

Strumenti di lavoro n. 1/2017

La Corte di Cassazione e la prospettiva necessariamente soggettiva del licenziamento per scarso rendimento: il punto

di Patrizio Bernardo - avvocato

Alcuni recentissimi approdi giurisprudenziali, unitamente agli effetti della riforma della disciplina dei licenziamenti, (D.Lgs. 23/2015), consentono di sviluppare alcune considerazioni in materia di licenziamento per scarso rendimento, sia sotto il profilo della sussumibilità della fattispecie all'area del giustificato motivo soggettivo piuttosto che del giustificato motivo oggettivo, sia in ordine alle ricadute sul piano sanzionatorio, sia – da ultimo – in relazione ai richiamati profili procedurali.

Introduzione

Come già rilevavo in un mio precedente articolo¹, cui sommessamente mi permetto di rinviare (anche per i doverosi richiami giurisprudenziali e dottrinali), pubblicato nell'immediatezza dell'entrata in vigore della c.d. riforma Fornero (L. 92/2012), il complesso tema del licenziamento per "scarso rendimento", ora forse ancor più che allora, è destinato ad assumere un ruolo e uno spazio sempre crescente nel panorama del nostro diritto del lavoro, per le ragioni che più oltre diremo.

Lo scarso rendimento pone, infatti, implicitamente, ma non per questo con effetti anche sistematici di minor rilievo, tra le altre, la questione ampiamente problematica del confronto in termini di produttività attesa – che acquista in questa prospettiva rilevanza giuridica - tra *insider* e *outsider* (o, meglio, la acquista su un piano se vogliamo logicamente necessariamente antecedente che è quello delle sue ricadute in ordine alla tutela interna al rapporto di lavoro) in un contesto caratterizzato, sociologicamente, da una crescente anzianità della popolazione lavorativa.

In questo scenario il tema della c.d. "intensità minima" della prestazione di lavoro (anche in ragione di una fisiologica minore adattabilità ai processi di rinnovamento tecnologico del lavoratore "meno

¹ P. Bernardo, *Questioni sul licenziamento per scarso rendimento*, in C. Cester (a cura di), "I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012", Cedam, Padova, 2013, pagg. 171 ss..

giovane”) è destinato ad assumere una peculiare valenza e ad intrecciarsi, con sempre maggior grado di criticità, con il tema della discriminazione per ragioni di età.

Ancora all’epoca dell’entrata in vigore della L. 92/2012, nel delineare i profili qualificatori del licenziamento per “scarso rendimento” si registrava una netta contrapposizione tra una prospettiva soggettiva (di tipo, quindi, disciplinare) e una oggettiva (legata quindi alle ricadute sul piano tecnico-economico e organizzativo), “coniugate” nella ben nota tesi dottrinarica che qualificava come “anfibia” la natura dello scarso rendimento, ponendo al contempo il medesimo fatto (appunto lo scarso rendimento) a possibile fondamento sia di un giustificato motivo sia oggettivo che soggettivo di licenziamento.

Sulla base di tali acquisizioni, nel già citato articolo del 2012, avevo condiviso la tesi che il dibattito giurisprudenziale a riguardo sarebbe stato destinato a rivitalizzarsi nella pratica operativa prima e giudiziaria poi, posto che la L. 92/2012 aveva ricondotto (salve le ipotesi probabilmente meno rilevanti *in subiecta materia* della “manifesta insussistenza” o dell’“insussistenza del fatto contestato”) detta tipologia di recesso all’area della nuova tutela indennitaria, ponendo quindi il datore di lavoro nelle condizioni di valutare lo scarso rendimento secondo la logica del c.d. *severance cost*.

Dalle ricordate incertezze qualificatorie, permanevano, peraltro, profili problematici in ordine al tipo di procedura da applicare (tenuto conto della oggettiva difficoltà di coniugare le tempistiche del procedimento disciplinare ex [articolo 7](#), L. 300/1970, con il preventivo procedimento di conciliazione dinanzi alla Direzione territoriale del lavoro, previsto dall’[articolo 7](#), L. 604/1966, per il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, nelle unità produttive di maggiori dimensioni), da cui discendevano le inevitabili incertezze correlate al tipo di conseguenza sanzionatoria derivante dal vizio procedurale del licenziamento *de quo*, laddove non si riuscisse ad adeguatamente “maneggiare”, sul piano pratico, la c.d. “tesi del doppio binario”.

A distanza di circa 4 anni dalle riflessioni già svolte sul tema, alcuni recentissimi approdi giurisprudenziali alla materia, unitamente agli effetti della riforma della disciplina dei licenziamenti, intervenuta ad opera del c.d. *Jobs Act* (segnatamente, del D.Lgs. 23/2015), consentono di sviluppare ulteriori considerazioni sia sotto il profilo della sussumibilità della fattispecie all’area del giustificato motivo soggettivo piuttosto che del giustificato motivo oggettivo, sia in ordine alle ricadute sul piano sanzionatorio, sia – da ultimo – in relazione ai richiamati profili procedurali (o meglio di coordinamento procedurale), laddove – per evidenti ragioni di pragmatico approccio prudenziale – si volesse continuare ad accedere alla già ricordata tesi del doppio binario (o della natura anfibia) del recesso *de quo*.

La qualificazione dello scarso rendimento accolta dalla più recente giurisprudenza della Corte di Cassazione

Nell'ambito – come ricordato – di un dibattito mai sopito intorno alla natura oggettiva o soggettiva dello scarso rendimento nella prestazione lavorativa, con 3 recenti sentenze intervenute sullo stesso tema a distanza di circa un mese l'una dall'altra, la Cassazione sembra approdare alla conclusione nel senso della configurabilità esclusivamente soggettiva (e, sotto questo profilo, non “disponibile”) del licenziamento per scarso rendimento.

La prima, in ordine cronologico, è la [sentenza n. 18317 del 19 settembre 2016](#), intervenuta a dirimere il contenzioso promosso da un dipendente licenziato per scarso rendimento, peraltro formalmente ricondotto dal datore di lavoro a un'ipotesi di giustificato motivo oggettivo ex [articolo 3](#), L. 604/1966. Per quanto qui di interesse, la pronuncia in esame, chiarisce che, a dispetto appunto della formale qualificazione di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, lo scarso rendimento contestato al lavoratore avrebbe dovuto essere considerato “*rientrante nel tipo di licenziamento per giustificato motivo soggettivo*”, tale per cui il datore di lavoro non può limitarsi a provare il mancato raggiungimento di obiettivi, ma

“deve anche provare che la causa di esso derivi da colpevole e negligente inadempimento degli obblighi contrattuali da parte del lavoratore nell'espletamento della sua normale prestazione”.

A distanza di circa 2 mesi, con la [sentenza n. 23735 del 22 novembre 2016](#), la Cassazione è nuovamente intervenuta sul tema, annullando con rinvio una sentenza di secondo grado con cui era stato giudicato illegittimo un licenziamento, anche in questo caso formalmente intimato per giustificato motivo oggettivo, connesso allo scarso rendimento del lavoratore.

Particolarmente interessante ricordare, in questa sede, le ragioni che portarono il datore di lavoro a risolvere il rapporto in essere.

Nella fattispecie, infatti, lo scarso rendimento (sia pure – come detto - in una prospettiva formalmente oggettiva) veniva individuato in una sorta di impossibilità sopravvenuta all'adempimento della prestazione che, nonostante l’*“anzianità e l'esperienza”* nel ruolo ricoperto all'interno dell'azienda, si riteneva determinata da una mancanza di adeguamento alle esigenze (comportamentali, produttive, etc.) che l'evoluzione del mercato, invece, comportava.

Tradotto in altri termini, si tratta del caso, tutt'altro che infrequente, del lavoratore che - qualsivoglia sia il contesto organizzativo e produttivo - non riesce a stare al passo con le richieste di “intensità minima” della prestazione imposto dall'evolversi delle esigenze imprenditoriali in un determinato

settore o mercato di riferimento (paradigmatico può essere il caso della difficoltà di adattamento a importanti mutamenti nella combinazione dei fattori di produzione, all'uso sempre più intensivo di tecnologie digitali, etc.).

Con la citata pronuncia, la Cassazione ha rinviato alla Corte d'Appello, stante l'errato *"involucro formale* [licenziamento di tipo oggettivo ex [articolo 3](#), L. 604/1966, NdA] *predisposto dall'imprenditore non idoneo a rimuovere la sostanza soggettiva dell'addebito*".

Nell'ambito di un'articolata motivazione, ricca di numerosi richiami giurisprudenziali e dottrinali, la Cassazione – applicando *ratione temporis* le norme in essere nel vigore della sola L. 92/2012 – prende, con ampiezza di argomentazioni, posizione in materia, affermando, tra l'altro, in maniera netta, che non è consentito rimettere alla libera scelta del datore di lavoro la qualificazione del recesso *de quo* *"in virtù di un mero atto di auto-qualificazione del datore, svincolato dalla valutazione della concreta ragione posta a fondamento del licenziamento"*.

Secondo la Corte infatti, è questo lo snodo interpretativo da cui in principalità prende le mosse il percorso argomentativo:

"occorre tenere distinte le ipotesi in cui ci si dolga della condotta del lavoratore cui si addebitano forme di inadempimento rispetto alla prestazione attesa dal datore, comunque ascrivibili alla sfera volitiva del dipendente, dando luogo al licenziamento cd. ontologicamente disciplinare, dai casi riferibili alle ragioni organizzative dell'impresa, che possono anche ravvisarsi in condizioni attinenti alla persona del lavoratore (tra le ultime Cass. n. 12072 del 2015) quali la sopravvenuta inidoneità per infermità fisica, la carcerazione (Cass. n. 12721 del 2009), il ritiro della patente o la sospensione delle autorizzazioni amministrative (Cass. n. 603 del 1996; Cass. n. 7638 del 1996; Cass. n. 6362 del 2000; Cass. n. 13986 del 2000), la mancanza del titolo professionale abilitante (Cass. n. 25073 del 2013), ma sempre che si tratti di circostanze oggettive idonee a determinare la perdita di interesse del datore di lavoro alla prestazione (così anche Cass. n. 3250/2003 cit.) e che siano estranee alla sfera volitiva del soggetto, tali da non poter configurare, nella sostanza, un inadempimento comunque imputabile".

Il principio di diritto viene fatto risalire dalla Corte di Cassazione a un proprio precedente ([Cass. n. 326/1997](#)) che:

"dopo aver ricordato come le Sezioni unite (sent. n. 4823 del 1987) - nell'accogliere la c.d. nozione ontologica del licenziamento disciplinare - riconoscano ad esso tale natura ogni volta che sia motivato da un comportamento imputabile, a titolo di colpa (intesa in senso lato), al lavoratore, hanno evidenziato che, alla previsione normativa del giustificato motivo oggettivo, "è strutturalmente

estranea l'ipotesi di ragioni inerenti alla attività produttiva, all'organizzazione dei lavoro ed al regolare funzionamento di esso le quali non abbiano un fondamento esclusivamente obiettivo, ma dipendano in parte dalla condotta del lavoratore o siano comunque connesse alla sua persona, nel qual caso soccorrono compiutamente le disposizioni in tema di giustificato motivo soggettivo e di giusta causa, così da esaurire la previsione di qualsiasi fatto del lavoratore costituente inadempimento alle obbligazioni nascenti dal contratto o tale, comunque, da alterare l'equilibrio delle prestazioni".

Secondo la Corte dunque:

"la pronuncia citata ammette che molti dei fatti disciplinarmente rilevanti finiscono per avere una naturale ricaduta sull'attività produttiva, sull'organizzazione dei lavoro e sul regolare funzionamento di essa, ma esclude che ci si trovi in presenza di un giustificato motivo di carattere oggettivo nelle ipotesi in cui, al di là di ogni eventuale riferimento a ragioni attinenti all'impresa, il licenziamento sia fondato comunque su un comportamento riconducibile alla sfera volitiva del lavoratore ed insieme lesivo dei suoi doveri contrattuali e manifesti, quindi, un giudizio negativo nei suoi confronti; giudizio che non deve necessariamente investire, poi, le qualità tecniche stricto sensu, essendo sufficiente che abbia ad oggetto qualsiasi aspetto dell'attività lavorativa ovvero della personalità del prestatore che, secondo le circostanze del caso, concorra a costituirne il patrimonio professionale".

Coerentemente con quanto precede, e per le stesse ragioni che l'hanno portata ad escludere la legittimità di una qualificazione del recesso rimessa alla "libera" scelta del datore di lavoro, la Corte di Cassazione ritiene, dunque, di dover ritenere superato anche quell'orientamento "dottrinale" che ritiene lo scarso rendimento (individuabile in un "difetto di intensità della prestazione", ancorché imputabile al lavoratore) suscettibile di essere qualificato al tempo stesso, sia come giustificato motivo oggettivo, sia come notevole inadempimento.

Pur essendosi la Corte cimentata con un caso concreto formalmente qualificato come di licenziamento per motivi oggettivi, e dunque non essendosi dovuta confrontare, oltre che con i già richiamati profili qualificatori, anche con quelli costitutivi della fattispecie stessa di licenziamento per scarso rendimento, la sentenza in esame non ha mancato di evidenziare come (citando [Cass. n. 14310/2015](#)) il licenziamento, appunto per scarso rendimento:

"costituisce un'ipotesi di recesso del datore per notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore, che, a sua volta, si pone come specie della risoluzione per inadempimento, prevista dall'art. 1453 c.c. e segg.. Si osserva infatti che, nel contratto di lavoro subordinato, il lavoratore non si obbliga al raggiungimento di un risultato ma alla messa a disposizione del datore delle proprie

energie, nei modi e nei tempi stabiliti, con la conseguenza che il mancato raggiungimento del risultato prefissato non costituisce di per sé inadempimento, giacché si tratta di lavoro subordinato e non dell'obbligazione di compiere un'opera o un servizio (lavoro autonomo). Ove tuttavia, siano individuabili dei parametri per accertare che la prestazione sia eseguita con la diligenza e professionalità medie, proprie delle mansioni affidate al lavoratore, il discostamento dai detti parametri può costituire segno o indice di non esatta esecuzione della prestazione (Cass., 20 agosto 1991, n. 8973)".

Sul punto, più ampiamente, la già citata sentenza della Corte di Cassazione [n. 18317/2016](#), peraltro, aveva anche già ulteriormente evidenziato come:

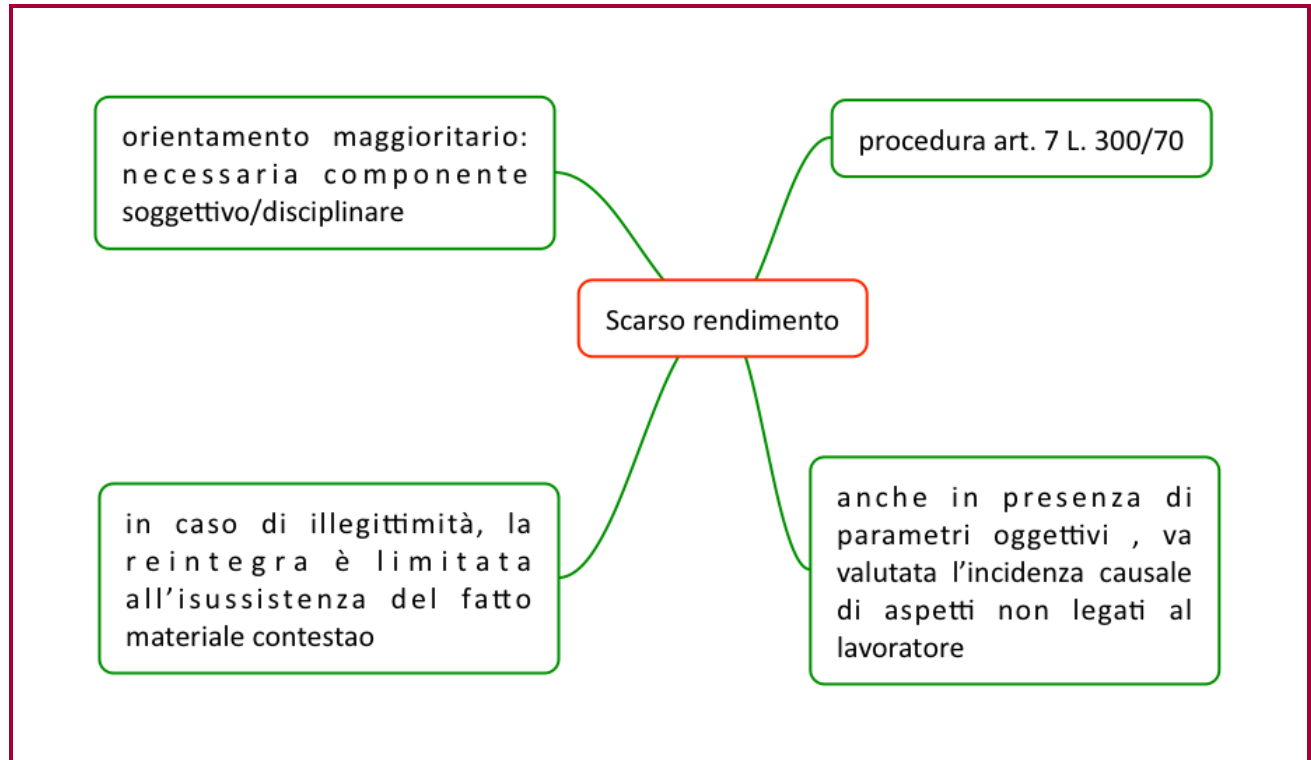
"Nel licenziamento per scarso rendimento del lavoratore, rientrante nel tipo di licenziamento per giustificato motivo soggettivo, il datore di lavoro, a cui spetta l'onere della prova, non può limitarsi a provare solo il mancato raggiungimento del risultato atteso o l'oggettiva sua esigibilità, ma deve anche provare che la causa di esso derivi da colpevole e negligente inadempimento degli obblighi contrattuali da parte del lavoratore nell'espletamento della sua normale prestazione. Nella valutazione delle relative risultanze probatorie dovrà tenersi conto, alla stregua di un bilanciamento dei principi costituzionali sanciti dagli artt. 4 e 41 Cost., del grado di diligenza normalmente richiesto per la prestazione lavorativa e di quello effettivamente usato dal lavoratore, nonché dell'incidenza della organizzazione complessiva del lavoro nell'impresa e dei fattori socio-ambientali (Cass. n. 13194/03; Cass. n. 15351/04; Cass. n. 20054/09)".

Ed, ancora, sempre la stessa sentenza rileva come è

"legittimo il licenziamento intimato al lavoratore per scarso rendimento qualora sia risultato provato, sulla scorta della valutazione complessiva dell'attività resa dal lavoratore stesso ed in base agli elementi dimostrati dal datore di lavoro, una evidente violazione della diligente collaborazione dovuta dal dipendente - ed a lui imputabile - in conseguenza dell'enorme sproporzione tra gli obiettivi fissati dai programmi di produzione per il lavoratore e quanto effettivamente realizzato nel periodo di riferimento, avuto riguardo al confronto dei risultanti dati globali riferito ad una media di attività tra i vari dipendenti ed indipendentemente dal conseguimento di una soglia minima di produzione (Cass. n. 3876/06; Cass. n. 1632/09; Cass. n. 18678/14)".

E, dunque, anche laddove, comunque, siano individuati e/o individuabili parametri circostanziati di comparazione, dovendosi soggettivamente imputare l'inadempimento eventualmente "oggettivamente" rilevato, andrà comunque valutata l'incidenza causale anche dei fattori non

dipendenti dal lavoratore e – segnatamente – dell'organizzazione dell'impresa, in un più ampio apprezzamento di tutti gli aspetti concreti della fattispecie (e in questa prospettiva resta probabilmente ancora da indagare il rilievo giuridico degli obblighi formativi, ad es. in caso di mutamento di mansioni, ma non solo, ex [articolo 2103](#), comma 3, cod. civ.).



Conclusioni

Rispetto ai temi posti in premessa può dirsi, anche alla luce della giurisprudenza analizzata, che il panorama pratico-applicativo, in seguito alla riforma della disciplina dei licenziamenti, intervenuta per opera del D.Lgs. 23/2015), presenti indubbi elementi di ulteriore appianamento di quei profili problematici che, antecedentemente alla riforma Fornero, facevano ritenere il licenziamento per scarso rendimento un licenziamento sostanzialmente impossibile.

E, infatti, rispetto alla riforma del 2012, a seguito dell'entrata in vigore del *Jobs Act*, come già rilevato da autorevole dottrina, il licenziamento per scarso rendimento resterà definitivamente confinato nell'area della tutela sanzionatoria. E, infatti, ove si voglia definitivamente abbracciare la prospettiva soggettiva fatta propria dalle sentenze oggetto del presente commento, l'ipotesi reintegratoria resterà limitata al caso in cui il fatto materiale, cioè il minore rendimento in comparazione con gli altri lavoratori, risulti oggettivamente insussistente (ipotesi, effettivamente, da considerarsi del tutto marginale, laddove il datore di lavoro si sia attenuto a criteri di valutazione comprovabili e pertinenti).

A non diverse conseguenze si perverrà laddove si voglia continuare ad aderire alla prospettiva che abbiamo chiamato oggettiva, in quanto anche in questo caso il difetto di prova condurrà a ipotesi meramente sanzionatorie.

Non solo; sono venute a mancare, almeno con riferimento ai lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015, anche le complessità procedurali dettate dalla difficile coesistenza della procedura ex [articolo 7](#), L. 604/1966 (ovviamente laddove applicabile e cioè nelle unità produttive con più di quindici dipendenti), con la procedura disciplinare di cui all'[articolo 7](#), L. 300/1970.

E, infatti, avendo il *Jobs Act* fatto venire meno la detta preventiva procedura amministrativa, ben potrà, da un punto di vista pratico-operativo, essere comunque coniugato un licenziamento di natura soggettiva, all'esito della procedura disciplinare, con un licenziamento di tipo oggettivo, temporalmente coincidente (e, ovviamente, laddove il medesimo fatto venga fatto valere in entrambe le prospettive, facendone debitamente valere, peraltro, i diversi presupposti).

In questa prospettiva e nell'ulteriormente mutato contesto giuridico – ma anche alla luce del nuovo quadro giurisprudenziale – dunque, non è affatto da escludersi, anzi può prevedersi, un rinnovato interesse per la fattispecie, in particolare laddove, come *supra* ricordato, lo “scarso rendimento” possa diventare (in una prospettiva che apre ovviamente scenari delicati) la chiave per accedere all'adattamento del fattore umano all'evolversi (sempre più frenetico per certi versi) del contesto produttivo.

E in questo scenario, che indubbiamente metterà alla prova le ragioni fondanti di tutela del diritto del lavoro, peraltro, ulteriori elementi di complessità potranno riproporsi, laddove il tema dello scarso rendimento, da un lato, possa causalmente collegarsi (o essere posto in una prospettiva di necessaria determinazione) con quello dell'inidoneità/disabilità fisica o psichica del lavoratore (sul tema, si veda anche [Cassazione n. 25741 del 14 dicembre 2016](#), che anch'essa accoglie – per quanto qui rilevante – la ricordata prospettiva soggettiva dello scarso rendimento) e, dall'altro lato, possa porsi in relazione con il fattore “età”, con il corredo di tutela antidiscriminatoria ad esso collegato.