

Numero 2 / 2019

(estratto)

Filippo Lattanzio

**Il patto di non concorrenza del lavoratore,
tra diritto e prassi.**

Il patto di non concorrenza del lavoratore, tra diritto e prassi.

Filippo Lattanzio

*Dottore di ricerca di Diritto del Lavoro presso l'Università degli Studi di
Milano e Avvocato del Foro di Novara*

Abstract

Il presente contributo si propone di illustrare i profili di maggiore criticità del patto di non concorrenza del lavoratore subordinato, alla luce dei più recenti orientamenti della giurisprudenza di legittimità e di merito.

La disciplina del patto di non concorrenza di cui all'art. 2125 cod. civ. muove dall'esigenza di contemperare la protezione del patrimonio immateriale dell'impresa, che costituisce la finalità propria dell'istituto, con il diritto al lavoro ed all'esercizio dell'attività economica, beni giuridici di rango costituzionale. Misura e modalità di pagamento del corrispettivo, ambito di applicazione del patto e possibilità di recesso a favore dell'impresa, costituiscono attualmente gli aspetti forieri delle maggiori incertezze.

Ad opinione di chi scrive, la maggiore apertura verso la flessibilità in uscita dal rapporto di lavoro introdotta dal *Jobs Act* dovrà suggerire sempre maggiore cautela nella sottoscrizione di clausole limitative della concorrenza per il tempo successivo alla cessazione del rapporto.

This paper wants to explain the most important questions about the non compete clauses between employee and company, addressing the most recent case law.

The Italian law on non compete clauses, contained in art. 2125 cod. civ., responds to demand for reconciling the protection of the company's corner on the marketplace – that's the specific purpose of the non compete clauses –

with the right to work and the right to business, claimed in Italian Constitution. Compensation, field of application and provision for termination represent the most uncertain issues of the non compete clauses, now.

In my opinion, the greater flexibility in dismissal's law introduced by Jobs Act from 2015, will recommend more care in signing this agreements.

Sommario: 1. Il patto di non concorrenza del lavoratore subordinato. Inquadramento generale. – 2. I requisiti per la validità del patto di non concorrenza: forma e contenuto secondo l'art. 2125 cod. civ. – 3. Alcuni profili critici della disciplina del patto di non concorrenza in rapporto alla prassi: a) l'oggetto dell'obbligazione di astensione dall'attività concorrenziale del prestatore e l'ambito territoriale di applicazione del patto; – 4. (segue) b) il corrispettivo a favore del prestatore di lavoro: misura e modalità di erogazione; – 5. (segue) c) l'opzione e la clausola di recesso dal patto a favore dell'impresa. – 6. I limiti all'attività concorrenziale del lavoratore subordinato alla conclusione del rapporto dopo il *Jobs Act*.

1. Il patto di non concorrenza del lavoratore subordinato. Inquadramento generale.

Il patto di non concorrenza del lavoratore subordinato, previsto e disciplinato dall'art. 2125 cod. civ., costituisce un contratto accessorio ed autonomo rispetto al contratto di lavoro¹, mediante il quale il prestatore si obbliga, per il tempo successivo alla cessazione del rapporto², ad astenersi dallo svolgimento di attività in concorrenza con l'attuale datore di lavoro, a fronte del riconoscimento di un corrispettivo.

Il patto di non concorrenza viene correntemente qualificato come negozio oneroso ed a prestazioni corrispettive³, finalizzato alla protezione del patrimonio immateriale aziendale, tanto nelle sue componenti interne (organizzazione tecnica e amministrativa, metodi e processi di

¹ Secondo l'impostazione condivisa dalla dottrina, il patto di non concorrenza, ancorchè aggiunto quale 'clausola' al contratto di lavoro, costituisce un negozio autonomo dal contratto di lavoro e contraddistinto da una propria causa, consistente nello scambio sinallagmatico tra l'obbligazione negativa, di contenuto astensivo, assunta dal prestatore, e l'obbligazione al pagamento del corrispettivo assunta dall'imprenditore. Sul tema generale della causa del patto di non concorrenza può rimandarsi alla trattazione di A. BOSCATI, *Patto di non concorrenza. Art. 2125*, in F.D. BUSNELLI (a cura di) *Il Codice Civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 129-133, ed ai rimandi *ivi* contenuti.

² Scontato il collegamento funzionale tra il patto di non concorrenza ed il contratto di lavoro, che ne costituisce il substrato, si deve ad una pronuncia ormai risalente delle Sezioni Unite – Cass. SS.UU. 10 aprile 1965, n. 630, in *Riv. Giur. Lav.*, 1965, II, p. 163 – la soluzione in senso positivo della questione dell'applicabilità della norma di cui all'art. 2125 cod. civ. al patto concluso posteriormente alla cessazione del rapporto, purchè «in sede di definizione di un conflitto di interessi ancora pendente, relativo al precorso rapporto [di lavoro]». Adesivamente, L. MONTUSCHI, *Il patto di non concorrenza concluso dopo l'estinzione del rapporto di lavoro*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1965, p. 784.

³ Tra le tante, v. Cass. 2 marzo 1988, n. 2221, in *Not. Giur. Lav.*, 1988, p. 560; Cass. 4 aprile 1991, n. 3507, in *Mass. Giur. Lav.*, 1991, p. 273; Cass. 4 aprile 2006, n. 7835, in *Not. Giur. Lav.*, 2006, p. 723.

lavoro) quanto in quelle esterne (avviamento, clientela)⁴, dalla concorrenza ‘differenziale’ del prestatore di lavoro⁵. Questa particolare forma di concorrenza, di per sé lecita in quanto non integri la fattispecie della concorrenza sleale di cui all’art. 2598 cod. civ.⁶, viene ritenuta particolarmente insidiosa per l’impresa, in ragione della diretta conoscenza di importanti componenti del *know how* aziendale da parte del prestatore di lavoro che, una volta sciolto dal vincolo contrattuale⁷, venisse impiegato in un’impresa concorrente o si risolvesse ad intraprendere in proprio, divenuto egli stesso imprenditore, un’attività concorrenziale con quella del precedente datore di lavoro⁸.

E tuttavia nel nostro ordinamento, in cui il diritto al lavoro – in una con la tutela delle sue condizioni – è riconosciuto ed affermato al più alto rango (artt. 4 e 35 Cost.), quale diritto fondamentale, principale strumento di realizzazione della persona e contributo dell’individuo al progresso materiale e spirituale della società⁹, la salvaguardia della posizione di mercato dell’impresa che il patto di non concorrenza mira a realizzare deve andare soggetta ad un equo bilanciamento con il contrapposto diritto del prestatore a poter svolgere un’attività di lavoro non

⁴ F. BIANCHI D’URSO, (voce) *Concorrenza. III) Patto di non concorrenza*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. VII, Roma, 1988, p. 1; L. RIVA SANSEVERINO, *Sub Art. 2125 c.c.*, in *Disciplina della attività professionali, impresa in generale: artt. 2060-2134*, in A. SCIALOJA e G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1977, p. 673.

⁵ Cfr. G. TRIONI, *L’obbligo di fedeltà nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1982, p. 116.

⁶ Art. 2598 cod. civ.: «Atti di concorrenza sleale. [I] Ferme le disposizioni che concernono la tutela dei segni distintivi [2563 ss., 2569 ss.] e dei diritti di brevetto [2584 ss.], compie atti di concorrenza sleale chiunque: 1) usa nomi o segni distintivi idonei a produrre confusione con i nomi o con i segni distintivi legittimamente usati da altri, o imita servilmente i prodotti di un concorrente, o compie con qualsiasi altro mezzo atti idonei a creare confusione con i prodotti e con l’attività di un concorrente; 2) diffonde notizie e apprezzamenti sui prodotti e sull’attività di un concorrente, idonei a determinarne il discredito, o si appropria di pregi dei prodotti o dell’impresa di un concorrente; 3) si vale direttamente o indirettamente di ogni altro mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l’altrui azienda [1175]».

⁷ In costanza del rapporto di lavoro già opera, senza necessità di alcuna pattuizione aggiuntiva e quale specificazione del più generale obbligo di correttezza e buona fede nell’esecuzione del contratto, il divieto di concorrenza previsto dall’art. 2105 cod. civ., di cui l’art. 2125 rappresenterebbe, secondo la dottrina più risalente, l’estensione convenzionale per il tempo successivo alla cessazione del rapporto. La dottrina più recente pone invece l’accento sulle differenze, di *ratio*, di oggetto e di scopo tra le due disposizioni codicistiche. Sul punto deve rimandarsi ad A. BOSCATI, *Patto di non concorrenza. Art. 2125*, op. cit., p. 114 ss.

⁸ L’obbligazione astensiva assunta dal prestatore mediante il patto disciplinato dall’art. 2125 cod. civ. abbraccia normalmente tanto la prestazione di lavoro resa a favore di terzi imprenditori, concorrenti dell’imprenditore, tanto l’attività organizzata professionalmente in forma d’impresa che fosse svolta direttamente dall’*ex* dipendente.

Sull’approfondimento della definizione di ‘attività in concorrenza’ può rimandarsi a R. FRANCESCHELLI, *Concorrenza – II) Concorrenza sleale*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988, vol. VII, p. 2.

⁹ Sul ruolo assegnato dal Costituente al ‘lavoro’ quale pilastro nella costruzione del nuovo assetto sociale dello Stato repubblicano deve senz’altro rimandarsi alle pagine di C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Dir. Lav.*, 1954, I, 1954; C. SMURAGLIA, *La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1958; L. RIVA SANSEVERINO, *Il lavoro nella nuova Costituzione italiana*, in *Dir. Lav.*, 1948, I, p. 105 ss.; M.S. GIANNINI, *Sulla rilevanza costituzionale del lavoro*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1949, I, p. 1.

soltanto idonea a procurargli una retribuzione sufficiente ed adeguata (secondo i parametri dettati dall'art. 36 Cost.), ma anche confacente con il proprio bagaglio professionale¹⁰.

La protezione della posizione di mercato della singola impresa, che le viene garantita dalla stipulazione del patto, si traduce inevitabilmente in una restrizione, diretta o indiretta, della libertà di iniziativa economica altrui. Anche la libertà di impresa, di cui la concorrenza costituisce un immediato corollario, è un bene riconosciuto e tutelato dall'ordinamento costituzionale (art. 41 Cost.), seppure non a livello di diritto fondamentale¹¹. La restrizione all'altrui libertà economica, quale inevitabile 'esternalità' della stipulazione del patto, confligge altresì con il valore riconosciuto alla concorrenza tra operatori economici dal diritto dell'Unione Europea, di cui l'economia sociale di mercato e la libertà di concorrenza rappresentano un fondamentale pilastro¹².

Il difficile bilanciamento tra tutti questi diritti soggettivi, tra loro confliggenti ed a vario titolo coinvolti nella causa del patto di non concorrenza del lavoratore subordinato, è ancora oggi affidato alla disciplina contenuta nell'art. 2125 cod. civ.

Questo lavoro non si propone l'obiettivo di fornire un'esaustiva trattazione di tutte le complesse questioni ermeneutiche poste dalla disciplina del patto di non concorrenza¹³; più semplicemente, si vogliono tematizzare le maggiori criticità dell'istituto, che a molti anni dal suo riconoscimento giuridico presenta significative fratture tra le prassi aziendali e le regole di corretto funzionamento previste dalla disciplina legale.

¹⁰ E questo senza disconoscere la valorizzazione dell'aspetto 'dinamico' della professionalità del lavoratore innestata nel sistema dalla più recente modifica dell'art. 2103 cod. civ., ad opera dell'art. 3, D.Lvo. 16 giugno 2015, n. 81.

¹¹ Sul principio della libertà d'impresa può rimandarsi a F. GALGANO, *Commento all'art. 41*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione, II, Rapporti economici*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1972; A. BALDASSARRE, (voce) *Iniziativa economica privata*, in *Enc. Dir.*, vol. XXI, Giuffrè, Milano, 1971, p. 582; G. MORBIDELLI, (voce) *Iniziativa economica privata*, in *Enc. Giur. Treccani*, XVII, Roma, 1989; G. GUGLIELMETTI, *Limiti negoziali alla concorrenza*, Cedam, Padova, 1961.

¹² Le inferenze tra l'istituto oggetto del presente contributo ed il principio della libertà di concorrenza sono particolarmente tematizzate, con ampi rimandi al diritto comunitario, da A. BOSCATI, *Patto di non concorrenza. Art. 2125*, op. cit., p. 19 ss.

V. anche G. FLORIDIA, *I patti di non concorrenza davanti alla Corte Costituzionale*, in *Giur. Comm.*, 1983, I, p. 709, con specifico riferimento alle questioni poste dall'art. 2596 cod. civ.

¹³ Per una trattazione generale dell'istituto può rimandarsi in particolare a P. FABRIS, *Il patto di non concorrenza nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1976; F. BIANCHI D'URSO, (voce) *Concorrenza. III) Patto di non concorrenza*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. VII, Roma, 1988; L. RIVA SANSEVERINO, *Sub Art. 2125 c.c.*, in *Disciplina della attività professionali, impresa in generale: artt. 2060-2134*, in A. SCIALOJA e G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1977, p. 672; E. MINALE COSTA, (voce) *Patto di non concorrenza*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. comm.*, Aggiornamento, Utet, Torino, 2007, p. 638; della stessa A., *Lineamenti del patto di non concorrenza*, in *Annali Genova*, 1977, p. 402; V. IZAR, *Considerazioni sul patto di non concorrenza*, in *Dir. Prat. Lav.*, 1997, p. 733; A. BOSCATI, *Patto di non concorrenza. Art. 2125*, in F.D. BUSNELLI (a cura di), *Il Codice Civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2010.

2. I requisiti per la validità del patto di non concorrenza: forma e contenuto secondo l'art. 2125 cod. civ.

«[I] Il patto con il quale si limita lo svolgimento dell'attività del prestatore di lavoro, per il tempo successivo alla cessazione del contratto – dispone l'art. 2125 cod. civ. – 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.

[II] 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 [2557, 2596; 198 trans.]».

Con questa disposizione il codice civile del 1942 supera il divieto generalizzato alla stipulazione delle intese limitative della concorrenza dell'ex prestatore di lavoro previsto dalla legge sull'impiego privato¹⁴. Vengono così accolte le istanze di una parte importante della dottrina dell'epoca, che giudicava ormai anacronistico il divieto assoluto contemplato dalla previgente disciplina del 1924¹⁵.

Dal 1942 ad oggi la disciplina legale dell'istituto non è mai stata modificata; nemmeno durante la stagione di maggiore fioritura della normativa di protezione del lavoratore, a cavallo degli anni Sessanta e Settanta del Novecento, il patto di non concorrenza del lavoratore subordinato è stato oggetto di interventi legislativi. Ed anzi la questione della sua pretesa (in)compatibilità con l'affermazione solenne del diritto al lavoro contenuta nell'art. 4 Cost., quando sollevata, è stata sempre giudicata manifestamente infondata dalla magistratura, e quindi nemmeno sottoposta al vaglio della Corte Costituzionale¹⁶.

Il dato non deve sorprendere.

¹⁴ Tanto disponeva, riproponendo il contenuto dell'art. 10, D. Lgt. 9 febbraio 1919, n. 112, l'art. 8, R.D.L. 13 novembre 1924, n. 1825: «[1]. L'impiegato non può trattare, per conto proprio o di terzi, affari in concorrenza con il suo principale, sotto comminatoria di licenziamento immediato e dei danni. [2]. È obbligo dell'impiegato non abusare, a forma di concorrenza sleale, né durante, né dopo risolto il contratto d'impiego, delle notizie attinte alla azienda del proprio principale. [3]. Il principale, a sua volta, non potrà con speciali convenzioni restringere l'ulteriore attività professionale del suo impiegato, dopo cessato il rapporto contrattuale, al di là dei limiti segnati dal precedente comma».

Il divieto alla stipulazione delle intese limitative all'attività in concorrenza era motivato dal timore per le conseguenze di ordine sociale dell'eccessiva compromissione delle esigenze vitali, che, in mancanza, si sarebbe potuta arrecare agli impiegati. V. la relazione dell'On. Vittorio Emanuele Orlando riportata da L. BONARETTI, *Il patto di non concorrenza nel rapporto di lavoro*, in *Lav. e previdenza oggi*, 1988, pp. 713-714. Cfr. anche G. MAZZONI, *In tema di concorrenza dell'impiegato in azienda*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1933, p. 91.

¹⁵ È in particolare la posizione sostenuta da L. RAVÀ, *Le clausole di concorrenza*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1903, I, p. 171, anche sulla scorta dell'esperienza del codice di commercio tedesco del 1897, che ammetteva queste clausole, pur subordinandole a limiti di oggetto e dietro previsione di un compenso. *Contra* A. SRAFFA, *Sulle clausole di concorrenza*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1904, I, p. 356.

¹⁶ Cfr. A. BOSCATI, *Patto di non concorrenza. Art. 2125*, op. cit., p. 72 ss., v. in particolare le pronunce richiamate in nt. 140 p. 72.

Anzitutto l'art. 2125 cod. civ. subordina la validità del patto di non concorrenza a stringenti requisiti di forma e di contenuto. La disposizione già costituisce, dunque, una norma protettiva verso il lavoratore subordinato, nella misura in cui venga letta, come suggerito da autorevole dottrina¹⁷, quale 'norma divieto': è vietato, in quanto nullo per espressa dizione di legge, il patto di non concorrenza che non sia stipulato per iscritto, che non preveda un corrispettivo per l'astensione dall'attività concorrenziale, e che non rispetti determinati limiti di oggetto, di durata e di ambito geografico. E la considerazione del preminente interesse del prestatore di lavoro alla possibilità di svolgere un'attività di lavoro coerente con il proprio bagaglio professionale, diretto corollario del dettato costituzionale, dovrà indirizzare l'interprete verso una valutazione necessariamente rigorosa della legittimità dell'accordo concluso dalle parti, in rapporto alla norma di legge.

L'art. 2125 cod. civ. mutua altresì il carattere imperativo, ovvero inderogabile in senso peggiorativo per il lavoratore, che è proprio della disciplina protettiva codicistica e statutaria¹⁸. Qualora la valutazione in concreto della conformità del singolo patto di non concorrenza rispetto al modello legale dia esito negativo, potranno dunque trovare applicazione tutti gli istituti contemplati dall'ordinamento per il caso del contrasto tra l'assetto d'interessi preveduto dal contratto e la norma imperativa: alla nullità completa del patto – espressamente prevista dalla norma – potranno affiancarsi gli altri meccanismi rimediali della nullità parziale e della sostituzione automatica della clausola negoziale invalida con la disciplina legale¹⁹. Con la precisazione che anche l'eventuale ricorso al meccanismo rimediale conservativo del contratto non potrà mai condurre ad un'elusione della funzione protettiva della norma inderogabile²⁰.

Volendo ora procedere ad una lettura d'insieme dei contenuti della disposizione, prima di analizzare partitamente le questioni di maggiore interesse per il nostro lavoro, quale primo

¹⁷ P. FABRIS, *Il patto di non concorrenza*, op. cit., p. 59.

¹⁸ Sul principio di inderogabilità nel diritto del lavoro v. R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1976; M. NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro. Norme imperative e autonomia individuale*, Giuffrè, Milano, 2009.

¹⁹ Nel diritto del lavoro è in particolare il combinato disposto degli artt. 1339 e 1419, co. 2, cod. civ., ad assicurare la l'attuazione dell'assetto di interessi predeterminato in via eteronoma dalla disciplina inderogabile. Proprio la disposizione in commento fornisce un esempio del funzionamento di tale meccanismo: nel caso del patto di durata superiore al termine legale di tre o cinque anni, la clausola di durata è sostituita automaticamente da quella prevista dalla legge, e il datore non potrebbe invocare l'essenzialità della clausola invalida per sciogliersi dalle obbligazioni previste a suo carico dal patto.

Sul fenomeno dell'integrazione e della nullità parziale del contratto v. M. CASELLA, *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, Giuffrè, Milano, 1974; S. SARACINI, *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, Giuffrè, Milano, 1971; G. CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1959; F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Cedam, Padova, 2008.

²⁰ È da escludersi in particolare qualsiasi integrazione giudiziale degli elementi mancanti nel patto. Vedi *infra*.

requisito di validità del patto l'art. 2125 cod. civ. prescrive la forma scritta, 'ad substantiam'. Tale previsione costituisce in effetti un aspetto piuttosto singolare nell'ambito della normativa lavoristica, dove il requisito formale viene quasi sempre utilizzato in funzione di prova di un particolare elemento del contratto. Secondo la condivisibile lettura proposta dalla dottrina²¹, lo scopo di tale previsione, che esprime un certo disfavore del legislatore verso l'istituto, è di consentire al prestatore di lavoro di acquisire, *sin dal momento della stipulazione del patto*, piena consapevolezza dei vincoli alla propria attività – lavorativa, ed eventualmente anche imprenditoriale – per il tempo successivo alla cessazione del rapporto. Come vedremo a breve, tale precisazione comporta alcune importanti conseguenze nella verifica del rispetto dei successivi criteri previsti dalla disposizione per la validità del patto di non concorrenza.

Sul piano sostanziale, i requisiti per la validità dell'accordo attengono all'esistenza di un corrispettivo a favore del dipendente, chiaramente distinto, sul piano causale, dalla retribuzione erogata per la prestazione di lavoro, ed alla determinazione di limiti di oggetto, di durata e di luogo per la restrizione all'attività in concorrenza. La norma – peraltro opportunamente, non essendo affatto possibile individuare in astratto criteri universalmente validi – rimanda all'autonomia individuale la determinazione puntuale dei limiti di oggetto, di durata e di luogo, oltre che del corrispettivo. Soltanto il termine di durata viene specificato, nella misura massima di cinque o di tre anni, a seconda della qualifica, dirigenziale o no, del prestatore contraente²².

Se è corretto quanto sopra osservato circa la funzione propria del requisito formale, deve senz'altro concludersi che la mancata determinazione – già nel testo contrattuale – dell'ambito oggettivo, geografico e temporale del vincolo comporta la radicale nullità del patto, non essendo possibile integrare *ex post*, men che meno per iniziativa giudiziale, il contenuto del contratto²³. Dall'accertamento in giudizio della nullità del patto di non concorrenza discenderà l'immediato scioglimento del lavoratore da ogni obbligazione assunta, oltre alla liceità dell'attività di lavoro o d'impresa, di natura concorrenziale, che fosse già stata espletata in costanza del patto dichiarato

²¹ P. FABRIS, *Il patto di non concorrenza*, op. cit., p. 129 ss.; F. BIANCHI D'URSO, (voce) *Concorrenza. III) Patto di non concorrenza*, op. cit., p. 2; A. BOSCATI, *Patto di non concorrenza. Art. 2125*, op. cit., p. 178 ss.

Proprio in ragione della *ratio* protettiva dell'art. 2125 cod. civ. deve escludersi la possibilità di rimediare in sede giudiziale alla mancata o carente specificazione dei requisiti sostanziali del patto. *Contra*, un risalente indirizzo giurisprudenziale, cfr. Cass. 22 luglio 1978, n. 3687, in *Mass. Giur. Lav.*, 1979, p. 651, con riferimento all'elemento temporale.

²² La maggior durata massima prevista per i dirigenti è spiegabile in ragione della maggiore conoscenza degli aspetti tecnici ed organizzativi dell'azienda, quali diretti collaboratori dell'imprenditore.

²³ Vedi *supra*, nt. 21.

invalido; con il solo obbligo per il lavoratore di restituire, qualora richiesto, il compenso che fosse già stato anche parzialmente erogato, in quanto ormai privo di causa²⁴.

La qualificazione del patto di non concorrenza come contratto a prestazioni corrispettive comporta ancora, in caso di sua violazione, l'applicabilità degli specifici rimedi previsti dal codice civile per la sopravvenuta alterazione del vincolo sinallagmatico²⁵. Qualora venga accertato in giudizio l'inadempimento del lavoratore, la risoluzione del contratto, cui potrà seguire il diritto alla restituzione del corrispettivo già erogato, e fatto salvo il risarcimento degli ulteriori danni, può tuttavia rappresentare un rimedio non del tutto soddisfacente per l'impresa, che si troverebbe infatti ugualmente esposta alla concorrenza differenziale dell'*ex* dipendente, vedendo così vanificato lo scopo pratico del patto sottoscritto e poi violato. Maggiormente rispondente alle finalità proprie dell'istituto si rivela invece la richiesta giudiziale di adempimento del contratto, azionabile anche in sede cautelare *ex art.* 700 c.p.c., con conseguente inibitoria alla prosecuzione dell'attività concorrenziale vietata, generalmente ammessa dalla giurisprudenza²⁶. Per ovviare alle oggettive difficoltà di prova in giudizio dei danni derivanti dalla violazione del patto, potrà essere inserita nel contratto un'apposita clausola penale, peraltro riducibile, su domanda del lavoratore, in caso di eccessiva onerosità²⁷.

Così sommariamente tratteggiati i contenuti generali della disciplina codicistica del patto di non concorrenza, possono ora passarsi in rassegna gli aspetti dell'istituto maggiormente controversi nella casistica giurisprudenziale, ovvero l'ambito di applicazione (oggettivo e territoriale) del patto, la determinazione del corrispettivo e l'ammissibilità di clausole (opzione e recesso) che consentano all'impresa di valutare in un secondo momento – tipicamente, alla cessazione del rapporto di lavoro – la convenienza a dar seguito o no all'esecuzione dell'accordo.

3. Alcuni profili critici della disciplina del patto di non concorrenza in rapporto alla prassi: a) l'oggetto dell'obbligazione di astensione dall'attività concorrenziale del prestatore e l'ambito territoriale di applicazione del patto;

²⁴ L'azione di restituzione è esperibile entro il termine decennale dalla sentenza passata in giudicato che ne accerti l'illegittimità, cfr. Pret. Lecco, 10 giugno 1992, in *Giust. civ.*, 1993, I, 1937.

²⁵ Sui rimedi giudiziali e stragiudiziali alla violazione del patto di non concorrenza può farsi rinvio all'ampia trattazione proposta da A. BOSCATI, *Patto di non concorrenza. Art. 2125*, op. cit., p. 249 ss.

²⁶ Cfr. Trib. Bologna, 29 gennaio 2002, in *Lav. Giur.*, 2003, p. 1153; Trib. Lodi, 20 luglio 2009, in *Riv. critica dir. lav.*, 2009, p. 706; Trib. Milano, 11 giugno 2001, in *Riv. critica dir. lav.*, 2001, p. 967; Trib. Ancona, 13 giugno 2017, in *De Jure on line*.

²⁷ Cfr. Cass. 4 aprile 2006, n. 7835, in *Not. Giur. Lav.*, 2006, p. 723; Cass. 18 marzo 2003, n. 3998, in *Foro Padano*, 2004, p. 35; Cass. 5 novembre 2002, n. 15497, in *Giust. Civ. Mass.*, 2002, 1909.

Come abbiamo visto, l'art. 2125 cod. civ. non definisce concretamente i contenuti sostanziali del patto (eccezion fatta per il termine massimo di durata), rimandando all'autonomia individuale la loro determinazione. Anche la giurisprudenza, conseguentemente, presenta un approccio piuttosto casistico verso l'istituto, dovendo valutarsi caso per caso, qualora contestata, la conformità del singolo accordo alla disciplina legale.

Ciononostante, con il conforto della stessa giurisprudenza ed anche alla luce delle premesse di ordine sistematico che abbiamo enucleato in precedenza, è possibile individuare alcuni 'principi guida' in ordine alla conformità del patto al modello legale: *a) l'interesse datoriale alla protezione della propria capacità concorrenziale*, elemento costitutivo della causa del patto di non concorrenza e che ne determinerà, di fatto, l'oggetto e l'ambito territoriale; *b) la garanzia per il lavoratore di una residua spendibilità delle competenze professionali acquisite*, elemento che fungerà da limite interno al contratto; *c) la conoscibilità ex ante da parte del prestatore dei vincoli assunti e della contropartita economica*, in funzione della effettiva programmabilità della futura carriera lavorativa e dei conseguenti riflessi sulla propria condizione reddituale e professionale; *d) la valutazione necessariamente congiunta dei contenuti del patto*, dove l'ampiezza e la durata dei vincoli ed il corrispettivo erogato saranno oggetto di un giudizio di bilanciamento, peraltro non scevro di qualche ineliminabile soggettività.

Quanto all'oggetto dell'obbligazione astensiva, il patto di non concorrenza può essere legittimamente sottoscritto anche da dipendenti che non rivestono qualifiche particolarmente elevate, e financo da lavoratori adibiti a mansioni di carattere esecutivo (come l'addetto alla vendita di un negozio di abbigliamento), purchè si tratti però di soggetti potenzialmente in grado di minare la concorrenzialità dell'impresa, in ragione della diretta conoscenza dei processi produttivi o delle preferenze della clientela (come nell'esempio del venditore)²⁸. L'obbligo di astensione dall'attività in concorrenza può legittimamente eccedere le specifiche mansioni svolte in costanza del rapporto di lavoro²⁹, mentre non dovrebbe ritenersi lecita, in quanto priva di

²⁸ Cfr. Cass. 19 aprile 2002, n. 5691, in *Law. Giur.*, 2003, p. 29, che ha confermato l'ammissibilità di un patto di non concorrenza stipulato da un commesso alle vendite.

²⁹ Su questo orientamento pare stabilmente attestata la giurisprudenza, sia di legittimità che di merito: Cass. 26 novembre 1994, n. 10062, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1995, II, p. 582, nt. M. BARTESAGHI; Cass. 3 dicembre 2001, n. 15253, in *Not. Giur. Lav.*, 2002, p. 245; Cass. 10 settembre 2003, n. 13282, in *Mass. Giur. Lav.*, 2004, p. 94; App. Milano, 17 marzo 2006, in *Law. giur.*, 2006, p. 1138; Trib. Ravenna, 24 marzo 2005, in *Law. Giur.*, 2006, p. 169, nt. B. DE MOZZI; App. Perugia, 15 ottobre 2018, in *De Iure on line*. L'estensione del patto oltre i confini delle mansioni esercitate dal dipendente in costanza di rapporto, oltre ad essere giustificabile in ragione della possibilità che il lavoratore si sia impadronito anche di conoscenze diverse da quelle strettamente richieste per la sua prestazione, meglio risponde alle esigenze di protezione del patrimonio immateriale dell'azienda, che non vanno confuse con la *ratio* protettiva dell'art. 2125 cod. civ.: cfr. A. BOSCATI, *Patto di non concorrenza. Art. 2125*, op. cit., p. 222 ss.

Contra, per un opposto indirizzo v. in dottrina P. FABRIS, *Il patto di non concorrenza*, op. cit., p. 92 ss.

interesse, un'obbligazione di non concorrenza estesa ad un settore estraneo all'attività imprenditoriale già in essere³⁰.

Nella valutazione in concreto del rispetto del requisito oggettivo – scontata la sua specifica determinazione nel testo del patto – il criterio guida sarà costituito dalla natura concorrenziale (o no) dell'attività vietata, in rapporto a quella esercitata dall'impresa. Esattamente come avviene nel caso in cui si contesti all'*ex* dipendente l'inadempimento del patto, ovvero lo svolgimento di attività concorrenziale vietata.

Maggiori difficoltà si presentano – almeno in apparenza – nella valutazione in concreto del rispetto del criterio territoriale. Facendo leva sul preminente interesse del lavoratore a poter svolgere anche in costanza del patto una qualche attività coerente col proprio bagaglio professionale – detto altrimenti, l'*ex* dipendente non dev'essere costretto *a cambiar mestiere* – in passato autorevole dottrina³¹ aveva sostenuto, per il caso di particolare estensione geografica dell'ambito operativo dell'impresa, che il datore dovesse in qualche modo 'scegliere' quali zone proteggere dall'eventuale concorrenza differenziale del prestatore, lasciandolo libero di operare nelle altre.

Chi scrive ritiene invece che alla valutazione di un congruo spazio residuo di operatività per il lavoratore dovrà procedersi tenendo conto soprattutto – *se non esclusivamente* – della professionalità acquisita dall'interessato; mentre il requisito territoriale, che pure dovrà essere oggetto di specifica determinazione nel patto, fungerà prevalentemente da limite esterno di validità del contratto³². Non potranno invece ammettersi, in quanto prive di interesse, pattuizioni estese ad ambiti territoriali attualmente non coperti dall'attività dell'impresa. Proprio ragionando a partire dalla *ratio* protettiva del prestatore dell'art. 2125 cod. civ., maggiore sarà la spendibilità in settori merceologici simili delle competenze professionali già acquisite dal lavoratore, minori problemi di compatibilità con il modello legale deriveranno dalla particolare estensione territoriale del patto. Guardando all'esempio di un'impresa operativa nell'intero territorio europeo (o perché no, anche mondiale), non si vede perché mai l'imprenditore che voglia

³⁰ Un generico rimando a 'tutte le attività e i settori di interesse presente e futuro dell'azienda', non soddisferebbe nemmeno il requisito della determinazione dell'oggetto del patto.

³¹ P. FABRIS, *Il patto di non concorrenza*, op. cit., p. 105. Per una diversa e condivisibile impostazione v. C. ZOLI, *Clausole di fidelizzazione e rapporto di lavoro*, op. cit., p. 466.

³² Essendo viceversa priva di interesse concreto per il datore la previsione di vincoli estesi a zone geografiche non interessate dall'attività dell'impresa: L. RIVA SANSEVERINO, *Sub art. 2125 cod. civ.*, op. cit., p. 675.

Più problematica è invece l'estensione del patto a zone di interesse soltanto potenziale: dubitativamente A. BOSCATI, *Patto di non concorrenza. Art. 2125*, op. cit., p. 241. È certo, in ogni caso, che anche le zone di interesse soltanto 'potenziale' dovrebbero essere espressamente specificate nel testo del patto, mancando altrimenti la effettiva 'determinazione' del limite territoriale.

proteggersi dalla concorrenza differenziale dell'ex prestatore di lavoro anche per l'intero territorio di proprio interesse non possa farlo, dovendo per forza escludere dall'ambito territoriale di applicazione del patto alcune zone; purchè, naturalmente, l'obbligo di astensione dalla concorrenza sia adeguatamente compensato, ed al prestatore sia comunque consentito utilizzare la propria capacità professionale per conseguire un reddito soddisfacente, impiegandosi in un settore merceologico differente.

Nella casistica giurisprudenziale si annoverano contratti il cui ambito geografico coincide con l'intero territorio italiano o addirittura continentale³³, in funzione dell'effettiva operatività sovranazionale dell'impresa. Volendo individuare una linea di tendenza, la giurisprudenza più recente si dimostra maggiormente incline ad assecondare l'interesse datoriale ad una maggiore estensione territoriale dei vincoli all'attività in concorrenza, in ragione del cambiamento del tessuto economico e del potenziale sviluppo dei mercati reso possibile dalle nuove tecniche di comunicazione. Dirimente, nelle decisioni giudiziali, non risulta tanto l'estensione territoriale in sé del patto, quanto piuttosto l'effetto – sulla residua spendibilità delle competenze professionali da parte del lavoratore – della sua combinazione con la limitazione, più o meno penetrante, all'attività concorrenziale³⁴.

4. (segue) b) il corrispettivo a favore del prestatore di lavoro: misura e modalità di erogazione;

Misura e modalità di erogazione del corrispettivo previsto dal patto di non concorrenza costituiscono probabilmente il profilo dove la prassi sconta le maggiori criticità.

Molto diffusa – se non statisticamente prevalente – è infatti la pratica di erogare il corrispettivo già in costanza del rapporto di lavoro, quale percentuale fissa – o a volte crescente,

³³ Considerano legittima l'estensione all'intero territorio nazionale, in funzione della specificità dell'attività vietata, ad esempio Trib. Milano 16 dicembre 1994, in *Orient. Giur. Lav.*, 1994, p. 856; Trib. Roma, 24 ottobre 2001, in *Mass. Giur. Lav.*, 2002, 145; Cass. 4 aprile 2006, n. 7835 cit.

È valida l'estensione del patto oltreconfine ed anche all'intera Europa, pure in funzione della minore durata, secondo Trib. Milano, 31 luglio 2003, in *Lav. Giur.*, 2004, n. 403; Trib. Torino, 16 gennaio 2006, in *Giur. Piem.*, 2006, p. 265; Cass. 10 settembre 2003, n. 13282, cit.

³⁴ La nullità del patto di non concorrenza viene pertanto ritenuta, dal complesso dei requisiti di oggetto, tempo e luogo, anche in rapporto al corrispettivo, qualora l'ampiezza del vincolo sia tale da comprimere l'esplicazione della concreta professionalità del lavoratore in limiti che non salvaguardino un margine di attività coerente con la professionalità acquisita, e sufficiente per il soddisfacimento delle esigenze di vita del lavoratore: cfr. Cass. 24 agosto 1990, n. 8641, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1991, p. 122, nt. C. CORSINOVI; Cass. 26 novembre 1994, n. 10062, cit.; Cass., 14 maggio 1998, n. 4891, in *Giust. Civ. Mass.*, 1998, 1041; Cass. 4 aprile 2006, n. 7835, cit.; Trib. Milano 12 luglio 2007, *Riv. critica dir. lav.*, 2007, 4, p. 1125, nt. R. SCORCELLI; Trib. Milano, 8 giugno 2002, in *Riv. critica Dir. Lav.*, 2002, p. 958; Trib. Ravenna, 24 marzo 2005, cit.; Trib. Milano, 6 maggio 2015, in *De Iure on line*.

in funzione dello sviluppo professionale – della retribuzione. Diversamente, il corrispettivo in denaro³⁵ può essere erogato con cadenza periodica per il tempo di effettiva operatività del patto, oppure come somma *una tantum* al momento della cessazione del rapporto di lavoro.

Anche a prescindere dalle doverose cautele in sede di redazione del prospetto paga³⁶, dal più sfavorevole trattamento fiscale (e forse contributivo), e dalle evidenti difficoltà operative che possono porsi all'azienda in tutti i casi in cui debba procedersi al recupero di quanto già *medio tempore* erogato in costanza del rapporto – per intervenuta risoluzione o dichiarazione di nullità del patto –, tutti aspetti che già militano per l'inopportunità dell'erogazione del compenso del patto di non concorrenza in costanza del rapporto di lavoro, ad opinione di chi scrive – condivisa peraltro da un orientamento sempre più diffuso nella giurisprudenza di merito più recente³⁷ – tale prassi non può considerarsi generalmente legittima, per almeno due ordini di ragioni.

In primo luogo, fatto salvo il caso in cui venga comunque prevista una misura minima, tramite versamento di un eventuale conguaglio al momento della cessazione del rapporto di

³⁵ Ma nulla vieta che le parti pattuiscono quale corrispettivo la remissione di un debito del lavoratore, o il suo diritto ad abitare per un certo tempo la casa già data in uso durante lo svolgimento del rapporto. Dovrà comunque trattarsi di corrispettivi valutabili economicamente.

³⁶ Il corrispettivo del patto di non concorrenza da erogarsi nel corso del rapporto di lavoro costituisce un elemento distinto dalla retribuzione e non un elemento interno a essa e, pertanto, lo stesso deve espressamente risultare dai prospetti retributivi, che costituiscono gli unici documenti idonei ad attribuire agli emolumenti corrisposti al lavoratore la loro corretta imputazione; in mancanza di tale indicazione non è consentito al datore di lavoro, *ex art. 2722 cod. civ.*, provare per testi l'avvenuta corresponsione di tale corrispettivo (giacché tale prova verterebbe su circostanze contrarie al contenuto dei prospetti retributivi) dal che deriva poi la nullità del patto di non concorrenza per omessa prova del pagamento del corrispettivo: in questi termini Trib. Milano, 12 novembre 2008, in *Riv. critica Dir. Lav.*, 2009, 1, p. 184, nt. R. SCORCELLI.

³⁷ La previsione di un compenso commisurato ad una percentuale della retribuzione mensile e da erogarsi con la medesima periodicità di questa, 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 cod. civ.: in questo senso, condivisibilmente, sembra orientarsi la maggioritaria giurisprudenza milanese: App. Milano, 28 dicembre 2017, in *Guida al lavoro*, 2018, 20, p. 53; Trib. Milano, 4 marzo 2009, cit.; Trib. Milano, 6 maggio 2015, cit.; Trib. Milano, 11 settembre 2004, in *Riv. critica dir. lav.*, 2004, p. 941; Trib. Milano, 18 giugno 2001, in *Riv. critica Dir. Lav.*, 2001, p. 968; Trib. Milano, 13 agosto 2007, in *Riv. critica Dir. Lav.*, 2007, 4, p. 1124; Trib. Milano, 28 settembre 2010, in *Riv. critica Dir. Lav.*, 2010, 4, p. 1080; conf. Trib. Perugia, 10 ottobre 2018, cit.; Trib. Ascoli Piceno, 22 ottobre 2010, in *Dir. e lav. Marche*, 2011, 1-2, p. 195, che enfatizza in chiave critica l'aleatorietà che deriva dalla erogazione del corrispettivo in costanza del rapporto.

Contra, per la validità del patto che preveda la corresponsione del corrispettivo in corso del rapporto, Cass. 4 aprile 1991, n. 3507, in *Mass. Giur. Lav.*, 1991, p. 273; Trib. Ancona, 13 giugno 2017, cit.; Trib. Milano, 21 luglio 2005, in *Orient. giur. lav.*, 2005, 3, I, p. 567; Trib. Milano, 20 marzo 2011, in *Riv. critica dir. lav.*, 2011, 3, p. 625, ma a fronte della previsione di un compenso non inferiore nel minimo al 40% della retribuzione annuale; Trib. Milano, 27 gennaio 2007, in *Riv. critica dir. lav.*, 2007, 3, p. 822, che legittima tale prassi in ragione delle maggiori difficoltà che incontra nella ricollocazione professionale chi per lungo tempo sia stato impiegato nella stessa azienda.

In dottrina, a favore della legittimità della erogazione del corrispettivo in costanza del rapporto di lavoro: R. MELCHIONNA, *L'onerosità e i limiti di oggetto, di tempo e di luogo del patto di non concorrenza*, in *Dir. Lav.*, 1966, II, p. 374; F. BIANCHI D'URSO, (voce) *Concorrenza*. III) *Patto di non concorrenza*, op. cit., p. 3; E. MINALE COSTA, *Lineamenti del patto di non concorrenza*, op. cit., p. 401. *Contra*, seppur con argomentazioni diverse, G.M. BRUNETTI, *Disciplina della concorrenza durante e dopo il rapporto di lavoro*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1964, p. 418; S. MAGRINI, *Sul corrispettivo del patto di non concorrenza fra lavoratore e datore di lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1966, I, p. 346; G. PERA, *Diritto del Lavoro*, V° ed., Cedam, Padova, 1996, p. 455; P. FABRIS, *Il patto di non concorrenza*, op. cit., p. 118. Cfr., a proposito delle problematiche derivanti dall'erogazione del compenso a percentuale in corso del rapporto di lavoro, A. BOSCATI, *Patto di non concorrenza. Art. 2125*, op. cit., p. 195 ss.; V. IZAR, *Considerazioni sul patto di non concorrenza*, op. cit., p. 735 ss.

lavoro, l'erogazione del corrispettivo in costanza del rapporto pone un evidente problema di determinabilità *ex ante* della contropartita economica alle future – e certe – limitazioni all'attività di lavoro del prestatore. Se, come abbiamo osservato in premessa, la funzione propria del requisito formale è di rendere il lavoratore pienamente consapevole della effettiva portata delle obbligazioni astensive derivanti dal patto³⁸, davvero non si comprende come a tale apprezzamento si possa giungere senza un preciso riscontro della contropartita economica dell'accettazione dell'accordo.

In secondo luogo, e questo è probabilmente l'aspetto decisivo che depone per l'illegittimità di tale prassi, l'erogazione del compenso in costanza del rapporto quale percentuale della retribuzione – sempre fatto salvo il caso in cui sia comunque prevista una misura minima – introduce un elemento di aleatorietà del tutto estraneo al modello legale, e snatura il patto di non concorrenza tramutandolo impropriamente in uno strumento di 'fidelizzazione' del dipendente. Nella parte finale di questo lavoro torneremo su questo aspetto, perchè meritevole di ulteriori approfondimenti, ma sin da ora può osservarsi che la 'fidelizzazione' del dipendente non risponde affatto alla causa tipica del patto di non concorrenza, consistente invece nello scambio corrispettivo tra una futura astensione dell'attività concorrenziale del dipendente ed una contropartita economica.

Concretamente, non è possibile indicare una misura adeguata, nemmeno indicativa, del corrispettivo del patto. La giurisprudenza esclude recisamente la liceità di compensi irrisori o simbolici³⁹, mentre in linea generale può dirsi che il parametro di riferimento per la valutazione dell'adeguatezza del corrispettivo può essere rappresentato da una percentuale della retribuzione erogata per la prestazione di lavoro (seppure non possa farsi applicazione, per determinare il congruo compenso, dei principi di sufficienza e adeguatezza dettati all'art. 36 Cost. in relazione alla retribuzione), più o meno consistente in funzione del sacrificio alla futura ricollocazione professionale arrecato dal patto⁴⁰.

³⁸ P. FABRIS, *Il patto di non concorrenza*, op. cit., p. 129 ss.; F. BIANCHI D'URSO, (voce) *Concorrenza. III) Patto di non concorrenza*, op. cit., p. 2; A. BOSCATI, *Patto di non concorrenza. Art. 2125*, op. cit., p. 178 ss.

³⁹ Con riguardo alla congruità del corrispettivo dovuto per il patto di non concorrenza – salva sempre la possibilità per il prestatore di lavoro di invocare, ove concretamente applicabili, gli istituti della rescissione per lesione e della risoluzione del patto per eccessiva onerosità sopravvenuta di cui agli art. 1448 e 1467 cod. civ. – l'espressa previsione di nullità, contenuta nell'art. 2125 cod. civ., va riferita alla pattuizione non solo di compensi simbolici, ma anche di compensi manifestamente iniqui o sproporzionati in rapporto al sacrificio richiesto al lavoratore e alla riduzione delle sue possibilità di guadagno, e indipendentemente dall'utilità che il comportamento richiestogli rappresenta per il datore di lavoro, come dal suo ipotetico valore di mercato: Cass. 26 novembre 1994, n. 10062, cit.: conf., Cass., 14 maggio 1998, n. 4891, cit.

⁴⁰ A titolo solamente esemplificativo, Trib. Milano, 21 luglio 2005, cit., ha ritenuto congruo un compenso pari al 10% della retribuzione – erogato tra l'altro in costanza del rapporto di lavoro – a fronte di un vincolo di non concorrenza della durata

Sotto il profilo fiscale, il compenso del patto di non concorrenza è qualificato come reddito da lavoro dipendente⁴¹, e potrà avvalersi della più favorevole tassazione separata soltanto qualora erogato alla cessazione del rapporto di lavoro⁴².

Sul piano contributivo, il corrispettivo è assimilato alla retribuzione, e dunque soggetto ad imposizione, fatto salvo il caso, almeno secondo un indirizzo più risalente della Cassazione⁴³, poi non confermato da altra pronuncia più recente⁴⁴, di erogazione a rapporto di lavoro cessato. L'argomento decisivo per l'affermazione della imponibilità contributiva del corrispettivo viene individuato nella non ricorrenza di alcuna delle ipotesi tassative di esclusione dalla contribuzione previdenziale previste dall'art. 12 della Legge n. 153 del 1969⁴⁵. Si fa però osservare che, più recentemente, la sezione tributaria della stessa Cassazione ha ricondotto il corrispettivo del patto di non concorrenza, seppur a fini fiscali, tra le «*indennità corrisposte in dipendenza della cessazione del*

di tre anni ed esteso a tre Regioni; dello stesso tenore Trib. Torino, 27 luglio 2001, in *Giur. Piem.*, 2001, p. 478; Trib. Milano, 25 giugno 2003, in *Riv. critica Dir. Lav.*, 2003, p. 711, ha ritenuto congruo un corrispettivo annuale pari a € 5.200,00, a fronte di una pregressa retribuzione annua di € 40.000,00, per un patto di non concorrenza della durata di un anno, che inibiva al lavoratore, intermediatore finanziario, di svolgere attività in concorrenza con quelle della datrice di lavoro limitatamente al territorio di una Regione e di non trattare clientela acquisita o gestita dal lavoratore nel corso del rapporto di lavoro con l'ex datrice di lavoro anche al di fuori di tale limite territoriale; e ancora Trib. Milano, 22 ottobre 2003, in *Riv. critica Dir. Lav.*, 2004, p. 122, ha giudicato valido un patto di non concorrenza della durata di due anni, esteso all'intero territorio dei paesi della Comunità europea, a fronte del pagamento di un corrispettivo pari al 15% dell'importo totale delle retribuzioni corrisposte al lavoratore negli ultimi due anni precedenti la risoluzione del rapporto di lavoro; *contra* Trib. Milano, 11 settembre 2004, cit., ha invece ritenuto inadeguato il compenso annuo pattuito, pari al 13% circa della retribuzione annua del lavoratore, a fronte dell'obbligo ad astenersi dallo svolgere, sia come lavoratore subordinato che come agente o consulente, qualsiasi attività lavorativa in concorrenza con quella della datrice di lavoro nel territorio del Centro e Nord Italia, tenuto conto anche del fatto che nel predetto territorio avevano sede la maggior parte delle imprese del settore ove aveva sempre operato il lavoratore; Trib. Teramo, 30 marzo 2011, in *De Jure on line*, ha dichiarato la nullità di un patto di non concorrenza esteso al territorio nazionale per il compenso del tutto irrisorio di € 100,00 *una tantum*.

⁴¹ Ai sensi dell'art. 51, d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, recante il Testo Unico delle Imposte sui Redditi, «il reddito di lavoro dipendente è costituito da tutte le somme e i valori in genere, a qualunque titolo percepiti nel periodo d'imposta, anche sotto forma di erogazioni liberali, in relazione al rapporto di lavoro». Nel concetto di retribuzione fiscalmente imponibile vengono fatti rientrare tutti i valori e le somme erogate al lavoratore, anche indipendentemente dal nesso sinallagmatico con la prestazione di lavoro. Cfr. la Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate, 10 giugno 2008, n. 234/E.

⁴² Il corrispettivo previsto dal patto di non concorrenza è espressamente richiamato dall'art. 17, d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 971, che prevede il più favorevole regime della tassazione separata per tutte quelle somme erogate *una tantum* in dipendenza della cessazione del rapporto di lavoro: «...altre indennità e somme percepite una volta tanto in dipendenza della cessazione dei predetti rapporti, comprese l'indennità di preavviso, le somme risultanti dalla capitalizzazione di pensioni e quelle attribuite a fronte dell'obbligo di non concorrenza ai sensi dell'art. 2125 del codice civile...».

La previsione restrittiva della norma fiscale si spiega con la finalità antielusiva di evitare che una parte anche consistente della retribuzione ordinaria possa venire qualificata, al solo fine di ottenere l'applicazione di un'aliquota inferiore secondo il meccanismo previsto dall'art. 21 T.U.I.R., quale compenso di un ipotetico patto di non concorrenza, meramente simulato.

⁴³ Cass. 4 aprile 1991, n. 3507, in *Not. giur. lav.*, 1991, p. 499, che richiama Cass. 20 luglio 1983, n. 5014, in *Mass. Giur. Lav.*, 1983, 381.

⁴⁴ Cass. 15 luglio 2009, n. 16489, in *Riv. critica dir. lav.*, 2009, 4, p. 991, che ritiene imponibile sul piano contributivo, e quindi valido ai fini della formazione del montante pensionistico, anche il compenso del patto di non concorrenza erogato alla cessazione del rapporto.

⁴⁵ Secondo Cass. 15 luglio 2009, n. 16489, cit., il compenso del patto di non concorrenza non potrebbe essere qualificato, al fine di farlo rientrare nelle ipotesi tassative di esclusione dalla base imponibile della contribuzione previdenziale, né come indennità risarcitoria (della presumibile perdita di futuri redditi da lavoro), né come somma che trae origine dalla cessazione del rapporto di lavoro, mancando – secondo la citata pronuncia – un nesso di derivazione giuridica tra la cessazione del rapporto e l'erogazione del corrispettivo.

rapporto di lavoro»⁴⁶: qualora tale qualificazione fosse dunque riportata anche a fini contributivi – e non si intravedono ragioni ostative, posto che, con la riforma del 1997, nella determinazione della base imponibile a fini contributivi il legislatore ha operato un rinvio alla disciplina fiscale⁴⁷ – l'assoggettabilità a contribuzione previdenziale del corrispettivo percepito in conseguenza del patto andrebbe probabilmente ripensata⁴⁸.

5. (segue) c) l'opzione e la clausola di recesso dal patto a favore dell'impresa.

Normalmente, il momento della stipulazione del patto di non concorrenza coincide con l'assunzione del dipendente; più di rado, la sua accettazione viene posta come condizione per un successivo sviluppo professionale. Potendo quindi trascorrere anche molto tempo dalla sottoscrizione del patto all'effettiva operatività dell'accordo, la convenienza per l'azienda del patto di non concorrenza, ovvero l'opportunità di sostenerne gli oneri economici (qualora non già anticipati nel corso del rapporto) al momento della sua effettiva esecuzione potrebbe mutare: si pensi al caso del dipendente che per ragioni di età, familiari o di salute decidesse di ritirarsi dal lavoro o trasferisca la propria residenza al di fuori dell'ambito territoriale di operatività dell'impresa, o viceversa al caso del lavoratore che nel corso della carriera presenti uno sviluppo professionale particolarmente significativo, entrando in possesso delle competenze 'sensibili' per la concorrenzialità dell'azienda.

Per ovviare a tali eventualità, è abbastanza diffuso nella prassi l'inserimento nel patto di non concorrenza della clausola di opzione⁴⁹ o di recesso⁵⁰ a favore dell'azienda: entrambi gli

⁴⁶ Cass., sez. trib., 25 febbraio 2015, n. 3578, in *De Iure on line*, a proposito del compenso per il patto di non concorrenza dell'amministratore dimissionario di una società – reddito comunque assimilato, sul piano fiscale, a quello del lavoratore dipendente.

⁴⁷ «Costituiscono redditi di lavoro dipendente ai fini contributivi – dispone l'art. 12, Legge 30 aprile 1969, n. 153, nel testo novellato dall'art. 6, co. 1, D.Lvo. 2 settembre 1997, n. 314 – quelli di cui all'articolo 46, comma 1, del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, maturati nel periodo di riferimento». Il rinvio va oggi inteso all'art. 49 del T.U.I.R., a seguito della successiva rinumerazione dell'articolo fiscale.

⁴⁸ Quantomeno – volendo preservare le medesime finalità antielusive sottese alla disciplina fiscale – qualora il compenso fosse erogato alla cessazione del rapporto di lavoro.

⁴⁹ Dispone l'art. 1331 cod. civ.: «Opzione. [I] 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 [1351]. [II] Se per l'accettazione non è stato fissato un termine, questo può essere stabilito dal giudice [1183²]».

⁵⁰ Tanto prevede l'art. 1373 cod. civ.: «Recesso unilaterale. [I]. 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 [1671, 2227, 2237]. [II]. 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 [1671, 2227]. [III]. Qualora sia stata stipulata la prestazione di un corrispettivo per il recesso, questo ha effetto quando la prestazione è eseguita [1386]. [IV]. È salvo in ogni caso il patto contrario».

istituti sono funzionali a salvaguardare l'interesse datoriale ad operare una più attenta valutazione dell'effettiva convenienza del patto. Sia l'opzione che il recesso consentono infatti all'imprenditore di differire nel tempo, ad un momento successivo alla stipulazione del patto - che solitamente viene individuato in un termine decorrente dalle dimissioni rassegnate dal lavoratore, o coincide con la cessazione del rapporto per licenziamento o scadenza del termine - la scelta di avvalersi o no del patto di non concorrenza.

Chi scrive condivide l'orientamento che va sempre più diffondendosi, anche nella giurisprudenza di legittimità⁵¹, in ordine alla generale illiceità dell'apposizione di queste clausole accessorie al patto di non concorrenza. La stipulazione di per sé del patto di non concorrenza, anche se questo è destinato a valere successivamente alla conclusione del rapporto, incide sin da subito sulla programmabilità della futura occupazione del lavoratore. Il dipendente, una volta sottoscritto il patto, pur non avendo ancora la certezza dell'effettiva volontà dell'azienda di avvalersene, viene normalmente indotto a rifiutare eventuali offerte di lavoro da imprese concorrenti, per il timore di esporsi a pesanti richieste risarcitorie, o di vedersi addirittura inibito alla prosecuzione del rapporto con l'impresa concorrente. L'azienda esercita così un improprio condizionamento sulle future scelte di carriera del dipendente, indotto *ob torto collo* alla permanenza nel posto di lavoro, senza accollarsi (normalmente) alcun sacrificio economico corrispettivo.

Conclusivamente, l'inserimento nel patto di non concorrenza della clausola di recesso o dell'opzione, salva la previsione di specifici corrispettivi (la cui adeguatezza potrà essere

⁵¹ Affermano la nullità, per contrasto con norme imperative, della clausola che preveda la facoltà del datore di lavoro di recedere unilateralmente da un patto di non concorrenza Cass., 13 giugno 2003, n. 9491, in *Giust. civ.*, 2004, I, c. 1035, con riferimento al recesso esercitabile dal datore al momento della cessazione del rapporto o successivamente; conf. Cass. 15 maggio 2007, n. 11104, in *Lav. Giur.*, 2007, 12, p. 1223; Cass., 8 gennaio 2013, n. 212, in *De Jure on line*, per la nullità della clausola di recesso già a partire dal momento della stipulazione del patto; conf. Cass. 16 aprile 2004, n. 15952, a quanto consta inedita. Nella giurisprudenza di merito per la nullità della clausola di recesso, si segnalano App. Milano, 12 aprile 2001, in *Giur. Milanese*, 2002, p. 193; Trib. Milano, 25 luglio 2000, in *Orient. giur. lav.*, 2001, I, p. 117. *Contra*, per la validità della clausola che consente il recesso sino alla conclusione del rapporto di lavoro, Trib. Milano, 15 dicembre 2001, in *Lav. Giur.*, 2002, p. 798.

Per la nullità della clausola di opzione apposta al contratto di formazione e lavoro da esercitarsi dopo la conclusione del rapporto, Cass. 4 aprile 2017, n. 8715, in *De Jure on line*; Cass. 2 gennaio 2018, n. 3, inedita; Trib. Milano, 30 maggio 2007, in *Riv. critica dir. lav.*, 2007, 4, p. 1126. *Contra*, per la legittimità della clausola, Cass. 6 maggio 2014, n. 13352, e Cass. 26 ottobre 2017, n. 25642, entrambe consultabili in *De Jure on line*.

La dottrina sembra maggiormente orientata a valorizzare, quale discrimine per la validità della clausola, il termine di esercizio dell'opzione o del recesso previsto dal patto. In particolare non ravvisano criticità per la clausola di opzione da esercitarsi prima delle eventuali dimissioni del lavoratore, G. PONZANELLI, *Sul patto di non concorrenza del lavoratore stipulato in termini di opzione*, in *Giust. civ.*, 1981, I, p. 1115; M. TATARELLI, *Il patto di non concorrenza: contenuto e sanzioni*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2002, p. 151. A. BOSCATI, *Patto di non concorrenza. Art. 2125*, op. cit., p. 166, propende per la legittimità del patto di opzione qualora adeguatamente remunerato. Per la nullità della clausola di recesso, in quanto in frode alla legge, V. IZAR, *Considerazioni sul patto di non concorrenza*, op. cit., p. 738; S. BARTALOTTA, *Patto di non concorrenza e facoltà unilaterale di recesso da parte del datore di lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2004, II, p. 1036.

comunque vagliata in sede giudiziale), va ritenuta potenzialmente elusiva della disciplina imperativa prevista dall'art. 2125 cod. civ., e pertanto generalmente illegittima.

6. I limiti all'attività concorrenziale del lavoratore subordinato alla conclusione del rapporto dopo il *Jobs Act*.

Volendo trarre alcune conclusioni dal ragionamento sin qui condotto, e volendoci interrogare sulle prospettive future dell'istituto, va segnalato come nella giurisprudenza più recente paia delinearsi un approccio maggiormente restrittivo verso la validità delle intese limitative della concorrenza dell'*ex* dipendente. Se rispetto al passato l'ampiezza territoriale del vincolo presenta meno complicazioni, valorizzandosi maggiormente la residua possibilità di impiego del prestatore, in relazione alla professionalità acquisita e nel rispetto del contrapposto interesse datoriale alla protezione della propria posizione di mercato, particolare disfavore è riservato a tutte quelle clausole – quali l'opzione e il recesso – o prassi – segnatamente l'erogazione della retribuzione in costanza del rapporto di lavoro – che tendono ad eludere in vario modo la funzione protettiva del prestatore di lavoro, insita nella disciplina inderogabile *in peius* dettata dall'art. 2125 cod. civ.

Riprendendo le fila del discorso iniziato a proposito della erogazione 'anticipata' del corrispettivo, oltre alle criticità già evidenziate dalla giurisprudenza in punto di (in)determinabilità *ex ante*, per il prestatore, della contropartita economica del patto, tale prassi si traduce in una impropria utilizzazione del patto di non concorrenza quale strumento di 'fidelizzazione' del dipendente. Chi scrive non condivide la collocazione dell'istituto – già sul piano sistematico – tra le forme proprie di 'fidelizzazione' del lavoratore⁵², quali possono considerarsi, invece, la clausola di durata minima garantita, la retribuzione incentivante, il prolungamento del periodo di preavviso, oltre ad altri strumenti di *best practices* che attengono piuttosto alla costruzione di un 'clima' aziendale particolarmente favorevole ed incentivante alla permanenza del lavoratore. La disincentivazione alla ricerca di una nuova occupazione, che può sì favorire, indirettamente, una prolungata permanenza del '*core worker*' legato dal patto di non concorrenza, è semplicemente l'effetto dell'oggettiva riduzione delle possibilità di re-investimento della professionalità del lavoratore, soggetto a un vincolo giuridico.

⁵² Cfr. C. ZOLI, *Clausole di fidelizzazione e rapporto di lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2003, I, p. 449; A. RUSSO, *Il patto di non concorrenza*, in AA. VV., *Problemi e prospettive nelle politiche di fidelizzazione del personale*, Giuffrè, Milano, 2004; A.E. BUONAIUTO, *Clausole accessorie al contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2012.

La causa tipica del patto di non concorrenza consiste nello scambio tra un'obbligazione di astensione dall'attività in concorrenza per il tempo successivo alla cessazione del rapporto di lavoro e l'erogazione di un corrispettivo economico, in funzione meramente protettiva del patrimonio immateriale – la posizione sul mercato – dell'azienda. Qualsiasi prassi che abbia la finalità o l'effetto di snaturare la funzione propria dell'istituto, anche senza tradursi in una aperta elusione della disciplina protettiva a danno del lavoratore, comporta inevitabilmente un costo ulteriore, non prevedibile né previsto dall'assetto tipico del contratto (e men che meno implicato dalla sua disciplina legale). Il costo 'differenziale' di un utilizzo improprio del patto di non concorrenza è percepibile proprio nel momento in cui il contratto dovrebbe avere un principio di esecuzione, ovvero alla cessazione del rapporto di lavoro.

Il dipendente che abbia già percepito l'intera utilità economica prevista dal patto – avendone oltretutto sofferto un maggior carico fiscale – si troverà ormai a doverne sopportare soltanto gli effetti sfavorevoli, in termini di maggiori difficoltà occupazionali e perdita di reddito. Egli avrà dunque tutto l'interesse a contestare la validità del patto, da cui non trae più alcun utile, confidando sul recupero delle maggiori opportunità di impiego pregiudicate dal patto. Qualora poi il corrispettivo percepito sia stato particolarmente esiguo, e dunque presumibilmente inadeguato a ristorare la perdita di opportunità professionali e reddituali, il lavoratore sarà più facilmente indotto a violare il patto, confidando sui limitati effetti di un'eventuale domanda di restituzione del corrispettivo che mai dovesse seguire all'accertamento in giudizio della nullità del patto. L'erogazione del corrispettivo in costanza del rapporto, nell'uno come nell'altro caso, potrebbe inoltre essere riqualificata in sede contenziosa come forma di retribuzione incentivante o superminimo (soprattutto qualora il lavoratore riuscisse a provare l'erogazione del corrispettivo per 'patto di non concorrenza' alla generalità dei dipendenti, senza distinzione di funzione, esperienza e professionalità), nel qual caso nessuna obbligazione restitutoria potrebbe mai discendere dall'eventuale accertamento della nullità del patto.

Dalla prospettiva aziendale, l'erogazione del corrispettivo differita al tempo dell'effettiva esecuzione del patto garantisce se non altro un immediato strumento di autotutela, nel caso in cui dovesse riscontrarsi l'inadempimento del lavoratore. Diversamente, soprattutto nel caso di corrispettivi versati anticipatamente ed indeterminati *ex ante* in una misura minima, l'azienda rimarrebbe seriamente esposta alle conseguenze di una declaratoria giudiziale di nullità del patto, qualora il lavoratore promuovesse la relativa azione di accertamento o (più semplicemente) eccepisse la nullità del patto nel giudizio introdotto dall'azienda per far valere l'inadempimento

dell'obbligo di non concorrenza. L'affidamento sull'effettivo raggiungimento dello scopo pratico del patto – la protezione dalla concorrenza 'differenziale' –, che postula anzitutto la 'tenuta' dell'accordo in un eventuale contenzioso, risulterebbe dunque notevolmente affievolito.

Come si vede, l'erogazione del corrispettivo in costanza del rapporto di lavoro, anche a prescindere da ogni criticità circa il rispetto dei principi di determinabilità e adeguatezza (che potrebbe valutarsi soltanto *ex post*), comporta *sempre* un costo aggiuntivo, derivante dalla maggiore incertezza sulla successiva stabilità dell'intesa, e può d'altro canto incentivare la violazione del patto.

Guardando al futuro, è facilmente pronosticabile che, perdurando la sfavorevole congiuntura economica e occupazionale, e soprattutto, rimanendo sostanzialmente inalterato l'impianto della disciplina dei licenziamenti disegnato dal nuovo 'contratto a tutele crescenti'⁵³, con l'accantonamento della tutela reintegratoria in favore di un mero indennizzo economico al lavoratore illegittimamente licenziato anche nelle aziende medio-grandi, l'atteggiamento di grande cautela, se non di sostanziale disfavore, che la giurisprudenza più recente già dimostra verso l'istituto, tenderà ad acuirsi.

Non si tratta di valutazioni politiche 'spicciole', o di un'opposizione ideologica al 'nuovo che avanza'. Se l'*occupabilità del lavoratore*, la sua *protezione sul mercato* - che la logica della *Flexicurity* pretende di scambiare con dosi massicce di tutela all'interno del rapporto, che vengono via via erose⁵⁴ - costituiscono oggi *valori da difendere*, si comprende immediatamente la cautela con cui debbano essere riguardati tutti quegli istituti giuridici che abbiano l'effetto di compromettere la possibilità del lavoratore, considerato nella nuova veste di 'operatore economico', di spendersi con successo nel mercato.

Pur nella convinzione che tale processo non dovrebbe portare, in ogni caso, al ritorno al divieto assoluto contenuto nella legge sull'impiego privato del 1924, è facilmente prevedibile che nel prossimo futuro le più recenti aperture normative alla libertà di licenziamento sottoporranno ad ulteriore tensione i già precari equilibri sottesi all'istituto del patto di non concorrenza.

⁵³ Introdotto dal D.Lvo. 4 marzo 2015, n. 23. M.T. CARINCI e A. TURSI (a cura di), *Jobs Act. Il contratto a tutele crescenti*, Giappichelli, Torino, 2015.

⁵⁴ Può rinviarsi a M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2012, p. 527; L. ZOPPOLI, *La flexicurity dell'Unione Europea: appunti per la riforma del mercato del lavoro in Italia*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* - n. 141/2012.