

LA QUALIFICAZIONE DEL RAPPORTO DI LAVORO
NELLA RACCOMANDAZIONE N. 198/2006
DELL'ORGANIZZAZIONE INTERNAZIONALE DEL LAVORO¹

Giuseppe CASALE
Chief Social Dialogue, Labour Law
and Labour Administration Branch,
ILO - Ginevra

1. *Introduzione.* — L'adozione da parte dell'*International Labour Organization* (d'ora in avanti ILO), nella XCV sessione della Conferenza internazionale del lavoro (giugno 2006), della Raccomandazione n. 198 sul rapporto di lavoro, accompagnata da una Risoluzione sulla stessa materia², è l'atto conclusivo di un lavoro ultradecennale, integrato da un'intensa attività di ricerche e studi comparati, a propria volta alimentata da un'ampia serie di dibattiti in ambito internazionale.

I risultati delle prime ricerche e dei primi studi comparati erano già stati esaminati e discussi all'interno dell'ILO nel 1997 e nel 1998. Del resto, è proprio nella sessione del giugno 1998 che la Conferenza internazionale del lavoro si era occupata del *contract labour* (lavoro a termine)³. D'altra parte, nell'ambito dell'ILO era divenuta sempre più urgente la necessità di affrontare la questione della tutela di quei prestatori di lavoro che, pur svolgendo di fatto un'attività di lavoro subordinato, non godono di alcuna protezione legale.

Negli anni successivi il tema è stato ulteriormente approfondito in seno all'ILO attraverso una serie di dibattiti e seminari di studio, concernenti in particolare lo *status* giuridico di quei lavoratori, non formalmente autonomi, che effettuano prestazioni lavorative nell'ambito di un rapporto di lavoro di incerta, ambigua o difficile qualificazione giuridica. L'ILO ha peraltro rivolto la sua attenzione anche ad altri aspetti direttamente o indirettamente connessi alla determinazione del rapporto di lavoro, come la condizione dei migranti, dei lavoratori a domicilio, dei lavoratori delle cooperative, di quelli operanti nel settore dell'"economia informale", dei minori, nonché l'attività di intermediazione delle agenzie di impiego private⁴.

Nella fase conclusiva di una lunga e complessa opera di analisi e di approfondimento, si sono registrati rilevanti progressi sia sul piano teorico sia su quello metodologico della ricerca, concernenti gli aspetti definatori e l'uso più appropriato dei termini giuridici. Tali progressi hanno consentito all'ILO di circoscrivere in modo adeguato l'ambito dell'indagine e di approfondire la conoscenza delle diverse normative e prassi nazionali⁵. Positive evoluzioni sono state conseguite anche sul piano dei rapporti tra le parti collettive interessate al tema qui in esame, che in più occasioni, e relativamente a vari punti, hanno raggiunto posizioni comuni, malgrado le riserve manifestate sul testo finale della Raccomandazione dai rappresentanti dei datori di lavoro.

Una svolta decisiva nei lavori era avvenuta, peraltro, durante la sessione della Conferenza internazionale del lavoro del giugno 2003⁶, allorché le tre parti costituenti (governi, sindacati dei

1 Articolo pubblicato in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, XXVI-3, Milano, 2007, pp. 135-143.

2 ILO, *Recommendation concerning the employment relationship, No. 198, 2006, e anche documento GB.297/3, 297th Session, third item on the agenda, Follow-up to resolutions adopted by the 95th Session (2006) of the International Labour Conference and other matters arising, Geneva, November 2006.*

3 Sul punto, v. ILO, *Contract Labour, Reports (1) and (2)*, ILC, 85th session, Geneva, 1997; ILO, *Record of Proceedings, 85th session, Geneva 1997*; ILO, *Contract Labour, Reports V (1), 2(A) and 2(B)*, ILC, 86th session, Geneva 1998; nonché ILO, *Record of Proceedings, 86th session, Geneva 1998.*

4 ILO, *Report of the Meeting of Experts on Workers in Situations Needing Protection*, doc. MEWNP/2000/4 (Rev.); ILO, *Meeting of Experts on Workers in Situation Needing Protection*, Geneva, 2000, doc. MEWNP/2000.

5 ILO, *The Employment Relationship, Report V (2A)*, Geneva, 2006; ILO, *Document GB 289/2, para. 7, point V, 2004.*

6 ILO, *The Scope of the Employment Relationship, Report V*, Geneva, 2003. È interessante notare come alcuni dei profili di questo rapporto sono stati anche ripresi dal recente *Green Paper on Modernizing Labour Law to meet the*

lavoratori e associazioni degli imprenditori), dopo un dibattito ampio e costruttivo, avevano concordato di sottomettere alla Conferenza del giugno 2006 un testo di Raccomandazione sul rapporto di lavoro.

2. *Il contesto politico-legislativo.* — Il rapporto di lavoro, al di là delle differenti definizioni rinvenibili nei diversi ordinamenti giuridici nazionali, è nozione universalmente condivisa, che connota il rapporto giuridico tra un datore e un prestatore di lavoro, che è fonte di diritti, obblighi e responsabilità in capo alle parti contraenti.

In via generale, è lecito presumere che ci troviamo di fronte a un rapporto di lavoro allorché una persona viene assunta per prestare un'attività o un servizio in cambio di una retribuzione. I problemi nascono, com'è noto, quando non è chiara la natura del rapporto giuridico tra chi presta un lavoro o un servizio e chi si obbliga a corrispondere un compenso, se si tratti cioè di un rapporto di lavoro subordinato o autonomo.

L'attenzione dell'ILO si è concentrata, in particolare, sulle situazioni nelle quali non è agevole individuare il datore nel rapporto di lavoro. Ciò si verifica, ad esempio, allorché chi presta un'attività di lavoro, o un servizio, entra in contatto con più persone che presentano le stesse caratteristiche di un imprenditore "tradizionale", ma senza che sia facile capire chi sia il vero datore di lavoro (come avviene nel cosiddetto "rapporto triangolare").

Ora, fenomeni come quello appena descritto, già noti a molti ordinamenti giuridici nazionali, negli ultimi anni si sono diffusi in misura esponenziale in quasi tutti i Paesi, mettendo in crisi la stessa forza e validità del diritto del lavoro, in ambito nazionale e internazionale, e minacciando la tenuta dei sistemi di protezione dei lavoratori subordinati. Infatti, la tutela che la legge dispone in via di principio per il lavoro subordinato può non trovare applicazione, in alcuni ordinamenti nazionali, qualora un vero lavoratore non possa essere qualificato come tale in ragione dell'esistenza, in quegli ordinamenti, di previsioni e definizioni legislative che risultano fuorvianti al fine dell'applicazione delle tutele, tipiche del lavoro subordinato.

A tal proposito occorre premettere che l'attenzione e l'impegno dell'ILO non si sono mai focalizzati sui rapporti giuridici tipici del diritto civile e commerciale, ma esclusivamente su quelli riconducibili in via di principio alla nozione di rapporto di lavoro, pertanto alla sfera del diritto del lavoro.

A ben vedere, anzi, il dibattito sulla Raccomandazione si è inserito in un gioco più ampio e complesso, concernente lo stesso futuro del diritto del lavoro, a livello sia internazionale sia dei singoli contesti nazionali, non esclusi quelli dei Paesi più avanzati sul piano degli standard di protezione. Con l'adozione della Raccomandazione n. 198 l'ILO ha senz'altro inteso contribuire a risolvere le questioni connesse alle situazioni di incertezza giuridica, diffuse tra gli Stati membri dell'organizzazione, concernenti la qualificazione del rapporto di lavoro, soprattutto alla luce della distinzione (e separazione) che esiste tra lavoro subordinato e autonomo, a (ri)stabilire quindi la centralità del diritto del lavoro.

Ma l'obiettivo era sicuramente più ampio, sol che si pensi a quanta avviene nel contesto della concorrenza internazionale, in cui acquistano posizioni di vantaggio sleale Paesi, i cui ordinamenti o mancano del tutto di norme a tutela del lavoro dipendente, o presentano livelli assai bassi di protezione sociale, o continuano a mantenere legislazioni fortemente ambigue (dando luogo alla cosiddetta *no man's land* tra lavoro subordinato e autonomo).

Se questi elementi, come da più parti viene ricordato, devono essere presi in attenta considerazione nell'ambito del dibattito sulla *fair globalization*⁷, a maggior ragione essi richiedono di essere valutati allorché si discute della necessità di rendere meno asimmetrico il rapporto tra

Challenges of the 21st Century, COM (2006), final, Brussels, November 2006.

⁷ Il riferimento è, in particolare, al Rapporto della World Commission, dal titolo *A fair globalization: Creating opportunities for all*, ILO, 24 febbraio 2004.

competitività, concorrenza e diritti sociali. Non v'è dubbio, infatti, che in particolare i Paesi più poveri (ma non solo questi), al fine di attrarre a tutti i costi gli investimenti stranieri, tentino di giocare al ribasso sul piano dei diritti sociali, riformando in senso meno oneroso per le imprese, quindi meno protettivo per i lavoratori, i sistemi nazionali di protezione sociale *lato sensu* intesi⁸.

In tale contesto sarebbe assai difficile, se non impossibile, riuscire a disciplinare situazioni quasi sempre relegate nella zona grigia dell'incertezza, se non dell'ambiguità giuridica, senza norme internazionali sul lavoro com'è quella costituita dalla Raccomandazione che è oggetto di queste note.

3. *Il testo base.* — Il primo *draft* del testo della Raccomandazione, sottoposto all'esame della Conferenza internazionale del lavoro nel giugno 2006, non si discosta di molto da quello definitivo approvato dalla Conferenza. Il testo iniziale della Raccomandazione, considerato nel suo complesso, era basato sugli orientamenti e le prassi comuni registrati negli Stati membri dell'Organizzazione. La vera sfida consisteva allora nel fornire una risposta a livello internazionale ai problemi concernenti la qualificazione del rapporto di lavoro e soprattutto nel predisporre un sistema di protezione per le categorie più deboli di prestatori di lavoro, in particolare per coloro che sono parti di rapporti di natura ambigua, non coperti da alcuno strumento legale e sprovvisti di ogni forma di protezione. L'ILO, mediante la Raccomandazione, invita gli Stati membri a introdurre nelle rispettive legislazioni nazionali disposizioni normative più precise e adeguate alle concrete realtà. È questo il motivo per cui in più punti della Raccomandazione si fa riferimento alla necessità che le autorità nazionali adottino, con il diretto coinvolgimento delle parti sociali più rappresentative, misure che consentano di mettere in atto un'*azione integrata e stabile*, che sia in grado di colmare le lacune giuridiche eventualmente esistenti.

4. *Struttura e contenuto della Raccomandazione.* — La Raccomandazione è articolata in tre parti e in una clausola finale, introdotte da un preambolo, il quale, secondo la tradizione degli "strumenti" giuridici internazionali (nonché degli atti normativi comunitari), fa riferimento ai principi giuridici ormai consolidati a livello internazionale.

La *parte I* è dedicata alle *politiche nazionali di protezione dei lavoratori*: la Raccomandazione invita gli Stati membri a formulare e applicare provvedimenti e politiche volti a verificare entro termini e periodi adeguati e, se necessario, a chiarire e adattare il campo d'applicazione della legislazione in materia, al fine di garantire una protezione efficace ai lavoratori che prestano la loro attività nell'ambito di un rapporto di lavoro. Natura e portata di questa tutela dovranno essere altresì precisate da norme di legge o regolate dalle prassi nazionali (o da entrambe le fonti), tenendo conto dei corrispondenti principi internazionali. Le suddette norme e/o prassi, specie se inerenti agli elementi relativi all'ambito di applicazione e alla responsabilità della loro attuazione pratica, dovranno essere chiare e appropriate, al fine di assicurare una tutela effettiva dei prestatori di lavoro. I provvedimenti e le politiche nazionali dovranno essere formulati e applicati in conformità alle leggi e prassi nazionali, dopo avere consultato le organizzazioni più rappresentative dei lavoratori e dei datori di lavoro.

La Raccomandazione aggiunge che le politiche nazionali dovranno includere *misure* dirette a:

a) fornire a tutti coloro che vi abbiano interesse, in particolare ai lavoratori e ai datori di lavoro, *orientamenti sulla determinazione dell'esistenza di un rapporto di lavoro*, così come sulla

⁸ ILO, *The Employment Relationship, Report V (1)*, Geneva, 2005; nonché ILO, *The Employment Relationship, Report V (2B)*, Geneva, 2006. Per una riflessione sull'azione dell'ILO nella materia qui in esame, si v. E. Marin, *The Employment Relationship: the Issue at the International Level*, in *Boundaries and Frontiers of Labour Law* (G. Davidov, B. Langille eds.), Hart Publishing, Oxford and Portland, 2006; e anche Slava Egorov, *Employment Relationship in a Global Perspective: the ILO Response*, (forthcoming) in *Georgetown Journal of International Law*, January-March 2007, Washington D.C.

distinzione tra lavoratori subordinati e autonomi;

b) *combattere l'instaurarsi di rapporti di lavoro ambigui*, come quelli che sorgono nell'ambito di rapporti giuridici di diversa natura o che sono formulati in modo da ingenerare errori o incertezze sulla loro reale natura, sì da privare il lavoratore delle tutele che gli spettano;

c) assicurare *norme applicabili a tutte le forme di accordo contrattuale*, comprese quelle che implicano la presenza di più parti (come nel c.d. rapporto triangolare), affinché i lavoratori subordinati possano beneficiare della protezione cui hanno diritto;

d) assicurare che le norme applicabili a ogni tipo di *contractual arrangement* individuino con chiarezza il *soggetto responsabile dell'effettiva tutela* prevista dalla legislazione;

e) prevedere, tanto per i lavoratori che per i datori di lavoro, l'accesso effettivo a procedure e meccanismi appropriati, rapidi, poco costosi ed efficaci, per la *risoluzione delle controversie* vertenti sulla sussistenza di un rapporto di lavoro;

f) assicurare il rispetto e l'*effettiva applicazione delle norme* di legge che disciplinano il rapporto di lavoro;

g) prevedere una *formazione adeguata*, nel campo della più rilevante normativa internazionale del lavoro e dei *case law* più significativi, indirizzata ai giudici, agli arbitri, ai conciliatori, agli ispettori del lavoro e alle altre categorie competenti in materia di risoluzione delle controversie di lavoro e di pratica applicazione delle norme di legge riguardanti il rapporto di lavoro.

Nell'ambito delle politiche e dei provvedimenti adottati, gli Stati membri dovranno vigilare a che sia garantita una tutela effettiva ai lavoratori che più spesso si trovano di fronte a rapporti di lavoro di incerta o ambigua qualificazione, come le donne, i disabili, i giovani, gli anziani, i migranti, e coloro che operano nell'economia informale. A tale riguardo, gli atti emanati dalle autorità nazionali dovrebbero rispondere con precisione agli interessi delle lavoratrici e dei lavoratori, ma dovrebbero altresì favorire una maggiore vigilanza sui settori economici ad alto tasso di partecipazione femminile, nei quali sono più frequenti i casi di rapporti di lavoro di incerta o ambigua qualificazione.

L'art. 7 della I parte riguarda la mobilità transnazionale dei lavoratori: esso prevede che nell'elaborazione delle politiche nazionali gli Stati membri dell'Organizzazione, previa consultazione con le organizzazioni sindacali e imprenditoriali più rappresentative e, se possibile, in consultazione con altri Stati membri, adottino misure dirette a tutelare i lavoratori migranti che, nei rispettivi territori nazionali, possano subire pregiudizi o danni a causa dell'incerta qualificazione del rapporto di lavoro, e a prevenire fenomeni di disapplicazione dei diritti dei lavoratori. Nel caso in cui i lavoratori di uno Stato vengano assunti da datori di lavoro residenti in Paesi diversi da quello di origine, e ritenuto opportuno che gli Stati membri interessati stipulino accordi bilaterali, al fine di prevenire pratiche abusive e fraudolente dirette ad eludere l'applicazione delle norme di tutela del lavoro subordinato.

La parte I si conclude con la precisazione di un concetto fondamentale, sul quale l'ILO ha mantenuto sempre una posizione ferma: le politiche nazionali di protezione dei lavoratori che siano parte di un rapporto di lavoro non debbono essere confuse con i rapporti giuridici configurabili come contratti di diritto civile e/o commerciale. Si esprime in tal modo chiaramente un'opzione a favore del mantenimento, a livello politico ma con inevitabili ricadute di ordine giuridico e sistematico, della "diversità" del diritto del lavoro rispetto alle altre discipline dell'area privatistica.

5. (Segue). *Criteri di qualificazione delle fattispecie di lavoro subordinato.* — La parte II della Raccomandazione ha per oggetto la determinazione dei criteri di accertamento della sussistenza di un rapporto di lavoro.

L'art. 9 prevede che tale opera di qualificazione dovrà basarsi in primo luogo sui criteri riguardanti la prestazione di lavoro e la retribuzione del lavoratore, indipendentemente dalla forma o dalle modalità in cui il rapporto di lavoro è stato qualificato.

Di conseguenza, gli Stati membri dovranno adottare metodi chiari per orientare i datori e i prestatori, fornendo criteri utili a qualificare un rapporto di lavoro come subordinato o autonomo. Per facilitare tale processo di qualificazione, le autorità nazionali potrebbero adottare misure dirette ad autorizzare una serie di mezzi utili a qualificare il rapporto di lavoro, o volte a stabilire una “presunzione legale” di esistenza di un rapporto di lavoro allorché sussistano uno o più indizi pertinenti; oppure potrebbero decidere, dopo apposita consultazione delle parti sociali, che in determinati settori economici venga adottata una chiara distinzione tra lavoro subordinato e autonomo.

A tale proposito, secondo la Raccomandazione, possono essere utilizzati come *criteri generali, di carattere prioritario, la subordinazione e la dipendenza economica*. L'art. 13 fornisce (a titolo indicativo) alcuni criteri che possono contribuire alla migliore definizione, da parte degli Stati membri, delle politiche nazionali sulla determinazione del rapporto di lavoro. Esso prevede che:

- a) l'esecuzione della prestazione lavorativa avvenga secondo le istruzioni e sotto il controllo di un'altra persona;
- b) il lavoro implichi l'inserimento del prestatore nell'organizzazione dell'impresa;
- c) il lavoro venga svolto unicamente o principalmente per conto di un'altra persona e debba essere effettuato dal lavoratore in persona;
- d) il lavoro venga eseguito secondo un orario determinato o in un luogo specifico;
- e) il lavoro abbia una durata specifica e presenti una certa continuità;
- f) il lavoro presupponga che il prestatore sia a disposizione del datore di lavoro;
- g) il lavoro implichi la fornitura di mezzi, materiali o macchine da parte della persona che richiede la prestazione lavorativa;
- h) la retribuzione percepita dal lavoratore abbia carattere periodico;
- i) tale retribuzione costituisca la fonte unica o principale di reddito del lavoratore;
- l) vi sia riconoscimento di diritti quali il riposo settimanale e le ferie annuali;
- m) le spese per gli spostamenti del lavoratore, per ragioni di lavoro, siano a carico del creditore della prestazione lavorativa;
- n) sia assente qualsiasi rischio economico per il lavoratore.

Come si vede, la Raccomandazione fa propri criteri ormai acquisiti nella giurisprudenza e nella dottrina di vari Paesi dell'Europa occidentale, in genere classificati in tre gruppi: i *criteri assolutamente prioritari in senso caratterizzante del vincolo di subordinazione* (assoggettamento al potere direttivo, disciplinare e di controllo del datore di lavoro); i *parametri esterni al contenuto dell'obbligazione* (collaborazione, inserimento, continuità), in grado di sostituire l'indice principale o di compensarne l'attenuazione; i *criteri residuali* (vincolo di orario, forma della retribuzione, incidenza del rischio, oggetto della prestazione), capaci di rafforzare i precedenti ma non di sostituirli.

Ove nell'utilizzo di uno o più dei criteri riferiti sorgano controversie tra le parti sull'interpretazione e l'applicazione dei medesimi, la Raccomandazione prevede che la risoluzione di tali controversie sia affidata ai giudici del lavoro o ad altri organi giurisdizionali, o che esse possano essere rimesse a procedure arbitrali, alle quali abbiano libero accesso i lavoratori e i datori di lavoro.

Nel mettere in pratica i vari dispositivi, le competenti autorità nazionali sono altresì tenute a garantire il rispetto e l'applicazione della legislazione nazionale relativa al rapporto di lavoro per quanto riguarda tutti gli aspetti concernenti il testo della Raccomandazione, servendosi a tal fine, ad esempio, dei servizi ispettivi del lavoro e tributari, e degli enti della previdenza sociale.

Sebbene l'amministrazione del lavoro nel suo insieme svolga un ruolo determinante nell'applicazione delle leggi, è pur vero che, per quanto riguarda gli aspetti connessi al peculiare processo di qualificazione del rapporto di lavoro, è opportuno lasciare uno spazio adeguato al ruolo che le parti sociali possono e devono avere nel dialogo sociale.

In ogni caso, considerando che in molti Paesi il dialogo sociale non è ancora sviluppato e consolidato, la Raccomandazione invita gli Stati membri a dotarsi di un sistema, o di meccanismi, che possano facilitare i lavoratori e gli imprenditori nel monitorare i cambiamenti nel mercato del lavoro affinché la legislazione possa meglio adattarsi alle esigenze del mercato così come dell'organizzazione del lavoro. In tale contesto, gli artt. 19-22 prevedono che nei singoli Stati membri un soggetto nazionale a composizione tripartita (governo, sindacati dei lavoratori e associazioni imprenditoriali) sia incaricato di seguire l'evoluzione del mercato e dell'organizzazione del lavoro per esprimere adeguati pareri alle autorità competenti per una migliore applicazione delle norme di legge in materia di (rapporto di) lavoro. A questo fine, è necessario che a livello nazionale venga organizzata una raccolta sistematica di dati statistici e di studi sulla struttura del mercato del lavoro, soprattutto nei settori economici ritenuti strategici per l'economia del Paese.

Infine, viene incoraggiata l'attivazione di scambi regolari e permanenti di informazioni e dati statistici sul mondo del lavoro fra tutti gli Stati membri dell'organizzazione, il quale potrebbe rendere più facile l'individuazione dei criteri da adottare a livello nazionale per una migliore determinazione del rapporto di lavoro.

6. *La Risoluzione dell'ILO sui rapporto di lavoro.* — Per sostenere l'applicazione e la promozione della Raccomandazione n 198, la Conferenza internazionale del lavoro ha inoltre approvato una Risoluzione sul rapporto di lavoro, con la quale è stato dato mandato all'Ufficio Internazionale del Lavoro di proseguire nel lavoro comparato già intrapreso negli anni passati, di analizzare i mutamenti in corso nel mondo del lavoro e, soprattutto, di continuare a monitorare i cambiamenti legislativi negli Stati membri per quel che concerne la determinazione del rapporto di lavoro.

A tale riguardo, il Consiglio di Amministrazione dell'ILO (nella sessione del novembre 2006) ha incaricato il Direttore Generale di mettere in atto una serie di misure utili a garantire un più efficace scambio di informazioni a livello internazionale, e di accompagnare i propri costituenti nella migliore comprensione della problematica in questione. Allo stesso tempo l'ILO si impegna ad assistere gli Stati membri, laddove necessario, a mettere in pratica una legislazione rispettosa dei diritti e dei doveri nascenti da un contratto di lavoro subordinato.

In tale quadro, l'ILO si impegna a creare un sistema di monitoraggio internazionale attraverso il quale gli Stati membri possano prendere conoscenza delle buone pratiche in materia di determinazione del rapporto di lavoro. In particolare, l'ILO dovrà fornire assistenza tecnica agli Stati che ne facciano richiesta, o aiutare i medesimi a creare meccanismi di monitoraggio del mercato del lavoro e a mettere in opera i dispositivi di applicazione della legislazione previsti dalla Raccomandazione.

L'ILO, inoltre, si impegna a mantenere aggiornata l'informazione e a provvedere alla preparazione di studi comparati sul rapporto di lavoro, nonché ad avviare studi nazionali riguardanti i sistemi legali degli Stati membri, al fine di poter meglio tenere sotto controllo i mutamenti legislativi concernenti il rapporto di lavoro. I primi risultati di questi impegni saranno resi pubblici nella prima metà del 2008, per proseguire sino alla fine del 2009.