

Discriminazioni algoritmiche e tutela dei lavoratori: riflessioni a partire dall'Ordinanza del Tribunale di Bologna del 31 dicembre 2020

Matteo Borzaga, Michele Mazzetti*

ALGORITHMIC DISCRIMINATION AND WORKERS' RIGHTS: THE ORDER OF THE TRIBUNAL OF BOLOGNA

ABSTRACT: This article analyses the order of the Court of Bologna of 31 December 2020 concerning the indirect collective discrimination committed by Deliveroo Italy S.r.l. against its riders through the management algorithm.

KEYWORDS: Labour law; anti-discrimination law; algorithmic discrimination; riders; right to strike

SOMMARIO: 1. Premessa: una vicenda complessa – 2. Una *strategic litigation* all'italiana – 3. Problemi processuali dal "sapore" sostanziale: cessazione della materia del contendere e legittimazione attiva – 4. Discriminazioni e algoritmi: il mimetismo del "capitalismo delle piattaforme" – 4.1. *Riders*: quale rapporto di lavoro? – 4.2. Discriminazioni algoritmiche – 4.3. (Segue) Discriminazione diretta o indiretta? – 5. Che sanzione applicare? – 6. Considerazioni conclusive.

* Matteo Borzaga: Professore ordinario di Diritto del Lavoro, Università degli Studi di Trento – Dipartimento "Facoltà di Giurisprudenza", School of International Studies. Mail: matteo.borzaga@unitn.it; Michele Mazzetti: Dottorando di ricerca in International Studies, Università degli Studi di Trento – School of International Studies. Mail: michele.mazzetti@unitn.it. Premessa e Considerazioni conclusive sono frutto dell'elaborazione di entrambi gli autori, i paragrafi 2, 3, 4, 4.2, 4.3 e 5 sono stati scritti dal dott. Mazzetti, mentre il paragrafo 4.1 è stato redatto dal prof. Borzaga. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

1. Premessa: una vicenda complessa

Il tema delle discriminazioni algoritmiche è stato per diverso tempo trascurato¹ e confinato alla riflessione di una parte minoritaria della dottrina². La situazione è radicalmente mutata con l'Ordinanza del Tribunale di Bologna del 31 dicembre 2020, che ha portato alla ribalta questo tema scrivendo un precedente storico³. La giudice del lavoro, con la sua decisione, ha infatti riconosciuto la sussistenza di una discriminazione indiretta nei confronti dei lavoratori in relazione alle condizioni di accesso alla prenotazione delle sessioni di lavoro tramite la piattaforma digitale della società datrice di lavoro Deliveroo Italy S.r.l.⁴

La causa, promossa dalle organizzazioni sindacali FILCAMS–CGIL Bologna, NIDIL–CGIL Bologna e FILT–CGIL Bologna, verteva sulla natura discriminatoria insita nella valutazione reputazionale dei singoli ciclofattorini (*riders*) operata dall'algoritmo "Frank", che portava ad una penalizzazione dei lavoratori nell'accesso alle sessioni di lavoro (*slot orari*)⁵.

La statistica elaborata dall'algoritmo sfavoriva, attraverso l'attribuzione di un punteggio negativo, i *riders* nelle ipotesi di c.d. *late cancellation*, ossia di cancellazione o annullamento della prenotazione di uno *slot* con un preavviso inferiore alle 24 ore, senza discernere in base alle motivazioni che avevano

¹ M. BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, in *Labour & Law Issues*, 7, 1, 2021, I. 4.

² Sul punto è opportuno ricordare i lavori di E. DAGNINO, *Dalla fisica all'algoritmo: una prospettiva di analisi giuslavoristica*, Bergamo, 2019; G. CENTAMORE, L. RATTI, *Oltre il dilemma qualificatorio: potenzialità e limiti del diritto antidiscriminatorio nella protezione del lavoratore on-demand*, in C. ALESSI, M. BARBERA, L. GUAGLIANONE (a cura di), *Impresa, Lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Bari, 2019, 663 ss.; C. ALESSI, *Lavoro tramite piattaforma e divieti di discriminazione nell'UE*, in C. ALESSI, M. BARBERA, E L. GUAGLIANONE (a cura di), *Impresa, Lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Bari, 2019, 683 ss.; A. DONINI, *Tecniche avanzate di analisi dei dati e protezione dei lavoratori*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 28, 1, 2018, 222 ss.; A. ALOISI, V. DE STEFANO, *Il tuo capo è un algoritmo. contro il lavoro disumano*, Bari, 2020; J. PRASSL, *What if your boss was an algorithm? Economic incentives, legal challenges, and the rise of artificial intelligence at work*, in *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 41, 1, 2019, 123 ss.; L. GIACOMELLI, *Big brother is «gendering» you. Il diritto antidiscriminatorio alla prova dell'intelligenza artificiale: quale tutela per il corpo digitale?*, in *BioLaw Journal*, 2, 2019, 269 ss.; P. HACKER, *Teaching fairness to artificial intelligence: existing and novel strategies against algorithmic discrimination under eu law*, in *Common Market Law Review*, 55, 4, 2018, 1143 ss.; V. MAIO, *Il diritto del lavoro e le nuove sfide della rivoluzione robotica*, in *Argomenti Di Diritto Del Lavoro*, 6, 2018, 1414 ss.

³ M.V. BALLESTRERO, *Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma*, in *Labor*, 1, 2021, 103; M. BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, cit., I. 3; A. PERULLI, *La discriminazione algoritmica: brevi note introduttive a margine dell'Ordinanza del Tribunale di Bologna*, in *Lavoro Diritti Europa*, 1, 2021, 2; M. PERUZZI, *Il diritto antidiscriminatorio al test di intelligenza artificiale*, in *Labour & Law Issues*, 7, 1, 2021: I.48 ss.; B. CARUSO, L. ZAPPALÀ, *Un diritto del lavoro 'tridimensionale': valori e tecniche di fronte ai mutamenti dei luoghi di lavoro*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 439/2021*, 1 ss.; R. SANTAGATA DE CASTRO, *Anti-discrimination law in the italian courts: the new frontiers of the topic in the age of algorithms*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 440/2021*, 1 ss.; M. FAIOLI, *Discriminazioni digitali e tutela giudiziaria su iniziativa delle organizzazioni sindacali*, in *Diritto Delle Relazioni Industriali*, 31, 1, 2021, 204 ss.

⁴ M. BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, cit., I. 3; R. SANTAGATA DE CASTRO, *Anti-discrimination law in the italian courts: the new frontiers of the topic in the age of algorithms*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 440/2021*, 1 ss.; M. FAIOLI, *Discriminazioni digitali e tutela giudiziaria su iniziativa delle organizzazioni sindacali*, in *Diritto Delle Relazioni Industriali*, 31, 1, 2021, 204 s.

⁵ M. PERUZZI, *Il diritto antidiscriminatorio al test di intelligenza artificiale*, cit., I.50 s.



dato luogo alla cancellazione⁶. In particolare, gli attori contestavano la lesione dei diritti sindacali e tra questi, soprattutto, del diritto di sciopero.

Nella motivazione dell'Ordinanza la giudice riconosce che le considerazioni svolte attorno alla lesione dei diritti sindacali possono ben estendersi a tutte le altre motivazioni legittime di astensione dal lavoro, come la malattia o l'infortunio, e che pertanto il comportamento datoriale è estremamente lesivo dei diritti dei lavoratori e discriminatorio⁷. Il punto nodale della vicenda consiste nella scelta datoriale di trattare situazioni diverse in modo uguale, cioè nell'operare scientemente una discriminazione⁸. A nulla giova l'affermazione che l'algoritmo sia neutrale, poiché esso comunque viene programmato secondo le disposizioni del datore di lavoro, che quindi deve essere considerato come l'attore della discriminazione⁹.

In sintesi il ricorso dei sindacati, accolto dalla giudice, censura la pratica datoriale trasfusa nell'algoritmo che, nel calcolare il punteggio dei *riders*, penalizza tutte le forme lecite di astensione dal lavoro comportando una illegittima discriminazione e una sostanziale perdita di *chances* di lavoro¹⁰.

La soluzione adottata dalla giudice di Bologna è lodevole non solo perché l'Ordinanza costituisce un "manuale applicato di diritto antidiscriminatorio"¹¹, ma anche perché presenta tutte le questioni giuridiche rilevanti nella controversia padroneggiandole in modo efficace¹². Dal canto loro, gli attori hanno saputo costruire il caso giudiziario in modo strategico (*strategic litigation*), creando un precedente molto importante e aprendo la strada ad una evoluzione del diritto sindacale in senso maggiormente "giudiziale" attraverso il diritto antidiscriminatorio¹³. Non a caso, per descrivere il risultato ottenuto dalle organizzazioni sindacali Barbera richiama i modelli di stampo angloamericano di *legal mobilisation* a servizio della *political mobilisation*¹⁴. Questi processi tendono entrambi a favorire il cambiamento sociale e il miglioramento delle condizioni dei gruppi o degli individui che li mettono in atto, tuttavia la *legal mobilisation* è peculiare perché si esercita attraverso lo strumento giudiziale del processo¹⁵. In questo modo le organizzazioni sindacali contribuiscono a quella che Perulli definisce «opera

⁶ M.V. BALLESTRERO, *Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma*, cit., 103; M. PERUZZI, *Il diritto antidiscriminatorio al test di intelligenza artificiale*, cit., 1.50 s.

⁷ M.V. BALLESTRERO, *Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma*, cit., 103.

⁸ P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 75.

⁹ S. TOMMASI, *Algoritmi e nuove forme di discriminazione: uno sguardo al diritto europeo*, in *Revista de Direito Brasileira*, 27, 10, 2021, 112 ss.

¹⁰ M.V. BALLESTRERO, *Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma*, cit., 103.

¹¹ M. BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, cit., 1. 3.

¹² M.V. BALLESTRERO, *Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma*, cit., 103.

¹³ M. BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, cit., 1. 3.

¹⁴ M. BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, cit., 1. 3.

¹⁵ F. K. ZEMANS, *Legal mobilization: the neglected role of the law in the political system*, in *The American Political Science Review*, 77, 3, 1983, 690 ss.; P. BURSTEIN, *Legal mobilization as a social movement tactic: the struggle for equal employment opportunity*, in *American Journal of Sociology*, 96, 5, 1991, 1201 ss.; C. R. EPP, *The rights revolution: lawyers, activists, and supreme courts in comparative perspective*, Chicago, Londra, 1998; S. GLOPPEN, *Litigation as a strategy to hold governments accountable for implementing the right to health*, in *Health and Human Rights*, 10, 2, 2008, 21 ss.; S. GLOPPEN, *Litigating health rights: framing the analysis*, in A. E. YAMIN E S. GLOPPEN (a cura di), *Litigating health rights. Can courts bring more justice to health?*, Cambridge, 2011, 17 ss.; L. VANHALA, *Legal mobilization, political science*, Oxford, 2012; J. DUGARD, J. MACLEOD, A. ALCARO, *A rights-based examination of residents' engagement with acute environmental harm across four sites on south africa's witwatersrand basin*, in *Social Research*, 79, 4, 2012, 931 ss.; E. LEHOUCQ, W. K. TAYLOR, *Conceptualizing legal*





di disvelamento dei nuovi modelli di disciplinamento sociale tramite i dispositivi algoritmici»¹⁶ e permettono al diritto del lavoro sia di «stabilire quali sono le [ndr. nuove] “patologie del sociale”»¹⁷, sia di adeguarsi alla trasformazione socio-economica in atto.

In questa chiave la decisione del Tribunale di Bologna è importante perché squarcia il velo di apparente neutralità rispetto alle nuove tecnologie applicate alla gestione del lavoro¹⁸. Nel nuovo capitalismo digitale in cui al paradigma antico taylorista si associa la rivoluzione tecnologica, gli algoritmi, in quanto prodotti umani, possono perpetrare forme di discriminazione e divenire strumenti di oppressione, mascherati da apparente oggettività e neutralità¹⁹. Basti pensare agli studi recenti di Gerards, Xenidis e Kullmann, che hanno messo in luce la capacità discriminatoria degli algoritmi, principalmente in materia retributiva, nei confronti delle lavoratrici²⁰. Un altro esempio è quello relativo al ricorso ad algoritmi che determinano la permanenza o la risoluzione del rapporto di lavoro in base a pratiche di *customer satisfaction*²¹. Una terza possibilità riguarda gli algoritmi di controllo della produttività e di gestione della manodopera implementati in determinate realtà aziendali di *e-commerce*, che sono stati oggetto di studio e che pongono vari problemi di *privacy*, tutela della salute e limiti ai poteri datoriali²². In questa galassia di algoritmi, dove l'impresa perde i suoi connotati tradizionali diventando piattaforma digitale, il caso dei *riders* di Bologna può a buon diritto considerarsi un risultato importante per il rilancio del diritto del lavoro come strumento capace di porre limiti e di contrastare le nuove “patologie del sociale”²³.

2. Una *strategic litigation* all'italiana

La controversia giudicata dal Tribunale di Bologna riveste i contorni di una *strategic litigation*²⁴ sia per i fatti di causa, sia per il mezzo utilizzato per il ricorso.

mobilization: how should we understand the deployment of legal strategies?, in *Law and Social Inquiry*, 45, 1, 2020.

¹⁶ A. PERULLI, *La discriminazione algoritmica: brevi note introduttive a margine dell'Ordinanza del Tribunale di Bologna*, cit., 2.

¹⁷ *Ibidem*

¹⁸ *Ibidem*

¹⁹ P. PERULLI, *Dopo il capitalismo*, in A. PERULLI (a cura di), *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Milano, Padova, 2018, 147 ss.

²⁰ J. GERARDS E R. XENIDIS, *Algorithmic discrimination in Europe. Challenges and opportunities for gender equality and non-discrimination law*, Luxembourg, 2021; M. KULLMANN, *Platform work, algorithmic decision-making, and eu gender equality law*, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 34, 1, 2018, 1 ss.

²¹ A. PERULLI, *La discriminazione algoritmica: brevi note introduttive a margine dell'Ordinanza del Tribunale di Bologna*, cit., 2.

²² A. LASSANDARI, *La tutela collettiva del lavoro nelle piattaforme digitali: gli inizi di un percorso difficile*, in *Labour & Law Issues*, 4, 1, 2018, IV ss.; B. CATTERO, M. D'ONOFRIO, *Orfani delle istituzioni. Lavoratori, sindacati e le “fabbriche terziarie digitalizzate” di Amazon*, in *Quaderni Rassegna Sindacale*, 1, 2018, 7 ss.; M. MAZZETTI, *Amazon: taylorismo digitale e diritti dei lavoratori*, in *Lavoro e Diritto*, 2, 2021, 359 ss.

²³ A. HONNETH, *Patologie del sociale*, in B. CARNEVALI (a cura di), *La libertà negli altri. Saggi di filosofia sociale*, Bologna, 2017, 37 ss.

²⁴ Sul tema sono autorevoli le riflessioni di P. BURSTEIN, *Discrimination, jobs, and politics*, Chicago, 1985; P. BURSTEIN, K. MONAGHAN, *Equal employment opportunity and the mobilization of law*, in *Law and Society Review*,



Come si è accennato in premessa, la decisione della giudice di Bologna è resa nel quadro di un procedimento antidiscriminatorio ai sensi dell'art. 28 d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150. Gli attori in questo procedimento sono le organizzazioni sindacali FILCAMS–CGIL Bologna, NIDIL–CGIL Bologna e FILT–CGIL Bologna, che lamentano una discriminazione collettiva perpetrata dalla convenuta Deliveroo Italy S.r.l. attraverso l'algoritmo, denominato “Frank”, con il quale viene gestita l'assegnazione delle sessioni di lavoro (*slot*) ai ciclofattorini (*riders*)²⁵.

Come riportato nelle memorie delle organizzazioni sindacali richiamate dalla giudice, questo algoritmo si basa sul modello del *ranking* reputazionale e quindi sull'attribuzione di un punteggio a ciascun ciclofattorino sulla base di due criteri: affidabilità e partecipazione²⁶. Pertanto, il lavoratore viene penalizzato nella statistica qualora si astenga dal lavoro per qualsiasi motivo con un preavviso inferiore alle 24 ore²⁷. A detta dei sindacati, nel caso in cui il lavoratore non abbia disdetto la sua prenotazione rispettando il preavviso, per evitare la valutazione negativa, dovrebbe recarsi all'interno del perimetro della zona di lavoro prenotata al fine di connettersi (“loggarsi”) entro 15 minuti dall'inizio della sessione perché il sistema lo geolocalizza e quindi lo controlla da remoto²⁸.

Alla perdita di punteggio si associa la perdita di opportunità di lavoro perché, per poter prenotare le sessioni di lavoro, i *riders* devono accedere alla piattaforma di *self-service booking* (SSB) in tre fasce orarie diverse (11:00, 15:00 e 17:00), che si sbloccano in base alla loro “reputazione”, valutata dall'algoritmo²⁹. Tuttavia, il lavoratore che prenoti alle 11:00 può raggiungere fino a quaranta ore settimanali di lavoro, mentre quello che prenoti alle 17:00 può trovarsi costretto a fare solo due ore di lavoro la settimana, con grave danno economico³⁰.

Nel non discernere le motivazioni legittime di astensione, nel caso di specie lo sciopero, da tutte le altre, l'algoritmo opera una discriminazione illegittima e produce un danno ai lavoratori. In altre parole, i sindacati «lamentano che l'algoritmo della società convenuta [...] penalizza tutte le forme lecite di astensione dal lavoro, determinando una limitazione nelle future occasioni di lavoro»³¹.

La società convenuta eccepisce però che tale discriminazione sarebbe cessata, e con essa anche la materia del contendere, dal momento che in concomitanza con l'avvio della causa ha provveduto a eliminare il sistema di *self-service booking* (SSB) fonte della discriminazione.

Prima di passare in rassegna i passaggi più rilevanti della decisione in esame è interessante soffermarsi brevemente sul procedimento di impugnazione scelto dalle organizzazioni sindacali. In effetti queste ultime ricorrono all'art. 28 d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150³². Secondo alcune prospettive, di cui si tratterà in seguito, i sindacati avrebbero anche potuto far riferimento all'art. 28 St. Lav. che presidia l'art.

20, 3, 1986, 355 ss.; P. BURSTEIN, *Legal mobilization as a social movement tactic: the struggle for equal employment opportunity*, in M. W. MCCANN (a cura di), *Law and social movements*, New York, 2006.

²⁵ Trib. Bologna, Ord. 31 dicembre 2020, 1.

²⁶ A. PERULLI, *La discriminazione algoritmica: brevi note introduttive a margine dell'Ordinanza del Tribunale di Bologna*, cit., 4.

²⁷ Trib. Bologna, Ord. 31 dicembre 2020, 1 ss.

²⁸ Trib. Bologna, Ord. 31 dicembre 2020, 2.

²⁹ Trib. Bologna, Ord. 31 dicembre 2020, 1 ss.

³⁰ M.V. BALLESTRERO, *Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma*, cit., 104; Trib. Bologna, Ord. 31 dicembre 2020, 1 ss.

³¹ *Ivi*, 103

³² *Ivi*, 108



15 St. Lav. (divieto di discriminazioni per ragioni connesse alla libertà e all'attività sindacale)³³. Tuttavia, gli attori hanno deciso strategicamente di avvalersi del diritto antidiscriminatorio di seconda generazione e far rientrare la libertà sindacale fra le "convinzioni personali"³⁴ perché hanno tenuto conto di più fattori: l'ampiezza del diritto antidiscriminatorio, che non si limita unicamente all'ambito lavoristico, la previsione del divieto di discriminazione diretta, indiretta e collettiva e il regime probatorio meno gravoso³⁵.

Questa scelta attorea è avvalorata anche dalla Cassazione con la sentenza 2 gennaio 2020, n. 1 in cui si distingue nettamente fra convinzioni religiose e personali³⁶. Tale distinzione, che sta prendendo piede nel nostro ordinamento per il tramite della giurisprudenza, è un portato del diritto eurounitario che – agli artt. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e 19 TFUE così come nella Dir. 2000/78/CE – distingue nettamente fra convinzioni religiose e personali³⁷. Il punto critico sta nel mancato esplicito richiamo nelle citate fonti della discriminazione per motivi sindacali, questione però risolta per via interpretativa dalla giurisprudenza che infatti afferma:

«nell'ambito della categoria generale delle convinzioni personali, caratterizzata dall'eterogeneità delle ipotesi di discriminazione ideologica estesa alla sfera dei rapporti sociali, può essere ricompresa [...] anche la discriminazione per motivi sindacali, con il conseguente divieto di atti o comportamenti idonei a realizzare una diversità di trattamento o un pregiudizio in ragione dell'affiliazione o della partecipazione del lavoratore ad attività sindacali»³⁸.

Il ricorso all'art. 28 d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150 è strategicamente corretto per i vantaggi in termini processuali e sostanziali che produce, ma anche perché, come detto in precedenza, rappresenta un esempio di *legal mobilisation* che può dare un nuovo sbocco al diritto sindacale e del lavoro³⁹.

Avendo chiarito l'importanza della strategia processuale, è opportuno prendere in considerazione le cinque – due processuali, due sostanziali e una rimediale – questioni focali della controversia⁴⁰.

In merito alle questioni processuali, la giudice di Bologna ha preliminarmente dovuto occuparsi del tema della cessazione della materia del contendere, nonché della legittimazione attiva delle organizzazioni sindacali. Queste questioni, su cui si ritornerà, sono risolte positivamente, ricorrendo alla giurisprudenza di Cassazione sull'utilità del giudizio da rendere e sulla legittimazione degli enti esponenziali⁴¹.

³³ A. DONINI, *Condotta Antisindacale e Collaborazioni Autonome: Tre Decreti a Confronto*, in *Labour & Law Issues*, 7, 1, 2021, R.3 ss.

³⁴ M.V. BALLESTRERO, *Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma*, cit., 108 s.

³⁵ S. BORELLI, A. GUARISO, L. LAZZERONI, *Le discriminazioni nel rapporto di lavoro*, in A. GUARISO, M. BARBERA (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Torino, 2020, 165 ss.; M.V. BALLESTRERO, *Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma*, cit., 108 s.

³⁶ Cass., sent. 2 gennaio 2020, n. 1, cpv. 9.4–10.2.

³⁷ M.V. BALLESTRERO, *Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma*, cit., 109.

³⁸ Cass., sent. 2 gennaio 2020, n. 1, cpv. 9.6.

³⁹ M.V. BALLESTRERO, *Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma*, cit., 109; M. BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, cit., l. 3.

⁴⁰ M. V. BALLESTRERO, *Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma*, cit., 104 s.

⁴¹ Cass., Ord. 20 Luglio 2018, n. 19443; Cass., sent. 8 luglio 2010, n. 16150; Cass., sent. 22 dicembre 2006, n. 27460; Cass., sent. 1 aprile 2004, n. 6395; Cass., sent. 10 febbraio 2003, n. 1950; Cass., sent. 3 settembre 2003, n. 12844; Cass., sent. 28 marzo 2001, n. 4505; Cass., sent. 16 dicembre 1999, n. 14144; Cass., sent. 22 gennaio



Superati gli ostacoli processuali, l'Ordinanza si occupa delle questioni sostanziali. In particolare la decisione accenna, aggirando l'ostacolo, alla questione della qualificazione del rapporto di lavoro dei cicofattorini, per pervenire poi alla questione principale della tutela antidiscriminatoria applicabile ai *riders*. Infine, la giudice si pone il problema del rimedio da adottare; la soluzione è offerta dall'art. 28, comma 5, d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150 in cui si stabilisce che: «con l'ordinanza che definisce il giudizio il giudice può condannare il convenuto al risarcimento del danno anche non patrimoniale e ordinare la cessazione del comportamento, della condotta o dell'atto discriminatorio pregiudizievole [...]»⁴².

Posta l'impossibilità di una condanna alla cessazione del comportamento discriminatorio, permane comunque la necessità di ristorare il danno che, non potendosi definire la platea di *riders* discriminati, viene quantificato equitativamente a favore del sindacato. Questo tema è strettamente legato alle due questioni processuali che, non a caso, vengono trattate all'inizio dell'Ordinanza.

In tutto ciò, ricopre un ruolo rilevante anche il tema dell'onere della prova come disciplinato dalla Dir. 2000/43/CE e dal d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150. In particolare, sia il diritto eurounitario che quello nazionale, interpretati dalla Corte di Giustizia dell'UE e dalla Corte di Cassazione, prevedono una parziale inversione dell'onere della prova: il lavoratore, infatti, ha l'onere di allegare elementi fattuali da cui si può presumere la discriminazione, mentre è il datore di lavoro a dover provare l'insussistenza della stessa. A ciò si aggiunge, in caso di discriminazioni indirette, il diritto del datore di lavoro di fornire giustificazione. Il datore di lavoro deve, in altre parole, provare la «necessarietà delle esigenze di mercato e/o economiche dell'impresa e la proporzionalità dei mezzi impiegati»⁴³.

Nel complesso, come si è detto in premessa, la controversia ha una rilevanza giuridica estremamente significativa e merita di essere annoverata fra i precedenti di quella che auspicabilmente potrebbe essere una evoluzione importante dell'azione sindacale: la *legal mobilisation*.

3. Problemi processuali dal “sapore” sostanziale: cessazione della materia del contendere e legittimazione attiva

Seguendo l'ordine della sentenza è ora il momento di addentrarsi nelle questioni preliminari relative alla cessazione della materia del contendere e alla legittimazione attiva delle organizzazioni sindacali. Partendo dalla cessazione della materia del contendere, la questione scaturisce dalla scelta della società, comunicata alla giudice con note conclusive, di eliminare, in costanza di causa, il sistema di *self-service booking* (SSB) basato su tre fasce orarie con accesso scaglionato in base al *ranking* reputazionale attribuito dall'algoritmo “Frank”. La società ha sostenuto, in proposito, che: «il sistema che controparte chiede di dichiarare discriminatorio, infatti, non esiste più e, pertanto, i provvedimenti richiesti da parte ricorrente non sarebbero più di alcuna utilità»⁴⁴.

1997, n. 622; Cass., sent. 9 ottobre 1995, n. 10553; Cass., sent. 19 marzo 1990, n. 2267; Cass., sent. 16 marzo 1981, n. 1442.

⁴² Art. 28, comma 5, d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150.

⁴³ A. PERULLI, *La discriminazione algoritmica: brevi note introduttive a margine dell'Ordinanza del Tribunale di Bologna*, cit., 6; CGUE, sent. 13 maggio 1986, Causa C-170/84 (*Bilka*); CGUE, sent. 7 febbraio 1991, Causa C-184/89 (*Nimz*).

⁴⁴ Corsivo nell'originale. Trib. Bologna, Ord. 31 dicembre 2020, 5.

Questa obiezione, fondata sul principio di economia processuale e di utilità della pronuncia, è molto insidiosa; tuttavia la giudice la supera facendo riferimento alla giurisprudenza costante della Suprema Corte⁴⁵. La Cassazione ha infatti più volte puntualizzato che perché cessi la materia del contendere è necessario che:

«le parti si diano reciprocamente atto del sopravvenuto mutamento della situazione sostanziale dedotta in giudizio [...]. In mancanza di tale accordo, l'allegazione di un fatto sopravvenuto, assunto come idoneo a determinare la cessazione della materia del contendere da una sola parte, dev'essere valutata dal giudice»⁴⁶.

Tale valutazione viene per l'appunto condotta scrupolosamente dal Tribunale che riscontra come:

«sia la domanda di accertamento sia quella risarcitoria non appaiono in alcun modo superate dai fatti sopravvenuti in corso di causa, che possono incidere unicamente sull'interesse a coltivare le domande inibitorie originariamente introdotte dalle parti ricorrenti»⁴⁷.

Dal momento che nel caso di specie non risulta «che non sussiste più contestazione tra le parti sul diritto sostanziale dedotto»⁴⁸ la pronuncia nel merito rimane necessaria. In altre parole, la giudice constata il perdurare del contrasto fra le parti sulla natura discriminatoria della condotta datoriale e dell'interesse delle organizzazioni sindacali ricorrenti ad una pronuncia che funga da precedente autorevole sulle discriminazioni algoritmiche⁴⁹. In base a queste valutazioni l'istanza datoriale viene rigettata. Tuttavia, la decisione datoriale di rimuovere il sistema SSB ha comunque la conseguenza concreta di incidere sul perimetro della sanzione, impedendo la pronuncia di un ordine di cessazione della condotta discriminatoria. Rimane, invece, possibile una condanna al risarcimento del danno e alla pubblicazione della sentenza⁵⁰.

Il Tribunale di Bologna è chiamato ad esprimersi, in secondo luogo, sulla questione della legittimazione attiva del sindacato. Sul punto è importante richiamare l'opinione di Razzolini, la quale sottolinea che nell'ordinamento giuslavoristico italiano le organizzazioni sindacali hanno un potere di rappresentanza collettiva limitato alla fase negoziale. Infatti, nella definizione giudiziale delle controversie la questione della legittimazione attiva sindacale è rimasta materia problematica⁵¹.

⁴⁵ Cass., sent. 8 luglio 2010, n. 16150; Cass., sent. 22 dicembre 2006, n. 27460; Cass., sent. 1 aprile 2004, n. 6395; Cass., sent. 3 settembre 2003, n. 12844; Cass., sent. 10 febbraio 2003, n. 1950; Cass., sent. 28 marzo 2001, n. 4505; Cass., sent. 16 dicembre 1999, n. 14144; Cass., sent. 22 gennaio 1997, n. 622; Cass., sent. 9 ottobre 1995, n. 10553; Cass., sent. 19 marzo 1990, n. 2267; Cass., sent. 16 marzo 1981, n.1442.

⁴⁶ Cass., sent. 8 luglio 2010, n. 16150.

⁴⁷ Trib. Bologna, Ord. 31 dicembre 2020, 5.

⁴⁸ Trib. Bologna, Ord. 31 dicembre 2020, 5.

⁴⁹ M. V. BALLESTRERO, *Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma*, cit., 104.

⁵⁰ A. PERULLI, *La discriminazione algoritmica: brevi note introduttive a margine dell'Ordinanza del Tribunale di Bologna*, cit., 6 s.; sul punto ha forse una qualche utilità richiamare, come fa Perulli, l'art. 47 quinquies d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, introdotto dal d.l. 3 settembre 2019, n. 101 conv. con modificazioni dalla legge 2 novembre 2019, n. 128, che vieta l'esclusione dalla piattaforma o la riduzione delle occasioni di lavoro per la mancata accettazione della prestazione. Questo divieto legale potrebbe avere il concreto effetto di impedire meccanismi selettivi legati alla penalizzazione dei comportamenti ritenuti dal datore di lavoro non affidabili, tuttavia è necessario osservarne l'applicazione affinché non rimanga lettera morta.

⁵¹ M. V. BALLESTRERO, *Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma*, cit., 103 s.

Storicamente l'azione sindacale è stata prevalentemente sociale e politica, sviluppandosi al di fuori del contesto giudiziale e fondandosi attorno alla teoria dell'ordinamento intersindacale, nonché al concetto di autonomia privata collettiva. Invece, in merito alla tutela giurisdizionale la legittimazione del sindacato è stata ricostruita sulla base dell'art. 2907, comma 1 c.c., quindi nell'alveo degli schemi processuali ordinari⁵². Questa impostazione deriva dal superamento del regime corporativo che invece prevedeva, all'art. 2907, comma 2 c.c., che la tutela giurisdizionale dei diritti, nell'interesse delle categorie professionali, fosse attuata su domanda delle associazioni legalmente riconosciute⁵³.

L'approvazione dello Statuto dei Lavoratori del 1970 non scalfisce l'impostazione privatistica⁵⁴. Sebbene all'apparenza l'introduzione dell'art. 28 St. Lav. relativo alla tutela contro le condotte antisindacali abbia fatto pensare a una modifica della legittimazione ad agire, nella pratica le organizzazioni sindacali hanno fatto ricorso allo strumento previsto da tale disposizione per tutelare diritti e interessi propri e solo in via mediata dei lavoratori⁵⁵.

Per il sindacato non sarebbe comunque stato possibile agire diversamente visto il perdurare nella giurisprudenza di una interpretazione restrittiva dell'interesse ad agire⁵⁶, a cui si associava una lettura dell'onere della prova, imperniato sull'art. 1345 c.c., che prescriveva che l'attore provasse che: «the prohibited ground is the *only and determinant* ground, so that the effectiveness of the prohibition laid down in Art. 15 of the Worker's Statute is rather problematic because [...] there is no discrimination if the employer's act is justified by any fair reason»⁵⁷.

Fontana spiega la ritrosia sindacale e lo scarso ricorso all'art. 28 St. Lav. richiamando l'estensiva presenza, all'interno dell'ordinamento italiano, di norme imperative volte a limitare i poteri datoriali al fine di prevenire abusi, di norme costituzionali poste a garanzia dei diritti dei lavoratori, nonché di "clausole generali" la cui interpretazione ha comportato la sottoposizione dei poteri datoriali a controllo giudiziario⁵⁸.

L'impostazione italiana, così marcatamente privatistica e restrittiva, si discosta dagli esempi europei. La Francia e la Spagna conoscono, nei rispettivi ordinamenti, una legittimazione ad agire piena e generale delle organizzazioni sindacali per tutelare l'*intérêt collectif de la profession* o gli *intereses colectivos de los trabajadores*⁵⁹.

In questo quadro teorico molto complesso si inserisce l'Ordinanza del Tribunale di Bologna che affronta la questione facendo ricorso a tre precedenti capaci di mutare il panorama giuridico italiano in merito alla legittimazione attiva degli enti esponenziali in caso di controversie dovute a discriminazioni: Corte di Cassazione, Ordinanza 15 dicembre 2020 n. 28646, Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sentenza

⁵² O. RAZZOLINI, *Azione sindacale e tutela giurisdizionale: studio preliminare a partire da un'analisi comparata*, Milano, 2018, 21 ss.

⁵³ *Ivi*, 11 ss.

⁵⁴ *Ivi*, 25 ss.

⁵⁵ *Ivi*, 32 ss.

⁵⁶ *Ivi*, 40 ss.

⁵⁷ Corsivo nell'originale. R. SANTAGATA DE CASTRO, *Anti-Discrimination Law in the Italian Courts: The New Frontiers of the Topic in the Age of Algorithms*, cit., 12.

⁵⁸ G. FONTANA, *Statuto e tutela antidiscriminatoria (1970-2020)*, in M. RUSCIANO, L. GAETA, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mezzo secolo dallo statuto dei lavoratori. Politiche del diritto e cultura giuridica*, Napoli, 2020, 209.

⁵⁹ O. RAZZOLINI, *Azione sindacale e tutela giurisdizionale: studio preliminare a partire da un'analisi comparata*, cit., 47 ss.



23 aprile 2020, Causa C–507/18 e Corte di Cassazione, sezione prima, Ordinanza del 20 Luglio 2018, n. 19443⁶⁰.

I tre precedenti appena citati, che riguardano tutti la medesima controversia⁶¹, hanno permesso di delineare le condizioni necessarie e sufficienti perché un'organizzazione esponenziale possa essere legittimato attivo in caso di controversia tesa a tutelare un diritto o un interesse leso dalla discriminazione collettiva. Specificamente, tali condizioni, che emergono dalla lettura congiunta dell'art. 5, commi 1 e 2 d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216⁶², sono: «a) l'impossibilità di individuare il soggetto o i soggetti singolarmente discriminati; b) la rappresentatività dell'associazione rispetto all'interesse collettivo in questione»⁶³. In particolare, per operare una valutazione circa la sussistenza dei due requisiti la Cassazione afferma che:

«il requisito sub a) postula che la discriminazione, in quanto in violazione della parità di trattamento sul lavoro, abbia colpito una categoria indeterminata di soggetti, rientrante nel disposto dell'art. 2 d.lgs. n. 216 del 2003. Il requisito sub b) va verificato sulla base dell'esame dello statuto associativo, il quale dovrà univocamente contemplare la tutela dell'interesse collettivo assunto a scopo dell'ente, che di esso si ponga quale esponenziale: deve, dunque, trattarsi di un interesse proprio dell'associazione, perché in connessione immediata con il fine statutario, cosicché la produzione degli effetti del comportamento controverso si risolva in una lesione diretta dello scopo istituzionale dell'ente, il quale contempra e persegua un fine ed un interesse, assunti nello statuto a ragione stessa della propria esistenza e azione, come tale oggetto di un diritto dell'ente stesso»⁶⁴.

Nel caso di specie le organizzazioni sindacali sono da considerarsi legittimate attive poiché la discriminazione collettiva oggetto della controversia lede un insieme di soggetti che non sono «individuabili in modo diretto e immediato»⁶⁵ e poiché negli statuti sindacali è fatto esplicito richiamo, come interesse proprio dell'associazione, allo scopo di operare sul territorio nazionale a difesa dell'effettività del principio di non discriminazione e specialmente con riferimento alla libertà sindacale e al diritto di sciopero. Pertanto le organizzazioni sindacali sono legittimate attive e agiscono:

⁶⁰ Per approfondire si v. O. RAZZOLINI, *Azione sindacale e tutela giurisdizionale: studio preliminare a partire da un'analisi comparata*, cit., 88 ss.

⁶¹ Il caso di specie riguardava la possibilità per un'associazione di avvocati, che ha l'obiettivo di difendere in giudizio persone appartenenti alla comunità LGBTQI+ e diffondere la cultura del rispetto dei loro diritti, di svolgere in giudizio un'azione, anche risarcitoria, contro comportamenti discriminatori nel lavoro a danno della categoria. La controversia ha portato la Suprema Corte e la Corte di Giustizia dell'Unione Europea a riconoscere la legittimazione attiva agli enti esponenziali.

⁶² Art. 5, commi 1 e 2 d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216: «1. Le organizzazioni sindacali, le associazioni e le organizzazioni rappresentative del diritto o dell'interesse leso, in forza di delega, rilasciata per atto pubblico o scrittura privata autenticata, a pena di nullità, sono legittimate ad agire ai sensi dell'articolo 4, in nome e per conto o a sostegno del soggetto passivo della discriminazione, contro la persona fisica o giuridica cui è riferibile il comportamento o l'atto discriminatorio. 2. I soggetti di cui al comma 1 sono altresì legittimati ad agire nei casi di discriminazione collettiva qualora non siano individuabili in modo diretto e immediato le persone lese dalla discriminazione».

⁶³ Cass., Ord. 20 Luglio 2018, n. 19443.

⁶⁴ *Ibidem*

⁶⁵ Art. 5, comma 2 d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216.



in nome proprio (come ente rappresentativo e non come rappresentante dei propri iscritti) per far accertare l'esistenza di una condotta discriminatoria rispetto ad una pluralità indeterminata di soggetti (iscritti e non iscritti, lesi dalla discriminazione non individuabili in modo diretto e immediato)⁶⁶.

Per evitare una ricostruzione ingenua del problema della legittimazione sindacale è opportuno richiamare la riflessione di Donini circa la tutela collettiva dei lavoratori delle piattaforme digitali⁶⁷. Si è accennato, infatti, che i sindacati hanno fatto ricorso, in modo anche strategico, alla tutela offerta dal diritto antidiscriminatorio di seconda generazione e che la giudice non ha inteso soffermarsi sulla qualificazione del rapporto di lavoro.

Come osservato da Donini, non è così pacifico che i sindacati potessero ricorrere all'art. 28 St. Lav. in caso di lavoratori qualificati come non subordinati⁶⁸. Sui limiti del ricorso ex art. 28 si era infatti espressa la Corte Costituzionale affermando che «le norme statutarie a tutela della libertà e dignità dei lavoratori e dell'esercizio delle libertà sindacali [...]»⁶⁹ si applicano a «tutti coloro che svolgono attività di lavoro subordinato»⁷⁰. Questa impostazione era poi stata ribadita dalla Consulta, sempre nel 1975, con la pronuncia n. 241, in cui si affermava che la repressione delle condotte antisindacali per tramite dell'art. 28 St. Lav. costituisce una forma di tutela «dettata con riguardo alla posizione dei lavoratori subordinati nell'organizzazione dell'impresa, in funzione del fatto che essi prestano con continuità la loro opera all'interno di una comunità organizzata di lavoro, caratterizzata da vincoli di dipendenza e subordinazione»⁷¹.

Queste prime pronunce sono state consolidate dalla giurisprudenza ordinaria che ha riconosciuto, nell'esplicito richiamo al datore di lavoro come responsabile dei comportamenti antisindacali e destinatario della condanna, un limite invalicabile al ricorso ex art. 28 per tutelare i diritti dei lavoratori non subordinati⁷². Sulla scorta di tale giurisprudenza, una parte della dottrina ha affermato l'inapplicabilità dell'art. 28 anche in altre ipotesi, come la repressione di condotte antisindacali compiute dalle associazioni datoriali verso loro iscritti, ovvero da sindacati che non tutelino adeguatamente gli interessi dei lavoratori⁷³.

In anni molto recenti, queste interpretazioni sono state apertamente "sfidate" da diverse organizzazioni sindacali (FILCAMS Commercio, alberghi, mense e servizi; UILTUCS Terziario, turismo, commercio, servizi; FILT; NIDIL; UILTEMP) che hanno utilizzato il ricorso ex art. 28 per tutelare i diritti sindacali di

⁶⁶ M.V. BALLESTRERO, *Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma*, cit., 104.

⁶⁷ A. DONINI, *Condotta antisindacale e collaborazioni autonome: tre decreti a confronto*, cit., R.3 ss.

⁶⁸ Si veda l'approfondimento sui temi di F. DI NOIA, *Sul campo di applicazione dello Statuto: nello specchio di Dorian Gray*, in *Lavoro e Diritto*, 4, 2020, 697 ss. e di M. FALSONE, *Tecnica rimediata e art. 28 dello Statuto dei lavoratori*, in *Lavoro e Diritto*, 3-4, 2017, 565 ss.

⁶⁹ Corte cost., sent. 8 luglio 1975, n. 189.

⁷⁰ *Ibidem*

⁷¹ Corte cost., sent. 17 dicembre 1975, n. 241.

⁷² A. DONINI, *Condotta antisindacale e collaborazioni autonome: tre decreti a confronto*, cit., R.4 s.

⁷³ Sul punto sono significative le opinioni di G. VILLANI, *La condotta antisindacale. Aspetti processuali*, in C. ZOLI (a cura di), *Le fonti. Il diritto sindacale*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, Milano, 2007, 544 ss.; opinione criticata da M.G. GAROFALO, *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore*, Napoli, 1979, 64 ss.; inoltre per approfondire v. R. SCOGNAMIGLIO, *Condotta antisindacale, I. Disciplina sostanziale*, in *Enciclopedia giuridica*, VIII, 1988, 3; U. ROMAGNOLI, *sub art. 28*, in *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Bologna, Roma, 1972, 416 s. e Cass., sent. 25 luglio 1984, n. 4381.

lavoratori non subordinati⁷⁴. Gli esiti di tali controversie sono stati spesso opposti, con conseguenti problemi di coordinamento; in tutti i casi, però, la scelta è stata basata su una cognizione sommaria⁷⁵. Una possibile soluzione al problema che permetta di superare l'interpretazione letterale tradizionale e che valorizzi la *ratio* sostanziale della norma è quella di Donini. La studiosa individua lo scopo della norma nella volontà del legislatore di:

«reprimere un comportamento che compromette direttamente o indirettamente i beni giuridici (libertà sindacale, attività sindacale e diritto di sciopero) alla cui protezione il sindacato stesso ha specifico interesse, indipendentemente dal fatto che l'eventuale provvedimento giudiziale proietti i propri effetti sul sindacato ricorrente o su altri»⁷⁶.

Sulla base di questa premessa va:

«esclusa l'idea secondo cui lo strumento processuale sia assegnato al sindacato in virtù di una mera rappresentanza istituzionale o di una sostituzione processuale, la titolarità dell'azione deriva dalla natura indivisibile dell'interesse collettivo originata dalla posizione che il sindacato, selezionato dal legislatore secondo criteri di affidabilità, ricopre nel processo produttivo»⁷⁷.

Alla luce di questo ragionamento anche i lavoratori non subordinati, inseriti nella piattaforma e addetti allo svolgimento di un servizio, «condividono [...] la medesima posizione all'interno del processo produttivo, e di conseguenza sviluppano bisogni e interessi comuni, di cui uno o più sindacati potranno farsi portatori»⁷⁸ e sono pertanto da includere nel novero dei soggetti i cui diritti sindacali possono essere tutelati con lo strumento processuale dell'art. 28 St. Lav.

La giurisprudenza è quindi di fronte ad un bivio: adottare una interpretazione formale dell'art. 28, come è stato sino ad ora, oppure sostanziale come quella proposta da Donini. Per parte loro, nel caso di Bologna, le organizzazioni ricorrenti hanno, cautamente e strategicamente, preferito adottare una via diversa, che non passava dall'art. 28 St. Lav., ma dalla normativa antidiscriminatoria di seconda generazione.

4. Discriminazioni e algoritmi: il mimetismo del “capitalismo delle piattaforme”

La questione centrale della vicenda processuale, come si è avuto modo di anticipare, è quella concernente la discriminazione algoritmica dei *riders*. Tuttavia, la soluzione del *thema decidendum* implica il dover affrontare una molteplicità di questioni fra loro intrecciate:

⁷⁴ A. DONINI, *Condotta antisindacale e collaborazioni autonome: tre decreti a confronto*, cit., R.3 ss.

⁷⁵ Nello specifico si fa riferimento alle pronunce: Trib. Firenze, decr. 9 febbraio 2021; Trib. Milano, decr. 28 marzo 2021; Trib. Bologna, decr. 14 aprile 2021; Trib. Bologna, decr. 31 dicembre 2020; Trib. Palermo, decr. 12 aprile 2021.

⁷⁶ A. DONINI, *Condotta antisindacale e collaborazioni autonome: tre decreti a confronto*, cit., R.12.

⁷⁷ *Ibidem*

⁷⁸ *Ivi*, R.13.



l'applicabilità ai riders della tutela antidiscriminatoria (nella specie: discriminazione nell'accesso al lavoro); la definizione del fattore di rischio ai fini di applicazione del diritto antidiscriminatorio sostanziale e processuale rilevante; la qualificazione della condotta aziendale in termini di discriminazione collettiva indiretta⁷⁹.

La giudice sceglie invece di schivare l'annosa questione della qualificazione come autonomo o subordinato del rapporto di lavoro dei ciclofattorini. Questa questione è oggetto di un ampio e complesso dibattito che coinvolge dottrina e giurisprudenza arrivando a lambire il legislatore, che però non sembra, per ora, intenzionato a risolverlo con un proprio intervento, limitandosi piuttosto a discipline di contorno⁸⁰. Benché questa tematica non sia trattata dall'Ordinanza del Tribunale di Bologna, essa riveste comunque una importanza fondamentale e per questo si è ritenuto opportuno dedicarle il paragrafo che segue.

Prima, però, di proseguire sulle questioni giuridiche è opportuno fare una breve digressione sul tema del cd. *algorithmic management*⁸¹, ossia sulla gestione del personale attraverso l'uso di piattaforme informatiche basate sull'intelligenza artificiale. Questa parentesi è funzionale a meglio inquadrare l'oggetto della decisione.

La domanda da cui partire è che cosa sia un algoritmo. Una prima definizione minimale ci viene dal *Dizionario di Economia e Finanza* della Treccani secondo cui si tratta di un «procedimento di calcolo esplicito e descrivibile attraverso un insieme di regole, costituite da sequenze logiche di istruzioni elementari e non ambigue, che conduce a un determinato risultato atteso, attraverso l'applicazione, per un numero finito di volte, di quelle stesse regole»⁸².

Inoltre, come precisa Barbera, un algoritmo deve essere:

«finito, cioè costituito da un numero finito di istruzioni e indirizzato a una fine; deterministico, cioè partendo dai dati di *input*, si devono poter ottenere i medesimi risultati; non ambiguo, cioè le operazioni

⁷⁹ M.V. BALLESTRERO, *Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma*, cit., 104.

⁸⁰ M. V. BALLESTRERO, *Brevi note sulla dialettica tra posizioni contrattualistiche e a-contrattualistiche*, in *Lavoro Diritti Europa*, 3, 2020, 2 ss.; M. NOVELLA, *La subordinazione in prospettiva. Opinioni a confronto*, in *Labour & Law Issues*, 6, 2, 2020, III ss.; O. RAZZOLINI, *I confini tra subordinazione, collaborazioni etero-organizzate e lavoro autonomo coordinato: una rilettura*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 30, 2, 2020, 345 ss.; R. ROMEI, *I rider in Cassazione: una sentenza ancora interlocutoria*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 1, 2020, 89 ss.

⁸¹ Del tema si sono occupati molti studiosi, fra di essi si richiamano E. DAGNINO, *Dalla fisica all'algoritmo: una prospettiva di analisi giuslavoristica*, Bergamo, 2019; C. ALESSI, *Lavoro tramite piattaforma e divieti di discriminazione nell'UE*, in C. ALESSI, M. BARBERA, E L. GUAGLIANONE (a cura di), *Impresa, Lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Bari, 2019, 683 ss.; A. DONINI, *Tecniche avanzate di analisi dei dati e protezione dei lavoratori*, in *Diritto delle relazioni industriali*, cit., 222 ss.; A. ALOISI, V. DE STEFANO, *Il tuo capo è un algoritmo. Contro il lavoro disumano*, Bari, 2020; J. PRASSL, *What if your boss was an algorithm? Economic incentives, legal challenges, and the rise of artificial intelligence at work*, cit., 123 ss.; L. GIACOMELLI, *Big brother is «gendering» you. Il diritto antidiscriminatorio alla prova dell'intelligenza artificiale: quale tutela per il corpo digitale?*, cit., 269 ss.; P. HACKER, *Teaching Fairness to Artificial Intelligence: Existing and Novel Strategies Against algorithmic Discrimination under EU Law*, cit., 1143 ss.; V. MAIO, *Il Diritto Del Lavoro e Le Nuove Sfide Della Rivoluzione Robotica*, cit., 1414 ss.; ALEX J. WOOD ET AL., *Good Gig, Bad Gig: Autonomy and Algorithmic Control in the Global Gig Economy*, in *Work, Employment and Society*, 33, 1, 2019, 56 ss.

⁸² Istituto della Enciclopedia Italiana Treccani, *Algoritmo*, in *Dizionario di Economia e Finanza*, Roma, 2012, https://www.treccani.it/enciclopedia/algoritmo_%28Dizionario-di-Economia-e-Finanza%29/.





devono poter essere interpretate nello stesso modo da tutti, anche se l'esecutore è differente; generale, cioè la soluzione deve essere uguale per tutti i problemi della medesima classe»⁸³.

Una nozione più completa ci viene offerta da Santagata De Castro⁸⁴. Questa definizione ha carattere descrittivo ed è mutuata da ricerche scientifiche statunitensi⁸⁵. Secondo questi studi:

«Algorithms refer to specified sequences of logical operations designed to accomplish a particular task. They are step-by-step instructions for acting on some kind of input to achieve a desired result. This could be as simple as a set of instructions for adding the value of two input variables together or as complicated as instructions for rank-ordering the websites that are most relevant to an inputted keyword query. In trying to determine how to solve a problem computationally, developers devise an algorithm. They try to figure out how to break a problem into a series of questions that a particular sequence of logical operations can then answer—and which a computer can then execute automatically. In this sense, algorithms are a kind of abstract strategy for problem-solving; a computer program implements these strategies more concretely as a set of logical operations expressed in formal code [...]»⁸⁶.

Sebbene all'apparenza sembrino un trionfo dell'oggettività e della neutralità, gli algoritmi applicati alla gestione delle risorse umane non sono scevri da problematiche. Come ha riconosciuto anche la Commissione Europea nel *Libro bianco sull'intelligenza artificiale*:

«l'intelligenza artificiale si sta sviluppando rapidamente. Cambierà le nostre vite [...] migliorando l'efficienza dei sistemi di produzione [...], aumentando la sicurezza dei cittadini europei [...]. Al tempo stesso, l'intelligenza artificiale (IA) comporta una serie di rischi potenziali, quali meccanismi decisionali opachi, discriminazioni basate sul genere o di altro tipo, intrusioni nelle nostre vite private o utilizzi per scopi criminali»⁸⁷.

La ragione di questo rischio è insita nella natura umana della programmazione dell'intelligenza artificiale e quindi delle sue applicazioni nella gestione del personale⁸⁸. Non a caso Peruzzi⁸⁹, richiamando il pensiero di Dagnino⁹⁰, Giacomelli⁹¹ e Rota⁹², sottolinea che anche nelle *Proposte per una strategia italiana per l'Intelligenza Artificiale* vi è un riferimento ai rischi insiti nell'AI:

⁸³ M. BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, cit., I. 7.

⁸⁴ R. SANTAGATA DE CASTRO, *Anti-discrimination law in the Italian courts: the new frontiers of the topic in the age of algorithms*, cit., 2, nota 2.

⁸⁵ S. BAROCAS, A. D. SELBST, *Big data's disparate impact*, in *California Law Review*, 104, 3, 2016, 671 ss.; S. BAROCAS ET AL., *Data and civil rights: technology primer*, in *Data and Civil Rights Conference*, 2014, 3.

⁸⁶ S. BAROCAS et al., *Data and civil rights: technology primer*, cit., 3.

⁸⁷ Commissione Europea, *Libro bianco sull'intelligenza artificiale – Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia. COM(2020) 65 final*, Bruxelles, 2020, 1.

⁸⁸ M. BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, cit., I. 7 s.

⁸⁹ M. PERUZZI, *Il diritto antidiscriminatorio al test di intelligenza artificiale*, cit., I.55 s.

⁹⁰ E. DAGNINO, *People analytics: lavoro e tutele al tempo del management tramite big data*, in *Labour & Law Issues*, 3, 1, 2017, I.3 ss.

⁹¹ L. GIACOMELLI, *Big brother is «gendering» you. Il diritto antidiscriminatorio alla prova dell'intelligenza artificiale: quale tutela per il corpo digitale?*, cit. 269 ss.

⁹² A. ROTA, *Rapporto di lavoro e big data analytics: profili critici e risposte possibili*, in *Labour & Law Issues*, 3, 1, 2017, I.51.





«L'intelligenza artificiale non è intelligente *stricto sensu*. Se utilizzata in modo stupido, l'AI riproduce e spesso amplifica la stupidità. [...] un utilizzo maldestro dell'AI può amplificare forme di *bias* e discriminazione a livello sociale, specialmente se utilizzato in modo autonomo o se basato su dataset non rappresentativi; peraltro, dato che la nostra società è già caratterizzata da *bias* e disuguaglianza, utilizzare anche in modo corretto dati passati può portare a forme di discriminazione sempre più evidenti nel corso del tempo»⁹³.

Come infatti puntualizza Alessi, nel mercato del lavoro digitale si vengono a ricreare le stesse dinamiche discriminatorie di quello tradizionale perché coloro che programmano sono gli stessi che decidono di assumere, promuovere e licenziare⁹⁴. Il maggior rischio è legato all'opacità delle dinamiche decisorie: gli algoritmi sono delle *black box*⁹⁵ il cui linguaggio non è spesso chiaro nemmeno ai datori di lavoro⁹⁶. Inoltre, la mancanza di trasparenza e la complessità del loro funzionamento rende gli algoritmi applicati al lavoro strumenti duttili e capaci di perpetrare discriminazioni anche in modo deliberato, oltre che inconsapevole, e questo è un profilo giustamente inquietante che l'Ordinanza di Bologna cerca di arginare⁹⁷.

Ciò premesso, è giunto il momento di occuparci prima del rapporto di lavoro dei *riders* e poi della questione nodale della vicenda processuale: la discriminazione algoritmica.

4.1. *Riders*: quale rapporto di lavoro?

Come si accennava poco sopra, la questione della qualificazione del rapporto di lavoro dei ciclofattorini è tanto complessa quanto frequentata, specie dalla dottrina, ma anche – seppure soltanto più di recente – dalla giurisprudenza.

⁹³ Corsivo nell'originale. Ministero dello Sviluppo Economico, *Proposte per una strategia italiana per l'Intelligenza Artificiale*, Roma, 2020, 16 s.

⁹⁴ C. ALESSI, *Lavoro tramite piattaforma e divieti di discriminazione nell'UE*, cit., 685.

⁹⁵ Una spiegazione esaustiva ed efficace, che è utile riportare, sul problema delle cd. *black box* si trova in PERUZZI, *Il diritto antidiscriminatorio al test di intelligenza artificiale*, cit., 1.56: «Tale problema, che trova sintesi nell'espressione "*black box*" e a cui cerca di rispondere il ramo fiorentino del cd. "*explainable AI*", è dovuto, come noto, al meccanismo che alcuni sistemi basati sul metodo dell'apprendimento automatico (soprattutto il *deep learning*) seguono per consegnare l'output più efficace per gli obiettivi impartiti. Il processo muove dalla ricerca, all'interno dei dati forniti, di una regolarità statistica, una correlazione, dei pattern, dei modelli di ricorrenza, che consentano di estrarre informazioni predittive funzionali all'effetto richiesto. È "un processo analitico iterativo", che permette al sistema di progredire, generare in un ciclo continuo nuovi modelli sulla base dei dati di feedback, così da adeguare, modificare, perfezionare in modo autonomo le proprie azioni, in termini non sempre prevedibili, ma sempre funzionali. L'opacità che si riscontra in questi sistemi si riconnette alla difficoltà di ricostruire, conoscere, interpretare le associazioni, le correlazioni e i collegamenti probabilistici che, in quanto "statisticamente efficaci", si sono creati nelle reti neurali. Ne consegue la difficoltà di comprendere il processo generativo della decisione». Sul punto è opportuno richiamare anche gli studi di: G. COMANDÈ, *Intelligenza artificiale e responsabilità tra liability e accountability. Il carattere trasformativo dell'IA e il problema della responsabilità*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1, 2019, 169 ss.; G. SANGUINETTI, *Machine Learning: accuratezza, interpretabilità e incertezza*, in *Ithaca: Viaggio nella Scienza*, 16, 2020, 74 ss.; U. RUFFOLO, *Intelligenza artificiale, machine learning e responsabilità da algoritmo*, in *Giurisprudenza Italiana*, 7, 2019, 1657 ss.

⁹⁶ F. PASQUALE, *The black box society: the secret algorithms that control money and information*, Cambridge, London, 2015.

⁹⁷ M. BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, cit., l. 8.



Ciò è dovuto, probabilmente, al fatto che le modalità con le quali costoro svolgono la propria prestazione sono innovative e, comunque, diverse da quelle che caratterizzano un'attività lavorativa tradizionale, in particolare sul versante della subordinazione (di cui all'art. 2094 c.c.), ma anche, per certi versi, su quello dell'autonomia (specie laddove questa sia intesa in senso per così dire "puro", alla stregua di quanto previsto dagli artt. 2222 ss. c.c.).

Ne è conseguito che molte imprese del settore hanno deciso, anche (se non soprattutto) per ragioni economico-organizzative, di inquadrare i *riders* nell'ambito di una figura negoziale, quella dei contratti di collaborazione continuativa e coordinata a carattere prevalentemente personale di cui all'art. 409, n. 3 c.p.c.⁹⁸, che, pur essendo riconducibile al lavoro autonomo e presentandone quindi i vantaggi in termini di flessibilità e di costi, consente di instaurare un collegamento piuttosto stretto tra attività lavorativa e organizzazione del committente.

Una scelta, quest'ultima, che si scontra in modo evidente con le condizioni di lavoro precarie, se non pericolose, in cui si trovano normalmente a operare i ciclofattorini e che dunque presupporrebbero, tutt'al contrario, l'applicazione della tutela forte tipica della subordinazione⁹⁹.

Di fronte a tale scenario sarebbe stato necessario un intervento deciso del legislatore che, invece, si è limitato a confezionare una nuova tipologia contrattuale, consistente nelle c.d. collaborazioni organizzate dal committente, o collaborazioni etero-organizzate, di carattere generale, ma nella quale sarebbero potuti rientrare, almeno astrattamente, anche i *riders*. Si tratta peraltro di una tipologia contrattuale che ha assunto fin da subito contorni problematici sotto il profilo interpretativo, generando, non a caso, un dibattito dottrinale estremamente ampio, variegato e, per molti versi, polarizzato¹⁰⁰.

È accaduto, così, che l'istituto delle collaborazioni etero-organizzate, contemplato dall'art. 2 del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81 (uno dei provvedimenti attuativi del c.d. *Jobs Act* del Governo Renzi), sia stato decisamente sminuito da alcuni, che ne hanno di fatto ridimensionato la portata, ritenendolo poco o per nulla innovativo rispetto all'articolazione tradizionale dei rapporti di lavoro¹⁰¹. Altri – non reputandolo un *tertium genus* tra autonomia e subordinazione, ma riconducendolo piuttosto al lavoro autonomo non occasionale – lo hanno invece valorizzato, al punto da considerarlo come il possibile volano di una nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro¹⁰². In effetti, se si guarda a come il legislatore ha costruito tale istituto, si evince con una certa chiarezza come esso si estrinsechi in collaborazioni autonome continuative, che peraltro si differenziano da quelle coordinate di cui all'art. 409, n. 3 c.p.c.

⁹⁸ G. SANTORO PASSARELLI, *Il lavoro "parasubordinato"*, Milano, 1979; M. PEDRAZZOLI, *Prestazione d'opera e parasubordinazione (Riflessioni sulla portata sistematica dell'art. 409, n. 3 c.p.c.)*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 1984, 506 ss.; M.V. BALLESTRERO, *L'ambigua nozione di lavoro «parasubordinato»*, in *Lavoro e Diritto*, 1, 1987, 41 ss.

⁹⁹ Le condizioni di lavoro dei lavoratori su piattaforma, tra cui spiccano i ciclofattorini, sono ben descritte nella recentissima indagine INAPP, i cui contenuti principali possono leggersi al seguente link: https://www.startmag.it/wp-content/uploads/Policy-brief_lavoratori_piattaforme_Italia.pdf.

¹⁰⁰ Per una ricostruzione di tale dibattito sia consentito rinviare a M. BORZAGA, *Storia di uno "sconfinamento": l'emergere di dinamiche di potere nel lavoro autonomo*, in *Lavoro e Diritto*, 2021, 503 ss.

¹⁰¹ P. TOSI, *L'art. 2, comma 1, d. lgs. n. 81/2015: una norma apparente?*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2015, 1177 ss.; G. FERRARO, *Collaborazioni organizzate dal committente*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, I, 2016, 53 ss.; G. SANTORO PASSARELLI, *I rapporti di collaborazione organizzati dal committente e le collaborazioni continuative e coordinate ex art. 409, n. 3 c.p.c.*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2015, 1133 ss.

¹⁰² Per tutti A. PERULLI, *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, Torino, 2021.

per un collegamento ancor più stretto tra prestatore d'opera e committente (trattandosi, per l'appunto, di prestazioni organizzate da quest'ultimo). Una situazione, quella testé descritta, cui coerentemente consegue l'applicazione, ai titolari di tali collaborazioni, della disciplina del lavoro subordinato, e dunque delle relative tutele.

È probabile che l'ampiezza e la polarizzazione del dibattito che si è sin qui brevemente riportato, siano dovute, anzitutto, al fatto che la questione della qualificazione dei rapporti di lavoro ha assunto, negli ultimi decenni un'importanza centrale a causa dello scollamento tra le norme di riferimento, risalenti al 1942, e l'evoluzione dei modi di lavorare. Inoltre, la tortuosità e la timidezza dell'intervento del legislatore, al netto dei tentativi di valorizzare l'istituto delle collaborazioni etero-organizzate messi in campo da parte della dottrina, rischia di creare più problemi di quanti non ne risolva. Si pensi, a titolo di esempio e senza poter qui procedere ai dovuti approfondimenti, alla circostanza che tale istituto è destinato a operare più che altro in sede giudiziaria, e cioè in funzione rimediabile, rischiando così di avere poca presa nel momento genetico della relazione di lavoro; o anche alle difficoltà di comprendere se ai collaboratori etero-organizzati vada estesa tutta o soltanto parte (e semmai, quale?) della disciplina del lavoro subordinato¹⁰³.

Alla timida e contorta evoluzione legislativa e al conseguente dibattito dottrinale di cui si è appena detto ha fatto in un certo senso da *pendant* una giurisprudenza che, a differenza di quanto accaduto in altri ordinamenti¹⁰⁴, non può certo considerarsi coraggiosa né, tanto meno, innovativa.

Dopo alcuni pronunciamenti di primo grado che hanno sostanzialmente disconosciuto le esigenze di tutela di cui sono portatori i cicofattorini e che hanno quindi confermato la bontà di un loro inquadramento nell'ambito dei rapporti di collaborazione continuativa e coordinata a carattere prevalentemente personale di cui all'art. 409, n. 3 c.p.c.¹⁰⁵, i giudici del lavoro hanno iniziato a valorizzare proprio la fattispecie di cui all'art. 2 del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, ritenendo per l'appunto che i *riders* vadano annoverati tra i collaboratori etero-organizzati, con tutte le conseguenze del caso.

Si è espressa in questi termini, in particolare, la Corte d'Appello di Torino (nel c.d. caso *Foodora*), con una decisione del febbraio 2019¹⁰⁶ che è stata poi confermata dalla Corte di Cassazione all'inizio del 2021¹⁰⁷. In proposito, e al di là della decisione di annoverare i cicofattorini tra i collaboratori etero-organizzati, va segnalato che i citati pronunciamenti non sono stati in realtà in grado di risolvere alcuni

¹⁰³ A. PERULLI, *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona". IT-272/2015, Catania, 2015, disponibile al sito web http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA-IT/20151015-010522_perulli_n272-2015itpdf.pdf, 6 ss.

¹⁰⁴ Ci si riferisce, in particolare, a Germania, Francia e Spagna, ma anche al Regno Unito, in cui la giurisprudenza ha qualificato come subordinati i rapporti di lavoro dei *riders*.

¹⁰⁵ Trib. Milano, sent. 10 settembre 2018, n. 1853 e Trib. Torino, sent. 7 maggio 2018, n. 778. In proposito M. DEL CONTE, O. RAZZOLINI, *La gig economy alla prova del giudice: la difficile reinterpretazione della fattispecie e degli indici denotativi*, in *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 2018, 673 ss.

¹⁰⁶ App. Torino, sent. 4 febbraio 2019, n. 26 su cui si v., ad es., P. TULLINI, *Le collaborazioni etero-organizzate dei riders: quali tutele applicabili?*, in *Lavoro Diritti Europa*, 1, 2019, 1 ss.

¹⁰⁷ Cass., sent. 24 gennaio 2020, n. 1663: cfr., in proposito, A. PERULLI, *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, cit., 184 ss. e C. SPINELLI, *Le nuove tutele dei riders al vaglio della giurisprudenza: prime indicazioni applicative*, in *Labour & Law Issues*, 6, 1, 2020, 89 ss.





nodi interpretativi di fondamentale importanza: rimane dubbio, in particolare, se a costoro debba o meno essere applicata l'intera disciplina del lavoro subordinato, ovvero siano possibili eccezioni¹⁰⁸.

È forse anche per questa assai timida e comunque non del tutto chiara evoluzione giurisprudenziale che il legislatore (a onor del vero prima del pronunciamento della Suprema Corte cui si è poco sopra accennato, che però non pare essersi discostata più di tanto dalla ricostruzione compiuta dal giudice di appello torinese) ha deciso, nell'estate 2019, di intervenire nuovamente sul tema, senza peraltro abbandonare il proprio approccio originario¹⁰⁹.

Lungi cioè dal considerare i *riders* lavoratori subordinati, si è proceduto in primo luogo a un *restyling* dell'art. 2 del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, cui è stata tra l'altro aggiunta una proposizione, al fine di affermarne esplicitamente l'applicabilità anche ai lavoratori che operino attraverso piattaforme digitali (e dunque pure ai ciclofattorini)¹¹⁰.

In secondo luogo, Governo e Parlamento hanno inserito nel medesimo d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81 un nuovo capo (il 5 *bis*, artt. da 47 *bis* a 47 *octies*), con il quale – fatta salva la possibilità, qualora ne ricorrano le condizioni, di ricondurre i relativi rapporti alle collaborazioni etero-organizzate di cui all'art. 2 – si prevede l'applicazione di alcune tutele tipiche del lavoro subordinato anche per i *riders* che rendono la propria prestazione attraverso altri contratti di lavoro autonomo¹¹¹.

Se per ulteriori riflessioni in proposito si rinvia al prossimo paragrafo, in questa sede è il caso da ultimo di rimarcare come, stante la timidezza tanto del legislatore quanto della giurisprudenza italiani, la questione della tutela dei ciclofattorini sia ben lungi dall'essere risolta. Non è forse un caso, allora, se nelle ultime settimane su tale questione è intervenuta anche la Commissione Europea, con una specifica proposta di direttiva volta al miglioramento delle condizioni di lavoro di chi opera attraverso piattaforme digitali¹¹². Un miglioramento che dovrebbe passare, significativamente, attraverso una corretta qualificazione del rapporto di lavoro, per garantire la quale la suddetta proposta prevede, in particolare, una presunzione di subordinazione laddove la piattaforma controlli l'esecuzione della prestazione lavorativa¹¹³.

4.2. Discriminazioni algoritmiche

Veniamo, ora, al punto focale della controversia, ossia la tutela contro le discriminazioni. Nei paragrafi che precedono si sono richiamati alcuni aspetti del diritto antidiscriminatorio ed in particolare si è

¹⁰⁸ Si v., in particolare, i punti 39 ss. di Cass., sent. 24 gennaio 2020, n. 1663, cit., nonché A. PERULLI, *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, cit., 156 ss., C. SPINELLI, *Le nuove tutele dei riders al vaglio della giurisprudenza: prime indicazioni applicative*, cit., 94.

¹⁰⁹ Ci si riferisce al d.l. 3 settembre 2019, n. 101 conv. dalla legge 2 novembre 2019, n. 128.

¹¹⁰ S. D'ASCOLA, *La collaborazione organizzata cinque anni dopo*, in *Lavoro e Diritto*, 1, 2020, 18 ss.

¹¹¹ A. PERULLI, *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, cit., 160 ss., C. SPINELLI, *Le nuove tutele dei riders al vaglio della giurisprudenza: prime indicazioni applicative*, cit., 98 ss.

¹¹² Commissione Europea, *Proposta di direttiva relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali, COM (2021) 762 final (9 dicembre 2021)*, che può leggersi al seguente link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021PC0762&qid=1642241312019&from=EN>.

¹¹³ M. BARBIERI, *Prime osservazioni sulla proposta di direttiva per il miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro su piattaforma*, in *Labour & Law Issues*, 7, 2, 2021, C. 3 ss.



accennato alla scelta degli attori di ricorrere al diritto antidiscriminatorio cd. di seconda generazione. Tuttavia è qui opportuno articolare meglio la riflessione.

Il punto di partenza di ogni ragionamento relativo al diritto antidiscriminatorio italiano è la disciplina introdotta dallo Statuto dei Lavoratori nel 1970. Infatti, in Italia, la tutela dei diritti sindacali e contro le discriminazioni sul luogo di lavoro è disciplinata dal Titolo II dello Statuto dei Lavoratori (artt. 14–18) ed è presidiata dall'art. 28 che prevede il ricorso per condotta antisindacale¹¹⁴.

Mentre l'art. 14 St. Lav., rubricato "Diritto di associazione e di attività sindacale", assicura a tutti i lavoratori il diritto di costituire associazioni sindacali, di aderirvi e di svolgere attività sindacale, l'art. 15, come modificato prima dall'art. 13, legge 9 dicembre 1977, n. 903 e poi dall'art. 4, comma 1, d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216, vieta espressamente ogni discriminazione affermando che:

«È nullo qualsiasi patto od atto diretto a:

- a) subordinare l'occupazione di un lavoratore alla condizione che aderisca o non aderisca ad una associazione sindacale ovvero cessi di farne parte;
- b) licenziare un lavoratore, discriminarlo nella assegnazione di qualifiche o mansioni, nei trasferimenti, nei provvedimenti disciplinari, o recargli altrimenti pregiudizio a causa della sua affiliazione o attività sindacale ovvero della sua partecipazione ad uno sciopero.

Le disposizioni di cui al comma precedente si applicano altresì ai patti o atti diretti a fini di discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso, di handicap, di età o basata sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali»¹¹⁵.

In altri termini, la legge, nel garantire la libertà sindacale positiva, vieta ogni discriminazione, ed in particolare quelle derivanti dall'esercizio di tale libertà.

L'art. 15, nella formulazione originaria, come in quella risultante dalle citate modifiche, assurge a prototipo della disciplina antidiscriminatoria, tuttavia da un punto di vista concreto, come si è visto in precedenza, la disciplina citata non ha trovato una grande applicazione pratica¹¹⁶.

Punto di svolta in termini di estensione delle tutele sono state le direttive europee 2000/43/CE e 2000/78/CE, recepite con i d.lgs. n. 215 e 216 del 2003, che hanno portato all'introduzione, nel nostro ordinamento, di una disciplina antidiscriminatoria nuova e generale¹¹⁷. Questi due decreti, infatti, non hanno mutato l'originaria impostazione, ma si sono aggiunti ad essa consentendo un più ampio spettro di possibilità per la repressione di condotte discriminatorie.

Il caso oggetto di questo commento è un ottimo esempio di come si sia ampliata la tutela contro le discriminazioni attraverso la normativa di seconda generazione. Infatti, quando il tribunale affronta il merito della controversia, si trova a dover riflettere sulla applicabilità del diritto antidiscriminatorio ai *riders*. Sul punto la giudice di Bologna afferma che:

¹¹⁴ R. SANTAGATA DE CASTRO, *Anti-discrimination law in the italian courts: the new frontiers of the topic in the age of algorithms*, cit., 11.

¹¹⁵ Art. 15 Statuto dei Lavoratori.

¹¹⁶ R. SANTAGATA DE CASTRO, *Anti-discrimination law in the italian courts: the new frontiers of the topic in the age of algorithms*, cit., 11.

¹¹⁷ *Ivi*, 12

alla luce della recente evoluzione legislativa e giurisprudenziale in tema di tutela dei riders, non pare oggi potersi dubitare della necessità di estendere anche a tali lavoratori, a prescindere dal nomen iuris attribuito dalle parti al contratto di lavoro, l'intera disciplina della subordinazione e, in particolare, per quanto qui interessa, la disciplina a tutela del lavoratore da ogni forma di discriminazione nell'accesso al lavoro¹¹⁸.

Questa valutazione si fonda, come esplicitamente ricordato dalla giudice¹¹⁹, sull'art. 47 *quinquies* in combinato disposto con l'art. 47 *bis* del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81 (disposizioni introdotte, come si accennava poco sopra, nel corso dell'estate 2019), in cui si stabilisce espressamente che:

«[n.d.r. ai] lavoratori autonomi che svolgono attività di consegna di beni per conto altrui, in ambito urbano e con l'ausilio di velocipedi o veicoli a motore di cui all'articolo 47, comma 2, lettera a), del codice della strada, di cui al decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, attraverso piattaforme anche digitali [...]»¹²⁰ si applicano la disciplina antidiscriminatoria e quella a tutela della libertà e dignità del lavoratore previste per i lavoratori subordinati, ivi compreso l'accesso alla piattaforma. L'esclusione dalla piattaforma e le riduzioni delle occasioni di lavoro ascrivibili alla mancata accettazione della prestazione sono vietate»¹²¹.

Come ha correttamente constatato Perulli, questa norma da un lato funge da argine legale contro le discriminazioni dei lavoratori delle piattaforme, dall'altro rappresenta una «generale garanzia nei confronti di poteri privati esercitati dalla piattaforma in maniera arbitraria ed ingiustificata, a tutela, come recita la norma, della libertà e dignità del prestatore d'opera»¹²².

Riconosciuta in tal modo l'applicabilità ai *riders* della tutela antidiscriminatoria, la giudice di Bologna dedica un'estensiva ed esaustiva trattazione al tema della discriminazione collettiva indiretta, poiché questa è la qualificazione che ella fa della condotta datoriale¹²³. Questa lettura è condivisa dagli autori di questo commento, tuttavia la dottrina non ha ancora raggiunto un punto di equilibrio, è pertanto opportuno dedicare uno spazio apposito – il paragrafo che segue – al dibattito in atto.

4.3. (Segue) Discriminazione diretta o indiretta?

Come si è detto poc'anzi, la giudice di Bologna sceglie di ricondurre la fattispecie concreta alla discriminazione collettiva indiretta; tuttavia, secondo una parte della dottrina, ella avrebbe altrettanto potuto ritenere la condotta come discriminazione diretta. La giudice si è, infatti, trovata di fronte al bivio tipico del diritto antidiscriminatorio di seconda generazione, dovendo decidere come qualificare la condotta datoriale. La norma di riferimento per tale operazione è rappresentata dall'art. 2, comma 1, lett. a) e b) d.lgs. 9 luglio 2003, n. 2016, che infatti stabilisce che si abbia:

¹¹⁸ Corsivo nell'originale. Trib. Bologna, Ord. 31 dicembre 2020, 7. Corsivi nell'originale. Trib. Bologna, Ord. 31 dicembre 2020, 7.

¹¹⁹ Trib. Bologna, Ord. 31 dicembre 2020, 7.

¹²⁰ Art. 47 *bis*, comma 1, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81 introdotto dal d.l. 3 settembre 2019, n. 101 conv. con modificazioni dalla legge 2 novembre 2019, n. 128.

¹²¹ Art. 47 *quinquies*, commi 1 e 2, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81 introdotto dal d.l. 3 settembre 2019, n. 101 conv. con modificazioni dalla legge 2 novembre 2019, n. 128.

¹²² A. PERULLI, *La discriminazione algoritmica: brevi note introduttive a margine dell'Ordinanza del Tribunale di Bologna*, cit., 4 s.

¹²³ M. BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, cit., l. 3.

«[...] a) discriminazione diretta quando, per religione, per convinzioni personali, per handicap, per età o per orientamento sessuale, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga; b) discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di handicap, le persone di una particolare età o di un orientamento sessuale in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone [...]»¹²⁴.

La giudice propende per la discriminazione indiretta sulla base dell'assunto che «gli algoritmi sono una scatola nera difficile da decifrare»¹²⁵; risulta quindi complesso dare prova di una discriminazione diretta. La qualificazione scelta dal Tribunale non è priva di insidie perché «lascia [...] spazio alla giustificazione [...]» datoriale¹²⁶.

La scelta della giudice è stata oggetto di alcune critiche da parte di Barbera (con cui concordano anche altri, fra cui Santagata De Castro)¹²⁷ che ritiene sussistente una discriminazione diretta¹²⁸ alla luce della definizione che di essa dà, nel caso *Chez* (relativo a una discriminazione etnica), la Corte di Giustizia dell'UE¹²⁹. Nella citata pronuncia i giudici di Lussemburgo affermano, infatti, che «perché si abbia discriminazione è sufficiente che tale origine etnica abbia determinato [...] la decisione di porre in essere detto trattamento»¹³⁰. Questa interpretazione presuppone che il giudice debba accertare il «carattere oggettivo o il fatto che la prassi controversa» abbia natura discriminatoria non valorizzando l'elemento psicologico che, secondo questa interpretazione, fungerebbe unicamente da elemento presuntivo che concorre a suffragare una discriminazione diretta¹³¹. In questo modo, secondo Barbera, si ovierebbe al rischio posto dalla fattispecie astratta della discriminazione indiretta che ammette, contrariamente a quella diretta, la possibilità per la parte datoriale di fornire una giustificazione¹³².

La lettura di Barbera è senza dubbio interessante; ciò non toglie, peraltro, che il Tribunale di Bologna riconduca la pratica datoriale al modello della discriminazione indiretta sulla scorta di un complesso *iter* argomentativo. Partendo dalla considerazione che il sistema SSB sia una pratica all'apparenza neutra perché applicata alla generalità dei *riders*, il giudice prende in considerazione la questione della violazione dei diritti sindacali che questa pratica comporta e l'inconferenza della giustificazione datoriale al riguardo.

¹²⁴ Art. 2, comma 1, lett. a) e b) d.lgs. 9 luglio 2003, n. 2016.

¹²⁵ M. BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, cit., I. 12.

¹²⁶ *Ivi*, I. 13

¹²⁷ R. SANTAGATA DE CASTRO, *Anti-discrimination law in the italian courts: the new frontiers of the topic in the age of algorithms*, cit., 16 ss.

¹²⁸ Per un approfondimento sul tema delle discriminazioni dirette e indirette v. S. FREDMAN, *Direct and indirect discrimination: is there still a divide?*, in H. COLLINS, T. KHAITANED (a cura di), *Foundations of indirect discrimination law*, Oxford, 2018, 31 ss.

¹²⁹ R. SANTAGATA DE CASTRO, *Anti-discrimination law in the italian courts: the new frontiers of the topic in the age of algorithms*, cit., 17.

¹³⁰ CGUE, sent. 16 luglio 2015, Causa C-83/14 (*Chez*).

¹³¹ M. BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, cit., I. 14; R. SANTAGATA DE CASTRO, *Anti-discrimination law in the italian courts: the new frontiers of the topic in the age of algorithms*, cit., 16 ss.

¹³² M. BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, cit., I. 14 s.; R. SANTAGATA DE CASTRO, *Anti-discrimination law in the italian courts: the new frontiers of the topic in the age of algorithms*, cit., 16 ss.

Il nucleo di base del ragionamento della giudice riguarda la disparità di trattamento prodotta dalla “cecità” della piattaforma in relazione alle ragioni poste alla base della cancellazione intempestiva della sessione lavorativa. Non a caso la giudice medesima afferma che:

«Il sistema di profilazione dei *riders* adottato dalla piattaforma Deliveroo, basato sui due parametri della affidabilità e della partecipazione, nel trattare nello stesso modo chi non partecipa alla sessione prenotata per futili motivi e chi non partecipa perché sta scioperando (o perché è malato, è portatore di un handicap, o assiste un soggetto portatore di handicap o un minore malato, ecc.) in concreto discrimina quest’ultimo, eventualmente emarginandolo dal gruppo prioritario e dunque riducendo significativamente le sue future occasioni di accesso al lavoro»¹³³.

La prassi datoriale integra la discriminazione indiretta perché, come afferma la giurisprudenza di Cassazione e della Corte EDU, la disparità vietata è l’effetto di una prassi in sé legittima – necessitata da motivi di carattere organizzativo ed economico –, ma che esplica effetti nefasti nei confronti dei lavoratori considerati in quanto portatori di determinate caratteristiche che costituiscono il fattore di rischio da cui scaturisce la discriminazione¹³⁴.

Il nocciolo della discriminazione indiretta sta quindi nel non prendere in considerazione le motivazioni che spingono i *riders* alla *late cancellation*, trattando situazioni diverse in modo eguale¹³⁵. Discernimento di cui però l’algoritmo è perfettamente capace in caso di infortunio sul lavoro e di *crash* del sistema operativo. Questa circostanza milita a sostegno della tesi dell’intenzionalità della discriminazione datoriale¹³⁶.

Accertata, tramite il conforto di prove fattuali, la natura indiretta della discriminazione, la giudice prosegue svolgendo alcune considerazioni relative alla compatibilità del diritto di sciopero e dei diritti sindacali con le procedure imposte dall’algoritmo per evitare una perdita di punti nel *ranking* reputazionale e quindi di occasioni lavorative¹³⁷.

Come sottolinea anche Ballestrero, gli elementi incompatibili con il diritto di sciopero della prassi datoriale sono due: l’obbligo di collegarsi alla piattaforma (“loggarsi”), e quindi anche di recarsi nella zona di lavoro prenotata a causa della geolocalizzazione, almeno 15 minuti prima per evitare le statistiche sfavorevoli, nonché il preavviso di 24 ore della cancellazione della sessione di lavoro.

L’obbligo di “loggarsi” vanifica ogni possibile utilità dello sciopero come strumento di rivendicazione sindacale e lo svuota di ogni significato perché nella sostanza impone ai lavoratori, che abbiano intenzione di astenersi dal lavoro, di recarsi comunque sul luogo di lavoro a pena di un danno economico sproporzionato¹³⁸.

L’obbligo di preavviso, invece, è incompatibile con il diritto di sciopero perché consente, soprattutto nel caso di piattaforme digitali, al datore di lavoro di sostituire facilmente i lavoratori assenti¹³⁹.

¹³³ Trib. Bologna, Ord. 31 dicembre 2020, 19.

¹³⁴ Cass., sent. 25 luglio 2019, n. 20204; Corte EDU, sent. 9 giugno 2009, n. 33401/02 (*Opuz c. Turchia*), cpv. 183; Corte EDU, sent. 13 novembre 2007, n. 57325/00 (*D.H. e a. c. Repubblica ceca*), cpv. 184; Corte EDU, sent. 20 giugno 2006, n. 17209/02 (*Zarb Adami c. Malta*), cpv. 80.

¹³⁵ Cass., sent. 5 aprile 2016, n. 6575.

¹³⁶ M.V. BALLESTRERO, *Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma*, cit., 109 s.

¹³⁷ *Ivi*, 110.

¹³⁸ *Ibidem*

¹³⁹ *Ibidem*

Quest'ultima considerazione affonda le radici nella giurisprudenza costituzionale e di Cassazione relativa allo sciopero improvviso e al crumiraggio interno, ossia la pratica datoriale di impiegare i lavoratori che non partecipano allo sciopero in sostituzione dei colleghi¹⁴⁰.

Come ricorda la giudice di Bologna, la Suprema Corte ha stabilito che lo sciopero improvviso e quindi senza preavviso sia legittimo ed anzi l'obbligo di preavviso è tanto più incompatibile nelle ipotesi in cui, qualora prestato, agevolerebbe la sostituzione dei lavoratori elidendo o limitando il danno economico aziendale¹⁴¹. A parere della giudice, l'obbligo di preavviso e la competizione fra i *riders* producono, nella sostanza, una forma peculiare di crumiraggio interno ostacolando il diritto di sciopero. Sciolti i nodi circa la natura della discriminazione e i fattori di rischio, rimangono da considerare, ai sensi dell'art. 3, comma 6, d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216, le giustificazioni datoriali. Queste ultime devono dimostrare la legittimità delle finalità perseguite e la proporzionalità dei mezzi adottati¹⁴². Inoltre, come anticipato, l'onere della prova imposto alle organizzazioni sindacali ricorrenti è meno gravoso in virtù della parziale inversione per cui è il datore di lavoro a dover provare la legittimità della propria condotta.

In proposito, la società resistente si giustifica affermando che:

«la finalità di Deliveroo nel tenere traccia delle ore prenotate ma non cancellate e durante le quali il riders ha deciso di non loggarsi, neppure nei 14 minuti e 59 secondi successivi al momento di inizio della sessione, non può che ritenersi legittima, trattandosi di un rapporto tra committente e prestatori d'opera autonomi, così come appropriati appaiono i mezzi che – come ribadito più volte – tracciano il dato della cancellazione senza impatto sulle statistiche dei riders e senza in alcun modo tenerne in considerazione i motivi, coerentemente con la natura del rapporto e degli interessi in gioco»¹⁴³.

In merito alla legittimità delle finalità perseguite, la giustificazione, a detta della giudice, è inconferente perché si sofferma a discutere della natura del rapporto di lavoro e quindi del piano di applicazione soggettiva della norma, incurante del fatto che il diritto antidiscriminatorio si applica a tutti i lavoratori¹⁴⁴, e perché si risolve in una petizione di principio non suffragata da elementi oggettivi di prova¹⁴⁵. In altre parole, affermare che la disparità di trattamento sia legittimata perché applicata a lavoratori autonomi non è una ragione logicamente idonea a spiegare la miopia selettiva dell'algoritmo nella valutazione delle motivazioni che portano alla *late cancellation* da parte dei *riders*¹⁴⁶.

Con riguardo poi alla proporzionalità dei mezzi adottati, la giudice svolge una analisi approfondita delle risultanze istruttorie e conclude che non sia accettabile la spiegazione datoriale perché si basa su un

¹⁴⁰ M. BALESTRI, *Esercizio del diritto di sciopero e legittimità della reazione datoriale*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2, 2018, 1 ss.; A. ROTA, *Il crumiraggio tecnologico: una lettura comparata*, in *Labour & Law Issues*, 4, 1, 2018, C. 33 ss.

¹⁴¹ Cass., sent. 17 dicembre 2004, n. 23552; Cass., sent. 8 agosto 1987, n. 6831; Cass., sent. 27 luglio 1984, n. 4260.

¹⁴² M. BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, cit., I. 11; M. V. BALLESTRERO, *Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma*, cit., 111.

¹⁴³ Corsivo nell'originale. Trib. Bologna, Ord. 31 dicembre 2020, 20.

¹⁴⁴ A. PERULLI, *La discriminazione algoritmica: brevi note introduttive a margine dell'Ordinanza del Tribunale di Bologna*, cit., 6; M. BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, cit., I. 11.

¹⁴⁵ Trib. Bologna, Ord. 31 dicembre 2020, 20.

¹⁴⁶ M. V. BALLESTRERO, *Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma*, cit., 111.

equivoco di fondo legato alla struttura del giudizio discriminatorio. Come correttamente spiega Barbera, «allegare in tema di proporzionalità dei mezzi circostanze che attengono [...] all'accertamento dell'impatto dei criteri in considerazione comporta [...] uno stravolgimento della struttura del giudizio»¹⁴⁷ perché si tratta di due fasi diverse del bilanciamento di interessi. Inoltre, la tesi della società ha una struttura circolare e tautologica: infatti, la datrice di lavoro suggerisce che «un criterio apparentemente neutro non può essere discriminatorio perché è apparentemente neutro»¹⁴⁸.

Il giudice, quindi, nel rigettare la giustificazione datoriale, afferma che:

«non si discute della legittimità del sistema in sé, né del fatto che sia incentivata la cancellazione preventiva delle sessioni prenotate che non si intendono più utilizzare, ma solo il fatto che l'eventuale cancellazione tardiva o la mancata partecipazione alla sessione non cancellata non possa essere giustificata dal rider sulla base di comprovate ragioni dotate di rilievo giuridico (prima fra tutte, ma non sola, l'esercizio del diritto di sciopero costituzionalmente garantito)»¹⁴⁹.

5. Che sanzione applicare?

Va da ultimo brevemente considerato un ulteriore profilo, quello sanzionatorio. La giudice, come accennato in precedenza, prende atto dell'eliminazione del sistema di prenotazione SBB su tutto il territorio nazionale, il che preclude una condanna alla cessazione del comportamento illegittimo, rimanendo possibile soltanto quella alla rimozione degli effetti. La giudice accoglie quindi la richiesta di parte attorea e condanna la società convenuta alla «pubblicazione della [...] ordinanza sul proprio sito internet e nell'area "domande frequenti"¹⁵⁰ della piattaforma gestita dalla convenuta» e alla pubblicazione di un estratto del provvedimento sul quotidiano "La Repubblica"¹⁵¹.

Il tema tuttavia più rilevante è quello del risarcimento del danno. L'art. 28, comma 5 del d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150 stabilisce infatti che «con l'ordinanza che definisce il giudizio il giudice può condannare il convenuto al risarcimento del danno anche non patrimoniale»¹⁵², tenendo anche conto «del fatto che l'atto o il comportamento discriminatorio costituiscono ritorsione ad una precedente azione giudiziale ovvero ingiusta reazione ad una precedente attività del soggetto leso volta ad ottenere il rispetto del principio della parità di trattamento»¹⁵³.

Come chiarito dalla Suprema Corte, il risarcimento assume in questa disposizione una funzione polivalente, non avendo una natura solo compensativa, ma anche deterrente e sanzionatorio-punitiva¹⁵⁴. Non a caso i giudici di legittimità affermano che la pluralità di funzioni risarcitorie ha riscontro anche a livello costituzionale e ammettono la possibilità di prevedere legislativamente "danni punitivi" come

¹⁴⁷ M. BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, cit., I. 11.

¹⁴⁸ *Ibidem*

¹⁴⁹ Trib. Bologna, Ord. 31 dicembre 2020, 20 s.

¹⁵⁰ *Ibidem*

¹⁵¹ Trib. Bologna, Ord. 31 dicembre 2020, 22.

¹⁵² Art. 28, comma 5 del d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150.

¹⁵³ Trib. Bologna, Ord. 31 dicembre 2020, 22.

¹⁵⁴ Cass., Sez. Un., sent. 05 luglio 2017, n. 16601.

misura di contrasto della violazione del diritto eurounitario¹⁵⁵. Questa interpretazione è stata confermata da numerose pronunce nazionali e a livello eurounitario¹⁵⁶.

Confortata dalla solida giurisprudenza cui si è appena fatto riferimento e riconosciuta la legittimazione attiva *jure proprio* dei sindacati, la giudice condanna la società datrice di lavoro ad un risarcimento forfettario determinato equitativamente.

6. Considerazioni conclusive

L'Ordinanza del Tribunale di Bologna che si è analizzata nelle pagine precedenti è un vero e proprio "trattato" di diritto antidiscriminatorio e assume grande rilevanza nel contesto italiano. Questa decisione interviene infatti nel dibattito nazionale sul tema dei lavoratori delle piattaforme digitali enfatizzando il ruolo del diritto antidiscriminatorio e stimolando la riflessione dottrinale in proposito. In merito a questa controversia si può a giusto titolo parlare di *strategic litigation* nella misura in cui le organizzazioni sindacali mirano a ottenere un precedente importante, ma anche di *legal mobilisation*, in quanto si utilizza l'azione giudiziale per estendere la tutela dei diritti sociali.

La pronuncia ha un simile rilievo perché costituisce il primo argine concreto a quello che Perulli denuncia come mimetismo del nuovo "capitalismo delle piattaforme", ossia quella dissimulazione della natura dell'impresa che però non occulta la dimensione oppressiva e di controllo della tecnologia¹⁵⁷. La giudice utilizza infatti gli strumenti giuridici a sua disposizione per indurre la società non tanto a disapplicare la gestione algoritmica del personale, cosa che lederebbe la libertà di impresa, ma ad allineare l'algoritmo ai principi fondamentali di uguaglianza e non discriminazione.

Nel concreto, l'Ordinanza ha dovuto affrontare diverse questioni problematiche, sia di natura processuale, sia di natura sostanziale. La questione della cessazione della materia del contendere prima e della legittimazione attiva delle organizzazioni sindacali poi hanno occupato tutta la prima parte del provvedimento. Il modo in cui queste questioni vengono positivamente risolte e la giurisprudenza citata dalla giudice sono di assoluto rilievo perché stimolano il dibattito processualistico, in merito all'utilità di una determinata pronuncia, e quello giuslavoristico, con riguardo alla legittimazione attiva del sindacato.

Un profilo sul quale il presente contributo ha scelto di andare oltre rispetto ai temi affrontati dall'Ordinanza del Tribunale di Bologna è quello della natura del rapporto di lavoro dei *riders*. La giudice ha infatti deciso di non soffermarsi su tale annosa problematica e ciò perché la controversia riguardava il diritto antidiscriminatorio, che come si è visto trova applicazione nei confronti di tutti i lavoratori. È evidente, tuttavia, che tale profilo e i modi in cui dottrina e giurisprudenza lo hanno affrontato, ha avuto e avrà importanti riflessi sulla vita di questi lavoratori e sui loro diritti: di qui, la decisione di prenderlo pur brevemente in esame.

¹⁵⁵ Cass., Sez. Un., sent. 15 marzo 2016, n. 5072; Corte Cost., sent. 22 ottobre 2014, n. 238; Cass., sent. 17 settembre 2013, n. 21255.

¹⁵⁶ Cass., Sez. Un., sent. 15 marzo 2016, n. 5072; CGUE, sent. 2 aprile 2013, causa C-81/12 (*Asociația Accept c. Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*).

¹⁵⁷ A. PERULLI, *La discriminazione algoritmica: brevi note introduttive a margine dell'Ordinanza del Tribunale di Bologna*, cit., 2.



Per quanto concerne le questioni sostanziali la giudice di Bologna, seguendo un articolato *iter* argomentativo, ha riconosciuto la sussistenza di una discriminazione indiretta collettiva perpetrata dalla società convenuta tramite il sistema informatico e non giustificata dalle motivazioni fornite dalla datrice di lavoro. Il punto focale del ragionamento riguarda la cecità selettiva dell'algoritmo che non è affatto neutrale nelle sue scelte e che, a dispetto di quanto asserito dai resistenti, perpetra una discriminazione in tutti i casi in cui non considera le motivazioni legittime di astensione dal lavoro, indipendentemente dal fatto che siano legate ai diritti sindacali, alla malattia o all'accudimento, per esempio, di una persona disabile.

Va, infine, sottolineato che la decisione della giudice di Bologna, motivata in modo puntuale e dettagliato, opera una scelta consapevole e un bilanciamento adeguato fra interessi contrastanti. L'importanza di questa pronuncia non si limita però al singolo caso; essa ha infatti una portata generale che deve essere riconosciuta e valorizzata. La giudice è infatti conscia dei cambiamenti in atto nel mondo del lavoro e cerca, con gli strumenti del diritto, di indicare una strada e dare risposte a quelle nuove "patologie del sociale"¹⁵⁸ che la rivoluzione digitale porta con sé.

¹⁵⁸ A. HONNETH, *Patologie del sociale*, in B. CARNEVALI (a cura di), *La libertà negli altri. Saggi di filosofia sociale*, Bologna, 2017, 37 ss.

