



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

TRIBUNALE DI PALERMO

Sezione lavoro e previdenza

Il Giudice del Lavoro dott. Fabio Montalto ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel procedimento iscritto al n. 9590/2023 R.G.L. vertente

tra

NIDIL CGIL PALERMO (c.f. 80031690821), **FILCAMS CGIL PALERMO** (c.f. 80054880820) e **FILT CGIL PALERMO** (c.f. 97226690820) tutte rappresentate e difese dagli avv.ti Giorgia Lo Monaco, Maria Matilde Bidetti, Carlo de Marchis Gòmez e Sergio Vacirca;

- ricorrenti -

e

FOODINHO S.R.L. (p.i. 09080990964), parte rappresentata e difesa dagli avv.ti Francesco Tanca, Federica Pagani e Danilo Bellini;

- parte resistente -

Oggetto: ricorso ex art. 28, d.lgs. 150/2011 in materia di discriminazione.

Conclusioni: come da verbale del 17/11/2023.

Motivazione

Con ricorso ex art. 28, d.lgs. 150/2011 Filcams Cgil Palermo, Nidil Cgil Palermo e Filt Cgil Palermo hanno chiesto che venga accertata la natura discriminatoria del sistema di valutazione di eccellenza adottato da Foodinho s.r.l. (con particolare riferimento ai parametri della assiduità, dello svolgimento della prestazione negli slot ad alta domande e del non show, nonché del riconoscimento facciale) e, per l'effetto, che a) la società

convenuta venga condannata ad astenersi dall'accertata discriminazione con l'adozione, sentite le organizzazioni sindacali ricorrenti, di un piano di rimozione degli effetti delle condotte discriminatorie accertate; b) la società convenuta venga condannata ad adottare, sentite le organizzazioni sindacali ricorrenti, una valutazione di impatto dei suoi sistemi di profilazione e di gestione automatizzata dei rapporti; c) venga disposta la pubblicazione del provvedimento giudiziale di accoglimento in tre giornali di portata nazionale (Il Fatto Quotidiano, la Repubblica e la Stampa), sul quotidiano "La Sicilia" e sulla pagina aziendale della resistente (nello spazio dedicato al reclutamento dei rider), oltre alla diffusione della sentenza a tutti i lavoratori della convenuta; c) la società convenuta venga condannata al risarcimento del danno non patrimoniale da liquidarsi in € 40.000,00 (o nella maggiore o minore somma di giustizia); d) la società convenuta venga condannata al pagamento di una somma ex art. 614 bis c.p.c. per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione degli obblighi di fare, da liquidarsi, anche ai sensi dell'art. 432 c.p.c., nell'importo di € 500,00. A sostegno delle superiori domande le organizzazioni sindacali ricorrenti hanno dedotto che il sistema di organizzazione del lavoro della Foodinho s.r.l. sarebbe discriminatorio, innanzitutto, sotto il profilo della valutazione dei corrieri, con specifico riguardo 1) ai parametri utilizzati per la "valutazione di eccellenza", integrandosi una discriminazione multifattoriale per genere, esigenze di cura, handicap ed età, nonché una discriminazione religiosa e sindacale; 2) al parametro del non show, integrandosi una discriminazione sindacale. In secondo luogo, l'organizzazione della convenuta sarebbe discriminatoria anche sotto il profilo del sistema di *log in* mediante riconoscimento facciale, integrandosi una discriminazione geografica (cfr. ricorso per la compiuta disamina delle difese ivi articolate).

Con la memoria di costituzione depositata il 15 settembre 2023 Foodinho s.r.l., in via preliminare, ha eccepito il difetto di legittimazione attiva delle ricorrenti, per carenza del requisito della maggiore rappresentatività comparata; nel merito, invece, ha chiesto il rigetto del ricorso, contestando la fondatezza delle plurime doglianze avversarie; in estremo subordine, infine, ha eccepito l'inammissibilità della richiesta risarcitoria e della pretesa ex art. 614 bis c.p.c. (cfr. memoria).

Così sinteticamente esposte le rispettive domande, eccezioni e difese, appare opportuno osservare, in via assolutamente preliminare, che le ricorrenti hanno agito in

giudizio ai sensi dell'art. 28, d.lgs. 150/2011, dell'art. 44, d.lgs. 286/1998 e degli art. 4 e 5, comma 2, d.lgs. 216/2003: sono questi, dunque, i parametri normativi che guideranno questo Tribunale nel vagliare le pretese attoree.

Eccezione preliminare di difetto di legittimazione attiva.

Chiarito quanto precede, occorre esaminare, innanzitutto, l'eccezione preliminare di difetto di legittimazione attiva delle ricorrenti sollevate dalla Foodinho s.r.l. (cfr. paragrafo A della memoria di costituzione).

Ora, l'art. 44, comma 10, d.lgs. 286/1998 stabilisce che qualora il datore di lavoro ponga in essere un atto o un comportamento discriminatorio di carattere collettivo, anche in casi in cui non siano individuabili in modo immediato e diretto i lavoratori lesi dalle discriminazioni, il ricorso può essere presentato dalle rappresentanze locali delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello nazionale; in senso sostanzialmente analogo l'art. 5, comma 2, d.lgs. 216/2003 stabilisce che le rappresentanze locali delle organizzazioni nazionali maggiormente rappresentative a livello nazionale sono legittimate ad agire nei casi di discriminazione collettiva rispetto ai quali non sono individuabili in modo diretto e immediato le persone lese dalla discriminazione.

Se nessun dubbio sussiste sul carattere collettivo del comportamento asseritamente discriminatorio allegato dalla ricorrente, occorre accertare se Filcams Cgil Palermo, Nidil Cgil Palermo e Filt Cgil Palermo siano rappresentanze locali di organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello nazionale (cfr. sul punto la diversa prospettiva difensiva sostenuta dalle ricorrenti).

Ebbene, secondo questo giudice l'eccezione della resistente è infondata per le seguenti ragioni.

La rappresentatività indica l'idoneità del sindacato ad esprimere e tutelare l'interesse collettivo di un'ampia fascia di lavoratori senza distinzione tra iscritti e non iscritti (distinguendosi, dunque, dalla mera rappresentanza, ch'è il potere del sindacato di compiere attività giuridica, specie contrattuale, in nome e per conto dei soli iscritti).

Posto che tanto nel d.lgs. 286/1998, quanto nel d.lgs. 216/2003 manca una specifica definizione del concetto di maggiore rappresentatività, per la verifica di tale requisito occorre fare riferimento agli indici rivelatori elaborati da giurisprudenza e dottrina: oltre al numero degli iscritti, quindi, occorre guardare all'equilibrata presenza dell'organizzazione

in un ampio arco di categorie professionali, alla sua diffusione su tutto il territorio nazionale, all'esercizio continuativo dell'azione di autotutela con riguardo a diversi livelli e a diversi interlocutori e, non ultimo, alla sua reale capacità di influenza sull'assetto economico e sociale del Paese.

Ora, i tre sindacati ricorrenti fanno parte della Cgil (sulla cui capacità rappresentativa è superflua ogni considerazione) e, pacificamente diffusi a livello nazionale, si occupano rispettivamente la Filt di trasporti e logistica, la Nidil di lavoratori autonomi e la Filcams di commercio, servizi e terziario.

Parte convenuta, nel sollevare l'eccezione in esame, ha rilevato che Filcams e Filt non si occuperebbero di lavoro autonomo (neppure etero organizzato), che tra i rider che lavorano con Foodinho s.r.l. a Palermo nessuno sarebbe iscritto a Filcams e Filt e soltanto otto sarebbero iscritti a Nidil e che, infine, il suo interlocutore sindacale maggiore (e quindi di riferimento) sarebbe UGL rider (cfr. memoria).

Ciò posto, questo giudice ritiene opportuno dare continuità all'orientamento espresso, nel procedimento sostanzialmente prodromico all'odierno, da questo Tribunale in diversa composizione, secondo cui *“la maggiore rappresentatività delle ricorrenti appare dimostrata anche dalla documentazione allegata al ricorso e relativa al CNEL ed ai rapporti con il Ministero, oltre che alle vertenze sollevate. Deve, quindi, ritenersi che l'indubbia superiore partecipazione delle OO.SS. ricorrenti alle trattative sindacali e alle vertenze (documentata anche dalle informazioni rese dal Ministero al tribunale di Bologna e citate nella sentenza in atti), certamente rispetto a UGL Riders che la resistente assume maggiormente rappresentativa, porta a concludere, in questa fase sommaria, per la maggiore comparativa rappresentatività delle medesime, che, del resto, trova supporto altresì sia nella dedotta trattativa in corso tra la società resistente e le organizzazioni nazionali delle ricorrenti, sia nella comunicazione dalle stesse ricevuta da parte della resistente dopo il deposito del ricorso, con cui, pur senza riconoscimento del loro diritto ad ottenerle, venivano fornite alcune delle informazioni richieste a dicembre 2022 ed oggetto di causa. La maggiore comparativa rappresentatività delle OO.SS. ricorrenti è stata altresì riconosciuta nel procedimento ex art. 28 St. Lav. concluso con il citato decreto di questo Tribunale, emesso nei confronti di UberEats, che questa giudice richiama sul punto anche ex art. 118 disp att. c.p.c. Da detto decreto emerge come fosse ivi sostanzialmente pacifica la sussistenza del citato requisito, riconosciuto quindi da UberEats, così come da Deliveroo, come emerge dalla comunicazione relativa*

alle informazioni sulla trasparenza da questa rese proprio alle OO.SS. ricorrenti (in atti). Il requisito deve ritenersi altresì pacificamente sussistente in relazione alla società Just Eat, la quale notoriamente applica il CCNL siglato dalle OO.SS. ricorrenti, con le quali ha altresì stipulato un accordo integrativo (del 29.03.2021). Nel settore dei riders, pertanto, appare accertato, compatibilmente con la natura sommaria del presente procedimento, il possesso da parte delle OO.SS. ricorrenti del requisito dalla maggiore rappresentatività comparativa, di cui parla l'art. 4 del D.L.vo n. 104/2022" (Trib. Palermo, decreto n. 26719 del 21 giugno 2023 prodotto come allegato n. 51 del ricorso).

La questione preliminare della discriminazione potenziale.

Prima di esaminare partitamente le singole questioni controverse, occorre risolvere un problema di carattere generale e preliminare.

Le associazioni ricorrenti hanno agito in giudizio denunciando una discriminazione soltanto potenziale: è pacifico, infatti, che le stesse non hanno dedotto specifici episodi di discriminazione, né individuato specifici lavoratori discriminati (cfr. ricorso ed i successivi scritti difensivi).

Parte convenuta ha contestato l'ammissibilità dell'azione giudiziaria avversaria sostenendo il carattere meramente astratto ed ipotetico della discriminazione di cui si chiede l'accertamento. Secondo Foodinho s.r.l., infatti, l'accertamento di una discriminazione non potrebbe prescindere da elementi di fatto concreti, magari anche desunti da dati di carattere statistico, ma comunque comprovanti l'effettività della discriminazione, non potendosi ricorrere all'autorità giudiziaria per l'accertamento di violazioni meramente astratte ed ipotetiche (cfr. memoria di costituzione e successivi scritti difensivi).

Ora, questo giudice conosce e condivide l'insegnamento della Corte di Cassazione secondo cui *"la tutela giurisdizionale finalizzata alla rimozione delle condotte discriminatorie, ex artt. 4 del d.lgs. n. 215 del 2003 e 28 del d.lgs. n. 150 del 2011, soggiace alla disciplina generale dell'art. 100 c.p.c., sicché, in caso di conseguimento del bene della vita, nelle more del giudizio, da parte dei soggetti lesi dalla discriminazione, va esclusa la persistenza dell'interesse ad agire in capo all'ente esponenziale portatore dell'interesse collettivo, essendo venuto meno il legame con la concreta vicenda di fatto in rapporto alla quale si era posta l'esigenza di tutela"* (Cass., sez. lav., sentenza n. 32388 dell'8 novembre 2021). Secondo questo orientamento, dunque,

chi agisce in giudizio deve avere interesse ad ottenere un'utilità concreta, consistente nell'attribuzione di un bene della vita giuridicamente tutelato.

Tale principio, però, va interpretato alla luce dell'art. 44 del d.lgs. 286/1998 che, nella prospettiva di tutela delle discriminazioni, prevede espressamente la possibilità di sottoporre al vaglio dell'autorità giudiziaria anche atti o comportamenti discriminatori di carattere collettivo in cui i lavoratori lesi non siano immediatamente e direttamente individuabili.

E' certo, dunque, che secondo la disposizione richiamata l'azione civile contro la discriminazione possa essere esperita prescindendo dall'allegazione di concreti episodi di discriminazione, risultando sufficiente accertare, ai fini dell'interesse ad agire e quindi dell'ammissibilità dell'azione, l'effettiva e concreta potenzialità del carattere discriminatorio della condotta datoriale, rimanendo escluse dal vaglio giudiziarie soltanto gli atti ed i comportamenti che non presentino alcuna potenzialità lesiva concreta.

Chiarito quanto precede e quindi condivisa l'impostazione di fondo della tesi difensiva delle associazioni sindacali, vanno esaminate partitamente le singole questioni controverse.

Discriminazione multifattoriale per genere, esigenze di cura, handicap ed età in relazione ai criteri del "contributo" e delle "ore ad alta partecipazione".

Passando al merito della controversia, vanno svolte le seguenti considerazioni.

Le associazioni sindacali ricorrenti, in primo luogo, hanno contestato il modello organizzativo della convenuta nella parte in cui, attraverso i criteri del "*contributo*" e delle "*ore ad alta domanda*" utilizzati per l'attribuzione del cd. punteggio di eccellenza, pone in una situazione di particolare svantaggio i corrieri esposti a fattori di discriminazione e, specificamente, coloro che per condizione personale, familiare, età o handicap risultano o possono risultare meno produttivi.

Sul punto va osservato quanto segue.

E' pacifico che il modello organizzativo della convenuta "premi" i corrieri più efficienti (attraverso i criteri della "*valutazione dei clienti*", basato sulle recensioni degli utenti, e del "*contributo*", basato sul numero di consegne effettuate negli ultimi ventotto giorni) e più affidabili (attraverso i criteri delle "*ore ad alta domanda*", determinato dal

lavoro prestato intorno all'ora di cena nel fine settimana e nei giorni festivi, e della "mancata presentazione (cd. no show)", basato sulle assenze dei corrieri negli slot prenotati).

E' altrettanto pacifico che il vantaggio assicurato dal punteggio di eccellenza consista nella possibilità per ciascun corriere di prenotare in anticipo rispetto agli altri un determinato slot.

Ora, ancor prima del carattere discriminatorio del modello organizzativo appena descritto, la resistente ha contestato lo svantaggio che, secondo l'allegazione avversaria, tale sistema produrrebbe su determinate categorie di lavoratori: Foodinho s.r.l., infatti, ha sostenuto che il punteggio di eccellenza influirebbe soltanto nell'attribuzione degli slot, ma non anche nell'assegnazione del numero degli ordini, e che, in ogni caso, i casi di saturazione degli slot sarebbero pochi.

Ebbene, secondo questo giudice la difesa della resistente non merita di essere condivisa perché, ai fini della verifica di una discriminazione, occorre accertare se taluni lavoratori siano posti o meno in una posizione di svantaggio, che, è noto, può anche non attenersi strettamente al parametro retributivo.

Partendo da tale premessa non v'è dubbio che la priorità attribuita ad alcuni lavoratori rispetto ad altri nella scelta dell'orario in cui prestare l'attività lavorativa (derivante dalla possibilità di prenotare uno slot in anticipo rispetto agli altri) costituisce già da sola un vantaggio, a prescindere dalla possibile refluenza sul numero di ordini disponibili per chi ha la possibilità di accedere soltanto agli slot residui.

Sotto un diverso profilo, invece, l'affermazione della convenuta secondo cui gli slot saturati sarebbero "pochi" non fa che confermare la concretezza dello svantaggio di cui si discute: il fatto che esso sia "poco frequente", infatti, non significa che sia inesistente, ma l'esatto contrario. D'altra parte, poi, non può non considerarsi come la stessa società, con riferimento al criterio della "mancata presentazione (cd. no show)", abbia espressamente dichiarato che la penalizzazione dei corrieri prenotati in uno slot che non abbiano successivamente effettuato il check-in sarebbe prevista "a tutela degli altri corrieri" (cioè necessariamente quelli non prenotati), effettivamente intenzionati ad effettuare consegne in un determinato slot (cfr. pagina 27 della memoria di costituzione: "Non solo tale parametro costituisce corretta espressione della libertà di impresa, ma si pone a tutela degli stessi Corrieri, essendo teso a favorire occasioni di lavoro per coloro che sono effettivamente intenzionati

ad effettuare consegne nello slot prenotato"): seguendo il ragionamento della società (secondo cui l'assenza di un corriere prenotato in un determinato slot pregiudicherebbe un corriere non prenotato nel medesimo slot) è del tutto evidente che il sistema in questione distribuisce strutturalmente (e volutamente) dei vantaggi e degli svantaggi.

Ciò detto, occorre verificare se il suddetto svantaggio sia causalmente collegato ad un modello organizzativo discriminatorio, come sostenuto dalle ricorrenti.

E' noto che si verifica una discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere taluni lavoratori, magari esposti a fattori di rischio, in una posizione di particolare svantaggio rispetto ad altri, sempreché tale disposizione, criterio o prassi non siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari.

Ora, è pacifico che Foodinho s.r.l. non conosce le condizioni personali dei suoi corrieri (né, verrebbe da dire, è interessata a conoscerle).

Questo Tribunale, dunque, è chiamato ad interrogarsi se il disinteresse della resistente per le condizioni personali dei corrieri sia conforme al dettato del d.lgs. 216/2003, nella parte in cui afferma il principio di parità di trattamento, tra l'altro, in relazione all'accesso all'occupazione e al lavoro, sia autonomo che dipendente, compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione.

Ai fini di tale valutazione assume un valore fondamentale il fatto che Foodinho s.r.l. abbia elaborato ed utilizzi un sistema di selezione dei suoi prestatori d'opera, ponendoli esplicitamente in concorrenza tra loro, offrendo migliori (se non maggiori) opportunità di lavoro a coloro che si dimostrino maggiormente produttivi e disponibili. Non può essere posto in dubbio, infatti, che i corrieri che effettuino più consegne e lavorino con costanza nell'orario di cena dei fine settimana abbiano il vantaggio di poter scegliere, con precedenza rispetto agli altri, quando svolgere le successive prestazioni (con evidenti riflessi positivi sull'organizzazione della propria vita privata e senza neppure considerare la ragionevole possibilità, una volta prenotato uno slot ad alta domanda, da un lato di poter scegliere tra diversi ordini quello più conveniente e dall'altro lato di poter effettuare più ordini nel medesimo tempo).

Chiarito il contesto organizzativo in cui i corrieri offrono e svolgono le prestazioni di lavoro, questo giudice ritiene che il disinteresse di Foodinho s.r.l. per le condizioni personali di ciascun prestatore d'opera, nell'ambito del sistema di selezione utilizzato, comporti una discriminazione indiretta dei lavoratori che per condizione personale, familiare, età o handicap sono svantaggiati rispetto ai "concorrenti" (per esempio perché più giovani, senza necessità di cura o assistenza familiari ovvero privi di disabilità). D'altra parte, se la legge prevede che l'accesso all'occupazione e al lavoro autonomo, con specifico riguardo ai criteri di selezione, debba essere improntato al principio di parità di trattamento delle persone senza distinzione di handicap ed età non può certamente consentirsi ad un committente/datore di lavoro di predisporre ed utilizzare un sistema di selezione (visto che il riconoscimento di condizioni differenziate di lavoro incide quanto meno indirettamente sulle possibilità di accesso al lavoro) che ignori deliberatamente le individualità dei lavoratori posti in competizione tra loro. Vale la pena evidenziare, inoltre, che la resistente per giustificare il trattamento riservato ai corrieri non ha opposto alcuna esigenza organizzativa (suscettibile di tutela, vista la copertura costituzionale della libertà d'impresa, soltanto genericamente richiamata nel corso delle proprie difese, ma senza alcuna esplicitazione delle relative ed eventuali esigenze), ma ha costantemente spiegato che le misure controverse sarebbero state adottate in favore dei lavoratori e, quindi, a loro tutela (cfr., per esempio, pagina 22 della memoria di costituzione: *"Il punteggio assegnato ai Corrieri ha l'unico scopo di regolare l'accesso al calendario di prenotazione degli slot per assicurare a tutti di potere ricevere incarichi di consegna in base a parametri oggettivi"*).

In definitiva, dunque, il sistema di calcolo del cd. punteggio di eccellenza basato anche sui criteri del "contributo" e delle "ore ad alta domanda" vanno dichiarate illegittime perché discriminatorie ai sensi del d.lgs. 216/2003.

Discriminazione religiosa del criterio "ore ad alta domanda".

A questo punto va esaminata la seconda doglianza, riguardante un'asserita discriminazione di carattere religioso.

Le ricorrenti, invero, hanno sostenuto che, sempre in relazione al "punteggio di eccellenza", il criterio delle "ore ad alta domanda" discriminerebbe i corrieri che, in ossequio

alla loro fede religiosa, non possono lavorare nel fine settimana: segnatamente islamici ed avventisti il venerdì, gli ebrei il sabato ed i cristiani la domenica.

Parte convenuta ha contestato la discriminazione denunciata dalle avversarie perché, a prescindere dagli ulteriori rilievi di carattere generale, ciascun corriere potrebbe conciliare la prestazione lavorativa con i precetti del proprio culto.

Ebbene, anche in questo caso la discriminazione va ritenuta accertata (quanto meno in relazione agli ebrei, tenuti ad osservare lo *shabbat*) per le stesse ragioni sopra esposte in relazione ai fattori di rischio dell'età, dell'handicap ed in generale delle condizioni personali e familiari dei lavoratori. Anche in questa sede va chiarito che la resistente non ha posto in essere alcuna discriminazione diretta, ma ha elaborato un sistema di reclutamento ed organizzazione del lavoro "cieco", contrario, per tale caratteristica, al dovere di assicurare la parità di trattamento delle persone (senza distinzione, in questo caso, tra appartenenti a diverse confessioni religiose).

Infine non appare inutile ribadire, ancora una volta, come la società non abbia giustificato il profilo organizzativo ora in esame rivendicando eventuali esigenze aziendali (potenzialmente meritevoli di tutela o bilanciamento), essendosi limitata a richiamare esigenze di tutela dei corrieri, cioè potenziali "concorrenti" di persone che professano dei culti con prescrizioni parzialmente incompatibili con il sistema premiale adottato. Infatti, s'è vero che tutti gli appartenenti alle confessioni religiose richiamate (ma segnatamente gli ebrei, visto che islamici ed avventisti non sembrerebbero essere pregiudicati dalla collocazione delle "ore ad altra domanda" soltanto il sabato e la domenica, mentre i cristiani potrebbero senz'altro lavorare la domenica nel rispetto delle prescrizioni della loro fede) potrebbero sempre lavorare in alcuni slot ad alta domanda, è indiscutibile che essi abbiano a disposizione un minor numero di "ore ad altra domanda" in cui lavorare.

Pertanto il criterio delle "ore ad alta domanda" va dichiarato discriminatorio per ragioni di religione.

Discriminazione sindacale del criterio della "mancata presentazione (cd. no show)".

Il terzo motivo di ricorso riguarda la discriminazione sindacale derivante dall'applicazione del criterio della "mancata presentazione (cd. no show)" per l'attribuzione del cd. punteggio di eccellenza.

Sul punto le ricorrenti hanno evidenziato che la penalizzazione connessa alla mancata presentazione del corriere in uno slot prenotato non tiene in alcuna considerazione la ragione dell'assenza, la quale, infatti, potrebbe essere riconducibile ad uno sciopero. In definitiva, dunque, il lavoratore che eserciti un diritto (qual è lo sciopero) risulterebbe pregiudicato perché trattato nello stesso modo (penalizzante) di chi si sia assentato per altre ragioni prive di tutela giuridica.

Da parte sua la resistente, precisando il ridotto rilievo del criterio in questione (valutato soltanto il 5% ai fini del cd. punteggio di eccellenza), ha dedotto, da un lato, che i corrieri ben potrebbero astenersi dal lavoro senza subire la penalizzazione della "*mancata presentazione (cd. no show)*" semplicemente effettuando il check-in e rifiutando gli ordini proposti (senza subire, così, alcuna penalizzazione) e, dall'altro lato, che in ogni caso la previsione di una penalità connessa alla mancata presentazione del corriere prenotato risponderebbe ad una finalità legittima, consistente nella tutela di altri corrieri che sarebbero stati interessati a lavorare nel medesimo slot (cfr. paragrafo n. 5 della memoria di costituzione per le ulteriori difese ivi svolte).

Chiarite le rispettive posizioni, va osservato quanto segue.

Posto che il diritto di sciopero è pacificamente riconosciuto anche in capo ai lavoratori autonomi, è altrettanto sicuro che la forma di esercizio di tale diritto è libera e non incontra limiti, se non ovviamente "*quelli che si rinvencono in norme che tutelano posizioni soggettive concorrenti, su un piano prioritario, come il diritto alla vita o all'incolumità personale, o, quanto meno, su un piano paritario, come il diritto alla libertà di iniziativa economica*" (Cass., sez. lav., sentenza n. 24653 del 3 dicembre 2015).

Il problema ovviamente nasce dalle peculiarità del sistema organizzativo adottato dalla società resistente, visto che ciascun corriere è formalmente libero di lavorare o meno, con la conseguenza che l'astensione dalla prestazione, se non dichiarata, rischia di non essere percepibile.

Ora, s'è vero che le concrete modalità di sciopero sono necessariamente vincolate al tipo di prestazione lavorativa ed in definitiva influenzate dal modello organizzativo dell'impresa, è altrettanto vero che il committente/datore di lavoro non possa limitare, con specifiche disposizioni, le modalità di sciopero.

Svolta la superiore premessa, questo giudice ritiene che il modello organizzativo della resistente, sotto lo specifico profilo del criterio della *"mancata presentazione (cd. no show)"*, sia incompatibile con la libertà dei lavoratori di scioperare secondo le modalità ritenute più adeguate.

In altre parole, la convenuta non può pretendere che gli scioperi si svolgano sempre con le medesime modalità adottate finora (ciò mediante rifiuto delle consegne dopo l'effettuazione del *check-in*), visto che la modalità alternativa suggerita dalle associazioni sindacali (consistenti nella mancata presentazione del corriere prenotato in un determinato slot) risulta pienamente legittima. Secondo questo giudice, infatti, la prima modalità è assimilabile al lavoratore che si presenti sul luogo di lavoro e rifiuti di fornire la prestazione, mentre la seconda è assimilabile al lavoratore che, aderendo allo sciopero, non si presenti del tutto sul luogo di lavoro: posta in questi termini, nessuno potrebbe dubitare della legittimità di entrambe le modalità di esercizio del diritto di sciopero.

Ciò detto, però, ad avviso di questo giudice la controversia non è risolta, perché, come notato dalla convenuta, *"la tutela costituzionale dello sciopero (...) è cosa diversa dalla tutela della discriminazione"* (cfr. pagina 30 della memoria di costituzione).

Ebbene, questo Tribunale ritiene che neppure la superiore difesa colga nel segno perché, s'è vero che il d.lgs. 216/2006 vieta le discriminazioni nei confronti del lavoratore che partecipi ad attività sindacali (esplicitando, così, le proprie convinzioni personali: cfr. Cass., S.U., sentenza n. 20819 del 21 luglio 2021, secondo cui *"sussiste la legittimazione del sindacato a promuovere l'azione di cui all'art.28 del d.lgs. n. 150 del 2011, in quanto l'esercizio dei diritti riconducibili alla libertà sindacale è una delle possibili declinazioni delle "convinzioni personali", richiamate dagli artt. 1 e 4 del d.lgs. n. 216 del 2003, che non possono costituire fattore di discriminazione"*), è certo che un modello organizzativo che, disinteressandosi deliberatamente dei motivi di assenza dei corrieri, penalizza chi eserciti un diritto sindacale trattandolo nello stesso modo di chi non eserciti alcun diritto pone in una situazione di svantaggio chi manifesta legittimamente le proprie convinzioni.

Tale discriminazione indiretta non può dirsi esclusa neppure dalla possibilità del lavoratore di dichiarare il motivo della propria assenza, perché tale condotta, al pari di colui che sciopera rifiutando gli ordini dopo aver effettuato il *check-in*, è solo una modalità di esercizio del diritto di sciopero, ma non l'unica legittima e quindi suscettibile di tutela.

Le ragioni che precedono conducono a dichiarare discriminatorio, sotto il profilo esaminato, il criterio della “*mancata presentazione (cd. no show)*”.

Discriminazione per provenienza geografica del sistema di riconoscimento facciale.

Con il quarto motivo di ricorso le associazioni sindacali hanno dedotto che la regolamentazione del riconoscimento facciale comporterebbe una discriminazione in base alla provenienza geografica dei corrieri.

Sul punto va osservato quanto segue.

E' pacifico che ciascun corriere di Foodinho s.r.l. sia obbligato almeno una volta al giorno (ovviamente laddove utilizzi l'app) a sottoporsi al riconoscimento facciale e che la società ricorrente tolleri un numero di tentativi falliti diverso in base alla città (per esempio a Palermo sono 8, a Padova e Reggio Emilia 6, a Genova 8, a Torino 17 e a L'Aquila 18).

Incontrovertibile la legittimità del riconoscimento facciale, le ricorrenti hanno dedotto che la previsione di un differente numero di tentativi tollerati in base alle città sarebbe discriminatorio.

Seguendo il ragionamento già adottato in precedenza, occorre verificare, innanzitutto, se tale disposizione datoriale comporti o possa comportare una situazione di svantaggio in capo ad una categoria di lavoratori rispetto agli altri.

Per rispondere alla superiore domanda, tuttavia, appare indispensabile chiarire le conseguenze del mancato riconoscimento facciale.

Ora, le ricorrenti hanno sostenuto che “*la minor tolleranza a seconda della provenienza geografica del rider produce effetti rilevanti sia sulle possibilità di accesso al lavoro che sulle possibilità di guadagno dal momento che il ciclofattorino, subendo la disconnessione, anche solo temporaneamente, non potrà accedere alle possibilità di consegne nello slot prenotato essendo del tutto improbabile che il rider possa ottenere in tempo reale la valutazione e la correzione del mancato log-in*” (cfr. pagina 20 del ricorso); la resistente, da parte sua, ha sostenuto che il superamento del numero massimo di tentativi di riconoscimento facciale consentiti precluderebbe la prenotazione di nuovi slot, ma non anche l'attribuzione di consegne negli slot già prenotati (cfr. pagina n. 17 della memoria).

Ebbene, secondo questo giudice, a prescindere dalla soluzione del contrasto circa le effettive conseguenze dell'esaurimento dei tentativi, è sicuro che l'impossibilità di procedere alla prenotazione di nuovi slot fino all'intervento della società (chiamata ad effettuare verifiche più approfondite circa la corrispondenza tra corriere ed effettivo utilizzatore dell'app) sia almeno astrattamente idonea a produrre una situazione di svantaggio.

Ciò detto, questo Tribunale ritiene insussistente il carattere discriminatorio della misura organizzativa in esame per una pluralità di ragioni.

Innanzitutto va considerato che il differente trattamento riguarda corrieri che non sono in concorrenza tra loro, dato che i lavoratori della stessa città hanno a disposizione il medesimo numero di tentativi, così da non ricevere alcun pregiudizio dal maggior numero di tentativi concessi a corrieri che lavorano in altri ambiti territoriali.

In secondo luogo va considerato che il differente trattamento non è legato alla provenienza geografica del corriere, ma al suo luogo di lavoro: in questo senso la differenziazione operata da Foodinho s.r.l. appare discutibile, ma comunque ragionevole nella misura in cui risulta basata sulle illegittime cessioni di account riscontrate e non su un pregiudizio territoriale tra nord e sud (come suggestivamente adombrato dalle ricorrenti alla luce del solo confronto tra la città di Palermo, una città del centro ed una città del nord).

In terzo ed ultimo luogo va considerato che la conseguenza del superamento del numero massimo di accessi consentito (a Palermo, peraltro, un numero - otto - oggettivamente significativo e non certo, di per sé, lesivo della posizione del corriere), pur sicuramente pregiudizievole (per la necessità di ottenere l'intervento della società per lo sblocco dell'app), appare appropriata e proporzionata rispetto all'esigenza di contrasto al caporalato cui è pacificamente improntato il sistema di riconoscimento facciale.

Provvedimenti consequenziali alle discriminazioni accertate.

Le ricorrenti, una volta accertate le discriminazioni denunciate, hanno chiesto che

a) la società convenuta venga condannata ad astenersi dall'accertata discriminazione con l'adozione, sentite le organizzazioni sindacali ricorrenti, di un piano di rimozione degli effetti delle condotte discriminatorie accertate;

b) la società convenuta venga condannata ad adottare, sentite le organizzazioni sindacali ricorrenti, una valutazione di impatto dei suoi sistemi di profilazione e di gestione automatizzata dei rapporti;

c) venga disposta la pubblicazione del provvedimento giudiziale di accoglimento in tre giornali di portata nazionale (Il Fatto Quotidiano, la Repubblica e la Stampa), sul quotidiano "La Sicilia" e sulla pagina aziendale della resistente (nello spazio dedicato al reclutamento dei rider), oltre alla diffusione della sentenza a tutti i lavoratori della convenuta;

c) la società convenuta venga condannata al risarcimento del danno non patrimoniale da liquidarsi in € 40.000,00 (o nella maggiore o minore somma di giustizia);

d) la società convenuta venga condannata al pagamento di una somma ex art. 614 bis c.p.c. per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione degli obblighi di fare, da liquidarsi anche ai sensi dell'art. 432 c.p.c. nell'importo di € 500,00.

L'art. 28 del d.lgs. 150/2011 prevede che con la sentenza che definisce il giudizio il giudice possa

- condannare il convenuto al risarcimento del danno, anche non patrimoniale;
- ordinare la cessazione della discriminazione adottando ogni provvedimento idoneo a rimuoverne gli effetti;
- ordinare l'adozione, entro un termine, di un piano di rimozione delle discriminazioni accertate (sentito l'ente collettivo ricorrente, ove, come nel caso di specie, il comportamento discriminatorio abbia carattere collettivo);
- ordinare la pubblicazione della sentenza, per una sola volta e a spese del convenuto, su un quotidiano di tiratura nazionale.

Alla luce del dettato normativo la prima domanda va senz'altro accolta, cosicché Foodinho s.r.l. va condannata ad astenersi dalle accertate discriminazioni con l'adozione, sentite le organizzazioni sindacali ricorrenti, di un piano di rimozione degli effetti delle condotte discriminatorie accertate.

La seconda domanda, invece, va respinta, perché priva di fondamento normativo, fermo restando gli obblighi di legge in merito alla profilazione ed alla gestione automatizzata dei rapporti eventualmente vigenti a prescindere dalle discriminazioni

accertate e tutti gli adempimenti richiesti per l'adozione del piano di rimozione appena sopra oggetto di condanna.

La terza domanda va parzialmente accolta, nel senso che vada disposta la pubblicazione della presente sentenza su un solo quotidiano di tiratura nazionale a scelta delle associazioni ricorrenti, per una sola volta ed a spese della convenuta. Al contempo, poi, quale misura idonea a rimuovere concretamente gli effetti della discriminazione ed a prevenirne la reiterazione, va ordinato a Foodinho s.r.l. di pubblicare la presente sentenza sulla sua pagina aziendale, nello spazio dedicato al reclutamento dei *rider*, per almeno trenta giorni.

In merito alla richiesta risarcitoria, invece, va osservato quanto segue.

Secondo la Corte di Cassazione *“nelle controversie in materia di discriminazione proponibili con il procedimento ex art.28 del d.lgs. n. 150 del 2011, è ammissibile, ai sensi del comma 5 del predetto articolo, la domanda di risarcimento del danno non patrimoniale, il quale, allorché sia riconosciuto a favore di un sindacato che abbia agito "iure proprio" a tutela di interessi omogenei individuali di rilevanza generale, si caratterizza per una funzione "dissuasiva", che esula dai cd. "danni punitivi", soprattutto se si consideri che la discriminazione collettiva rileva anche in assenza di un soggetto immediatamente identificabile”* (Cass., S.U., sentenza n. 20819 del 21 luglio 2021; cfr., altresì, Cass., S.U., sentenza n. 16601 del 5 luglio 2017, secondo cui *“nel vigente ordinamento, alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, poiché sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria del responsabile civile, sicché non è ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto, di origine statunitense, dei risarcimenti punitivi”*).

Alla luce del superiore insegnamento le difese della resistente circa l'ammissibilità e fondatezza della richiesta risarcitoria vanno senz'altro disattese, ma rimane il problema della quantificazione del danno risarcibile in funzione dissuasiva.

Dovendosi necessariamente procedere ad una liquidazione equitativa ex art. 1226 c.c., questo giudice ritiene che la convenuta possa essere condannata al pagamento della somma di € 40.000,00 richiesta in ricorso, considerando tanto la dimensione nazionale e la notorietà dell'impresa convenuta, quanto il carattere effettivo e dissuasivo che la misura

risarcitoria deve possedere (cfr. ancora, in motivazione, Cass., S.U., sentenza n. 20819 del 21 luglio 2021).

L'ultima domanda, consistente nella condanna della resistente ex art. 614 bis c.p.c. per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione del presente provvedimento, invece, non merita di trovare accoglimento per la semplice ragione che l'adempimento dell'ordine di rimozione delle accertate discriminazioni implica una sostanziale rivisitazione dell'organizzazione aziendale, peraltro con il coinvolgimento delle stesse organizzazioni sindacali. Ad avviso del Tribunale, quindi, l'applicazione di una misura sanzionatoria automatica, qual è quella prevista dall'art. 614 bis c.p.c., risulterebbe oltremodo pregiudizievole rispetto ad un adempimento complesso e non immediatamente valutabile come effettivamente soddisfacente, considerando che l'inadempimento o il ritardo nell'adempimento potranno essere comunque essere sottoposti al vaglio dell'autorità giudiziaria, con tutte le conseguenze in termini di ulteriore risarcimento del danno.

Regolamentazione delle spese di lite.

Visto l'esito complessivo della causa, la società resistente va condannata al pagamento delle spese giudiziali di controparte, che, tuttavia, si liquidano come in dispositivo secondo i valori tariffari minimi (previsti per le cause di valore indeterminabile di alta complessità) in ragione dell'accoglimento soltanto parziale del ricorso (nonostante l'indiscutibile qualità delle difese approntate dai procuratori delle ricorrenti, connotate - esattamente come quelle della resistente, è doveroso sottolinearlo - da rara competenza, chiarezza e capacità di sintesi).

P.Q.M.

nel contraddittorio delle parti,

accoglie parzialmente il ricorso e, per l'effetto,

- **dichiara** il carattere discriminatorio ex d.lgs. 216/2003 dei criteri del "*contributo*" e delle "*ore ad alta domanda*" utilizzati da Foodinho s.r.l. per il calcolo del cd. punteggio di eccellenza;
- **dichiara** discriminatorio ex d.lgs. 216/2003 il criterio della "*mancata presentazione (cd. no show)*" utilizzato da Foodinho s.r.l. per il calcolo del cd. punteggio di eccellenza;

- **accerta** che il sistema di riconoscimento facciale non ha carattere discriminatorio in relazione al fattore di rischio della provenienza geografica;
- **condanna** Foodinho s.r.l. ad astenersi dalle accertate discriminazioni con l'adozione, sentite le organizzazioni sindacali ricorrenti, di un piano di rimozione degli effetti delle medesime discriminazioni;
- **dispone** la pubblicazione della presente sentenza su un quotidiano di tiratura nazionale a scelta delle associazioni ricorrenti, per una sola volta ed a spese di Foodinho s.r.l.;
- **ordina** a Foodinho s.r.l. di pubblicare la presente sentenza sulla sua pagina aziendale, nello spazio dedicato al reclutamento dei *rider*, per almeno 30 giorni;
- **condanna** Foodinho s.r.l. al pagamento in favore delle associazioni sindacali ricorrenti della somma di € 40.000,00 a titolo di risarcimento del danno;
- **rigetta** tutte le altre domande;

condanna Foodinho s.r.l. al pagamento in favore di Filcams Cgil Palermo, Nidil Cgil Palermo e Filt Cgil Palermo delle spese giudiziali, che si liquidano in € 6.699,00 per compenso, oltre spese generali, iva e cpa come per legge.

Così deciso il 17/11/2023

Il Giudice del Lavoro

Fabio Montalto