

# Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma

di M. V. Ballestrero – 19 gennaio 2021

Sommario: 1. Il caso. – 1.1. Due questioni preliminari. – 2. La questione principale. – 2.1. Applicabilità ai *rider* della tutela antidiscriminatoria e qualificazione del rapporto di lavoro. – 2.2. Discriminazione sindacale e applicazione del diritto antidiscriminatorio sostanziale e processuale rilevante. – 2.3. Qualificazione della condotta aziendale in termini di discriminazione collettiva indiretta. – 3. La questione ulteriore: il risarcimento del danno.

1. L'ordinanza del Tribunale di Bologna, emanata nell'ambito di un procedimento antidiscriminatorio (art. 28 d.lgs. n. 150 /2011), apre un capitolo nuovo e di grande interesse nella vicenda giudiziaria che ha portato alla ribalta i *rider* che consegnano cibo (e non solo) a domicilio e l'organizzazione del loro lavoro tramite piattaforme digitali gestite da imprese multinazionali[1]. Il caso affrontato nell'ordinanza in commento mette in campo una pluralità di questioni di non semplice soluzione, affrontate dalla giudice con lodevole impegno[2].

Diversamente dalle sentenze che hanno deciso le cause intentate da uno o più *rider* per vedersi applicate le tutele che la legge accorda ai lavoratori subordinati, passando – ma non in tutti i casi – attraverso la riqualificazione del rapporto [3], questa ordinanza decide un ricorso per discriminazione collettiva presentato da Filcams Cgil, Nidil Cgil, Filt Cgil contro Deliveroo Italia S.R.L., ai sensi dell'art. 5, co. 2, d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216[4].

I ricorrenti lamentano il carattere discriminatorio della prassi aziendale di penalizzare nella “statistica”, o *ranking reputazionale* (per brevità possiamo dire “punteggio”) elaborato dall'algoritmo, i *rider* in caso di cancellazione o annullamento della prenotazione di una sessione di lavoro (*slot*, in gergo) con un preavviso inferiore alle 24 ore (c.d. *late cancellation*), senza considerare la ragione che ha dato luogo alla cancellazione della sessione prenotata. Nel caso la ragione è l'adesione ad uno sciopero, ma considerazioni analoghe potrebbero valere per la malattia o per le esigenze legate all'assistenza di un figlio minore o di un disabile. In sostanza i sindacati ricorrenti lamentano che l'algoritmo della società convenuta, nel calcolare il punteggio i *rider* che non rispettano gli *slot* prenotati, penalizza tutte le forme lecite di astensione dal lavoro, determinando una limitazione nelle future occasioni di lavoro.

1.1. La decisione del ricorso ha richiesto la soluzione in via preliminare della questione della legittimazione attiva delle organizzazioni sindacali quali enti esponenziali (rappresentativi) del diritto o dell'interesse leso dalla (pretesa) discriminazione collettiva. Non è questa la sede per approfondire la complessa problematica dell'azione del sindacato in giudizio a tutela di un interesse collettivo [5]; qui basta dire che la questione è risolta in senso positivo dalla giudice sulla scorta della giurisprudenza (della Cassazione e della Corte di giustizia europea). Come indicato dalla stessa giurisprudenza citata, occorre verificare che gli statuti delle organizzazioni sindacali ricorrenti contemplino univocamente l'interesse collettivo di cui si tratta come interesse proprio dell'associazione. Ebbene, le organizzazioni sindacali – conclude la giudice – espressamente indicate tra i soggetti legittimati dall'art. 5 co. 2, rientrano sicuramente tra

quei soggetti collettivi che operano sul territorio nazionale a difesa dell'effettività del principio di non discriminazione e che, appunto, si prefiggono di spiegare la loro azione con riferimento ad uno dei fattori possibile fonte di discriminazione, individuato nel caso nella partecipazione ad azioni sindacali. L'organizzazione sindacale agisce dunque 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) [6].

Un ulteriore problema di ordine processuale (ma anche sostanziale) si è posto in via preliminare, perché in corso di causa *Deliveroo* ha provveduto ad eliminare il sistema SSB (*self-service booking*) che era stato introdotto in coincidenza con le prime iniziative di autotutela dei *rider*, facendo così venir meno il sistema delle prenotazioni settimanali con accesso a tre diverse fasce orarie (11, 15, 17) consentito a ciascun *rider* in ragione del punteggio assegnato dall'algoritmo in base ai criteri di affidabilità e partecipazione, sui quali incide negativamente la cancellazione di una sessione con preavviso inferiore a 24 ore. L'accesso alle diverse fasce orarie di prenotazione settimanale degli *slot* incide fortemente sulle occasioni di lavoro: tra la prima e la terza fascia la differenza in termini di ore settimanali di lavoro può andare da quaranta a due ore.

*Deliveroo* ha sostenuto che, con la soppressione del sistema SSB, è cessata la materia del contendere; la giudice, a mio avviso ragionevolmente, ha respinto l'istanza, richiamando la giurisprudenza in materia della S.C. (in termini: Cass. n.16150/2010), e constatando che, nel caso, non può essere dichiarata la cessazione della materia del contendere, «permanendo il contrasto tra le parti sulla natura discriminatoria della condotta per cui è causa, di tal che deve pervenirsi ad una pronuncia sul punto». Non sfugge, del resto, l'interesse dei sindacati ricorrenti a veder affermato il carattere discriminatorio della condotta aziendale: sistemi più o meno espliciti di penalizzazione dei *rider* che annullano gli *slot* prenotati sono utilizzati anche da altre imprese che gestiscono le piattaforme, e una decisione favorevole assume un significativo valore di "precedente": utile per indurre ad eliminare dai sistemi operativi clausole indirettamente discriminatorie [7].

Se l'avvenuta soppressione del sistema SSB non fa venir meno la materia del contendere, inciderà però sul contenuto del provvedimento di condanna, che non potrà più prevedere la cessazione della condotta discriminatoria, e che per quanto riguarda la rimozione degli effetti, dovrà limitarsi ad ordinare la pubblicazione del provvedimento (oltre che in estratto sul quotidiano "La Repubblica") nel sito internet dell'azienda e nell'area "domande frequenti" della sua piattaforma. A futura (ed anche altrui) memoria, si direbbe.

2. Accantonate le questioni preliminari, la decisione sulla questione principale coinvolge a sua volta la soluzione di una serie di questioni; in ordine logico: l'applicabilità ai *rider* della tutela antidiscriminatoria (nella specie: discriminazione nell'accesso al lavoro); la definizione del fattore di rischio a fini di applicazione del diritto antidiscriminatorio sostanziale e processuale rilevante; la qualificazione della condotta aziendale in termini di discriminazione collettiva indiretta.

Si connette alla questione principale l'ulteriore questione del risarcimento del danno (anche non patrimoniale: art. 28, co. 5, d.lgs. n. 150/2011) subito dai ricorrenti a causa della condotta discriminatoria del convenuto.

2.1. Sull'applicabilità ai *rider* della tutela antidiscriminatoria la giudice spende poche parole, limitandosi a richiamare: da un lato, la sentenza n. 1663/2020 della Cassazione [8] che riconduce i rapporti di lavoro dei *rider* nell'ambito delle collaborazioni etero-organizzate, applicando loro, ai sensi dell'art. 2, co. 1, d.lgs. n. 81/2015, la disciplina del lavoro subordinato; d'altro lato, l'art. 47 *quinquies* d.lgs. n. 81/2015, che estende ai *rider* autonomi la tutela antidiscriminatoria. Ciò che rende – ad avviso della giudice – del tutto superfluo ogni ulteriore approfondimento sul punto nonché sulla *vexata quaestio* della qualificazione del rapporto di lavoro dei *rider* in termini di subordinazione o autonomia.

L'applicazione della tutela antidiscriminatoria è senz'altro pacifica, e prescinde dalla qualificazione del rapporto. È invece tutt'altro che pacifica la questione della qualificazione del rapporto dei *rider* in termini di subordinazione o autonomia, su cui il dibattito è ancora largamente in corso, sollecitato da quanto sta avvenendo sul fronte giudiziario e, non meno, su quello contrattuale. È superfluo esaminarla nel caso di specie; non è superfluo però, quando si commenta una decisione che riguarda i *rider*, fare brevemente il punto sulla questione, tutt'ora *vexata* [9].

Benché alcuni abbiano ravvisato nella riformulazione dell'art. 2, co. 1, d.lgs. n. 81/2015, ad opera del d.l. n. 101/2019, conv. con mod. in l. n. 128/2019, un rafforzamento del carattere autonomo della collaborazione etero-organizzata, l'intervento del legislatore può essere interpretato (d'accordo con la giudice bolognese) come espressione dell'intento del legislatore di espandere l'area di applicazione della disciplina del lavoro subordinato, togliendo spazio alle interpretazioni più restrittive. La qualificazione del rapporto di lavoro resta tuttavia incerta, per quanto sembri uscirne rafforzata la soluzione cui è pervenuta la Cassazione (sentenza n. 1663/2020), che riconduce il rapporto dei *rider* nell'alveo dell'art. 2, co. 1, d.lgs. n. 81/2015, applicando integralmente la disciplina del rapporto di lavoro subordinato (salve le norme “incompatibili”: ma la S.C. non dice quali norme e perché siano incompatibili).

Portando fino in fondo il ragionamento della Corte, e prescindendo dalla opinabile distinzione tra “norma di fattispecie” e “norma di disciplina”, si può affermare che, dato pure per scontato che all'origine (momento genetico) di una collaborazione etero-organizzata sia ipotizzabile la stipulazione di un contratto di collaborazione coordina e continuativa, l'art. 2 prende in considerazione non un contratto, ma un rapporto di lavoro, che nei fatti presenta le caratteristiche della etero-organizzazione unilateralmente imposta dal “committente”. Una situazione (nel senso della posizione del prestatore di lavoro) che il legislatore giudica nella sostanza tanto equivalente alla dipendenza del lavoratore subordinato, da ritenere estensibile ad essa la disciplina del lavoro subordinato. In altri termini: la fattispecie (antecedente della applicazione delle norme in materia di lavoro subordinato) presa in considerazione dal legislatore è il rapporto (momento effettuale) e non il contratto (momento genetico), che resta *irrilevante*: cosicché il giudice, una volta accertata nel caso concreto la presenza degli elementi della fattispecie (che non differiscono di molto da quelli tipici del lavoro dipendente) applica la disciplina del

lavoro subordinato, senza bisogno di ricondurre il rapporto ad un contratto nominato mediante l'ordinaria operazione di qualificazione e riconduzione al corretto *nomen juris*.

La qualificazione e riconduzione al *nomen juris* non è superflua, e diviene invece rilevante in due diverse ipotesi.

a) La prima ipotesi è quella portata all'attenzione dei commentatori dalla sentenza del Tribunale di Palermo (24.11.2020), nella quale la giudice ha colto al balzo la palla gettata dalla sentenza n. 1663/2020, nel punto (§ 43) nel quale la S.C., dopo aver ricondotto la fattispecie concreta dei *rider* di *Foodora* nell'ambito delle collaborazioni etero-organizzate, con le conseguenze della integrale applicazione della disciplina del lavoro subordinato (a prescindere dal *nomen juris*), afferma che non viene meno la possibilità per il giudice «di accertare l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato, secondo i criteri elaborati dalla giurisprudenza in materia, trattandosi di un potere costituzionalmente necessario alla luce della regola di effettività della tutela». Ed è appunto questo ciò che la giudice palermitana ha fatto: fornendoci, nella ricostruzione dei fatti, un istruttivo quadro delle condizioni di lavoro del *rider*, e traendo da questi fatti argomenti per qualificare il rapporto come di lavoro subordinato [\[10\]](#). La sentenza è stata accolta in modo contrastante; personalmente ne condivido le conclusioni e apprezzo l'attenzione riservata alla comparazione in un settore caratterizzato dal livello multinazionale dell'impresa e dalla omogeneità delle condizioni di lavoro che riserva ai *rider* gestiti dalla sua piattaforma in diverse parti del mondo.

Ma non è questo ciò che qui interessa. Qui interessa che non è superflua la qualificazione in termini di lavoro subordinato (anziché di collaborazione etero-organizzata); al di là dei problemi di compatibilità della disciplina del lavoro subordinato con un rapporto che un largo settore della dottrina (e a mio avviso, implicitamente, la stessa Cassazione nella citata sentenza n. 1663) riconduce nell'area del lavoro autonomo, la qualificazione assume importanza sotto un profilo rilevante: l'applicabilità della lett. a) dell'art. 2, co. 2, che attribuisce alla contrattazione collettiva qualificata il potere di prevedere «discipline specifiche riguardanti il trattamento economico normativo in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative». Detto in soldoni: se si tratta di lavoro subordinato la disciplina è inderogabile; se si tratta di collaborazioni etero-organizzate la disciplina del lavoro subordinato diventa derogabile ad opera della contrattazione collettiva.

Vorrei sommessamente notare che una cosa è la “*disciplina specifica*” di cui parla la lett. a), e altra cosa è la *deroga* alle regole fondamentali di tutela dei lavoratori subordinati, che, a mio avviso, restano inderogabili anche per la contrattazione (qualificata) che dovrebbe intervenire per dettare regole adeguate alle specificità dell'organizzazione e delle prestazioni dei lavoratori delle piattaforme. Per quanto l'art, 2, co. 2, lett. a) sia il frutto di un compromesso faticosamente negoziato, non ritengo che vi sia spazio per un'interpretazione che consenta alla contrattazione collettiva di travolgere l'intento protettivo e antielusivo espresso dal legislatore nel comma 1 dello stesso art. 2. Peraltro, la qualificazione in termini di lavoro subordinato non preclude di certo l'intervento della contrattazione collettiva che detti apposite regole per adeguare il trattamento economico e normativo alle specificità di quei rapporti.

b) Vi è anche una seconda ipotesi in cui la qualificazione del rapporto e la riconduzione al *nomen juris* diviene rilevante. Se infatti a fini di applicazione dell'art. 2 d.lgs. n. 81/2015

il *nomen juris* resta irrilevante, del *nomen juris* si è preoccupato invece il legislatore negli artt. 47 bis e ss. (Capo V bis inserito nel d.lgs. n. 81/2015 dalla legge n. 128/2019), creando un ingorgo, che spetta ai giudici districare, questa volta non potendo omettere la qualificazione del rapporto di lavoro dei *rider*, essendo l'applicazione delle tutele minime connessa all'assegnazione del *nomen juris* (il tipo contrattuale è quello del lavoro autonomo). Certamente la qualificazione in termini di co.co.co. ex art. 409, n. 3, c.p.c., è da escludere: nell'art. 47 bis, co. 2, le modalità di esecuzione della prestazione non sono concordate tra le parti, ma unilateralmente determinate dal committente (così come unilaterale è la fissazione del compenso). Resta allora ai giudici, cui spetta il giudizio di qualificazione, stabilire in che cosa consista l'autonomia che distingue i *riders* autonomi sia da quelli coordinati ex 409, sia da quelli eteroorganizzati ex art. 2 d.lgs. n. 81/2015 e successive modifiche e integrazioni. Forse, come altri ritengono, solo la discontinuità o occasionalità della prestazione.

2.2. Come ho anticipato riassumendo brevemente il caso, i sindacati ricorrenti hanno ravvisato nella condotta aziendale connessa all'applicazione del sistema SSB una discriminazione collettiva per ragioni sindacali, e hanno proposto un ricorso in giudizio secondo il rito di cui all'art. 28 d.lgs. n. 150/2011, nel cui ambito rientrano le controversie di cui all'art. 4 d.lgs. n. 216/2003: si tratta delle controversie in materia di discriminazione in base ai fattori elencati nello stesso decreto n. 216, che ha dato attuazione alla Direttiva 2000/78.

L'art. 28 d.lgs. n. 150/2011 non richiama l'art. 15 St. lav, e *pour cause*: la discriminazione per ragioni connesse alla libertà e all'attività sindacale gode infatti, nel nostro ordinamento, di una specifica disciplina nell'art. 15 St. lav., e la sua repressione può avvalersi della procedura di cui all'art. 28 dello stesso St. lav.<sup>[11]</sup> Ma non è questo il primo caso nel quale le organizzazioni sindacali si avvalgono delle disposizioni sostanziali e processuali fornite anziché dalla disciplina specifica sopra richiamata, dalla normativa antidiscriminatoria c.d. di seconda generazione, riconducendo la discriminazione per ragioni sindacali nell'ambito del fattore "convinzioni personali" di cui al d.lgs. n. 216/2003. Non si tratta di una bizzarria o di un errore, ma di una scelta ponderata, tenuto conto dell'estensione del diritto antidiscriminatorio anche oltre i confini del lavoro subordinato e degli indubbi vantaggi sul piano sostanziale e processuale: dal divieto di discriminazione indiretta, alla discriminazione collettiva, al regime dell'onere della prova<sup>[12]</sup>.

La scelta dei ricorrenti di ricondurre la discriminazione per ragioni sindacali nell'ambito del fattore "convinzioni personali", è condivisa dalla giudice, che può avvalersi dell'autorevole precedente in termini costituito dalla sentenza n. 1/2020 della S.C. <sup>[13]</sup>, secondo cui «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» (§ 9.6) <sup>[14]</sup>.

Questo orientamento, che sembra consolidarsi, pone in premessa la (netta) distinzione negli artt. 21 CDFUE e 19 TFUE, e nella Direttiva 2000/78 tra convinzioni religiose e (altre, laiche) convinzioni personali, come fattori separati (dalla disgiuntiva "o" nelle fonti citate, da una virgola nel d.lgs. n. 216/2003); la premessa non è superflua, stante il permanere dell'opinione



che assimila le convinzioni personali a quelle di carattere religioso. È ben vero che le fonti dell'Ue citate non fanno espressa menzione della discriminazione per ragioni sindacali (affiliazione e partecipazione ad attività sindacali, incluso lo sciopero), ma si è giustamente osservato che, alla luce delle regole di interpretazione della CDFUE, l'art. 12 della Carta (libertà di riunione e di associazione), in quanto correlato all'art. 11 CEDU, come interpretato alla Corte EDU, «non può non prevedere un divieto di discriminazione sulla base del fattore sindacale»<sup>[15]</sup>.

Per le ragioni che chiarirò meglio oltre, la scelta della via del diritto antidiscriminatorio non è solo strategicamente utile; l'ottica antidiscriminatoria fornisce al giudice la chiave per aprire una finestra sul modello di organizzazione del lavoro mediante piattaforma, valutando se e come questo modello comporti la violazione dei diritti fondamentali dei lavoratori coinvolti.

2.3. Alla qualificazione della condotta aziendale in termini di discriminazione collettiva indiretta è riservata la parte centrale della ordinanza, che procede attraverso un'attenta ricostruzione (documentale e testimoniale) dei fatti rilevanti. La ricostruzione copre molte pagine, la cui lettura chiarisce bene, almeno a chi non ne abbia esperienza, come viene organizzato il lavoro dei *rider*, e come funzionano i meccanismi che consentono a quelli di loro che ne hanno più bisogno di mettere insieme un numero di ore di lavoro sufficiente a guadagnare quanto a mala pena basta per vivere. Ma non mi addentro nel merito; mi soffermo invece sui punti della motivazione nei quali la giudice, utilizzando la nozione di discriminazione indiretta, come definita dall'art. 2 d.lgs. n. 216/2003, la applica al caso di specie.

Come è noto, la nozione di discriminazione si compone di una serie di elementi: l'apparente neutralità dell'atto o del comportamento discriminatorio; l'effetto di disparità di trattamento, consistente in uno svantaggio (particolare o proporzionalmente maggiore) a danno di un determinato gruppo o classe di persone in ragione dell'ideologia che professano o delle caratteristiche o identità personali; il carattere oggettivo (*by effects* e non secondo le intenzioni) della discriminazione; la mancanza di una adeguata (in termini di necessità e proporzionalità) giustificazione. Tutti questi elementi sono presi in considerazione nell'ordinanza.

*Nulla quaestio* sull'apparente neutralità della condotta aziendale: il sistema SSB era applicato a tutti i *rider* e la c.d. *late cancellation* comportava le stesse conseguenze per tutti. Complesso invece il percorso argomentativo da compiere per decidere se e come dalla condotta "neutra" possano derivare effetti di disparità di trattamento dei *rider* in ragione dell'esercizio dell'autotutela sindacale (nel caso: adesione ad uno sciopero).

Ricostruendo il ragionamento della giudice in un ordine che non è esattamente quello che si legge nella motivazione, si può articolare il percorso in tre tappe strettamente relate: la prima attiene alla configurazione della discriminazione indiretta come effetto di una condotta apparentemente neutra; la seconda alla valutazione della lesione dei diritti sindacali e del diritto di sciopero in particolare che può derivare; la terza alla giustificazione addotta dall'azienda convenuta.

Per quanto riguarda la prima tappa del percorso argomentativo <sup>[16]</sup>, l'effetto di disparità di trattamento è prodotto dalla indifferenza o cecità della piattaforma rispetto alle ragioni che hanno determinato il mancato preavviso tempestivo della cancellazione. Secondo la giudice,

«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». La discriminazione indiretta – conclude la giudice – consiste nel riservare lo stesso trattamento a situazioni diverse: un modo diffuso ma riduttivo di spiegare quel *disparate impact* che è al centro della nozione di discriminazione indiretta, e coglie la dimensione collettiva della differenza rilevante nel giudizio comparativo ipotetico.

Non dubita la giudice del carattere oggettivo della discriminazione (che può dirsi acquisito in giurisprudenza, dopo il *revirement* della S.C. nella sentenza n. 6575/2016) [17]. Tuttavia si spinge ad apprezzare la consapevolezza (se non l'intenzionalità) del comportamento, considerando che la cecità o indifferenza della piattaforma sulle ragioni per cui un *rider* cancella in ritardo uno *slot* prenotato è frutto di una scelta e non di una necessità: la piattaforma, scrive la giudice, è cieca quando vuole, perché se vuole può sbendarsi gli occhi e fare in modo che le cancellazioni delle sessioni prenotate non abbia alcuna incidenza sulla “profilazione” del *rider*. Così accade infatti in due casi: l'infortunio sul lavoro e il *crash* del sistema operativo.

La seconda tappa del percorso argomentativo coinvolge alcune considerazioni relative al preavviso (di 24 ore) della cancellazione dello *slot* e, in caso di *late cancellation*, l'obbligo di “loggarsi” (per loggarsi il *rider* deve necessariamente recarsi all'interno della zona di lavoro ove ha prenotato una sessione, in quanto la *app* ne rileva la posizione geografica grazie ad un sistema di geolocalizzazione) 15 minuti prima per evitare le statistiche sfavorevoli in termini di affidabilità (e di partecipazione, quando si tratta di *slot* del weekend e delle fasce orarie di punta) che penalizzano il *rider* sul piano delle occasioni di lavoro.

L'incompatibilità dell'obbligo di “loggarsi” con l'esercizio del diritto di sciopero è del tutto evidente; meno evidente l'incompatibilità di un onere di preavviso. La giudice richiama appropriatamente «la giurisprudenza che ha ritenuto legittimo lo sciopero improvviso, cioè senza preavviso (Corte cost. 62/124; Cass. 23552/2004), e ciò vale vieppiù» – afferma – «nella fattispecie, in cui il preavviso [...] consentirebbe al datore di lavoro di sostituire agevolmente i *rider* scioperanti, elidendo o comunque minimizzando quel danno economico che è connaturale alla funzione di autotutela coattiva propria dello sciopero».

Quest'ultima affermazione rimanda alla problematica del c.d. *crumiraggio* interno, vale a dire della utilizzazione da parte del datore di lavoro di propri dipendenti (o collaboratori) che non partecipano allo sciopero. Secondo l'orientamento prevalente in giurisprudenza è consentito al datore di lavoro di reagire allo sciopero adottando le misure che consentono di limitarne i danni, mentre sono illeciti i comportamenti diretti ad impedire o limitare l'esercizio del diritto di sciopero. Si tratta dunque di valutare se, nel caso di specie, la sostituzione dei *rider* scioperanti con altri disponibili a lavorare limiti l'esercizio del diritto di sciopero. La giudice non ha dubbi, e credo sia nel giusto. Il sistema adottato da questa come da altre piattaforme gioca sulla competizione fra *rider* per accaparrarsi gli *slot* nelle giornate e negli orari migliori, aumentando in prospettiva anche le future occasioni di lavoro (su cui incidono le valutazioni, o punteggi, elaborati dagli algoritmi utilizzati). In queste condizioni, l'imposizione di un onere di preavviso per la cancellazione dello *slot* prenotato si può considerare se non diretta

violazione del diritto di sciopero, almeno ostacolo o, più eufemisticamente, forte disincentivo, al suo esercizio.

L'ultima tappa del percorso argomentativo riguarda la giustificazione addotta dalla impresa convenuta: siamo nell'ambito della discriminazione indiretta, che ai sensi dell'art. 3, co. 6, d.lgs. n. 216/2003, è esclusa quando la disparità di trattamento sia oggettivamente giustificata da finalità legittime perseguite attraverso mezzi appropriati e necessari; siamo anche nell'ambito di una controversia in cui trova applicazione l'alleggerimento dell'onere della prova a carico del ricorrente e la parziale inversione dell'onere sul convenuto. Ora la giustificazione addotta da *Deliveroo*, al di là della contestazione di fatti che sembrano invece confermati dalle testimonianze e dai documenti acquisiti, appare del tutto inadeguata, limitandosi in sostanza all'affermazione che il sistema di "tracciamento" delle cancellazioni non può che ritenersi legittimo, «trattandosi di un rapporto tra committente e prestatori di lavoro autonomi». Giustamente la giudice ribatte che si tratta di una petizione di principio, priva di riscontro, che in ogni caso non giustifica la disparità di trattamento che deriva dall'indifferenza della piattaforma rispetto alle ragioni per cui il *rider* è incorso nella *late cancellation*. Che poi altri *rider* (non scioperanti) possano trarre vantaggio (come sostiene *Deliveroo*) dalla circostanza che lo *slot* si è "liberato", se mai, è una ragione in più per valutare l'effetto discriminatorio del sistema adottato. Ma questo la giudice non lo dice.

3. Nell'ultima parte dell'ordinanza la giudice accoglie la domanda risarcitoria avanzata dalle organizzazioni sindacali ricorrenti ai sensi dell'art. 28, co. 5, d.lgs. n. 150/2011, configurando il risarcimento del danno non patrimoniale in favore dei ricorrenti *in proprio*, «a fronte di condotte che oltre ad incidere nella sfera soggettiva di ciascuna vittima, sono, come quella in discorso, idonee ad inficiare la capacità rappresentativa dell'Ente in relazione all'interesse protetto e dunque ad indebolirne l'efficacia di azione a scapito dell'intera collettività».

Senza addentrarmi nel merito di un argomento assai complesso<sup>[18]</sup>, e ammettendo senz'altro che la decisione (anche per l'entità del risarcimento liquidato: 50.000 euro) possa prestarsi a rilievi critici, sottolineo la precisione dei riferimenti giurisprudenziali di cui si avvale la giudice nell'utilizzare la nozione di "danno comunitario", dove il carattere dissuasivo del risarcimento sconfinava nella funzione sanzionatoria, di cui le S.U. <sup>[19]</sup> hanno riconosciuto, almeno astrattamente, l'ammissibilità «nell'ambito di una concezione polifunzionale del risarcimento che deve di volta in volta misurarsi con il caso concreto» <sup>[20]</sup>.

Maria Vittoria Ballestrero, professore emerito nell'Università di Genova

Visualizza il documento: [Trib. Bologna, ord. 31.12.2020](#)

[1] Sull'ordinanza del Trib. Bologna cfr. A. Perulli, *La discriminazione algoritmica: brevi note introduttive a margine dell'ordinanza del Tribunale di Bologna*, in *LDE*, 1/2021; v. anche un rapido commento di A. Baylos riportato in *Bollettino Adapt* 1/2021.

[2] Mi pare doveroso, e mi fa particolarmente piacere, sottolineare il contributo delle donne giudici del lavoro alla evoluzione della giurisprudenza; in molte occasioni queste giudici stanno dando un bell'esempio di serietà e competenza professionale, ponendo grande attenzione alla ricostruzione dei fatti, e argomentando con la dovuta considerazione dei precedenti



reperiti oltre i confini del Palazzaccio, guardando alla Corte di Giustizia europea, e talora anche alle Supreme Corti che in altri Paesi si sono espresse in funzione nomofilattica.

[3] Sono ormai notissime, e largamente commentate in dottrina, le sentenze del Trib. Torino e dell'App. Torino sul caso *Foodora* e la sentenza della Cassazione n. 1663/2020 che ha chiuso il caso; più recente, ma già oggetto di commenti (adesivo M. Barbieri, *Il luminoso futuro di un concetto antico: la subordinazione nell'esemplare sentenza di Palermo sui riders*, in *LLI* 2/2020; critico F. Carinci, *Tribunale Palermo 24.11.2020. L'ultima parola sui rider: sono lavoratori subordinati*, in *LDE*, 1/2021), la sentenza del Trib. Palermo 24 novembre 2020 (parte in causa questa volta *Foodinho*, operante in Italia con il marchio *Glovo*). Altri provvedimenti giudiziari sono stati emanati in materia di tutela della sicurezza dei *riders*, specie sotto il profilo delle protezioni individuali: come è noto a tutti, le consegne di cibo e altri generi di prima necessità a domicilio si sono notevolmente intensificate a causa delle misure restrittive della libertà di circolazione dei cittadini, anziani e non solo, adottate per fronteggiare la pandemia.

[4] L'art. 5, co. 2, d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216, prevede che «i soggetti di cui al comma 1 [le organizzazioni sindacali, le associazioni e le organizzazioni rappresentative del diritto o dell'interesse leso] sono altresì legittimati ad agire nei casi di discriminazione collettiva qualora non siano individuabili in modo diretto e immediato le persone lese dalla discriminazione».

[5] Nel senso dell'ordinanza in commento sulla questione della legittimazione attiva di una associazione rappresentativa dell'interesse collettivo cfr. Cass. ord. n. 28646/2020 in materia di discriminazione collettiva in ragione dell'orientamento sessuale; l'ordinanza fa seguito alla sentenza CGUE 23 aprile 2020, C-597/18, con cui la Corte europea ha deciso il rinvio pregiudiziale della Cass. ord. n. 19443/2018. La problematica è affrontata da O. Razzolini, *Azione sindacale e tutela giurisdizionale. Studio preliminare a partire da un'analisi comparata*, F. Angeli, Milano, 2018, 88 ss.

[6] Così App. Brescia 2 maggio 2019, cit. da S. Borelli, A. Guariso, L. Lazzeroni, *Le discriminazioni nel rapporto di lavoro*, in M. Barbera, A. Guariso (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Giappichelli, Torino, 2019, 259.

[7] Vale la pena di sottolineare che l'art. 47 *quinquies* d.lgs. n. 81/2015 (inserito dalla l. n. 128/2019 nel Capo V *bis*, tutela del lavoro tramite piattaforme digitali) vieta l'esclusione dalla piattaforma o la riduzione delle occasioni di lavoro per la mancata accettazione della prestazione. Occorrerà verificare in che misura il divieto legale (che peraltro rientra nelle tutele garantite ai rider "autonomi") sia in grado di impedire meccanismi selettivi legati alla penalizzazione dei comportamenti valutati dal datore di lavoro come scarsamente affidabili o partecipativi.

[8] In *RIDL*, 2020, II, 76, con i commenti di M.T. Carinci, M. Marazza, A. Maresca, R. Rommei, *ivi*, I, 49, 61, 73, 89. È invalso l'uso, anche da parte dei giudici, di chiamare "arresti" (alla francese) le sentenze dei giudici di ultima istanza. Io preferisco continuare a parlare di sentenze: l'espressione "arresto della Cassazione" evoca per me l'immagine di un corteo di eremellini in manette.

[9] Per un maggiore approfondimento rinvio a quanto ho scritto altrove (*La dicotomia autonomia/subordinazione. Uno sguardo in prospettiva*, in *LLI*, 2/2020; *Brevi note sulla dialettica tra posizioni contrattualistiche e a-contrattualistiche*, in *LDE*, 3/2020).

[10] I passaggi della motivazione sono, in sostanza, tre. Primo, *Foodinho* (in Italia *Glovo*) non è un intermediario ma un imprenditore (come lo è Uber, anche ad avviso della Corte di Giustizia europea). Secondo, la libertà del “glover” di scegliere se e quando lavorare, che potrebbe rappresentare un ostacolo alla qualificazione in termini di lavoro subordinato, in realtà è solo apparente e fittizia. Terzo: al potere organizzativo e direttivo della piattaforma (la giudice argomenta a favore dell’esistenza di una forte connessione tra i due poteri e dell’artificialità della loro separazione) si affiancano il potere di controllo sui tempi e sui luoghi di lavoro e il potere (latamente) disciplinare. In conclusione, secondo la giudice, siamo in sostanza di fronte alla subordinazione: una subordinazione che se non coincide del tutto con la nozione “classica”, coincide almeno con la nozione di “subordinazione attenuata”, da tempo usata dalla giurisprudenza che ravvisa, nell’integrazione continuativa del lavoratore nell’organizzazione dell’impresa, gli elementi della dipendenza e dell’alienità.

[11] Sulla differenza dei beni e degli interessi protetti dall’art. 28 St. lav. rispetto a quelli protetti dalla normativa antidiscriminatoria cfr., anche per la casistica analizzata, S. Borelli, A. Guariso, L. Lazzeroni, *op. cit.*, 165 ss.

[12] Peraltro, secondo Cass. n. 1/2020, in *RIDL*, 2020, II, 377, nt. Tardivo, il regime dell’onere della prova di cui all’art. 4, co. 4, d.lgs. n. 216/2003, trova applicazione anche nel procedimento di cui all’art. 28 St. lav.

[13] Cit. *supra*, nt. 12.

[14] la S.C. riprende qui quanto affermato da App. Roma 19 ottobre 2012.

[15] M. Barbera, V. Protopapa, *Il caso Fiat: come la tutela antidiscriminatoria riformula il conflitto sindacale*, in *RGL*, 2014, II, 163, qui 177, a commento delle decisioni Trib. Roma 21 giugno 2012 e App. Roma 19 ottobre 2012.

[16] La giudice richiama la giurisprudenza della Cassazione e della Corte EDU per ribadire che la discriminazione vietata è l’effetto di un atto o di un comportamento che, in quanto destinato a produrre i suoi effetti nei confronti di un soggetto con particolari caratteristiche, che costituiscono il fattore di rischio della discriminazione, determina una situazione di disparità che l’ordinamento sanziona (la sentenza citata è Cass. n. 20224/2019, qui § 8.2, sulla qualificazione di un licenziamento come direttamente o indirettamente discriminatorio in ragione dell’handicap).

[17] Cfr., se vuoi, M.V. Ballestrero, *Tra discriminazione e motivo illecito: il percorso accidentato della reintegrazione*, in *DLRI*, 2016, 231.

[18] L’argomento è affrontato da Cass. ord. n. 28646/2020, che accoglie la richiesta di risarcimento della onlus Rete Lenford che aveva proposto il ricorso per discriminazione collettiva in ragione dell’orientamento sessuale potenzialmente derivante dall’affermazione di un noto

avvocato in una trasmissione televisiva che mai avrebbe assunto nel suo studio un avvocato omosessuale.

[19] Cass. S.U. 5 luglio 2017, n. 16601.

[20] A. Guariso, M. Militello, *La tutela giurisdizionale*, in M. Barbera, A. Guariso (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria*, cit., 479. Sui danni “punitivi” cfr. V. Roppo, *Responsabilità contrattuale: funzioni di deterrenza?*, in LD 2017, 407, qui 417 ss.