



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

Scarso rendimento e tecniche di comparazione della produttività individuale

MARCO MARAZZA
Università Cattolica Sacro Cuore

vol. 10, no. 1, 2024

ISSN: 2421-2695





Scarso rendimento e tecniche di comparazione della produttività individuale

MARCO MARAZZA

Università Cattolica Sacro Cuore
Ordinario di Diritto del lavoro
marco.marazza@unicatt.it

ABSTRACT

This study analyses the most recent trends in labour jurisprudence concerning poor performance to highlight that, contrary to what might initially appear, there is no contradiction in the latest rulings of the Supreme Court. Performance can have contractual relevance and, in line with the developments in medical liability jurisprudence, it is possible to assert that the employer's allegation of failure to achieve an objectively required performance level, substantiated by adequate comparison standards, can establish a presumption of worker negligence. This, consequently, proves the existence of a breach of duty without the need to contest specific acts of omission or commission.

Keywords: poor performance; duty of care; obligation of means; obligation of result; burden of proof.

[https://doi.org/ 10.6092/issn.2421-2695/19955](https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/19955)

Scarso rendimento e tecniche di comparazione della produttività individuale

SOMMARIO: 1. Unitarietà del regime della responsabilità da inadempimento contrattuale (art. 1176 e 1218 c.c.) e giurisprudenza del lavoro. – 2. L’obbligazione di lavoro tra le obbligazioni di comportamento valutabili a una stregua oggettiva di abilità tecnica o di mera diligenza. – 3. Il contributo della giurisprudenza in materia di responsabilità medica: l’intervento di routine e la presunzione di responsabilità del debitore. – 4. Il risultato oggettivamente esigibile nel lavoro subordinato. – 5. Esigibilità del risultato e tecniche di comparazione della produttività individuale. – 6. Scarso rendimento e regime delle presunzioni. – 7. La clausola sulla intensità minima della prestazione e la programmabilità aziendale dei livelli di rendimento. – 8. Dubbi sulla rilevanza dello scarso rendimento come motivo oggettivo di licenziamento.

1. Unitarietà del regime della responsabilità da inadempimento contrattuale (art. 1176 e 1218 c.c.) e giurisprudenza del lavoro

La teorizzazione del progressivo superamento della distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi è ampiamente indagata e, in estrema sintesi:

a) poggia sull’idea che tutte le obbligazioni nascono in vista di un interesse primario del creditore e che in ognuna, indipendentemente dalla questione della riconducibilità all’una piuttosto che all’altra categoria, rileva, seppur con diverse gradazioni, tanto il comportamento dovuto al debitore quanto il risultato atteso dal creditore ⁽¹⁾;

b) quanto agli effetti, alimenta la ricostruzione di un regime sostanzialmente unitario della responsabilità da inadempimento che postula un coordinamento sistematico, se non una vera e propria integrazione, tra l’art. 1176 c.c. e l’art. 1218 c.c. ⁽²⁾ la cui *ratio* è anche quella di evitare un eccessivo aggravio dell’onere della prova in capo al creditore rimasto insoddisfatto. Ciò nel senso che anche nelle cosiddette obbligazioni di mezzi non dovrebbe essere consentito addossare irragionevolmente l’onere della prova dell’inadempimento in capo al creditore della prestazione ⁽³⁾

⁽¹⁾ L. Mengoni, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, in (a cura di) A. Albanese, C. Castronovo e A. Nicolussi, *Scritti II. Obbligazioni e negozio*, Giuffrè, 2011, 146; P. Rescigno, *Obbligazioni (Voce)*, ED, XXIX, 1979, 190 ss.; C.M. Bianca, *Diritto civile Vol. IV - L’obbligazione*, Giuffrè, 1993, 73; A. Di Majo, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Zanichelli, 1988, 479 ss. M. Persiani, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, 1966, 127; G. D’Amico, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni “di mezzi” e “di risultato”. Contributo alla teoria della responsabilità contrattuale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1999.

⁽²⁾ L. Mengoni, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, *op cit.*, 160-161.

⁽³⁾ L. Mengoni, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, *op cit.*, 241.

pretendendo che sia lui a dover, sempre e in ogni caso, dimostrare lo specifico comportamento negligente del debitore (nelle obbligazioni di comportamento di mera diligenza) o, per altro verso, la violazione di una specifica regola tecnica di comportamento (nelle obbligazioni di comportamento valutabili “a una stregua oggettiva di abilità tecnica”) (4).

La più nota ed efficace rappresentazione empirica della consistenza di quella teorizzazione è offerta, come noto, dalla giurisprudenza in materia di responsabilità medica. Assai rilevante, però, è anche l'evoluzione giurisprudenziale in materia di lavoro subordinato ove se per un verso si afferma che la prova dell'inadempimento del prestatore postula che il datore deduca e dimostri il comportamento negligente del dipendente o la specifica violazione del suo dovere di osservanza (5), per l'altro, è anche stabilito che in taluni casi l'inadempimento può essere comprovato, a prescindere dalla individuazione e contestazione di specifici comportamenti omissivi o commissivi, dalla mera allegazione del fatto del mancato raggiungimento del livello di rendimento oggettivamente esigibile dal creditore della prestazione (6).

Senza in alcun modo voler affrontare il diverso problema della misurazione della gravità dell'inadempimento che consta in una negligenza, e della eventuale proporzionalità della sanzione applicabile, qui mi limiterò a riprendere le fila di questioni già approfondite in alcuni miei precedenti scritti (7) cercando, in particolar modo, di offrire qualche dettaglio in più sul concetto di risultato oggettivamente esigibile in rapporto all'accertamento dello scarso rendimento del lavoratore subordinato, anche a fronte di una giurisprudenza in materia a tratti non del tutto coerente (8).

2. L'obbligazione di lavoro tra le obbligazioni di comportamento valutabili a una stregua oggettiva di abilità tecnica o di mera diligenza

Secondo Luigi Mengoni non per tutte le obbligazioni di mezzi o comportamento, contrapposte alle obbligazioni di risultato, la diligenza può operare come criterio utile per determinare concretamente l'oggetto del comportamento dovuto.

Tra le obbligazioni di comportamento, infatti, occorre distinguere quelle che hanno ad oggetto una prestazione “*valutabile a una stregua oggettiva di abilità tecnica*” da

(4) L. Mengoni, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, op cit., 172.

(5) Cass., ord., 6 aprile 2023, n. 9453; Cass. 10 novembre 2017, n. 26676; Cass. 17 settembre 2009, n. 20050.

(6) Cass., ord., 6 aprile 2023, n. 9453, cit.; Corte d'Appello di Roma 31 gennaio 2020, n. 372, confermata da Cass. 14 luglio 2023, n. 20284; Cass. 9 luglio 2015, n. 14310.

(7) M. Marazza, *Lavoro e rendimento*, ADL, 2004, 2, 539-570; M. Marazza, *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, Cedam, 2002.

(8) A. Mattei, *Licenziamento per “scarso rendimento”: un percorso giurisprudenziale*, LG, 2011, 8, 790-796.

quelle che invece hanno ad oggetto una prestazione valutabile soltanto “a una stregua oggettiva di diligenza”⁽⁹⁾. Nelle obbligazioni del primo tipo la diligenza rimane un criterio di imputabilità dell’inadempimento. Solo le altre possono essere definite obbligazioni di diligenza, giacché questa diventa un criterio di determinazione del contenuto dell’obbligazione.

La ricostruzione del diverso contenuto che possono assumere le obbligazioni di comportamento è di estremo interesse e dovrebbe aiutare a mettere a fuoco in cosa consiste l’oggetto della prova dell’inadempimento che deve offrire il creditore della prestazione restringendo l’ambito di rilevanza della diligenza⁽¹⁰⁾. Ma calare l’obbligazione di lavoro subordinato in questa distinzione è tutt’altro che agevole e, comunque, potrebbe non essere dirimente per la soluzione del problema che intendiamo qui affrontare.

Ed infatti, se per un verso è chiaro che l’adempimento dell’obbligazione di lavoro subordinato richiede necessariamente il rispetto del dovere di osservanza delle regole poste dal datore, ed anche un livello oggettivo di “abilità tecnica”, che nel nostro contesto possiamo definire capacità professionale, è anche vero, sotto un diverso profilo, che il raggiungimento del risultato atteso dal creditore, sia anche sotto forma di un determinato livello di rendimento, anche a fronte di una impeccabile abilità tecnica del lavoratore, dipende altresì:

a) dal tipo organizzazione nella quale la prestazione di lavoro è resa e dal modo in cui è esercitato il potere direttivo;

b) dal grado di diligenza del lavoratore e, cioè, dall’intensità dell’applicazione (si pensi al venditore che opera nel rispetto di tutti gli *standard* di presentazione del prodotto ma con eccessiva lentezza nella realizzazione di alcune fasi della sua lavorazione).

3. Il contributo della giurisprudenza in materia di responsabilità medica: l’intervento di *routine* e la presunzione di responsabilità del debitore

Per inquadrare la questione è assai utile, invece, considerare un ambito specifico di responsabilità per inadempimento, tra l’altro oggetto di analisi proprio negli studi di Luigi Mengoni, se pur qui considerato nelle sue più moderne evoluzioni, che riguarda la prestazione medica negli interventi c.d. di *routine*.

Senza poter qui indugiare su eccessivi dettagli o approfondimenti sia sufficiente considerare che l’operazione di *routine* è la pratica medica sorretta da *standard* curativi e terapeutici, spesso riconducibili a linee guida universalmente riconosciute da parte della

⁽⁹⁾ L. Mengoni, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, op. cit., 172.

⁽¹⁰⁾ Più in generale, C. Cester, *Diligenza e obbedienza del prestatore di lavoro. Art. 2104, Il codice civile. Commentario* (fondato da P. Schlesinger), Giuffrè, 2007; S. Di Stasi, *Obbligo di diligenza ed obbedienza del lavoratore nel diritto vivente: una lettura ragionata dell’art. 2104 cod. civ. alla luce dei principali orientamenti giurisprudenziali*, ADL, 2015, 3, 747-764.

comunità medico-scientifica ⁽¹¹⁾, cui corrisponde, come normale conseguenza, il risultato benefico atteso dal paziente.

Si tratta di prestazioni professionali che la scienza medica, sulla base di un dato storico di nesso di causalità tra cura e guarigione, qualifica come interventi specialistici ad “*alte probabilità di esito favorevole*” ⁽¹²⁾. Interventi nei quali l’esito negativo eventualmente dedotto dal paziente è già di per sé idoneo per la giurisprudenza a comprovare l’inadempimento. Ond’è che, in questi casi, a differenza dell’ordinaria ripartizione dell’onere probatorio, una volta che il debitore ha dedotto di non aver ottenuto il risultato atteso spetta al professionista medico (e non al paziente) provare che le complicanze non siano state determinate da omessa o insufficiente diligenza professionale o da imperizia, ma prodotte da un evento impreveduto ed imprevedibile “*secondo la diligenza qualificata in base alle conoscenze tecnico-scientifiche del momento*” ⁽¹³⁾.

In altri termini, pur restando debitore di un’obbligazione di mezzi, il medico deve fornire la prova liberatoria dell’esistenza del caso fortuito o della forza maggiore e, dunque, vincere la presunzione (semplice) di inadempimento posta a suo carico ⁽¹⁴⁾. Ne consegue che il giudice, al fine di escludere la responsabilità del medico nel caso di intervento di *routine*, non può limitarsi a rilevare l’accertata insorgenza di complicanze intraoperatorie, ma deve altresì verificare la loro eventuale imprevedibilità e inevitabilità, nonché l’insussistenza del nesso causale tra la tecnica operatoria prescelta e l’insorgenza delle già menzionate complicanze, unitamente all’adeguatezza delle tecniche scelte dal chirurgo per porvi rimedio ⁽¹⁵⁾.

La giurisprudenza di legittimità ha altresì precisato che laddove si presenti una questione relativa all’incidenza di una causa naturale nella determinazione dell’evento pregiudizievole, non possono che aversi due alternative: o è certo che il fattore naturale sia tale da escludere del tutto il nesso di causa, oppure si deve ritenere che il danneggiante/debitore non abbia fornito la prova della causa non imputabile con conseguente riconducibilità, in termini di responsabilità *tout court*, della lesione della salute alla condotta colpevole ⁽¹⁶⁾.

⁽¹¹⁾ Cass. 10 novembre 2021, n. 33006; Cass. 13 ottobre 2017, n. 24074, cit.; Cass. 17 giugno 2016, n. 12516, cit.; Cass. 29 luglio 2010, n. 17694; Cass. 29 settembre 2009, n. 20806.

⁽¹²⁾ Cass. 23 febbraio 2016, n. 12516; Cass. 16 gennaio 2009, n. 975.

⁽¹³⁾ Cass. 17 giugno 2016, n. 12516, cit.; Cass. 29 luglio 2010, n. 17694, cit.

⁽¹⁴⁾ Tribunale Cremona 9 luglio 2014. Si veda R. Calvo, *La «decontrattualizzazione» della responsabilità sanitaria (l. 8 marzo 2017 n. 24)*, NLCC, 2017, 479.

⁽¹⁵⁾ In questo senso Cass. 13 ottobre 2017, n. 24074, cit.; richiamando altresì Cass. 17 giugno 2016, n. 12516, cit.; Cass. 30 giugno 2015, n. 13328; Cass. 29 luglio 2010, n. 17694; Cass. 29 settembre 2009, n. 20806.

⁽¹⁶⁾ Cass. 21 luglio 2011, n. 15991.

4. Il risultato oggettivamente esigibile nel lavoro subordinato

Per quanto l'obbligazione del lavoratore subordinato non sia equiparabile a quella del medico, se non altro perché il primo è vincolato al dovere di osservanza del potere direttivo esercitato dal creditore ed il secondo agli standard generali imposti dalla scienza medica, non è difficile notare come i principi enunciati dalla giurisprudenza in materia di responsabilità medica risultano efficaci anche nel contesto dell'obbligazione di lavoro e, infatti, se pur con i necessari adattamenti, sono ampiamente valorizzati dalla giurisprudenza del lavoro.

Al pari del medico anche il lavoratore subordinato assume una obbligazione nella quale rilevano tanto il comportamento dovuto quanto il risultato atteso dal creditore. Ma a differenza della prestazione del medico nel suo caso il rapporto di causalità tra la prestazione eseguita e il risultato atteso dal creditore resta condizionato da elementi estranei alla sua sfera di controllo e al livello di diligenza profusa. Basti pensare, per limitarci all'essenziale, a quanto possono incidere sulla realizzazione del risultato la qualità delle modalità di esercizio del potere direttivo, dei processi, delle attrezzature messe a disposizione del datore di lavoro, dell'organizzazione del lavoro nel suo complesso e dei prodotti aziendali.

Ond'è che se per l'adempimento del medico la negligenza si può ritenere provata a fronte dell'allegazione del solo dato di fatto dell'esito negativo della cura allorquando la prestazione rientra tra quelle che la scienza medica definisce di *routine*, nel caso del lavoratore subordinato la negligenza potrà essere indirettamente ricavata dal dato oggettivo del mancato raggiungimento del risultato atteso, anche sotto forma di rendimento più scarso di quello dovuto, solo qualora il datore sia in grado di dimostrare che quel risultato, o quel livello di rendimento atteso, è oggettivamente esigibile.

Non esigibile in astratto ma, tenuto conto che i possibili condizionamenti del nesso di causalità tra prestazione e risultato insistono tutti nella dimensione di prossimità dell'azienda, concretamente e nell'ambito della specifica organizzazione del datore di lavoro.

Per la giurisprudenza del lavoro non è il mancato raggiungimento di un risultato prefissato a costituire, di per sé, inadempimento. Ciò non di meno *“ove siano individuabili dei parametri per accertare se la prestazione sia eseguita con diligenza e professionalità medie, proprie delle mansioni affidate al lavoratore, lo scostamento da essi può costituire segno o indice di non esatta esecuzione della prestazione, sulla scorta di una valutazione complessiva dell'attività resa per un apprezzabile periodo di tempo”* (17).

(17) Cass., ord., 6 aprile 2023, n. 9453, cit.,

5. Esigibilità del risultato e tecniche di comparazione della produttività individuale

Conseguenza immediata e necessaria di quanto appena detto è che nell'ambito dell'obbligazione di lavoro subordinato il dato di fatto del mancato raggiungimento del risultato o del rendimento atteso può assumere un rilievo, sotto il profilo della prova dell'inadempimento, esclusivamente allorquando l'esistenza di un nesso causale tra prestazione dovuta e risultato atteso dal creditore sia empiricamente verificabile tenuto conto dei programmi e dei modelli di organizzazione del lavoro di quella specifica organizzazione.

Più nel dettaglio, e andando per gradi, affinché il risultato atteso dal lavoratore possa essere considerato esigibile occorre che il nesso di causalità che lo connette alla prestazione dovuta dal lavoratore:

a) sia agilmente ricavabile da regole di comune esperienza, come può avvenire in caso di risultati molto frazionati ove l'utile atteso dal creditore tende a identificarsi con il comportamento dovuto e/o di prestazioni piuttosto semplici e prive di particolari condizionamenti esterni. Si pensi al datore di lavoro che, legittimamente specificando le mansioni contrattuali, incarica al dipendente di fissare un appuntamento o commissiona *una tantum* al lavoratore il caricamento di un certo numero e tipo di dati in un archivio da realizzare in un arco temporale facilmente identificabile come adeguato ⁽¹⁸⁾;

b) sia provato, com'è necessario in tutti i casi in cui il risultato atteso consiste nel conseguimento di un determinato livello di rendimento riferito alla prestazione abitualmente svolta (il numero di vendite per il venditore piuttosto che il numero di *function points* per il programmatore), dalla comparazione dei dati di produttività media dei dipendenti impiegati nella medesima impresa ⁽¹⁹⁾ e, in particolare, dei lavoratori "addetti alla stessa attività" ⁽²⁰⁾ e in "simile posizione" ⁽²¹⁾. Ond'è che proprio l'esistenza

⁽¹⁸⁾ Certo è che, quando il risultato atteso dal dipendente è rappresentato dal raggiungimento di un determinato livello di rendimento e, dunque, si tratta di un risultato complesso, non può trascurarsi Cass. 2 marzo 2017, n. 26676, cit., per la quale nei rapporti di lavoro in cui è previsto il conseguimento di un determinato livello quantitativo minimo di affari entro un determinato arco temporale, il datore di lavoro non può in ogni caso limitarsi a provare solo il mancato raggiungimento del risultato atteso, dovendo comunque dimostrare che l'asserito scarso rendimento sia imputabile alla negligenza del lavoratore. A ben guardare, tuttavia, quella stessa giurisprudenza impone tale ulteriore passaggio logico giuridico, soltanto quando non sia stato possibile dedurre dal contesto aziendale, secondo le specificità dell'organizzazione di riferimento, che il risultato atteso non fosse coerente con il resto del livello delle prestazioni lavorative. Tant'è che nel provvedimento citato, il lavoratore licenziato per scarso rendimento era stato adibito ad una attività del tutto innovativa rispetto all'ordinaria strategia aziendale e, dunque, diversa da quella assegnata agli altri lavoratori a cui era stato comparato. Non si era, pertanto potuto tener conto dei risultati 'medi' conseguiti dal resto dei prestatori di lavoro, posto che le mansioni a cui era stato adibito il lavoratore licenziato era non comparabili con quelle degli altri.

⁽¹⁹⁾ Cass., ord., 6 aprile 2023, n. 9453, cit.

⁽²⁰⁾ Tribunale di Roma 1° marzo 2022, n. 1933.

⁽²¹⁾ Cass., ord., 6 aprile 2023, n. 9453, cit.

di tali dati comparativi può indurre a ritenere assolta la prova che il mancato raggiungimento del risultato atteso non è ascrivibile all'organizzazione del lavoro o a fattori socio-ambientali estranei alla sfera di controllo del lavoratore ⁽²²⁾.

In sostanza, la questione della oggettiva esigibilità del risultato atteso va necessariamente inquadrata nella dimensione aziendale ove il lavoro è concretamente prestato e postula uno stretto dialogo, oggi fortemente agevolato dall'utilizzo delle tecnologie informatiche a condizione che i dati siano lecitamente rilevabili e utilizzabili ai sensi dell'art. 4 della legge 300 del 1970, tra la scienza giuridica che presidia gli effetti del contratto di lavoro e quella della organizzazione cui si chiede di predisporre modelli in grado di produrre e rendere comparabili i dati di produttività individuale.

A tal riguardo può essere utile evidenziare nella casistica giurisprudenziale si tende a valorizzare la differenza tra la resa lavorativa della risorsa sottoposta all'*iter* disciplinare e quella dei "*colleghi di pari livello in ambito sia zonale sia nazionale*" ⁽²³⁾ o di colleghi aventi la medesima esperienza e qualificazione professionale, nonché operanti in condizioni ambientali analoghe, poiché assegnati alla medesima sede di lavoro ⁽²⁴⁾. Allo stesso modo, è stata ritenuta sufficiente ad attestare la oggettiva esigibilità del risultato atteso la comparazione datoriale tra i dati relativi all'attività della risorsa cui è stato contestato l'inadempimento "*e quelli relativi all'analoga attività di suoi colleghi in simile posizione del settore sviluppo*", cioè il settore di assegnazione del dipendente sanzionato ⁽²⁵⁾,

⁽²²⁾ Cass. 2 marzo 2017, n. 26676, cit.

⁽²³⁾ Corte d'Appello di Roma 31 gennaio 2020, n. 372 che conferma Trib. Cassino 29 aprile 2019, n. 343, ove si legge che «il dato contabile [n.d.r. della performance] deve essere statisticamente valutato non come valore assoluto, ma con riferimento alla media delle performance dei colleghi di pari livello e medesima zona». Ed infatti, il Giudice di prime cure, al fine di valutare il rendimento del dipendente, aveva considerato la resa media di tutti i colleghi operanti nell'agenzia alla quale era addetto il lavoratore, nonché la resa media dei lavoratori assegnati alle altre agenzie di zona. La correttezza di tale approccio argomentativo risulta poi confermato da Cass. 14 luglio 2023, n. 20284.

⁽²⁴⁾ Tribunale di Terni 3 giugno 2020, n. 204. Nelle motivazioni della sentenza, il Tribunale di Terni ha condiviso le deduzioni della datrice di lavoro che, nella contestazione mossa al dipendente, aveva considerato il rendimento dei colleghi con medesime mansioni, operanti nella stessa agenzia ed addetti alla vendita della medesima tipologia di prodotto. Nello stesso senso si è espresso Tribunale di Forlì 12 ottobre 2016, n. 303, secondo il quale «la prova dello svolgimento non diligente della prestazione lavorativa è implicita nei dati numerici relativi alla produzione», posto che l'obiettivo assegnato al dipendente era largamente alla portata di una risorsa operante in condizioni ambientali analoghe e avente l'esperienza e la qualificazione professionale del lavoratore, in quanto sistematicamente superato, talvolta con ampio margine, da tutti gli altri colleghi operanti nella stessa agenzia.

⁽²⁵⁾ Cass., ord., 6 aprile 2023, n. 9453., cit. In questo caso la Corte di cassazione ha ritenuto di avallare le valutazioni dei giudici di merito i quali, al fine di valutare il rendimento del lavoratore licenziato, avevano accolto le deduzioni del datore di lavoro, ponendo a paragone il numero delle visite a clienti e/o filiali effettuate dal lavoratore con quello dei colleghi del medesimo ufficio, nonché confrontando il valore raccolto su prodotti omogenei (impieghi/impegni).

ovvero «tenuto conto della media attività tra i vari dipendenti ed indipendentemente dal conseguimento di una soglia minima di produzione»⁽²⁶⁾.

In sostanza, il risultato atteso può considerarsi esigibile nell'ipotesi in cui, da una rigorosa comparazione tra i lavoratori che svolgono la medesima attività (ad esempio tra i venditori che trattano i medesimi prodotti; gli informatici che programmano nei medesimi ambienti; ecc...), ricoprono pari posizione (ovvero operano come venditori nella medesima zona territoriale), lo stesso si configuri, in concreto, come oggettivamente raggiungibile.

È solo in questo caso che il datore di lavoro, altrimenti onerato dell'obbligo di dimostrare il comportamento omissivo o commissivo negligente, è legittimato a comprovare l'esistenza dell'inadempimento del lavoratore anche solo allegando il mancato conseguimento del risultato atteso. Semmai valorizzando, solo ai fini della individuazione della sanzione applicabile, la recidività quale elemento utile alla valutazione della gravità del profilo soggettivo secondo una scala di apprezzamenti normalmente tipizzata dai codici disciplinari ⁽²⁷⁾.

6. Scarso rendimento e regime delle presunzioni

Dal punto di vista giuridico il tipo di allegazione necessaria a comprovare l'esigibilità del risultato oggettivamente esigibile dal lavoratore subordinato, e quindi anche ad individuare gli *standard* del modello di comparazione a tal fine adeguati, è quello che si può ricavare dal regime delle presunzioni (art. 2729 c.c.) ⁽²⁸⁾. Così come la giurisprudenza in materia di responsabilità medica si avvale, in caso di intervento medico di *routine* ⁽²⁹⁾, dell'istituto della presunzione in ordine all'esistenza di una relazione probabilistica tra comportamento dovuto e risultato atteso dal paziente.

Ne deriva, in buona sostanza:

⁽²⁶⁾ Cass., ord., 6 aprile 2023, n. 9453, cit.; Cass. 9 luglio 2015, n. 14310, dove si rileva la «totale sproporzione» tra l'attività lavorativa del dipendente «rispetto a quello dei suoi colleghi, anche di inquadramento inferiore e di minore anzianità»; Cass. 20 agosto 1991, n. 8973.

⁽²⁷⁾ Cass. 14 luglio 2023, n. 20284, cit., dovendosi qui ricordare che quando la recidiva, secondo quanto previsto dalla contrattazione collettiva applicabile, rappresenta un elemento costitutivo della mancanza addebitata deve essere oggetto della preventiva contestazione Cass. 25 gennaio 2018, n. 1909; Cass. 25 novembre 2010, n. 23924; Cass. 25 novembre 1996, n. 10441. Per altro verso, del tutto correttamente, secondo Cass. 19 gennaio 2023, n. 158 al di fuori della recidiva lo scarso rendimento non può essere accertato con riferimento a precedenti illeciti disciplinari onde evitare una duplicazione di sanzioni per condotte ormai esaurite e distinte da quelle oggetto di nuova valutazione.

⁽²⁸⁾ Cass. 20 marzo 2018, n. 6893; Cass. 3 maggio 2003, n. 6747.

⁽²⁹⁾ Cass. 10 novembre 2021, n. 33006, cit., ha ribadito che nell'ambito di una prestazione professionale medico-chirurgica di *routine* (nella specie, applicazione di protesi duodenale per via endoscopica) si presume che le eventuali complicanze (decesso per perforazione determinata dalla protesi) siano state determinate da omessa o insufficiente diligenza professionale o da imperizia, sicché è onere del professionista superare detta presunzione.

a) che il giudice può trarre il suo convincimento da un apprezzamento, piuttosto elastico, ma comunque motivato, degli elementi indiziari introdotti nel processo, purché gravi, precisi e concordanti, potendo finanche fondare la decisione su una presunzione contraria ad altre prove acquisite qualora la medesima sia di una precisione e di una gravità tale da rendere inattendibili gli elementi di giudizio discordanti con la stessa ⁽³⁰⁾;

b) che l'individuazione degli elementi di fatto in grado di radicare la presunzione che il mancato raggiungimento del risultato atteso sia imputabile alla colpa del lavoratore ⁽³¹⁾, ponendo di conseguenza su quest'ultimo l'onere della prova della non imputabilità della condotta contestata, non può che dipendere dalla consistenza e precisione degli elementi comparativi offerti e, sotto un diverso ma non meno rilevante profilo, anche dalla dimostrazione che lo scostamento contestato al lavoratore non è meramente occasionale, e quindi imputabile a fattori meramente contingenti, perché si è protratto in un arco di tempo significativo (a prescindere dalla sanzione applicata) ⁽³²⁾.

7. La clausola sulla intensità minima della prestazione e la programmabilità aziendale dei livelli di rendimento

La puntuale esecuzione dell'obbligazione di lavoro subordinato resta in ogni caso condizionata, al pari di tutte le obbligazioni, anche dalla soddisfazione dell'interesse finale che il creditore persegue mediante l'esercizio del potere direttivo e l'eventuale specificazione, tramite di esso, di uno specifico risultato concretamente atteso.

La conferma di ciò la ricaviamo dalla legge quando dispone che l'esecuzione del rapporto può avvenire con forme di organizzazione per obiettivi (art. 18 della legge n. 81 del 2017⁽³³⁾), con ciò per il vero confermando quanto da sempre avviene nei modelli di organizzazione del lavoro per obiettivi che vedono tipicamente coinvolti i dirigenti ed il personale direttivo in generale.

Il risultato specificato dal datore di lavoro, anche se non certificato come esigibile agli effetti della ripartizione degli oneri probatori di cui qui ci stiamo occupando, entra comunque nel programma negoziale. Ciò che si vuole dire è che se il suo mancato conseguimento può di per sé non essere sufficiente ad aprire un tema di responsabilità contrattuale resta comunque il fatto che la mera individuazione di un risultato, purché coerente con le mansioni contrattualmente dovute, contribuisce ad individuare i

⁽³⁰⁾ Cass. 26 maggio 2017, n. 13373.

⁽³¹⁾ Cass. 6 aprile 2023, n. 9453, cit.

⁽³²⁾ Seppur non sia possibile predeterminare un arco temporale che possa dirsi - in via generale - "apprezzabile" ai fini della valutazione del rendimento del lavoratore, si segnala, in via esemplificativa, che in diverse pronunce di legittimità si è ritenuto legittimo il licenziamento del lavoratore per uno scarso rendimento protratto in un arco temporale di cinque mesi; cfr. Cass. 6 aprile 2023, n. 9453, cit. e Cass. 9 luglio 2015, n. 14310, cit.

⁽³³⁾ A. Ingraio, *Produttività del lavoro (agile) per obiettivi, (scarso rendimento e diligenza, LDE, n. 1.*

comportamenti dovuti dal lavoratore per l'esecuzione del contratto in buona fede (art. 1375 c.c.) ed il livello di diligenza (art. 2104 c.c.).

Ne deriva, per quanto qui interessa, che l'eventuale inserimento nel contratto di lavoro di una clausola c.d. di "intensità minima" non ha l'effetto di modificare la struttura dell'obbligazione di lavoro ma, più che altro, consente: a) di valorizzare la rilevanza che per quel determinato regolamento contrattuale assume la produzione del risultato atteso; b) di acquisire un esplicito consenso del lavoratore sulle eventuali modalità di specificazione del medesimo (ad esempio, tramite rinvio ai livelli di rendimento che vengono definiti tempo per tempo dal datore di lavoro nei programmi di produzione) ⁽³⁴⁾.

Clausole di questo tipo, solo per fare un esempio, possono rendere superflua ai fini della contestazione dello scarso rendimento l'affissione del codice disciplinare perché qualificano l'eventuale difetto di produzione del lavoratore tra i comportamenti manifestamente contrari ai propri doveri e agli interessi dell'impresa e non, come potrebbe avvenire nel caso di specificazione di un risultato in assenza di clausola di intensità minima, tra gli illeciti relativi alla violazione di specifiche prescrizioni attinenti all'organizzazione aziendale e ai modi di produzione per i quali l'affissione del codice ha un efficacia costitutiva ⁽³⁵⁾.

Ciò non toglie, bene inteso, che un conto è attribuire al risultato atteso una rilevanza contrattuale rafforzata e ben altra cosa resta il fatto che il programma di produzione unilateralmente fissato dal datore di lavoro in attuazione della clausola di intensità minima può rappresentare un parametro di quantificazione del rendimento oggettivamente esigibile solo nella misura in cui quel livello di rendimento sia verificato come concretamente raggiungibile in applicazione di adeguati standard di comparazione ⁽³⁶⁾.

⁽³⁴⁾ Come evidenziato da Tribunale di Terni 3 giugno 2020, n. 204, cit., la determinazione, da parte del datore di lavoro, delle soglie produttive, impongono al lavoratore di attivarsi fattivamente per il raggiungimento del risultato e fanno sì che tale obbligo di attivazione divenga l'oggetto della prestazione stessa.

⁽³⁵⁾ Cass. 14 luglio 2023, n. 20284.

⁽³⁶⁾ Ed infatti, come ovvio, il licenziamento intimato al lavoratore per sproporzione tra la produttività resa e gli obiettivi fissati dal programma di produzione può dirsi legittimo soltanto se tiene altresì conto della media del rendimento degli altri dipendenti Cass., ord., 6 aprile 2023, n. 9453, cit.; nello stesso senso Cass. 2 marzo 2017, n. 26676, cit. e Cass. 4 settembre 2014, n. 18678. In altri termini, il datore di lavoro potrà esercitare il proprio potere disciplinare sulla base della clausola di produzione soltanto nell'ipotesi in cui la medesima sia sorretta da un puntuale sistema di comparazione, idoneo a far presumere l'inadempimento della prestazione che rappresenta un ulteriore parametro di valutazione della «diligenza e professionalità medie, proprie delle mansioni affidate al lavoratore», Cass. 19 aprile 2024, n. 10640.

8. Dubbi sulla rilevanza dello scarso rendimento come motivo oggettivo di licenziamento

Una notazione conclusiva, infine, sulla tesi che a prescindere dalla colpa attribuisce una specifica rilevanza allo scarso rendimento del lavoratore che supera la soglia della tollerabilità e che, per questo, dovrebbe poter legittimare un'ipotesi di giustificato motivo oggettivo di licenziamento anche in assenza di una effettiva soppressione della posizione di lavoro⁽³⁷⁾. Si tratterebbe di un impedimento oggettivo sopravvenuto della prestazione che legittimerebbe la sostituzione del lavoratore licenziato nella medesima posizione di lavoro con altro collega in grado di conseguire il risultato atteso⁽³⁸⁾.

Orbene, se prescindiamo dalla decisione organizzativa di sopprimere la posizione di lavoro improduttiva, pienamente legittima a condizione che sia effettiva, il datore di lavoro che intenda sostituire il dipendente con altro collega più produttivo dovrebbe necessariamente partire dall'assunto che la prestazione del sostituito si qualifica per un grave scostamento dal raggiungimento del risultato/rendimento atteso ed esigibile.

A seguire questo ragionamento dovremmo dunque concludere nel senso che il datore di lavoro, dopo essersi posto il problema della oggettiva esigibilità del rendimento atteso, possa, alternativamente, contestare al dipendente l'inadempimento invocando la presunzione di negligenza di cui si è detto nei paragrafi che precedono o, per altro verso, risolvere direttamente il rapporto per motivi organizzativi.

In astratto il ragionamento può sembrare sensato perché non v'è dubbio che uno scarso rendimento ha un effetto sul regolare svolgimento dell'organizzazione del lavoro e, del resto, la verifica sulla effettiva esigibilità del risultato atteso resterebbe pur sempre affidata al giudice.

Ma entrando più in concreto non deve essere trascurato che il licenziamento per motivi oggettivi del lavoratore meno performante del collega che lo sostituisce è pur sempre un licenziamento fondato su ciò che attiene alla sfera soggettiva/comportamentale di un debitore che non riesce a conseguire un risultato oggettivamente esigibile. E, di conseguenza, non va trascurato che solo nella prospettiva disciplinare il lavoratore avrebbe la possibilità, prima di subire la comunicazione di

⁽³⁷⁾ Sulla diversa qualificazione del licenziamento per scarso rendimento come licenziamento per giustificato motivo oggettivo, A. Avondola, *Lo scarso rendimento: una nuova frontiera del licenziamento per giustificato motivo oggettivo?*, RIDL, 2015, 128-139; E. Gagnoli, *Il licenziamento per scarso rendimento e il giustificato motivo oggettivo (nota a Cass., 4 settembre 2014, n. 18678)*, LG, 2015, 1, 43-47; P. Ichino, *Un caro interessante per la riflessione sulla nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento: due opinioni*, RIDL, 2003, 690-691; E. Gramano, *Sul licenziamento intimato per scarso rendimento*, ADL, 2017, 1506-1517.

⁽³⁸⁾ P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, diretto da P. Schlesinger, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, 2003, 446.

recesso, di allegare e provare che il risultato atteso non era affatto esigibile o che, per altro verso, esistono motivi che ne escludono l'imputabilità.

Bibliografia

- Avondola A., *Lo scarso rendimento: una nuova frontiera del licenziamento per giustificato motivo oggettivo?*, in RIDL, 2015, 128-139;
- Bianca M., *Diritto civile Vol. IV - L'obbligazione*, Giuffrè, 1993, 73
- Cester C., *Diligenza e obbedienza del prestatore di lavoro. Art. 2104, Il codice civile. Commentario* (fondato da P. Schlesinger), Giuffrè, 2007
- D'Amico G., *La responsabilità ex repto e la distinzione tra obbligazioni "di mezzi" e "di risultato". Contributo alla teoria della responsabilità contrattuale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1999.
- Di Majo A., *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Zanichelli, 1988, 479 ss.
- Di Stasi S., *Obbligo di diligenza ed obbedienza del lavoratore nel diritto vivente: una lettura ragionata dell'art. 2104 cod. civ. alla luce dei principali orientamenti giurisprudenziali*, in ADL, 2015, 3, 747-764
- Gagnoli E., *Il licenziamento per scarso rendimento e il giustificato motivo oggettivo (nota a Cass., 4 settembre 2014, n. 18678)*, in LG, 2015, 1, 43-47.
- Gramano E., *Sul licenziamento intimato per scarso rendimento*, in ADL, 2017, 1506-1517.
- Ichino P., *Un caro interessante per la riflessione sulla nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento: due opinioni*, in RIDL, 2003, 690-691.
- Ichino P., *Il contratto di lavoro*, diretto da P. Schlesinger, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, 2003.
- Ingrao A., *Produttività del lavoro (agile) per obiettivi, (scarso rendimento e diligenza)*, in LDE, n. 1, 2024.
- Marazza M., *Lavoro e rendimento*, in ADL, 2004, 2, 539-570.
- Marazza M., *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, Cedam, 2002.
- Mattei A., *Licenziamento per "scarso rendimento": un percorso giurisprudenziale*, in LG, 2011, 8, 790-796.
- Mengoni L., *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, in (a cura di) A. Albanese, C. Castronovo e A. Nicolussi, *Scritti II. Obbligazioni e negozio*, Giuffrè, 2011, 146.