



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione

MARZIA BARBERA
Università di Brescia

vol. 7, no. 1, 2021

ISSN: 2421-2695





Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione

MARZIA BARBERA

Università di Brescia

Ordinaria di Diritto del Lavoro

marzia.barbera@unibs.it

ABSTRACT

The paper analyses the first Italian decision on algorithmic discrimination and discusses the structure of the judgment and the possibility of framing algorithmic discrimination as a case of direct or indirect discrimination.

Keywords: algorithmic discrimination; direct discrimination; indirect discrimination; proxy discrimination; algorithmic management.

<https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/13127>

Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione

SOMMARIO: 1. Le questioni poste dalle discriminazioni algoritmiche. - 2. Quel che sappiamo del *management* tramite algoritmi. - 3. Quel che ne sa il diritto antidiscriminatorio. Come si accerta una discriminazione. - 4. Che forma di discriminazione: indiretta o diretta?

1. Le questioni poste dalle discriminazioni algoritmiche

Il punto di partenza di questo articolo è la prima decisione giudiziale italiana, probabilmente la prima decisione europea, in tema di discriminazioni algoritmiche: l'ordinanza del Tribunale di Bologna del 31 dicembre 2020, con la quale è stata decisa la causa promossa dalle organizzazioni sindacali Filcams Cgil Bologna, Nidil Cgil Bologna, Filt Cgil Bologna contro la società Deliveroo. Il Tribunale ha concluso nel senso della sussistenza di una discriminazione indiretta in relazione alle condizioni di accesso alla prenotazione delle sessioni di lavoro tramite la piattaforma digitale, condizioni basate su statistiche relative alla "partecipazione e affidabilità" dei lavoratori, e ha condannato la società convenuta a rimuovere gli effetti della condotta e al pagamento, a favore delle parti ricorrenti, del risarcimento del danno non patrimoniale, nella misura di 50.000 euro, oltre che alla rifusione delle spese di lite.

Le ragioni per occuparsi di questa decisione sono molteplici.

Anzitutto, il caso è una sorta di manuale applicato di diritto antidiscriminatorio che sottopone all'attenzione di chi legge tutte le possibili questioni che possono darsi in un giudizio di discriminazione. Sono d'accordo con Maria Vittoria Ballestrero⁽¹⁾ quando loda la capacità del giudice di padroneggiare tali questioni, di natura molto complessa. Ma a questi apprezzamenti vorrei aggiungere uno che riguarda la capacità degli attori e dei loro difensori di costruire la causa come un caso di *strategic litigation*. Se questa fosse una nota dedicata al tema della *legal mobilization*, si potrebbe andare a fondo sulle condizioni che consentono oggi di usare questa forma di mobilitazione non come un sostituto ma come un sostegno alle forme di *political mobilization* messe in atto dagli attori sociali, e leggere in questa causa la conferma di una previsione

⁽¹⁾ M. V. Ballestrero, *Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma*, *Labor*, 2021, 1, 104 ss. Poiché quel giudice è una donna, non posso non concordare con lei anche nel sottolineare il contributo che le donne giudici del lavoro stanno dando alla evoluzione della giurisprudenza in tema di tutela antidiscriminatoria.

di qualche anno fa secondo la quale il conflitto sindacale avrebbe trovato nuovi canali di espressione proprio nel diritto antidiscriminatorio⁽²⁾. Ma questa è una riflessione che dovrà essere rinviata ad un'altra occasione.

In questa occasione, la ragione di interesse della decisione è che costringe noi giuslavoristi a occuparci di un tema, le discriminazioni algoritmiche, al quale per parecchio tempo non abbiamo dedicato l'attenzione che merita (con alcune eccezioni, ovviamente, e ricordo qui, oltre ad alcuni libri recenti⁽³⁾, anche i contributi pubblicati un paio di anni fa in un libro sul lavoro nell'impresa digitale⁽⁴⁾ e altri dedicati al tema della tutela della privacy⁽⁵⁾).

Ma, in verità, essa ci costringe anche a misurarci con un tema più vasto e cioè con le potenzialità e i rischi dell'intelligenza artificiale.

«Non dobbiamo avere paura dell'intelligenza artificiale, ma della stupidità naturale». Così Roberto Cingolani, fisico, professore universitario, oggi ministro della transizione ecologica, rispose in un'intervista di qualche mese fa a chi lo interrogava sulla *dark side* dell'intelligenza artificiale, aggiungendo che l'IA, come tutte le tecnologie, non ha alcun «*side*», è solo uno strumento che può essere usato per scopi positivi o per scopi negativi e che «un utente non consapevole dei rischi collegati all'utilizzo di una tecnologia è pericoloso»⁽⁶⁾.

Di questo pericolo sembra ben avvertita anche la Commissione Europea che, nel «*Libro bianco sull'intelligenza artificiale - Un approccio europeo*, esordisce osservando come «l'intelligenza artificiale si stia sviluppando rapidamente e nel far ciò cambierà le nostre vite migliorandola, ma comporterà anche una serie di rischi potenziali, quali meccanismi decisionali opachi, discriminazioni basate sul

(2) M. Barbera - V. Protopapa, *Il caso Fiat: come la tutela antidiscriminatoria riformula il conflitto sindacale*, RGL, 2014, II, 163, a commento delle decisioni Trib. Roma 21 giugno 2012 e App. Roma 19 ottobre 2012.

(3) A. Aloisi - V. De Stefano, *Il tuo capo è un algoritmo. Contro il lavoro disumano*, La Terza, 2020; E. Dagnino, *Dalla fisica all'algoritmo: una prospettiva di analisi giuslavoristica*, Adapt University Press, 2019.

(4) C. Alessi, *Lavoro tramite piattaforma e divieti di discriminazione nell'UE*, in C. Alessi - M. Barbera - L. Guaglianone (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro nell'impresa digitale*, Cacucci, 2019, 663 ss.; G. Centamore, - L. Ratti, *Oltre il dilemma qualificatorio: potenzialità e limiti del diritto antidiscriminatorio nella protezione del lavoratore on-demand*, *ivi*, 683 ss.

(5) A. Donini, *Tecniche avanzate di analisi dei dati e protezione dei lavoratori*, DRI, 2018, 222; A. Ingraio, *Il braccialetto elettronico tra privacy e sicurezza del lavoratore*, DRI, 2019, 895 ss.; A. Aloisi - E. Gramano, *Artificial Intelligence is Watching You at Work: Digital Surveillance, Employee Monitoring, and Regulatory Issues in the EU Context*, CLL&PJ, 2019, 95 ss.

(6) *Vaccini contro la tecnofobia*, Intervista a Roberto Cingolani, *Il Foglio*, 21 ottobre 2020.

genere o di altro tipo, intrusioni nelle nostre vite private o utilizzi per scopi criminali» (7).

Una delle questioni principali che solleva l'ordinanza del Tribunale di Bologna è proprio questa: se l'utilizzo di un algoritmo che produce discriminazione da parte di una delle maggiori piattaforme digitali sia frutto di un uso non consapevole di quella tecnologia (o meglio degli effetti di quella tecnologia), oppure di un uso consapevole. La seconda questione sollevata dall'ordinanza è se questo comportamento sia da considerarsi "socialmente pericoloso" in egual misura o se, invece, il grado di giustificazione ammessa per il suo uso (e dunque il grado di responsabilità) cambi. Vedremo nelle prossime pagine come queste questioni trovino espressione nel "gergo" del diritto antidiscriminatorio e vengano alla luce e affrontate nelle diverse fasi in cui si articola il giudizio di discriminazione.

Prima vorrei soffermarmi ancora sulle riflessioni di Roberto Cingolani sul sapere che dovrebbe governare l'uso delle macchine algoritmiche, perché anche queste ci dicono qualcosa sull'importanza della decisione bolognese: «Etica, diritto e filosofia sono le tre grandi materie che ci proiettano in un futuro in cui sempre di più le competenze del giurista e del *computer scientist* si intrecceranno per risolvere i quesiti giuridici legati all'innovazione tecnologica. Abbiamo bisogno di un sapere "cross-fertilizzato", altrimenti resteremo imprigionati in un paradosso: sviluppiamo strumenti via via più potenti sul piano tecnico in un modo che ci trova incredibilmente disarmati sul piano culturale».

Roberto Cingolani parla da scienziato. In realtà l'etica, la filosofia, il diritto sono da tempo entrati in campo(8).

(7) Commissione Europea, *Il Libro Bianco sull'intelligenza artificiale - Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia* Bruxelles, 19.2.2020 COM(2020) 65 final. Al Libro Bianco e a una vasta consultazione pubblica ha fatto seguito la presentazione, il 21 aprile 2021, della Proposta di regolamento sull'approccio europeo all'Intelligenza Artificiale (COM(2021) 206 final, che propone il primo quadro giuridico europeo sull'IA. La Proposta valuta i rischi dell'Intelligenza Artificiale, con la finalità di salvaguardare i valori e i diritti fondamentali dell'UE e la sicurezza degli utenti, prevedendo regole di trasparenza armonizzate applicabili a tutti i sistemi di IA, mentre sono previste specifiche disposizioni per i sistemi di IA classificati "ad alto rischio", per i quali viene introdotta una specifica definizione, affinché rispettino determinati requisiti obbligatori relativi alla loro affidabilità. Per una prima analisi critica della Proposta si v. il seminario *AI for Fundamental Rights at Work: Is the EC's Proposal on a European Approach to AI Up to It?*, reperibile su <https://www.labourlawcommunity.org/news-eventi/ai-for-fundamental-rights-at-work-is-the-ecs-proposal-on-a-european-approach-to-ai-up-to-it-2/>.

(8) V. in proposito il Codice etico dell'aprile del 2019, steso per l'Unione europea da un gruppo di 52 esperti, fra cui, oltre a informatici, ingegneri industriali, matematici, anche giuristi, filosofi e studiosi di etica.

I filosofi si sono mostrati molto più inquieti rispetto al potere umano enormemente accresciuto di produrre elementi e artefatti mai creati in natura. Pensiamo a quello che già Hanna Arendt scriveva nell'ultimo capitolo della *Vita Activa* e al suo timore che una scienza in continuo progresso potesse portarci lontano dalla natura, solo punto fisso di riferimento per la vita umana⁽⁹⁾.

Quanto ai giuristi, diritto del lavoro e tecnica sono da sempre compagni di strada e tutti gli studi recenti dei giuslavoristi sulla tecnica partono (e non potrebbero non farlo) dalle pagine che Gaetano Vardaro scrisse 35 anni fa sulla dipendenza dalla tecnica come discrimine tra il lavoro che domina la tecnica e il lavoro che ne è dominato. In una fase in cui l'automazione era ancora agli inizi, egli avvertiva come la razionalizzazione dei processi produttivi e la loro accresciuta complessità tendesse a trasformarsi «da strategia di controllo sul funzionamento del processo produttivo in strategia di controllo delle informazioni relative al funzionamento (il più possibile automatico) di quest'ultimo»⁽¹⁰⁾. Vardaro riteneva, per questo, che il diritto del lavoro fosse a un bivio, fra il limitarsi a proseguire e rilanciare la sua funzione razionalizzatrice, diventando quasi un ramo del diritto d'impresa, o il redistribuire più equamente il complesso di tutele e garanzie da esso predisposte⁽¹¹⁾.

Vi era forse un eccesso di pessimismo nel pensiero di Vardaro circa la possibilità di governare la tecnica, anche se il suo saggio si chiudeva su un verso di Hölderlin già citato da Heidegger: «Solo dove cresce il pericolo, cresce anche la possibilità di salvezza». Il diritto, già da qualche tempo, ha cominciato ad «armarsi» culturalmente contro i rischi connessi all'intelligenza artificiale. Per dirla in poche parole, anche «la tecnologia e le sue conseguenze sono fenomeni umani e dipendono strettamente dal tessuto sociale e regolamentare su cui si riverberano»⁽¹²⁾.

2. Quel che sappiamo del *management* tramite algoritmi

Quello che ancora non è chiaro è quali siano gli strumenti più adatti a governare il *management* tramite algoritmi. Non ne sappiamo ancora abbastanza, tanto per cominciare, non solo perché i giuristi non sfuggono a quel *deficit* di cultura scientifica che costituisce una delle debolezze della formazione impartita

⁽⁹⁾ H. Arendt, *Vita activa*, Bompiani, 2004.

⁽¹⁰⁾ G. Vardaro, *Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro*, ora in L. Gaeta - A.R. Marchitello - P. Pascucci (a cura di), *Itinerari*, Franco Angeli, 1989, 231 ss., qui 291.

⁽¹¹⁾ *Ibidem*, 308.

⁽¹²⁾ A. Aloisi - V. De Stefano, *Il tuo capo è un algoritmo* cit., XVII.

nel nostro paese (e forse, in generale, una delle debolezze della nostra cultura nazionale) ma anche perché questi sistemi sono spesso così complessi da risultare comprensibili solo a chi li ha costruiti.

E dunque partiamo da qui, da cosa è un algoritmo. E poi chiediamoci quali rischi del tipo prima descritto comporta e quale “tessuto regolamentare” lo può governare.

L'algoritmo, ci dice *Wikipedia*, l'enciclopedia dell'era dell'IA, «serve per risolvere un problema ed è costituito da una sequenza finita di operazioni (dette anche istruzioni) che consente di risolvere tutti i quesiti di una stessa classe». Esso 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 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.

Se, dopo aver letto questa descrizione, le caratteristiche che vi vengono in mente è “neutralità” e “obiettività”, non c'è da stupirsi. E, se davvero il *management* attraverso algoritmi assicurasse obiettività e neutralità ai processi decisionali che si svolgono dentro le organizzazioni lavorative, lo si potrebbe considerare un'alternativa preferibile alla discrezionalità che connota larga parte di tali processi.

Viceversa, gli algoritmi rimettono in questione proprio i concetti di obiettività e neutralità. Il problema, infatti, è che anche gli algoritmi sono “artefatti” e, come tutti gli artefatti realizzati dagli umani risentono del sistema di significati, concetti, idee, giudizi, precomprensioni che noi apprendiamo dalla nascita, a cominciare dall'apprendimento stesso del linguaggio. Gli studi di semantica dimostrano che possiamo intenderci l'un l'altro non solo attraverso la logica o le argomentazioni ma già solo attraverso il modo in cui parliamo, le parole che usiamo, perché alle parole sono annesse già dei significati.

Ne deriva che spesso «nel mercato del lavoro digitale si riproducono esattamente gli atteggiamenti discriminatori che si riscontrano nei lavori “tradizionali”, con riguardo a tutti i fattori di discriminazione»⁽¹³⁾, poiché le menti che programmano gli algoritmi non sono diverse da quelle che, normalmente, scelgono chi assumere, promuovere, remunerare di più, licenziare e così via.

(13) C. Alessi, *Lavoro tramite piattaforma e divieti di discriminazione nell'UE*, cit., 685.

Rendersene conto non è semplice, perché, come si è detto, il linguaggio stesso degli algoritmi non ci è chiaro: il primo degli ostacoli nei quali i ricorrenti e i difensori del caso di cui si discute qui si sono imbattuti è stato proprio la mancanza di trasparenza dell'algoritmo⁽¹⁴⁾.

Ma quel che più colpisce è che, dopo un'istruttoria condotta in modo accurato e approfondito, dopo l'escussione di testi, l'esame di documenti, l'interrogatorio delle parti, la decisione del Tribunale conclude che «la mancata allegazione e prova, da parte della società resistente, del concreto meccanismo di funzionamento dell'algoritmo che elabora le statistiche dei *rider* preclude in radice una più approfondita disamina della questione. Ed invero, in corso di causa la società.....non ha mai chiarito quali specifici criteri di calcolo vengano adottati per determinare le statistiche di ciascun *rider*, né tali specifici criteri vengano pubblicizzati sulla piattaforma, laddove si rinviene unicamente un generico riferimento agli ormai noti parametri della affidabilità e partecipazione».

Questo è il primo problema posto dal *management* algoritmico: la mancanza di trasparenza. Il che solleva la questione di quanta *accountability* abbiano sistemi decisionali basati su processi la cui conoscenza sia preclusa ai più.

3. Quel che ne sa il diritto antidiscriminatorio. Come si accerta una discriminazione algoritmica strutturale

Ma allora se, fino alla fine della causa, l'algoritmo che decide delle occasioni di lavoro in *Deliveroo* è rimasto un oggetto fondamentale sconosciuto, come ha fatto la magistrata che ha deciso la causa a concludere nel senso dell'illegittimità del suo uso?

La risposta per i cultori del diritto antidiscriminatorio è nota da tempo. Il diritto antidiscriminatorio agisce *sulle conseguenze degli atti*, quando l'esistenza di un nesso causale fra quegli atti e lo svantaggio prodotto sugli appartenenti a una

⁽¹⁴⁾ Sulla mancanza di trasparenza dei processi automatizzati v. F. Pasquale, *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Controls Money and Information*, Harvard University Press, 2016. Le istituzioni europee attribuiscono un ruolo rilevante agli obblighi di trasparenza nel controllo dell'IA, come dimostra anche la già citata Proposta di regolamento. Sui limiti di un controllo *ex post*, che miri a informare la creazione dell'algoritmo ai principi di trasparenza e di responsabilità e sulla preferibilità di un controllo *ex ante* che classifichi e analizzi questi sistemi automatici per comprendere la tipologia di danno che possono comportare in modo da prevenire possibili esiti discriminatori v., a partire da un'analisi dell'esperienza nordamericana, G. Capuzzo, *Do Algorithms dream about Electric Sheep?. Percorsi di studio in tema di discriminazione e processi decisori algoritmici tra le due sponde dell'Atlantico*, *Medialaws*, 2020, 3, 89 ss.

suspect class fa presumere l'esistenza di una discriminazione. Nella formazione di questa presunzione, come la Corte di Giustizia ha chiarito da *Danfoss*⁽¹⁵⁾ in poi, la mancanza di trasparenza dei meccanismi decisionali assume essa stessa rilevanza probatoria (anche se non decisiva), giacché, come affermato in *Meister*, nell'assolvimento dell'onere della prova gravante su chi allega una discriminazione, deve essere garantito che il diniego di fornire informazioni da parte del convenuto non rischi di compromettere la realizzazione degli obiettivi perseguiti dal diritto dell'Unione (in quel caso, la direttiva 2000/43)⁽¹⁶⁾.

Nel caso in questione, quel che il giudice ha accertato è che i lavoratori che scioperavano in virtù delle loro convinzioni sindacali perdevano occasioni di lavoro, subivano, cioè, uno svantaggio fondato su uno dei fattori ricompresi in quelli protetti dal d.lgs.216/93 (come sostenuto da tempo in dottrina⁽¹⁷⁾ e autorevolmente ribadito dalla sentenza n. 1/2020 della Corte di Cassazione)⁽¹⁸⁾. Quel che ne è seguito è la dichiarazione di illegittimità della condotta del datore di lavoro in quanto condotta discriminatoria.

In questo consiste uno dei vantaggi del diritto antidiscriminatorio rispetto alle tecniche protettive tradizionali di carattere sostanziale: esso è in grado di colpire condotte *atipiche*, di tipo *strutturale* o *sistemico*, quali quelle che tradizionalmente connotano l'esercizio del potere datoriale, come Tiziano Treu ci ha segnalato fin dal suo studio pionieristico dei primi anni 70 sugli atti discriminatori nel rapporto di lavoro⁽¹⁹⁾. Questa è una delle ragioni per cui, come è stato osservato, «l'ottica antidiscriminatoria fornisce al giudice la chiave per aprire una finestra sul modello di organizzazione del lavoro mediante

(15) Corte giust. 17 ottobre 1989, C-109/88, *Danfoss*, ECLI:EU:C:1989:383.

(16) Corte giust. 19 aprile 2012, C-415/10, *Meister*, EU:C:2012:217, punti 36 e 40. Sull'ideoneità, più in generale, della disciplina dell'onere della prova nel diritto del lavoro e dei poteri istruttori attribuiti al giudice dall'art. 421 c.p.c. a ridurre i rischi sottesi all'opacità decisionale degli strumenti di *algorithmic management*, v. G. Gaudio, *Algorithmic management, poteri datoriali e oneri della prova: alla ricerca della verità materiale che si cela dietro l'algoritmo*, LLI, 2020, vol. 6, 2, 21 ss.

(17) V. 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, 2019, 256 ss.

(18) Cass. 2 gennaio 2020, n. 1, che ha statuito che «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». Per un commento a questa importante decisione cfr. V. Protopapa, *Comportamento antisindacale, discriminazione e onere della prova*, RGL, 2020, I, 654 ss.

(19) T. Treu, *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, Franco Angeli, 1974.

piattaforma, valutando se e come questo modello comporti la violazione dei diritti fondamentali dei lavoratori coinvolti⁽²⁰⁾.

Viceversa, una disposizione quale quella dell'art. 47-quinquies, l. 128/2019, che vieta l'esclusione dalla piattaforma e le riduzioni delle occasioni di lavoro ascrivibili alla mancata accettazione della prestazione, colpisce uno specifico comportamento, di tipo normalmente ritorsivo⁽²¹⁾, ma si rivela inidonea a colpire un intero e complesso processo organizzativo-gestionale, quale quello messo in atto dall'algoritmo "Frank". Questo, come si è detto, "profilava" i lavoratori in maniera continuativa, sulla base di un meccanismo di carattere predittivo, che stabiliva una correlazione, basata su un calcolo di probabilità, fra mancata partecipazione a una sessione di lavoro, presentazione tardiva o cancellazione (o comunque cancellazione tardiva, uno dei pochi fatti di causa rimasti oggetto di contestazione) e due indici: affidabilità e partecipazione, costruendo poi su questa correlazione il profilo "reputazionale" dei lavoratori, funzionale, a sua volta, alla minore o maggiore possibilità di accedere agli slot e, dunque, alle occasioni di lavoro⁽²²⁾.

L'algoritmo Frank che costruiva questa correlazione sarebbe stato un algoritmo "incosciente" e "cieco". Si limitava ad assegnare ai lavoratori gli slot, non tendeva ad escluderli, afferma la difesa del datore di lavoro.

La cecità alle differenze è un'immagine evocativa per chi discute di problemi di discriminazione. La risposta del Tribunale, dopo un'istruttoria

⁽²⁰⁾ M. V. Ballestrero, *op. cit.*, 111.

⁽²¹⁾ Tale espresso divieto di legge, la cui assenza nella controversia in questione è segnalata da Adalberto Perulli (cfr. A. Perulli, *La discriminazione algoritmica: brevi note introduttive a margine dell'ordinanza del Tribunale di Bologna*, LDE, 2020, 1, 7), avrebbe potuto risultare applicabile solo ad alcune delle situazioni di fatto prese in considerazione nel giudizio ma non alla condotta datoriale complessivamente considerata.

⁽²²⁾ Secondo quanto risulta dall'istruttoria compiuta dal Tribunale, il contratto di assunzione stabiliva che la prenotazione tramite lo strumento SSB fosse interamente opzionale ma, ove usata e confermata dal *rider*, gli garantisse le proposte di servizio nelle sessioni prenotate. La disponibilità durante le sessioni prenotate, se non cancellate in anticipo dal *rider*, e l'attività svolta durante momenti di particolare traffico, erano poi elementi di preferenza per la prenotazione di sessioni successive. La possibilità per il *rider* di accedere al sistema di prenotazione SSB in uno o nell'altro orario dipendeva da due "indici" di prenotazione: l'indice di affidabilità e quello di partecipazione. I valori dei due indici erano, rispettivamente, determinati: dal numero delle occasioni in cui il *rider*, pur avendo prenotato una sessione, non vi aveva partecipato, dove «partecipare» significava loggarsi entro i primi 15 minuti dall'inizio della sessione (indice di affidabilità); dal numero di volte in cui ci si rendeva disponibili per gli orari più rilevanti per il consumo di cibo a domicilio (indice di partecipazione nei picchi). I valori dei due indici di cui sopra determinavano le "statistiche" di ogni *rider*, ossia una sorta di "punteggio" (funzionale alla possibilità di accedere al sistema di prenotazione SSB collocandosi in una delle tre diverse fasce di accesso alle prenotazioni). In sostanza, come dichiarato da uno dei testi «se fai parte di un gruppo prioritario, avrai una possibilità maggiore di ottenere una

interamente dedicata a testare quest'immagine, è che «è proprio in questa “incoscienza” (come definita da Deliveroo) e “cecità” (come definita dalle parti ricorrenti) del programma di elaborazione delle statistiche di ciascun rider che alberga la potenzialità discriminatoria dello stesso».

In particolare, prosegue il Tribunale, quello che può presumersi è l'esistenza di «una discriminazione indiretta, dando applicazione ad una disposizione apparentemente neutra (la normativa contrattuale sulla cancellazione anticipata delle sessioni prenotate) che però mette una determinata categoria di lavoratori (quelli partecipanti ad iniziative sindacali di astensione dal lavoro) in una posizione di potenziale particolare svantaggio».

Seguendo la struttura del giudizio di non discriminazione, il Tribunale passa poi a esaminare la giustificazione avanzata dal datore di lavoro, articolando la sua analisi nell'esame distinto della legittimità delle finalità perseguite e della proporzionalità dei mezzi adottati. Rispetto alle prime, il Tribunale conclude, a mio avviso correttamente, che allegare quale giustificazione la natura autonoma del rapporto (come fa la difesa della convenuta) è inconferente, perché questa circostanza attiene al piano dell'ambito di applicazione soggettivo della normativa antidiscriminatoria (che, in ogni caso, è applicabile anche ai *rider*) e non al piano della giustificazione. Anche dal punto di vista logico il ragionamento non tiene: un conto è discutere di quali soggetti sono tutelati dai divieti di discriminazione, un altro è stabilire se la discriminazione si sia effettivamente verificata.

Quanto alla proporzionalità dei mezzi impiegati, anche in questo caso il Tribunale conduce un esame approfondito, fondato su risultanze istruttorie che vanno al di là delle allegazioni della società, la quale si era limitata ad affermare che i mezzi erano appropriati perché «come ribadito più volte, tracciano il dato della cancellazione senza impatto sulle statistiche dei rider e senza in alcun modo tenerne in considerazione i motivi, coerentemente con la natura del rapporto e degli interessi in gioco».

Ora, per quante volte lo si voglia ribadire, allegare in tema di proporzionalità dei mezzi circostanze che attengono, invece, all'accertamento dell'impatto dei criteri in considerazione comporta, ancora una volta, uno stravolgimento della struttura del giudizio di discriminazione. I due momenti si situano, infatti, in un momento diverso dell'esercizio di bilanciamento effettuato dal giudice. E guardando, poi, al merito di tali affermazioni, asserire che un

conferma sulle tue richieste settimanali» e «se fai parte di un gruppo prioritario, avrai una possibilità maggiore di ricevere una notifica prima degli altri *rider*?».

criterio apparentemente neutro non è discriminatorio perché “non (tiene) in considerazione i motivi” suona vagamente tautologico. È come dire che un criterio apparentemente neutro non può essere discriminatorio perché è apparentemente neutro.

Più correttamente, il giudice prende in considerazione quelle che avrebbero potuto essere qualificate dalla società resistente come “business necessity”, e cioè la necessità per la società di adottare un sistema che incentivasse la partecipazione e premiasse l’affidabilità dei lavoratori, per osservare al riguardo 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)».

Il giudice compie qui il consueto bilanciamento fra esigenze dell’impresa e diritti delle persone che lavorano, arrivando alla conclusione che l’impiego dei mezzi in questione comporta il sacrificio completo dei diritti di questi ultimi a vantaggio degli interessi economici della prima.

4. Che tipo di discriminazione: indiretta o diretta?

Mi fermo qui nell’analisi del ragionamento del Tribunale, che potrebbe in verità essere sviluppata ulteriormente, perché vorrei richiamare l’attenzione di chi legge sulla fattispecie di discriminazione nella quale il giudice inquadra il comportamento datoriale.

Si tratta, sostiene l’ordinanza, di una discriminazione indiretta:

«il considerare irrilevanti i motivi della mancata partecipazione alla sessione prenotata o della cancellazione tardiva della stessa...implica necessariamente riservare lo stesso trattamento a situazioni diverse, ed è in questo che consiste tipicamente la discriminazione indiretta».

La decisione sembra dar ragione a quella posizione dottrinale secondo la quale, proprio perché gli algoritmi sono una scatola nera difficile da decifrare, può risultare altrettanto difficile dimostrare una discriminazione diretta, vale a dire un trattamento meno favorevole da parte dell’algoritmo di un singolo o di un gruppo, basato sui fattori vietati. Questo problema si ritiene possa essere superato ricorrendo alla nozione di discriminazione indiretta, che consente di colpire criteri o pratiche apparentemente neutri idonei a mettere i membri di

una categoria protetta in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone⁽²³⁾ (il che lascia però spazio alla giustificazione, cosa che non accade nel caso delle discriminazioni dirette) ⁽²⁴⁾.

In effetti gli algoritmi, se pur resi “ciechi” ai fattori protetti, sono in grado di identificare dei “proxy” di tali fattori, vale a dire caratteristiche che valgono come indicatori, come misura di un fattore vietato⁽²⁵⁾. Il problema che si pone è se tale identificazione sia frutto o meno di una decisione consapevole da parte di chi usa l’algoritmo. In questo caso, i confini fra discriminazione diretta e indiretta diventano labili.

Vi è un passaggio della sentenza che fa, in effetti, pensare che si sarebbe potuta prospettare una diversa ipotesi di discriminazione anche nel caso che stiamo esaminando. Si legge a un certo punto della decisione:

«Ebbene, la circostanza che la società resistente riservi un trattamento “particolare” alle uniche due ipotesi (quella dell’infortunio su turni consecutivi e quella del malfunzionamento del sistema) in cui evidentemente ritiene meritevole di tutela la ragione della mancata partecipazione alla sessione prenotata dimostra plasticamente come non solo sia materialmente possibile, ma sia anche concretamente attuato, un intervento correttivo sul programma che elabora le statistiche dei rider, e che la mancata adozione, in tutti gli altri casi, di tale intervento correttivo è il frutto di una scelta consapevole dell’azienda. In sostanza, quando vuole, la piattaforma può togliersi la benda che la rende “cieca” o “incosciente” rispetto ai motivi della mancata prestazione lavorativa da parte del rider e, se non lo fa, è perché ha *deliberatamente* (c.m.) scelto di porre sullo stesso piano tutte le motivazioni – a prescindere dal fatto che siano o meno tutelate dall’ordinamento – diverse dall’infortunio sul lavoro

⁽²³⁾ J. Gerards - R. Xenidis, *Algorithmic discrimination in Europe: Challenges and Opportunities for EU equality law*, 2020, reperibile su <https://www.europeanfutures.ed.ac.uk/algorithmic-discrimination-in-europe-challenges-and-opportunities-for-eu-equality-law/>

⁽²⁴⁾ R. Xenidis, *Tuning EU equality law to algorithmic discrimination: Three pathways to resilience*, in *Maastricht Law Journal of European and Comparative Law*, 2020, vol. 27, 736 ss., nella quale l’autrice sostiene la necessità di rimediare ai limiti dell’attuale quadro giuridico antidiscriminatorio valorizzando il concetto di discriminazione multipla e impiegando la nozione di *proxy discrimination*, che sarebbe distinta da quella di discriminazione indiretta in ragione del fatto che la prima si basa su un nesso di “correlazione” probabilistica, la seconda su un “nesso di causalità”, 747. La distinzione non appare convincente, in ragione del fatto anche il nesso di causalità può basarsi su una correlazione probabilistica, e non su una necessaria certezza, in virtù del carattere induttivo che può assumere la prova del nesso di causalità stesso.

⁽²⁵⁾ Cfr. A.E.R. Prince - D. Schwarcz, *Proxy Discrimination in the Age of Artificial Intelligence and Big Data*, *Iowa Law Review*, vol. 105, 2020, 1257 ss.

e dalla causa imputabile ad essa datrice di lavoro (quale evidentemente è il malfunzionamento della app, che impedisce il log-in)».

Se è così, però, volendo trarre le conseguenze logiche del ragionamento, si potrebbe ipotizzare l'esistenza di una diversa fattispecie di discriminazione, vale a dire una discriminazione diretta, in cui un trattamento sfavorevole o un determinato svantaggio a danno di un gruppo rispetto ad altre persone che si trovano in una situazione analoga (in questo caso i sottoinsiemi sono costituiti dai lavoratori che si assentano per aderire a scioperi e lavoratori che non lo fanno) si realizzano attraverso una condotta apparentemente neutra ma posta in essere proprio in considerazione di un determinato fattore di discriminazione.

Come la Corte di giustizia ha affermato in *Chez*, in relazione a una discriminazione basata sull'origine etnica, «perché si abbia discriminazione è sufficiente che tale origine etnica abbia *determinato* (c.m.) la decisione di porre in essere detto trattamento»⁽²⁶⁾. Diversamente da quanto si legge nel passo dell'ordinanza prima citato, non sembrerebbe neppure necessario che si tratti di una discriminazione occulta ma intenzionale (l'ordinanza ipotizza un comportamento “deliberatamente scelto”).

In buona sostanza, mentre, seguendo la logica del ragionamento del Tribunale di Bologna l'intento, pacificamente estraneo alla fattispecie di discriminazione diretta e indiretta, potrebbe tornare a giocare un ruolo “di disvelamento” di una discriminazione diretta - quale è fuori di dubbio una discriminazione apparentemente indiretta ma posta in essere intenzionalmente -, in *Chez* la Corte di giustizia non pare necessariamente far dipendere da tale elemento la sussistenza di una simile forma di discriminazione.

Quel che il giudice nazionale è chiamato ad accertare sono una serie di circostanze di carattere oggettivo o il fatto che la prassi controversa si fondi su «stereotipi o pregiudizi di ordine etnico, con i motivi razziali che si combinano con motivi di altra natura». L'accertamento di stereotipi e pregiudizi non richiede *necessariamente* l'accertamento di un consapevole intento discriminatorio, proprio per la natura inconsapevole degli uni e degli altri.

Quanto sia sottile il discrimine fra le due ipotesi lo dimostra il fatto che la Corte di giustizia stessa prenda in considerazione anche l'eventuale sussistenza di una discriminazione indiretta e affidi al giudice nazionale, sulla base di una accurata indagine del fatto, l'accertamento in concreto del verificarsi dell'una o dell'altra ipotesi.

Nel caso di Bologna, il comportamento stesso del convenuto, il fatto che

⁽²⁶⁾ Corte giust. 16 luglio 2015, C-83/14, *CHEZ*, ECLI:EU:C:2015:480.

l'algoritmo Frank sia stato rapidamente sostituito da un altro, di cui continuiamo per altro a ignorare il funzionamento, e il fatto che, come afferma il giudice, «quando vuole la piattaforma può togliersi la benda che la rende “cieca” o “incosciente”», avrebbero potuto far prendere in considerazione la dottrina *Chez* e far propendere per una diversa conclusione e cioè per la sussistenza di una discriminazione diretta. Il che, come è noto, chiude la partita che si gioca nel giudizio di discriminazione, perché non vi è più spazio per alcuna giustificazione.

Bibliografia

- Alessi C., *Lavoro tramite piattaforma e divieti di discriminazione nell'UE*, in C. Alessi - M. Barbera - L. Guaglianone (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro nell'impresa digitale*, Cacucci, 2019, 663 ss.
- Aloisi A. - De Stefano V., *Il tuo capo è un algoritmo. Contro il lavoro disumano*, La Terza, 2020.
- Aloisi A. - Gramano E., *Artificial Intelligence is Watching You at Work: Digital Surveillance, Employee Monitoring, and Regulatory Issues in the EU Context*, in *CLL&PJ*, 2019, 95 ss.
- Arendt H., *Vita activa*, Bompiani, 2004.
- Ballestrero M. V., *Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma*, in *Labor*, 2021, 1, 104 ss.
- Barbera M. - Protopapa V., *Il caso Fiat: come la tutela antidiscriminatoria riformula il conflitto sindacale*, in *RGL*, 2014, 163 ss.
- Borelli S. - Guariso A. - Lazzeroni L., *Le discriminazioni nel rapporto di lavoro*, in M. Barbera - A. Guariso (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Giappichelli, 2019, 165 ss.
- Capuzzo G., *Do Algorithms dream about Electric Sheep?. Percorsi di studio in tema di discriminazione e processi decisori algoritmici tra le due sponde dell'Atlantico*, in *Medialaws*, 2020, 2, 89 ss.
- Centamore G. - Ratti L., *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'impresa digitale*, Cacucci, 2019, 663 ss.
- Cingolani R., *Vaccini contro la tecnofobia*, Intervista a *Il Foglio*, 21 ottobre 2020.
- Commissione Europea, *Il Libro Bianco sull'intelligenza artificiale - Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia* Bruxelles, 19.2.2020 COM (2020) 65.
- Dagnino E., *Dalla fisica all'algoritmo: una prospettiva di analisi giuslavoristica*, Adapt University Press, 2019.
- Donini A., *Tecniche avanzate di analisi dei dati e protezione dei lavoratori*, in *DRI*, 2018, 1, 222 ss.
- Gaudio G., *Algorithmic management, poteri datoriali e oneri della prova: alla ricerca della verità materiale che si cela dietro l'algoritmo*, in *LLI*, 2020, vol. 6, 2, 21 ss.
- Gerards J. - Xenidis R., *Algorithmic discrimination in Europe: Challenges and Opportunities for EU equality law*, 2020, <https://www.europeanfutures.ed.ac.uk/algorithmic-discrimination-in-europe-challenges-and-opportunities-for-eu-equality-law/>
- Ingrao A., *Il braccialetto elettronico tra privacy e sicurezza del lavoratore*, in *DRI*, 2019, 895 ss.
- Pasquale F., *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Harvard University Press, 2016.
- Perulli A., *La discriminazione algoritmica: brevi note introduttive a margine dell'ordinanza del Tribunale di Bologna*, in *LDE*, 2020, 1, 7 ss.
- Prince A.E.R., Schwarcz D., *Proxy Discrimination in the Age of Artificial Intelligence and Big Data*, in *Iowa Law Review*, vol. 105, 2020, 1257 ss.
- Protopapa V., *Comportamento antisindacale, discriminazione e onere della prova*, in *RGL*, 2020, I, 654 ss.

Treu T., *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, Franco Angeli, 1974.

Vardaro G., *Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro*, ora in L. Gaeta, A.R. Marchitello, P. Pascucci (a cura di), *Itinerari*, Franco Angeli, 1989, 291 ss.

Xenidis R., *Tuning EU equality law to algorithmic discrimination: Three pathways to resilience*, in *Maastricht Law Journal of European and Comparative Law*, 2020, vol. 27, 736 ss.