata, svolta da alcuni ex-dipendenti con una società, costituita dai rispettivi coniugi, sì da competere con quella esercitata dalla società precedente datrice di lavoro”*.

²⁰⁸ A sostegno di tale orientamento, M. BATTISTELLA, op. cit., p. 23, richiama come precedenti giurisprudenziali di riferimento Trib. Ancona sent. 13/06/2017, Trib. Milano sent. 19/07/2011, Trib. di Roma ord. 24/10/2001.

²⁰⁹ Trib. Bologna (ord.) 29 gennaio 2002, in *Lav. Giur.*, 2003, pag. 1153; in senso critico, cfr. A. BOSCATI, op. cit., 1107 nonché M. BATTISTELLA, op. cit., p. 23, che a sostegno di tale posizione critica richiama Trib. Udine 11/06/2018.

²¹⁰ Tale tesi è sostenuta da M. BATTISTELLA, op. cit., p. 24.

Non si può comunque ritenere in buona fede il nuovo datore di lavoro che venga a conoscenza di un provvedimento che abbia inibito al dipendente la prosecuzione dell'attività in concorrenza e ciononostante continui a favorire la condotta in violazione di un provvedimento giudiziale.

Del resto, è certamente ravvisabile, una volta provata la consistenza e la rilevanza di questo comportamento illecito ai fini della causazione del danno, una cooperazione del terzo nell'inadempimento del lavoratore qualificabile in termini di responsabilità «extracontrattuale da contratto»²¹¹.

Anche per tale ragione, si ammette la possibilità per il nuovo datore di lavoro di licenziare il dipendente, nel caso in cui non possa adibirlo a mansioni compatibili con il patto stesso oppure non possa collocarlo al di fuori dell'ambito territoriale di efficacia del vincolo; si ammette inoltre anche la possibilità per il nuovo datore di lavoro di richiedere il risarcimento dei danni.

Semmai si discute sulla possibilità di procedere al licenziamento sulla base di un provvedimento cautelare, che per sua natura può essere riformato nella fase di merito, a cognizione piena.

Anche in questo caso, però, si deve ritenere possibile il licenziamento, altrimenti il provvedimento d'urgenza risulterebbe vanificato.

Occorre, infine, ribadire che i rilievi fin qui esposti valgono anche con riferimento ai patti di non concorrenza stipulati ex art. 1751-bis c.c., per cui il preponente potrà agire contro l'ex agente per chiedere l'adempimento o la risoluzione del patto²¹², eventualmente anche invocando la tutela d'urgenza ex art. 700 cpc²¹³.

4. CENNI SULLA RILEVANZA PENALE DELLA VIOLAZIONE DEL PATTO DI NON CONCORRENZA

²¹¹ Sul punto, cfr. E. POMINI, op. cit., p. 410.

²¹² Cfr., *ex plurimis*, Cass. civ., Sez. lavoro, Sent., (data ud. 27/11/2014) 05/03/2015, n. 4461, in *onelegale.wolterskluwer.it*

²¹³ Sull'ammissibilità in astratto di un ricorso ex art. 700 cpc per richiedere un ordine rivolto all'ex agente, cfr. Tribunale Trieste, Sez. lavoro, Sent., 05/10/2011, n. 392, in *onelegale.wolterskluwer.it*.

È interessante valutare se la condotta con cui un lavoratore violi il patto di non concorrenza possa avere anche una rilevanza penale.

In genere, si ritiene che siffatta violazione di per sé rimanga confinata nei rapporti civilistici e che, dunque, non abbia una rilevanza penale.

Tuttavia, esistono dei reati in cui possono essere inquadrate le condotte degli ex dipendenti o degli ex agenti che violino i patti in questione, purché a determinate condizioni.

Si pensi, ad esempio, al reato di “*illecita concorrenza con minaccia o violenza*” previsto dall’art. 513-bis c.p. con cui si sanziona la condotta di chi “*nell’esercizio di un’attività commerciale, industriale o comunque produttiva, compie atti di concorrenza con violenza o minaccia*”.

Tuttavia, in questo caso la violazione del patto di non concorrenza e perfino gli atti di concorrenza sleale non sarebbero sufficienti ad integrare la fattispecie di reato, essendo necessaria la violenza o la minaccia²¹⁴.

Non sembra sufficiente la mera violazione del patto di non concorrenza neppure per configurare il reato di “*turbata libertà dell’industria o del commercio*”, previsto all’art. 513 c.p., con cui si sanziona la condotta di chi “*adopera violenza sulle cose ovvero mezzi fraudolenti per impedire o turbare l’esercizio di un’industria o di un commercio*”²¹⁵.

Analogamente, non è sufficiente la semplice violazione del patto di non concorrenza perché si configurino i reati di “*rivelazione di segreto*

²¹⁴ Cass. pen., Sez. Unite, Sent., (data ud. 28/11/2019) 28/04/2020, n. 13178, in *onelegale.wolterskluwer.it*, ha precisato che “*ai fini della configurabilità del reato di cui all’art. 513-bis c.p. è necessario il compimento di atti di concorrenza che, posti in essere nell’esercizio di un’attività commerciale, industriale o comunque produttiva, siano connotati da violenza o minaccia e idonei a contrastare od ostacolare la libertà di autodeterminazione dell’impresa concorrente*”

²¹⁵ Cfr. Corte d’Appello Palermo, Sez. IV, 30/01/2017, n. 238 in *onelegale.wolterskluwer.it*: “*in tema di reati contro l’industria ed il commercio, la condotta di chi altera la concorrenza ricorrendo a mezzi fraudolenti integra il delitto di cui all’art. 513 c.p. soltanto se si ripercuote sull’ordine economico, ossia quando è posta in essere al fine specifico di turbare o impedire il normale svolgimento dell’industria o del commercio e di attentare in tal modo alla libertà di iniziativa economica*”.

professionale” di cui all’art. 622 c.p.²¹⁶ o di “*rivelazione di segreti scientifici o commerciali*” di cui all’art. 623 c.p.²¹⁷, essendo necessaria anche la condotta della rivelazione o dell’impiego dei segreti in questione.

Diversa, invece, è la situazione in cui ad essere violato non è solo il patto di non concorrenza, ma il provvedimento del Giudice (compreso quello emesso in sede cautelare), con cui si ordina al lavoratore di astenersi da condotte in contrasto con il patto in questione e con lo stesso provvedimento giudiziale.

In questo caso, infatti, si può configurare il reato previsto dall’art. 388 c.p. (“*mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del Giudice*”)²¹⁸.

La giurisprudenza ha chiarito che “*tra i provvedimenti del giudice civile che prescrivono misure cautelari, la cui inosservanza è penalmente sanzionata dall’art. 388 c.p., 2° comma, rientrano anche i provvedimenti di urgenza emessi a norma dell’art. 700 c.p.c., ma a condizione che essi attengano alla difesa della proprietà, del possesso o del credito [...] Tuttavia il mero rifiuto di ottemperare ai provvedimenti giudiziali previsti dall’art. 388, 2° comma, c.p. non costituisce comportamento elusivo penalmente rilevante, a*

²¹⁶ L’art. 622 c.p. punisce “*chiunque, avendo notizia, per ragione del proprio stato o ufficio, o della propria professione o arte, di un segreto, lo rivela, senza giusta causa, ovvero lo impiega a proprio o altrui profitto, [...] se dal fatto può derivare nocumento*”.

²¹⁷ L’art. 623 c.p. punisce “*chiunque, venuto a cognizione per ragioni del suo stato o ufficio, o della sua professione o arte, di segreti commerciali o di notizie destinate a rimanere segrete, sopra scoperte o invenzioni scientifiche, li rivela o li impiega a proprio o altrui profitto*”.

²¹⁸ L’art. 388 c.p. prevede che “*chiunque, per sottrarsi all’adempimento degli obblighi nascenti da un provvedimento dell’autorità giudiziaria, o dei quali è in corso l’accertamento dinanzi all’autorità giudiziaria stessa, compie, sui propri o sugli altrui beni, atti simulati o fraudolenti, o commette allo stesso scopo altri fatti fraudolenti, è punito, qualora non ottemperi all’ingiunzione di eseguire il provvedimento, con la reclusione fino a tre anni o con la multa da euro 103 a euro 1.032.*

La stessa pena si applica a chi elude l’ordine di protezione previsto dall’articolo 342-ter del codice civile, ovvero un provvedimento di eguale contenuto assunto nel procedimento di separazione personale dei coniugi o nel procedimento di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio ovvero ancora l’esecuzione di un provvedimento del giudice civile, ovvero amministrativo o contabile, che concerna l’affidamento di minori o di altre persone incapaci, ovvero prescrive misure cautelari a difesa della proprietà, del possesso o del credito.

La stessa pena si applica a chi elude l’esecuzione di un provvedimento del giudice che prescrive misure inibitorie o correttive a tutela dei diritti di proprietà industriale.

È altresì punito con la pena prevista al primo comma chiunque, essendo obbligato alla riservatezza per espresso provvedimento adottato dal giudice nei procedimenti che riguardino diritti di proprietà industriale, viola il relativo ordine [...]”.

meno che l'obbligo imposto non sia coattivamente ineseguibile, richiedendo la sua attuazione la necessaria collaborazione dell'obbligato, proprio perché l'interesse tutelato dall'art. 388 c.p., non è l'autorità in sé delle decisioni giurisdizionali, bensì, l'esigenza costituzionale di effettività della giurisdizione”²¹⁹.

Su tali basi la giurisprudenza penale ritiene configurabile il reato in parola quando vi sia un patto di non concorrenza violato anche a seguito di un ordine inibitorio da parte del Giudice e non anche quando ci si trovi in presenza “solo” di concorrenza sleale, posto che: *“l'azione di concorrenza sleale proposta dal denunciante in sede civile trova ragione non nella cessazione del rapporto, codificata dalle parti, con specifica pattuizione, secondo il principio della autonomia negoziale; essa trova ragione nel principio del "neminem ledere", che è azione extra contrattuale; poichè, in altre parole, non risulta provato alcun patto contrattuale di non concorrenza, il sorgere di un obbligo al risarcimento dei danni in capo al responsabile, ove eventualmente sussistente, non si fonda su di un diritto di credito si è quindi al di fuori dell'ambito di applicazione della norma incriminatrice di cui all'art. 388 c.p., comma 2”²²⁰.*

Si sostiene, peraltro, che nel reato in questione possa concorrere anche il nuovo datore di lavoro, laddove con la propria condotta abbia consentito al dipendente di violare l'ordine emesso dal Giudice.

Ad ogni buon conto, come già detto in precedenza, anche la rilevanza penale costituisce un valido deterrente per contrastare condotte che non rispettano i provvedimenti giudiziali con cui si inibisce la violazione del patto di non concorrenza.

²¹⁹ Cass. pen. Sez. II, Sent., (ud. 16-04-2014) 16-07-2014, n. 31192 in *pluriscedam.utetgiuridica.it*.

²²⁰ Cass. pen. Sez. VI, Sent., (ud. 19-04-2012) 25-05-2012, n. 20179 in *pluriscedam.utetgiuridica.it*.

CONCLUSIONI

Da tutto quanto precede, si evince come effettivamente il patto di non concorrenza rappresenti un istituto di estrema attualità, sia per il suo crescente utilizzo sia per le problematiche su cui dottrina e giurisprudenza sono chiamate costantemente ad intervenire.

Si è visto, infatti, come risultino ancora numerose le questioni aperte, anche in ragione di normative che, per le loro caratteristiche, non consentono di individuare punti fermi.

Del resto, altrettanto numerose risultano quelle conclusioni su cui sembrava essersi formata unanimità di vedute e che invece, pur in assenza di qualsivoglia intervento normativo, sono state rimesse in discussione, anche alla luce dell'evoluzione della società, dell'economia e del mercato del lavoro.

Gli operatori del diritto, infatti, devono tenere conto di questa evoluzione, perché di fatto lo impone la normativa di riferimento.

L'unica vera linea direttrice da seguire è che il patto di non concorrenza non è libero, ma è soggetto a delle limitazioni, poste a tutela di quel bilanciamento di interessi tra le parti che il legislatore ha inteso garantire, soprattutto al fine di non privare il lavoratore di un'effettiva possibilità di procurarsi un reddito a valle della cessazione del rapporto di lavoro.

Tale finalità, peraltro, è funzionale anche agli interessi dello Stato, in quanto il dipendente che non trova una nuova occupazione, spesso finisce per rappresentare un costo sociale, in termini di interventi a sostegno del reddito.

Si è visto che il settore in cui sono state affrontate gran parte delle problematiche è quello del lavoro subordinato sia in ragione delle evidenti lacune presenti nelle disposizioni di riferimento sia delle più gravi conseguenze che la stessa prevede sia perché statisticamente è l'ipotesi più

frequente, stante il maggior numero di lavoratori dipendenti rispetto agli agenti.

Soprattutto in quest'ambito, sono tante le questioni che la normativa lascia irrisolte e che verosimilmente potrebbero trovare una soluzione, almeno in parte, solo con l'intervento del legislatore.

In ogni caso, appare assai arduo poter predeterminare il limite all'estensione territoriale o all'oggetto o predeterminare la misura del corrispettivo dovuto.

Nonostante tali difficoltà, il legislatore ha comunque sanzionato con la nullità un patto, che le parti hanno voluto e che potrebbero avere interesse a mantenere.

Proprio quella della nullità (o delle nullità, come sempre più spesso si legge, a valle della sentenza n. 5540/2021 della Suprema Corte) rappresenta una delle questioni più delicate.

La decisione della Suprema Corte di ammettere una valutazione *ex post* della congruità del corrispettivo pattuito e, dunque, una declaratoria di nullità del patto sulla base di tale valutazione (tanto che un patto di non concorrenza inizialmente potrebbe risultare valido e successivamente risultare nullo), rappresenta una rottura forse eccessiva con il resto dei principi dell'ordinamento e probabilmente meriterebbe un ripensamento.

Già a monte, però, si potrebbe intervenire legislativamente proprio sulla sanzione della nullità, che appare eccessiva, tenuto conto dell'oggettiva difficoltà delle parti di predisporre un patto valido; magari si potrebbe prevedere un intervento del Giudice che riconduca ad equità l'accordo, anche sulla falsariga della disciplina prevista dall'art. 1751-bis c.c. per gli agenti.

Anche sotto il profilo delle tutele si potrebbe pensare a degli strumenti più incisivi, magari codificando specifiche forme di coazione indiretta che possono spingere il dipendente a rispettare i provvedimenti d'urgenza.

Non bisogna dimenticare, poi, l'esigenza di una tutela effettiva del lavoratore, che rimane il contrente debole.

È evidente, infatti, l'aporia di fondo dell'ordinamento nel quale le rinunce e le transazioni risultano valide solo ove stipulate in sede protetta, mentre non è stata prevista analoga cautela per il patto di non concorrenza, che è altrettanto idoneo – come si è visto - ad incidere in maniera sensibile sulla posizione del lavoratore, che potrebbe non essere sereno nella scelta se sottoscriverlo o meno e che potrebbe non comprendere a pieno la sua rilevanza.

In ogni caso, è evidente come la quantità di questioni sollevate dall'istituto in esame impongano un intervento del legislatore, soprattutto in questo momento storico in cui le imprese fanno più spesso ricorso a questo strumento e v'è il rischio di un'eccessiva incertezza in ordine alla validità dei patti in questione.

BIBLIOGRAFIA

- ALESSANDRI N., *Agenzia: indennità di fine rapporto e patto di non concorrenza*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 3, 1 marzo 2001, pp. 209 ss.;
- ANDREANI F.M., *Riduzione della penale e valutazione dell'interesse del creditore*, in *I Contratti* n. 4/2003, pp. 339 ss.;
- ANDREOTTI G., *Clausola di non concorrenza*, in *Clausole negoziali. Profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche*, a cura di M. CONFORTINI, Utet, 2017, pp. 521 ss.;
- ARMENIA G., *La forma e i limiti di oggetto, tempo e luogo*”, in *Guida al Lavoro / Il Sole 24ore*, n. 16, 10 aprile 2020, pp. 7 ss.;
- ARMENIA G., BATTISTELLA M., *Prospettiva comparata: UK e Germania*, in *Guida al Lavoro / Il Sole 24ore*, n. 16, 10 aprile 2020, pp. 32 ss.;
- BALDISSONI M., *Nota sulla funzione della clausola penale*, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 2, 1 febbraio 1996, pp. 1103 ss.;
- BATTISTELLA M., *La violazione del patto di non concorrenza*, in *Guida al Lavoro / Il Sole 24ore*, n. 16, 10 aprile 2020, pp. 21 ss.;
- BEGA I., *Il corrispettivo del patto di non concorrenza*” in *Guida al Lavoro / Il Sole 24ore*, n. 16, 10 aprile 2020, pp. 13 ss.;
- BOSCATI A., *Il patto di non concorrenza del prestatore di lavoro subordinato nell'interpretazione della giurisprudenza (senza dimenticare la dottrina)*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, n. 4-5/2015, pp. 1079 ss.;
- CAIRO L., VILLA U., *Recesso e opzione nel patto di non concorrenza: orientamenti della giurisprudenza*, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 5/2018, pp. 462 ss.;
- CARESTIA A., *L'onerosità del patto di non concorrenza nel rapporto di agenzia*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, n. 3-4, 1 maggio 2001, pp. 471 ss.;

- CASTELLI L., *Patto di non concorrenza e livelli diversi di mercato*, in *I Contratti*, n. 7, 1 luglio 2004, pp. 707 ss.;
- CERBONE M., *Nullità del patto di non concorrenza ex art. 2125 c.c. tra indeterminabilità e non adeguatezza del corrispettivo*, in *Giurisprudenza Italiana*, n.7/2021, pp. 1684 ss.;
- DALLACASA M., *Il compenso per il patto di non concorrenza: le distinzioni della Cassazione in tema di nullità*, in *Il Lavoro nella giurisprudenza* 10/2021, pp. 917 ss.;
- DE MOZZI B., *Tutela della professionalità e autonomia del limite territoriale nel patto di non concorrenza*, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza* n. 2/2006, pp. 172 ss.;
- FACCI G., *La nullità dei patti aggiunti al contratto sportivo*, in *Il Corriere Giuridico*, n. 3, 1 marzo 2015, pp. 341 ss.;
- FERRETTI F., *Opzione nel patto di non concorrenza e termine di esercizio: orientamenti della giurisprudenza*, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza* 2/2020, pp. 169 ss.;
- FIORAMONTI F., *La clausola penale*, in *Clausole negoziali. Profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche*, a cura di M. CONFORTINI, Utet, 2017, pp. 799 ss.;
- GALLO F.M., *Compatibilità tra il patto di non concorrenza e il rapporto di lavoro subordinato*, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, n. 1/2003, pp. 34 ss.;
- INTERSIMONE F., *Cenni in tema di valutazione delle prove su un fatto decisivo e violazione del patto di non concorrenza ex art. 2125 cod. civ.*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n. 4, 1 aprile 2009, pp. 10363 ss.;
- LOMBARDO S., *Clausola di opzione*, in *Clausole negoziali. Profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche*, a cura di M. CONFORTINI, Utet, 2017, pp. 541 ss.;

- MANCA G., *Il patto di non concorrenza nel contratto di agenzia*, in *Guida al Lavoro / Il Sole 24ore*, n. 16, 10 aprile 2020, pp. 29 ss.;
- MANCA G., *Le clausole accessorie al patto di non concorrenza*, in *Guida al Lavoro / Il Sole 24ore*, n. 16, 10 aprile 2020, pp. 18 ss.;
- MAZZAMUTO S., *L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. nella giurisprudenza di merito*, in *Giurisprudenza Italiana*, 3/2010, pp. 637 ss.;
- PAVONE A., *Patto di non concorrenza, profili generali*, in *Guida al Lavoro / Il Sole 24ore*, n. 16, 10 aprile 2020, pp. 2 ss.;
- PETTINELLI R., *La clausola di recesso unilaterale apposta al patto di non concorrenza è nulla? Così è (se vi pare)*, in *Giurisprudenza Italiana*, 11/2020, pp. 2521 ss.;
- POMINI E., *Il patto di non concorrenza dell'ex dipendente*, in *I Contratti* n. 4/2004, pp. 404 ss.;
- S. RAPUANO, *L'art. 700 c.p.c. in materia di marchi e di concorrenza sleale*, in *700 c.p.c. Strategie processuali ed ambiti applicativi*, a cura di E. BRANDOLINI, Cedam, 2008, pp. 197 ss.;
- SONNATI S., *Licenziamento illegittimo, dimissioni per giusta causa e patto di non concorrenza: il lavoratore può riappropriarsi della piena libertà di lavorare?*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2020, pp. 573 ss.;
- TANI L., *Patto di non concorrenza: il labile confine tra (in)determinatezza e (in)determinabilità del corrispettivo*, in *ADL - Argomenti di Diritto del Lavoro*, n. 6/2016, pp. 1300 ss.;
- TORRENTE A., SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, XIV ed.;
- TURELLO D., *Patto di non concorrenza e misure di coercizione indiretta*, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, n. 12/2003, pp. 1156 ss.;
- VANNINI A., *Somme erogate dal datore di lavoro nell'ambito di accordi transattivi novativi: il caso del patto di non concorrenza*, in *Diritto e pratica tributaria*, n. 6/2010, pp. 1037 ss.;

- VANZETTI A., DI CATALDO V., *Manuale di Diritto Industriale*, 5a ed., Milano, 2005;
- VERZONI S., *Il concetto di causa come funzione economico-individuale nella risoluzione di conflitti*, in *Contratto e Impresa*, n. 2, 1 aprile 2021, pp. 682 ss.;
- WASCHKE M., COLDESINA A., *Il patto di non concorrenza nel rapporto di lavoro subordinato*, in *Guida al Lavoro / Il Sole 24ore*, n. 16, 10 aprile 2020, pp. 56 ss.;
- ZAVALLONI D., *Procedimento d'urgenza e patto di non concorrenza*, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, n. 5/1996, pp. 384 ss.