



Papers di
**DIRITTO
EUROPEO**

www.papersdidirittoeuropeo.eu
ISSN 2038-0461

2022, n. 1

DIRETTORE RESPONSABILE

Maria Caterina Baruffi (Ordinario di Diritto internazionale, Università di Bergamo).

COMITATO DI DIREZIONE

Francesco Bestagno (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano; Consigliere giuridico presso la Rappresentanza permanente d'Italia all'UE); **Andrea Biondi** (Professor of European Law and Director of the Centre of European Law, King's College London); **Fausto Pocar** (Professore emerito, Università di Milano); **Lucia Serena Rossi** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Bologna; Giudice della Corte di giustizia dell'Unione europea).

COMITATO SCIENTIFICO

Adelina Adinolfi (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Firenze); **Elisabetta Bani** (Ordinario di Diritto dell'economia, Università di Bergamo); **Matteo Borzaga** (Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Trento); **Susanna Cafaro** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università del Salento); **Laura Calafà** (Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Verona); **Javier Carrascosa González** (Catedrático de Derecho Internacional Privado, Universidad de Murcia); **Luigi Daniele** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Roma "Tor Vergata"); **Angela Di Stasi** (Ordinario di Diritto internazionale, Università di Salerno); **Davide Diverio** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Milano); **Franco Ferrari** (Professor of Law e Director of the Center for Transnational Litigation, Arbitration, and Commercial Law, New York University); **Costanza Honorati** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Milano-Bicocca); **Paola Mori** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università "Magna Graecia" di Catanzaro); **Matteo Ortino** (Associato di Diritto dell'economia, Università di Verona); **Carmela Panella** (Ordinario di Diritto internazionale, Università di Messina); **Lorenzo Schiano di Pepe** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova); **Alessandra Silveira** (Profesora Asociada e Directora do Centro de Estudos em Direito da União Europeia, Universidade do Minho); **Eleanor Spaventa** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università "Bocconi" di Milano); **Stefano Troiano** (Ordinario di Diritto privato e Direttore del Dipartimento di Scienze giuridiche, Università di Verona); **Michele Vellano** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Torino).

Segretario: **Caterina Fratea** (Associato di Diritto dell'Unione europea e Direttore del Centro di documentazione europea, Università di Verona).

COMITATO DEI REVISORI

Stefano Amadeo (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Trieste); **Bruno Barel** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Padova); **Silvia Borelli** (Associato di Diritto del lavoro, Università di Ferrara); **Laura Carpaneto** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova); **Marina Castellaneta** (Ordinario di Diritto internazionale, Università di Bari "Aldo Moro"); **Federico Casolari** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Bologna); **Gianluca Contaldi** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Macerata); **Matteo De Poli** (Ordinario di Diritto dell'economia, Università di Padova); **Giacomo di Federico** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Bologna); **Fabio Ferraro** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Napoli "Federico II"); **Daniele Gallo** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, LUISS Guido Carli); **Pietro Manzini** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Bologna); **Silvia Marino** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università dell'Insubria); **Francesca Ragno** (Associato di Diritto internazionale, Università di Verona); **Carola Ricci** (Associato di Diritto internazionale, Università di Pavia); **Giulia Rossolillo** (Ordinario di Diritto internazionale, Università di Pavia); **Vincenzo Salvatore** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università dell'Insubria); **Andrea Santini** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano); **Cristina Schepisi** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Napoli "Parthenope"); **Martin Schmidt-Kessel** (Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Verbraucherrecht und Privatrecht sowie Rechtsvergleichung, Universität Bayreuth); **Chiara Enrica Tuo** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova).

COMITATO EDITORIALE

Diletta Danieli (Ricercatore t.d. di Diritto dell'Unione europea, Università di Verona); **Simone Marinai** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Pisa); **Teresa Maria Moschetta** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Roma Tre); **Rossana Palladino** (Ricercatore t.d. di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno); **Cinzia Peraro** (Ricercatore t.d. di Diritto dell'Unione europea, Università di Bergamo); **Federica Persano** (Ricercatore di Diritto internazionale, Università di Bergamo); **Emanuela Pistoia** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Teramo); **Angela Maria Romito** (Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università di Bari "Aldo Moro"); **Sandra Winkler** (Associato di Diritto della famiglia, Università di Rijeka).

RESPONSABILE DI REDAZIONE

Isolde Quadranti (Documentalista, Centro di documentazione europea, Università di Verona).

I contributi sono sottoposti ad un procedimento di revisione tra pari a doppio cieco (*double-blind peer review*).

Fascicolo 2022, n. 1

INDICE

Maria Caterina Baruffi e Ruggiero Cafari Panico <i>Le risorse proprie dell'Unione nella prospettiva delle riforme istituzionali</i>	1
Giacomo Biagioni <i>Giurisdizione in materia matrimoniale e principio di non discriminazione in base alla nazionalità</i>	31
Marco Borraccetti <i>Soggiorno di lungo periodo e assenza dal territorio secondo la Corte di giustizia: quando la sporadicità della presenza aiuta</i>	49
Ruggiero Cafari Panico <i>La disciplina delle imprese funebri nel prisma della libera prestazione dei servizi</i>	63
Angela Festa <i>Le sentenze «gemelle» del 16 febbraio 2022: oltre la questione di legittimità, un «manifesto» sui fondamenti del diritto europeo</i>	81
Martina Migliorati <i>Profili discriminatori della pubblicità comportamentale online: strumenti e prospettive di tutela nel diritto dell'Unione europea</i>	111
Olga Rubagotti <i>Collective bargaining and public health protection. Which role for the implementation of Agenda 2030 Goal 3 and EU social policies?</i>	133

Profili discriminatori della pubblicità comportamentale *online*: strumenti e prospettive di tutela nel diritto dell'Unione europea

Martina Migliorati*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La pubblicità comportamentale *online*. – 3. Pubblicità *online* e profili discriminatori. – 4. La tutela offerta dal diritto dell'Unione europea. – 5. *Proxy discrimination* e discriminazione per associazione. – 6. La portata dell'efficacia diretta del principio di non discriminazione. – 7. Discriminazione e trasparenza algoritmica: le prospettive contenute nel *Digital Services Act*. – 8. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione.

La realtà virtuale delle piattaforme *online* è oggi la principale sede per pubblicizzare un prodotto o un servizio e per far conoscere un'opportunità di qualsiasi genere. Nel 2019, per la prima volta nella storia, in Europa la spesa relativa ad annunci sulla rete ha superato quella relativa alla più tradizionale pubblicità su altri media, quali la televisione e i giornali. Seguendo un *trend* globale¹, tale spesa è in continua crescita da ormai più di un decennio ed è passata da un totale di 7,6 miliardi nel 2006 ad un complessivo di 64,8 miliardi nel 2019².

In un contesto caratterizzato da un forte sviluppo delle tecnologie pubblicitarie *online*³, una particolare pratica di pubblicità mirata, la pubblicità comportamentale, risulta già da alcuni anni in forte crescita ed è probabilmente destinata a diventare lo strumento pubblicitario predominante in rete⁴. Le potenzialità che rendono questa forma pubblicitaria la nuova frontiera in tale campo risiedono nella capacità di offrire un livello di targhettizzazione e personalizzazione degli annunci estremamente elevato.

Il presente contributo intende analizzare il fenomeno della pubblicità comportamentale *online* evidenziando i profili critici che emergono rispetto ai principi di uguaglianza e non discriminazione. Dopo aver pertanto delineato il funzionamento di

* Dottoranda di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi Roma Tre.

¹ Allied Market Research, Internet Advertising Market, 2020.

² IAB Europe, AdEx Benchmark 2019 Report, reperibile [online](#).

³ Per una panoramica sui diversi tipi di pubblicità digitale si veda N. FOURBERG AND OTHERS, *Online Advertising: The Impact of Targeted Advertising on Advertisers, Market Access and Consumer Choice*, reperibile [online](#).

⁴ Sul tema si veda V. KUMAR, S. GUPTA, *Conceptualizing the Evolution and Future of Advertising*, in *Journal of Advertising*, 2016, pp. 302-317.

questa pratica, vengono richiamati alcuni studi e ricerche empiriche che dimostrano come nell'ambito della pubblicità *online* possano facilmente dispiegarsi trattamenti discriminatori, capaci di rafforzare pregiudizi radicati nella società.

Successivamente viene ricostruito il sistema di tutela del principio di non discriminazione dell'ordinamento dell'Unione europea, delineando il quadro di protezione rispetto ai diversi motivi oggetto di divieto nel settore della pubblicità. Sulla base di tale ricostruzione si procede in seguito ad analizzare come tale sistema di protezione possa declinarsi rispetto ad una particolare forma di manifestazione di trattamenti discriminatori, la discriminazione tramite *proxy*, legata intrinsecamente alle pratiche di pubblicità comportamentale *online*, analizzando possibili strumenti di tutela delineati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

Da ultimo lo scritto, dopo aver richiamato brevemente la portata dell'efficacia diretta del principio di non discriminazione, riflette sulle questioni procedurali in materia evidenziando come queste si declinano nel mondo della pubblicità comportamentale *online* e richiamando le interessanti prospettive di tutela contenute nella proposta di regolamento, attualmente in discussione, sui servizi digitali, anche nota con la denominazione inglese *Digital Services Act*⁵.

2. La pubblicità comportamentale *online*.

La pubblicità comportamentale *online*, spesso citata con l'acronimo inglese OBA (*Online Behavioural Advertising*), è una particolare forma di pubblicità mirata che si basa sul monitoraggio dei comportamenti degli utenti in rete nel tempo⁶. Osservando come si concretizzano e si caratterizzano tali comportamenti⁷ su più siti internet, vengono delineati una serie di potenziali interessi degli utenti, che costituiscono il metro per indirizzare gli annunci pubblicitari *online*, in modo tale da fornire a ciascuno annunci quanto più possibile coerenti con i suoi desunti interessi.

L'analisi della vita *online* degli individui, ossia il vaglio delle diverse azioni compiute nel mondo digitale, è svolta attraverso tecnologie di tracciamento *online*, che

⁵ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un mercato unico dei servizi digitali (legge sui servizi digitali), [COM\(2020\) 845 final](#) del 15 dicembre 2020, spesso richiamata anche con l'acronimo DSA.

⁶ Gruppo di Lavoro Articolo 29 per la Protezione dei Dati, parere 2/2010 sulla pubblicità comportamentale *online*, adottato il 22 giugno 2010, reperibile [online](#). Per una panoramica generale della dottrina sul tema si rimanda a K. VARNALI, *Online Behavioral Advertising: An Integrative Review*, in *Journal of Marketing Communications*, 2019, pp. 1-22, e S.C. BOERMAN, S. KRUIKEMEIER, F.J. ZUIDERVEEN BORGESIU, *Online Behavioral Advertising: A Literature Review and Research Agenda*, in *Journal of Advertising*, 2017, pp. 363-376.

⁷ Quali per esempio le interazioni dell'utente, gli acquisti effettuati, la frequentazione ripetuta di certi siti, la ricerca di alcune parole chiave e la produzione di contenuti.

consentono l'inserimento e la successiva lettura di informazioni marcatrici sui dispositivi terminali degli utenti, quali computer, *tablet*, e *smartphone*⁸.

Il sistema di tracciamento sicuramente più noto è quello basato sui *cookies* cosiddetti di profilazione, stringhe di testo che vengono appunto posizionate e archiviate sui terminali degli utenti, direttamente dai siti *web* visitati (c.d. *Publisher*) nel caso dei *cookies* «prima parti», ovvero da *web server* o siti diversi noti invece come *cookies* «terze parti». Tali marcatori temporanei vengono poi ritrasmessi al soggetto che li ha posizionati alla successiva visita, consentendo di analizzare specifiche azioni, *pattern* comportamentali e preferenze manifestate dagli utenti e quindi di suddividerli e raggrupparli in *cluster* omogenei⁹.

Il legislatore europeo ha da tempo riconosciuto la necessità di regolare l'utilizzo di tali tecnologie di tracciamento ed è infatti intervenuto in tal senso già a partire dagli anni 2000 con la direttiva *e-Privacy*¹⁰, successivamente novellata nel 2009¹¹.

Invero, è stato evidenziato come le apparecchiature terminali degli utenti, collegate alle reti di comunicazione elettronica, e ogni informazione in esse collocata e archiviata siano da considerare parte della sfera privata degli utenti¹². Tale aspetto chiarisce la potenziale pervasività dei *cookies* di profilazione, così come degli altri strumenti di tracciamento idonei a marcare gli utenti, che sono da considerare, in sostanza, un'ingerenza nell'ambito digitale della loro sfera privata.

Nonostante ciò, la normativa comunitaria riconosce che queste tecnologie possono comunque costituire strumenti utili e strategici se destinati a scopi legittimi, come facilitare la fornitura di servizi della società dell'informazione¹³. La direttiva *e-Privacy* obbliga quindi gli Stati membri ad assicurare che l'utilizzo delle tecnologie di

⁸ Linee guida sull'utilizzo dei cookie e di altri strumenti di tracciamento adottate del Garante della privacy il 10 giugno 2021, reperibili [online](#).

⁹ *Ibidem*. Per un approfondimento in materia si veda A. M. GAROFALO, *Cookies and the Passive Role of the Data Subject*, in R. SENIGAGLIA, C. IRTI, A. BERNES (edited by), *Privacy and Data Protection in Software Services. Services and Business Process Reengineering*, Singapore, 2022, pp. 73-84, e L. EDWARDS, *Data protection and e-Privacy: From Spam and cookies to Big Data, Machine Learning and Profiling*, in L. EDWARDS (edited by), *Law, Policy and the Internet*, Oxford, 2018.

¹⁰ [Direttiva 2002/58/CE](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche), denominata comunemente direttiva *e-Privacy*.

¹¹ [Direttiva 2009/136/CE](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009, recante modifica della direttiva 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica, della direttiva 2002/58/CE relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche e del regolamento (CE) n. 2006/2004 sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa a tutela dei consumatori. In proposito si richiama M. TREVISAN, S. TRAVERSO, E. BASSI, M. MELLIA, *4 Years of EU Cookie Law: Results and Lessons Learned*, in *Proceedings on Privacy Enhancing Technologies*, 2019, pp. 126-145.

¹² Considerando 24 della direttiva 2002/58/CE.

¹³ Considerando 25 della direttiva 2002/58/CE.

tracciamento, nell'ambito delle reti di comunicazione elettronica, sia consentito unicamente a condizione che esse siano destinate appunto a scopi legittimi e purché l'utente abbia preliminarmente espresso il proprio consenso, dopo essere stato informato in modo chiaro e completo, tra l'altro, sugli scopi del trattamento¹⁴.

Va evidenziato come, con riferimento alla nozione di consenso oltre che con riguardo all'informativa che deve essere fornita all'utente, la direttiva *e-Privacy* richiami la normativa europea in materia di dati personali, dapprima contenuta nella direttiva 95/46/CE e oggi delineata dal regolamento (UE) 2016/679¹⁵.

Pare opportuno precisare anche che il consenso dell'interessato, così come oggi definito dalla normativa citata, nonché le questioni relative alla modalità di espressione dello stesso hanno assunto un ruolo centrale sia nel quadro di tutela della vita privata che in materia di protezione dei dati personali. La direttiva *e-Privacy* infatti abbraccia entrambi questi ambiti, delineando un sistema di protezione della vita privata e dei dati personali nel settore delle comunicazioni elettroniche¹⁶.

In questo senso si evidenzia che l'art. 5, par. 3, della stessa chiarisce che il consenso informato dell'utente è richiesto per l'archiviazione di informazioni e per l'accesso ad informazioni già archiviate sul suo terminale senza specificarne la natura. Ogni informazione di quel genere rientra infatti nell'alveo della *privacy* dell'utente¹⁷,

¹⁴ Art. 4, par. 3, della direttiva 2002/58/CE versione consolidata del 2009.

¹⁵ Artt. 2 e 5, par. 3, della direttiva 2002/58/CE versione consolidata del 2009. Si noti che in materia di consenso il regolamento (UE) 2016/679, nell'ottica di ampliare e rafforzare il potere dispositivo e di controllo dell'individuo riguardo al trattamento dei suoi dati personali, ha integrato la nozione precedentemente contenuta nella direttiva 95/46/CE. Ai sensi della nuova definizione enucleata dal regolamento la manifestazione di volontà dell'interessato deve essere libera, specifica, informata (requisiti già indicati dalla direttiva) e inequivocabile. Il considerando 32 del regolamento in particolare precisa che il consenso deve essere attivo e specifico, escludendo quindi che un valido consenso possa essere prestato attraverso il silenzio, l'inattività o la preselezione di caselle. La trasformazione della nozione si apprezza tramite il raffronto l'art. 2, lett. h, della direttiva 95/46/CE e l'art. 4, par 1, n. 11, del regolamento (UE) 2016/679. Sul tema del consenso si veda, tra i molti contributi, G. RESTA, V. ZENOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2018, pp. 411-440; F. BRAVO, *Il consenso e le altre condizioni di liceità del trattamento di dati personali*, in G. FINOCCHIARO (a cura di), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Bologna, 2017, pp. 101-177; S. THOBANI, *La libertà del consenso al trattamento dei dati personali e lo sfruttamento economico dei diritti della personalità*, in *Europa e diritto privato*, 2016, pp. 513-557; A. FICI, E. PELLECCIA, *Il consenso al trattamento*, in R. PARDOLESI (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, Milano, 2003, pp. 375-426. Per le altre differenze tra la previgente direttiva e il nuovo regolamento si veda F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, Torino, 2016; S. SICA, V. D'ANTONIO, G. M. RICCIO (a cura di), *La nuova disciplina europea della privacy*, Padova, 2016; M. G. STANZIONE, *Il Regolamento europeo sulla privacy: origini e ambito di applicazione*, in *Europa e diritto privato*, 2016, pp. 1249-1264 ss.; F. BALDUCCI ROMANO, *La protezione dei dati personali nell'Unione europea tra libertà di circolazione e diritti fondamentali dell'uomo*, in *Rivista Italiana di Diritto pubblico comunitario*, 2015, pp. 1619-1659.

¹⁶ Circostanza che emerge chiaramente già dalla denominazione della direttiva: «relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche».

¹⁷ In questo senso, in termini espliciti, il considerando 24 della direttiva 2002/58/CE, già sopra

indipendentemente dal fatto che possa qualificarsi quale dato personale ai sensi della rilevante normativa¹⁸.

Sebbene le questioni che ruotano attorno alla nozione di consenso, alla sua validità e alla modalità di dichiarazione e raccolta appaiono centrali e continueranno ad alimentare il dibattito giuridico, il momento successivo la prestazione di un valido consenso per l'utilizzo di tecnologie di tracciamento non risulta privo di criticità, soprattutto quando questi strumenti sono utilizzati, come nell'ambito della pubblicità comportamentale *online*, per determinare a quali offerte pubblicitarie gli utenti, così profilati, possono accedere e da quali invece restano esclusi.

In altri termini l'attenzione è qui posta sui profili discriminatori connessi alle pratiche, sempre più diffuse, di pubblicità comportamentale *online* che, come chiarito, si basano e sono alimentate dall'ingente quantità di dati, personali e non, che le tecnologie di tracciamento consentono di raccogliere.

È ormai chiaro infatti che nell'ambito del processo di datificazione della società, ogni attività umana è suscettibile di essere ridotta e registrata in una serie di dati, che diventano poi elementi fondamentali per perseguire i più diversi scopi. Eloquente in questo senso come tale fenomeno, intrinsecamente connesso allo sviluppo delle nuove tecnologie, venga opportunamente ricollegato alla possibilità di estrarre nuove informazioni da quella già raccolte, attraverso analisi predittive svolte sulla base degli ingenti flussi e volumi di dati che costituiscono quello spazio digitale ubiquitario e dinamico denominato «datasfera»¹⁹.

In tale spazio digitale, in cui si muove la pubblicità comportamentale *online*, sono le capacità algoritmiche che concretizzano quelle analisi predittive le quali consentono poi di massimizzare il livello di personalizzazione dell'offerta pubblicitaria, portandolo ad uno stadio sconosciuto al mondo analogico.

Va evidenziato però che, ad una prima approssimazione, le pratiche di pubblicità comportamentale *online* possono apparire come una efficiente modalità di selezione degli annunci pubblicitari nella mutevole e variegata realtà digitale, ossia come uno strumento che valorizza e pone in risalto gli interessi degli utenti, assicurando che

richiamato.

¹⁸ Si vedano sul punto le conclusioni dell'avvocato generale Szpunar, del 21 marzo 2019, [causa C-673/17, Bundesverband](#), EU:C:2019:246, punto 107. Per una critica alla disposizione quale indicatore della sovrapposizione semantica tra *privacy* e *data protection* si veda A. MONTI, R. WACKS, *Protecting Personal Information. The Right to Privacy Reconsidered*, Londra, 2019.

¹⁹ R. D'ORAZIO, *La tutela multilivello del diritto alla protezione dei dati personali e la dimensione globale*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, pp. 61-84.; J.S. BERGÉ, S. GRUMBACH, V. ZENO-ZENCOVICH, *The 'Datasphere', Data Flows beyond Control, and the Challenges for Law and Governance*, in *European Journal of Comparative Law and Governance*, 2018, pp. 144-178; V. ZENO-ZENCOVICH, *La "datasfera". Regole giuridiche per il mondo digitale parallelo*, in L. SCAFFARDI (a cura di), *I "profili" del diritto. Regole, rischi e opportunità nell'era digitale*, Torino, 2018, pp. 99-109.

ciascuno vada a visualizzare annunci in linea con i propri interessi e non sia per contro disturbato da inserzioni di scarsa utilità. Questa definizione, abbracciata dall'industria pubblicitaria europea ²⁰, manca tuttavia di considerare le possibili criticità discriminatorie legate alla profilazione e alla successiva esclusione di gruppi di utenti dalla possibilità di visualizzare un annuncio pubblicitario, fondamentale strumento di conoscenza per un'opportunità che un individuo può cogliere.

La questione appare alquanto complessa se si considera che, in realtà, alla luce dell'obiettivo della pubblicità comportamentale *online*, ossia profilare e classificare gli utenti, la differenziazione tra questi è connaturata a questa stessa pratica. La grande potenzialità di questa modalità pubblicitaria risiede proprio nella possibilità di selezionare le categorie di utenti ai quali sottoporre un determinato annuncio pubblicitario e specularmente di escludere i gruppi di utenti che si ritengono potenzialmente non interessati.

È interessante, tuttavia, domandarsi se e quando queste differenziazioni tra gli utenti, che muovono da analisi algoritmiche delle loro attività *online*, possano integrare forme di discriminazione vietate dal diritto dell'Unione europea, oltre che interrogarsi su come le differenze di trattamento, che pur risultano oggi legittime, possano influenzare la società e la distribuzione delle opportunità nel mondo digitale.

3. Pubblicità *online* e profili discriminatori.

Numerose ricerche empiriche e statistiche hanno evidenziato come varie modalità di targhettizzazione pubblicitaria *online* degli utenti possano risultare, anche accidentalmente, in esiti potenzialmente o effettivamente discriminatori.

Invero, affrontare la richiamata questione impone necessariamente di prendere le mosse da studi e analisi di elevata complessità tecnica che tuttavia consentono al giurista di apprezzare gli effetti che articolate e talvolta opache prassi pubblicitarie dispiegano sugli individui.

Già nel 2013 un interessante studio empirico sulle piattaforme Google e Reuters mostrava come l'algoritmo che alimentava alcune offerte pubblicitarie riproponesse stereotipi e pregiudizi già insiti nella società. Si trattava in particolare di annunci provenienti da *InstantCheckmate*, un sito americano che permette agli utenti di verificare se sono presenti informazioni su un individuo nei vari registri pubblici. Mentre gli annunci visualizzati nel caso di ricerca di nomi tipicamente assegnati a persone bianche non lasciavano trasparire alcun pregiudizio (*Looking for Trevor*

²⁰ EUROPEAN ADVERTISING STANDARDS ALLIANCE, *EASA Best Practice Recommendation on Online Behavioural Advertising*, approvate nel 2011 ed emendate nel 2016 e 2021, reperibili [online](https://www.youronlinechoices.com/it/). Cfr. il sito <https://www.youronlinechoices.com/it/> predisposto da EASA come guida per l'utente sulla pubblicità comportamentale e la privacy *online*.

Jones?), quando venivano digitati nomi tradizionalmente afroamericani apparivano invece, in numero statisticamente rilevante di casi, annunci che alludevano a precedenti penali o ad arresti (*Trevor Jones, Arrested?*)²¹.

Successivi studi hanno evidenziato le disfunzioni dei sistemi algoritmici che alimentano i circuiti pubblicitari *online*, mostrando risultati che faticano a non essere ricondotti nell'alveo dei trattamenti discriminatori.

Nonostante ci si trovi in un campo estremamente complesso, opaco e mutevole, alcuni esperti hanno condotto una interessante serie di esperimenti empirici che hanno evidenziato, per esempio, come sulla piattaforma Google annunci per servizi di *coaching* per lavori altamente remunerativi venissero mostrati prevalentemente ad utenti di genere maschile, limitando invece le possibilità di visualizzazione di tali offerte di servizi alle donne con profili simili. Sebbene incapaci di determinare, in un complesso sistema di interazioni, a chi o a cosa dovesse essere imputato il trattamento discriminatorio, gli esperti hanno sottolineato come dai dati emergessero con certezza casi di discriminazione in base al genere²².

Un altro esempio emblematico è rappresentato da un'indagine svolta nel 2018 sui *social network* Facebook, Instagram e Twitter, che ha rilevato come annunci relativi a offerte di lavoro nei campi della scienza, della tecnologia, dell'ingegneria e della matematica (c.d. *STEM jobs*) abbiano effettivamente raggiunto un numero nettamente maggiore di uomini che donne. Su Facebook, in particolare, una piattaforma composta per il 52% da donne, gli annunci sono stati mostrati ad un numero di utenti maschi del 20% superiore rispetto al numero di utenti di genere femminile²³.

Come emerge dagli esempi riportati, i meccanismi pubblicitari tipici del mondo digitale, come la pubblicità comportamentale *online*, possono e talvolta effettivamente sfociano in esiti che vanno a rafforzare ed amplificare iniquità già esistenti, ponendosi più che nell'interesse dell'utente al servizio di quei preconcetti, spesso storicamente radicati, che proprio il diritto della non discriminazione tenta di eliminare.

²¹ L. SWEENEY, *Discrimination in Online Ad Delivery*, in *Communications of the ACM*, 2013, pp. 44-54. Lo studio è commentato anche da S. BAROCAS, A. D. SELBST, *Big Data's Disparate Impact*, in *California Law Review*, 2016, pp. 671-732. Con riferimento alle discriminazioni basate sull'origine etnica nel contesto pubblicitario *online* si veda inoltre J. ANGWIN, T. PARRIS, *Facebook Lets Advertisers Exclude Users by Race*, 28 ottobre 2016, reperibile [online](#).

²² A. DATTA, M. C. TSCHANTZ, A. DATTA, *Automated Experiments on Ad Privacy Settings*, in *Proceedings on Privacy Enhancing Technologies*, 2015, pp. 92-112. Per altri esempi, nel settore della pubblicità *online*, di discriminazione in base al genere si veda A. KOFMAN, A. TOBIN, *Facebook Ads Can Still Discriminate Against Women and Older Workers, Despite a Civil Rights Settlement*, 13 dicembre 2019, reperibile [online](#) e A. TOBIN, J. B. MERRILL, *Facebook Is Letting Job Advertisers Target Only Men*, 18 settembre 2018, reperibile [online](#).

²³ A. LAMBRECHT, C. E. TUCKER, *Algorithmic Bias? An Empirical Study into Apparent Gender-Based Discrimination in the Display of STEM Career Ads*, in *Management Science*, 2019, pp. 2966-2981.

Considerata la complessità tecnica e la difficoltà legata alla comprensione e all'interpretazione di questi sistemi, non stupisce che le criticità discriminatorie delle pratiche pubblicitarie *online* non siano (ancora) oggetto di un acceso dibattito giuridico. Tenuto conto tuttavia del richiamato crescente sviluppo di queste forme pubblicitarie e viste le conclusioni degli studi citati, sembra sempre più urgente cominciare ad affrontare questo tema.

Il problema si pone necessariamente a livello dell'Unione europea, visto che tali pratiche si snodano totalmente nella realtà delle piattaforme *online*, contraddistinta da un carattere intersecamene transfrontaliero²⁴.

4. La tutela offerta dal diritto dell'Unione europea.

Sebbene i Trattati originari delle Comunità europee non facessero alcun riferimento ai diritti umani e alla loro protezione, l'evoluzione del processo di integrazione europea ha portato al riconoscimento del principio di uguaglianza quale valore fondante dell'Unione europea, che non solo oggi è sancito dall'art. 2 TUE, ma che trova una declinazione nel principio di non discriminazione nell'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea²⁵.

Il valore fondamentale che il principio di non discriminazione, quale specifica espressione del principio di uguaglianza, ha nell'impianto costituzionale dell'Unione emerge poi anche da altre disposizioni dei Trattati. Non solo dagli artt. 18 e 45 TFUE, che vietano le discriminazioni in base alla nazionalità, la forma che ha trovato tutela fin dalle origini del processo di integrazione europea, ma anche dall'art. 10 TFUE, il quale statuisce che l'Unione deve mirare a combattere le discriminazioni, fondate su una serie di elencati motivi²⁶, nella definizione e nell'attuazione di tutte le sue politiche ed azioni.

Invero, contrastare le discriminazioni rappresenta anche uno degli obiettivi dell'Unione, sanciti dall'art. 3 TUE²⁷. A partire dal Trattato di Amsterdam, infatti,

²⁴ Sul punto si richiama la citata proposta di regolamento (legge sui servizi digitali), p. 6 che chiarisce come «Tenendo conto della natura intrinsecamente transfrontaliera di Internet, [...] armonizzare le condizioni che consentono lo sviluppo di servizi digitali transfrontalieri innovativi nell'Unione, mantenendo nel contempo un ambiente online sicuro, è un obiettivo che si può raggiungere soltanto a livello di Unione».

²⁵ Per un'analisi dello sviluppo del diritto della non discriminazione nell'ordinamento dell'Unione europea e per una comprensione del ruolo della Corte di giustizia si rimanda a G. ZACCARONI, *Equality and Non-Discrimination in the EU. The Foundations of the EU Legal Order*, Cheltenham, 2021; E. ELLIS, P. WATSON, *EU Anti-Discrimination Law*, Oxford, 2013; C. FAVILLI, *La non discriminazione nell'Unione europea*, Bologna, 2008; M. BELL, *Anti-Discrimination Law and the European Union*, Oxford, 2002.

²⁶ Quali sesso, razza o origine etnica, religione o convinzioni personali, disabilità, età e orientamento sessuale.

²⁷ Art. 3, par. 3, TUE.

l'allora Comunità europea si è dotata di una base giuridica, oggi sancita dall'art. 19 TFUE, al fine di poter concretizzare questo obiettivo con atti legislativi.

Tale norma consente al legislatore comunitario di adottare, tramite una procedura legislativa speciale²⁸, provvedimenti per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale. Utilizzando tale base giuridica, a partire dagli anni Duemila, l'Unione ha delineato, adottando una serie di direttive, il quadro di tutela del principio di non discriminazione, che oggi offre una protezione a portata variabile nei diversi settori e con riferimento ai diversi motivi oggetto di divieti.

Evidenziare quale tutela viene offerta nell'ambito di tale quadro nel settore della pubblicità e rispetto ai diversi motivi risulta essenziale per comprendere quali differenze di trattamento degli utenti, nel contesto della pubblicità comportamentale *online*, integrino forme di discriminazioni vietate dal diritto dell'Unione europea.

La razza e l'origine etnica godono della protezione più ampia, sono infatti vietate le discriminazioni fondate su questi motivi in una numerosa serie di campi, quali l'occupazione, la formazione professionale, l'affiliazione a organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro, la protezione sociale compresa la sicurezza sociale e le cure sanitarie, i benefici sociali, l'istruzione, l'accesso e la fornitura di beni e servizi inclusi gli alloggi²⁹. Ne consegue dunque che, nel settore della pubblicità, sono vietate le discriminazioni basate sull'etnia, siano esse dirette o indirette³⁰, nell'esposizione di annunci di lavoro, riguardanti beni o servizi e ancora di annunci immobiliari.

Le discriminazioni fondate sul sesso godono invece di una protezione meno ampia, in particolare sono vietate nel contesto del lavoro e della sicurezza sociale³¹, più limitata rispetto al sistema generale del *welfare*³². Pertanto, fatte salve le giustificazioni

²⁸ Secondo la quale il Consiglio delibera all'unanimità, previa approvazione del Parlamento europeo.

²⁹ Art. 3 della [direttiva 2000/43/CE](#) del Consiglio, del 29 giugno 2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica.

³⁰ Nel caso di discriminazioni indirette sono vietate solamente quelle che risultano ingiustificate, la direttiva 2000/43/CE precisa infatti, all'art. 4, come «la differenza di trattamento basata su una caratteristica correlata alla razza o all'origine etnica non costituisca discriminazione laddove, per la natura di un'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, tale caratteristica costituisca un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, purché l'obiettivo sia legittimo e il requisito proporzionato».

³¹ Art. 1 della [direttiva 2006/54/CE](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2006, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (rifusione).

³² Il sistema generale del *welfare* comprende infatti anche la protezione sociale, l'assistenza sanitaria e l'istruzione. Sul punto si veda AGENZIA DELL'UE PER I DIRITTI FONDAMENTALI, *Manuale di diritto europeo della non discriminazione*, 2018, p. 22, reperibile [online](#).

specificamente previste³³, sono vietate discriminazioni fondate su tale motivo nell'esposizione di annunci di lavoro.

Per quanto riguarda beni e servizi rispetto al motivo in esame, va rilevato che sebbene la direttiva 2004/113/CE³⁴ vieti le discriminazioni ingiustificate³⁵ relativamente all'accesso a questi, la stessa normativa esclude espressamente il contenuto dei mezzi di comunicazione e il settore della pubblicità dal suo campo di applicazione³⁶. Il quadro regolatore dell'Unione europea vieta quindi qualsiasi forma di discriminazione di genere rispetto all'accesso a beni e servizi, ma consente di differenziare su tale base nell'esposizione di annunci pubblicitari relativi all'offerta di quegli stessi beni e servizi. Ciò risulta alquanto problematico se si considera che i mezzi di comunicazione e la pubblicità, oggi soprattutto *online*, altro non sono che strumenti per informare della disponibilità di beni e servizi, appare quindi quantomeno controverso cercare di garantire un accesso paritario escludendo dall'ambito di applicazione della normativa questi settori³⁷.

Da ultimo troviamo infine le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale, la disabilità, la religione o convinzione personale e l'età, tutelate solamente nell'ambito del lavoro³⁸. Allo stato attuale quindi il diritto dell'Unione europea vieta una targhettizzazione pubblicitaria degli annunci di lavoro che discrimini sulla base di tali motivi, ma consente di pubblicizzare beni e servizi distinguendo gli utenti in base a queste caratteristiche.

Chiaramente gli Stati membri possono e talvolta accordano una più ampia protezione rispetto ai diversi motivi di discriminazione e in più settori, compreso quello dei media e della pubblicità³⁹. Questo comporta, tuttavia, che non vi sia uno standard di

³³ Le giustificazioni riguardano le forme di discriminazione indiretta, ossia quei casi in cui una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una situazione di particolare svantaggio le persone di un determinato sesso, rispetto a quelle dell'altro sesso, quando tale criterio o prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari. Si veda sul punto art. 2, della direttiva 2006/54/CE.

³⁴ [Direttiva 2004/113/CE](#) del Consiglio, del 13 dicembre 2004, che attua il principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura.

³⁵ Sul punto si veda il considerando 16 della direttiva 2004/113/CE che chiarisce come le differenze di trattamento possono essere accettate solo se giustificate quando necessarie e appropriate per perseguire finalità legittime, quali per esempio la protezione delle vittime di violenza a carattere sessuale, la promozione della parità dei sessi o degli interessi degli uomini o delle donne, la libertà d'associazione e l'organizzazione di attività sportive.

³⁶ Art. 3 della direttiva 2004/113/CE.

³⁷ S. WACHTER, *Affinity Profiling and Discrimination by Association in Online Behavioural Advertising*, in *Berkeley Technology Law Journal*, 2021, pp. 369-430; E. ELLIS, P. WATSON, *EU*, cit.; E. CARACCILO DI TORELLA, *The principle of gender equality, the goods and services directive and insurance: A conceptual analysis*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2006, pp. 339-350.

³⁸ [Direttiva 2000/78/CE](#) del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

³⁹ Per un'analisi della situazione negli Stati membri con riferimento al settore della pubblicità di

tutela uniforme in tutto il territorio dell'Unione che garantisca quindi il medesimo livello di protezione⁴⁰, aspetto piuttosto problematico se si considera il carattere transnazionale della realtà *online*, dove si sviluppano le pratiche di pubblicità comportamentale.

5. Proxy discrimination e discriminazione per associazione.

Alla luce della ricostruzione del quadro di tutela offerto dal diritto della non discriminazione dell'Unione europea, è interessante capire come tale sistema si coniughi nel contesto della pubblicità comportamentale *online*.

Questa forma di pubblicità mirata non pare, ad una prima analisi, differenziare gli utenti sulla base di quelle caratteristiche personali attorno alle quali il diritto dell'Unione europea, così come i sistemi di tutela degli Stati membri, hanno definito quali differenze di trattamento integrano una discriminazione vietata, come per esempio etnia, genere o età.

Come chiarito infatti, gli operatori pubblicitari che sfruttano le tecniche di pubblicità comportamentale *online* profilano e classificano gli utenti in base ai loro comportamenti in rete, analizzando varie azioni in un arco temporale sui diversi siti *web* frequentati.

Nell'ambito del richiamato processo di datificazione della società, in cui molte attività umane sono migrate dal mondo analogico al mondo digitale e possono essere quindi registrate in modo sistematico e su larga scala, va evidenziato che numerose ricerche hanno dimostrato come tante delle caratteristiche personali, anche sensibili⁴¹, possono essere tratte, con un discreto grado di accuratezza, dall'analisi dei dati che registrano i diversi comportamenti degli utenti in rete⁴². L'età, il genere, la professione ma anche l'etnia, l'orientamento sessuale, il grado d'istruzione e la personalità, possono essere dedotti dalle attività di navigazione sui *browser* o sui *social network*⁴³.

beni e servizi si veda S. BURRI, A. MCCOLGAN, *Sex Discrimination in the Access to and Supply of Goods and Services and the Transposition of Directive 2004/113/EC*, European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality, 2009, reperibile [online](#).

⁴⁰ Per una panoramica sui diversi standard negli Stati membri dell'Unione si veda I. CHOPIN, C. GERMAINE, *A comparative analysis of non-discrimination law in Europe 2021*, reperibile [online](#).

⁴¹ Con tale aggettivo intendendosi quelle che il regolamento (UE) 2016/679 denomina, all'art. 9, categorie particolari di dati, le quali rivelano, tra l'altro, l'origine razziale o l'etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale.

⁴² Cfr. C. BURR, N. CRISTIANINI, J. LADYMAN, *An Analysis of the Interaction Between Intelligent Software Agents and Human Users*, in *Minds & Machines*, 2018, pp. 735-774 e M. KOSINSKI, D. STILLWELL, T. GRAEPEL, *Private Traits and Attributes Are Predictable From Digital Records of Human Behavior*, in *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 2013, pp. 5802-5805.

⁴³ Sul tema si richiamano, *ex multis*, C.F. KURZ, A.N. KÖNIG, *Predicting Time Preference from Social Media Behavior*, in *Future Generation Computer Systems*, 2022, pp. 155-163; E. FOSCH-VILLARONGA, A. POULSEN, R.A. SØRAA, B.H.M. CUSTERS, *A Little Bird Told Me Your Gender: Gender*

Speicher e altri, per esempio, hanno chiaramente evidenziato come, utilizzando gli strumenti di targhettizzazione della piattaforma Facebook, sia possibile distribuire annunci con modalità fortemente discriminatorie, senza utilizzare direttamente le caratteristiche protette degli utenti⁴⁴.

Questa possibilità ha aperto il campo per quello che è stato definito *affinity profiling*, ossia la targhettizzazione di gruppi di utenti che non sono definiti utilizzando direttamente una caratteristica protetta, ma che tuttavia mostrano una più o meno ampia affinità con il gruppo così definito⁴⁵.

Ciò significa, in altre parole, che le tracce del comportamento degli utenti *online*, dalle quali vengono dedotti i loro interessi, possono essere utilizzate come *proxy*, ossia come indicatori sostitutivi, per colpire o escludere un determinata categoria protetta di soggetti.

La richiamata correlazione presente tra comportamenti *online* e caratteristiche personali degli individui tradizionalmente protette dal diritto antidiscriminatorio apre pertanto le porte per quel fenomeno denominato *proxy discrimination*⁴⁶, ossia quelle forme di discriminazioni che, utilizzando una variabile apparentemente neutra o una combinazione di variabili come indicatori sostitutivi, colpiscono direttamente o indirettamente un gruppo di individui collegato o affine ad una particolare caratteristica protetta.

Inferences in Social Media, in *Information Processing & Management*, 2021, articolo 102541; S. GOEL, J. HOFMAN, M. SIRER, *Who Does What on the Web: A Large-Scale Study of Browsing Behavior*, in *Proceedings of the International AAAI Conference on Web and Social Media*, 2021, pp. 130-137; J. C. EICHSTAEDT, R.J. SMITH, R.M. MERCHANT, L.H. UNGARA, P. CRUTCHLEY, D. PREOTIUC-PIETROA, D.A. ASCHB, H. A. SCHWARTZ, *Facebook Language Predicts Depression In Medical Records*, in *Psychological and Cognitive Sciences*, 2018, pp. 11203-11208; W. YOUYOUA, M. KOSINSKIB, D. STILLWELL, *Computer-Based Personality Judgments are more Accurate than Those Made by Humans*, in *Psychological and Cognitive Sciences*, 2015, pp. 1036-1040; J. GOLBECK, C. ROBLES, K. TURNER, *Predicting Personality with Social Media*, in *Computing Systems*, 2011, pp. 253-262; C. JERNIGAN, B.F. MISTREE, *Gaydar: Facebook Friendships Expose Sexual Orientation*, in *First Monday*, 2009, reperibile [online](#); J. HU, H.-J. ZENG, H. LI, C. NIU, Z. CHEN, *Demographic Prediction Based on User's Browsing Behavior*, in *Proceedings of the 16th International Conference on World Wide Web*, 2007, pp. 151-160.

⁴⁴ T. SPEICHER, M. ALI, G. VENKATADRI, F.N. RIBEIRO, G. ARVANITAKIS, F. BENEVENUTO, K.P. GUMMADI, P. LOISEAU, A. MISLOVE, *Potential for Discrimination in Online Targeted Advertising*, in *Proceedings of the 1st Conference on Fairness, Accountability and Transparency*, 2018, pp. 1-15.

⁴⁵ S. WACHTER, *Affinity*, cit., p. 380.

⁴⁶ *Ibidem*. Cfr. C. NARDOCCI, *Intelligenza artificiale e discriminazioni*, in *Gruppo di Pisa. Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia costituzionale*, 2021, pp. 9-60; D. SCHWARCZ, *Health-Based Proxy Discrimination, Artificial Intelligence, and Big Data*, in *Journal of Contemporary Health Law and Policy*, 2021, pp. 97-124; S. TOMMASI, *Algoritmi e nuove forme di discriminazione: uno sguardo al diritto europeo*, in *Revista de Direito Brasileira*, 2021, pp. 112-129; A.E.R. PRINCE, D. SCHWARCZ, *Proxy Discrimination in the Age of Artificial Intelligence and Big Data*, in *Iowa Law Review*, 2020, pp. 1257-1318.

Tali forme di discriminazione non sono estranee al mondo analogico⁴⁷, tuttavia, nel mondo digitale il fenomeno assume una portata prima inimmaginabile. L'ingente disponibilità di dati e le potenzialità dei sistemi algoritmici che alimentano i circuiti pubblicitari *online* offrono la possibilità di disporre di una serie numericamente impressionante di *proxy*, aumentando così, in maniera esponenziale, la possibilità di targhetizzare o escludere gruppi correlati a caratteristiche protette, composti sia dagli utenti che possiedono effettivamente una determinata caratteristica protetta, sia da quelli che, pur non possedendola, siano per il tramite di questi indicatori sostitutivi erroneamente ad essa associati.

Nonostante la Corte di giustizia non si sia ancora pronunciata con specifico riferimento a discriminazioni nel campo della pubblicità *online*, è possibile rinvenire nella sua giurisprudenza interessanti strumenti che possono risultare utili per affrontare le sfide connesse a tale particolare manifestazione di trattamenti discriminatori.

Invero, la Corte ha delineato, seppur senza così denominarla, la nozione di discriminazione per associazione, fornendo un'interpretazione estensiva dei motivi che formano oggetto dei divieti di discriminazione. In *Coleman*⁴⁸ per esempio una madre sosteneva di aver subito un trattamento discriminatorio sul posto di lavoro in ragione del fatto che il figlio fosse disabile. I giudici di Lussemburgo hanno rilevato che la tutela offerta dalla normativa dell'Unione rispetto al motivo della disabilità non andava riferita esclusivamente al figlio, ma poteva essere estesa anche alla madre poiché il trattamento discriminatorio da essa subito era stato comunque posto in essere in ragione di quella disabilità.

Successivamente, in *CHEZ*⁴⁹, la Corte di giustizia ha riproposto tale schema interpretativo in un caso in cui un'azienda distributrice di elettricità proponeva un servizio meno favorevole, sotto taluni profili, in un'area geografica caratterizzata prevalentemente da residenti di origine rom⁵⁰. La ricorrente, tuttavia, che lamentava di essere vittima di un trattamento discriminatorio, pur abitando in quel quartiere non

⁴⁷ Sul tema L. ALEXANDER, K. COLE, *Discrimination by Proxy*, in *Constitutional Commentary*, 1997, pp. 453-463. Si veda per esempio Corte di giustizia, sentenza dell'8 novembre 1990, [causa C-177/88, Dekker](#), EU:C:1990:383 dove una differenza di trattamento basata sulla gravidanza è stata ritenuta una discriminazione diretta fondata sul sesso. Sul punto si richiamano J. GERARDS, R. XENIDIS, *Algorithmic Discrimination in Europe: Challenges and Opportunities for Gender Equality and Non-Discrimination Law*, 2021, reperibile [online](#) e R. XENIDIS, *Tuning EU Equality Law to Algorithmic Discrimination: Three Pathways to Resilience*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2020, pp. 736-758.

⁴⁸ Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 17 luglio 2008, [causa C-303/06, Coleman](#), EU:C:2008:415.

⁴⁹ Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 16 luglio 2015, [causa C-83/14, CHEZ](#), EU:C:2015:480.

⁵⁰ Si trattava in particolare della circostanza per cui, in quel quartiere, i contatori venivano installati su pali ad un'altezza tale da rendere impossibile controllare il consumo di energia elettrica, diversamente da quanto accadeva negli altri quartieri di quell'area urbana.

apparteneva a quella minoranza etnica. La Corte ha nuovamente interpretato in modo estensivo la nozione di discriminazione, in questo caso fondata sull'origine etnica, stabilendo come questa si applicasse a chiunque avesse risentito allo stesso modo della misura discriminatoria basata su quel motivo, anche se non appartenente all'etnia interessata⁵¹. In altre parole, la Corte ha constatato come, tramite l'indicatore della residenza, si fosse identificato un gruppo che era correlato alla caratteristica protetta dell'origine etnica, seppur composto anche da persone non contraddistinte da tale caratteristica.

L'offerta di un servizio integrante un trattamento sfavorevole avrebbe potuto configurare, secondo le considerazioni della Corte, una discriminazione diretta o indiretta. Tale valutazione spettava al giudice nazionale che avrebbe dovuto verificare nel primo caso che la selezione di quell'area geografica era stata effettuata proprio in ragione dell'origine etnica della maggioranza dei residenti, mentre nel secondo caso che la suddetta scelta era basata su altri fattori⁵², pur colpendo in maniera significativamente più sfavorevole quella minoranza etnica⁵³.

In sostanza, la Corte ha precisato, sia con riferimento alle forme di discriminazione diretta che indiretta, che il diritto antidiscriminatorio dell'Unione non protegge solo le persone che possiedono una determinata caratteristica protetta ma anche coloro che, pur non possedendo tale specifica caratteristica, sono associati al gruppo che la possiede e che per tale motivo soffrono le conseguenze negative subite da quel gruppo.

La nozione di discriminazione per associazione può quindi giocare un ruolo chiave rispetto alle forme discriminatorie che si concretizzano tramite i circuiti algoritmici della pubblicità *online*, offrendo la possibilità di tutelare un intero gruppo di utenti individuato tramite un *proxy* e correlato ad una caratteristica protetta.

Non è ancora chiaro però, vista la scarsa giurisprudenza sul tema, quali *proxy* possano essere presi in considerazione, né quale sia il livello di correlazione necessario affinché tali indicatori si possano ricollegare ad una caratteristica protetta. Nel caso *Jyske Finans*⁵⁴, per esempio, il paese di nascita non è stato riconosciuto quale possibile indicatore sostitutivo dell'origine etnica. La Corte ha infatti evidenziato come questo non potesse «di per sé solo, giustificare una presunzione generale di appartenenza ad un determinato gruppo etnico, tale da dimostrare l'esistenza di un legame diretto o indissolubile tra tali due nozioni»⁵⁵.

⁵¹ Sentenza *CHEZ*, cit., punto 60.

⁵² Quali ad esempio l'elevato numero di danneggiamenti ai contatori.

⁵³ Sentenza *CHEZ*, cit., punto 91 e ss. Su tale aspetto si veda C. MCCRUDDEN, *The New Architecture of EU Equality Law After CHEZ: Did the Court of Justice Reconceptualise Direct and Indirect Discrimination?*, in *European Equality Law Review*, 2016, pp.1-10.

⁵⁴ Corte di giustizia, sentenza del 6 aprile 2018, [causa C-668/15](#), *Jyske Finans*, EU:C:2017:278.

⁵⁵ Sentenza *Jyske Finans*, cit., punto 20. Sul tema si richiama J. GERARDS, R. XENIDIS, *Algorithmic*, cit. e R. XENIDIS, *Tuning*, cit.

Chiaramente il delineato strumento potrà essere sfruttato, nel settore della pubblicità e con specifico riferimento ai profili discriminatori della pubblicità comportamentale *online*, solamente rispetto a quei motivi che trovano oggi tutela nell'ambito del diritto antidiscriminatorio dell'Unione europea, ricostruito nel paragrafo precedente, lasciando invece gli utenti privi di protezione negli ambiti e con riferimento ai motivi che ancora non trovano protezione nel quadro legislativo dell'Unione.

6. La portata dell'efficacia diretta del principio di non discriminazione.

Sebbene, come evidenziato, il *corpus* normativo dell'Unione in materia di non discriminazione presenti (ancora) diverse carenze, è interessante domandarsi se tali lacune non possano essere colmate grazie al riconoscimento dell'effetto diretto del principio generale di non discriminazione e dei divieti sanciti dall'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Come noto, l'effetto diretto consiste nell'idoneità di una norma sovranazionale ad essere invocata dai singoli dinnanzi ai giudici interni agli Stati membri, qualora questa possieda determinate caratteristiche⁵⁶. Deve trattarsi infatti, come affermato sin dalla celeberrima sentenza *Van Gend en Loos*⁵⁷, a partire dalla quale è stata enucleata la dottrina dell'effetto diretto, di una disposizione chiara, precisa e incondizionata.

Ai fini del presente lavoro, che discute i possibili esiti discriminatori nel contesto della pubblicità *online*, e quindi nell'ambito di rapporti tra privati, pare opportuno richiamare che, a partire dalla controversa sentenza *Mangold*⁵⁸, è stato riconosciuto l'effetto diretto orizzontale del principio generale di non discriminazione, in particolare in quella sede per ragioni di età, quale declinazione del principio di uguaglianza⁵⁹. Tale

⁵⁶ Sul tema si richiamano, *ex multis*, D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali*, Milano, 2018; J.M. PRINSEN, A. SCHRAUWEN (edited by), *Direct Effect: Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*, Groningen, 2002; P. PESCATORE, *The Doctrine of "Direct Effect": An Infant Disease of Community Law*, in *European Law Review*, 1983, pp. 155-177.

⁵⁷ Corte di giustizia, sentenza del 5 febbraio 1963, [causa 26-62](#), *Van Gend en Loos*, EU:C:1963:1. Cfr. C. BERNARD, *Van Gend en Loos to(t) the future*, in A. TIZZANO, J.KOKOTT, S. PRECHAL (comité organisateur), *50ème anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos:1963-2013: actes de colloque*, Luxembourg, 13 mai 2013, 2013, pp. 117-122 e P. PESCATORE, *Van gend en loos, 5 february 1963 – A View from Within*, in M. POIARES MADURO, L. AZOULAI (edited by), *The Past and Future of EU Law – The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford, 2010, pp. 3-8.

⁵⁸ Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 22 novembre 2004, [causa C-144/04](#), *Mangold*, EU:C:2005:709.

⁵⁹ Sul tema si vedano L. PINESCHI (edited by), *General Principles of Law – The Role of the Judiciary*, Heidelberg, 2015; D. DITTER, *Droits fondamentaux européens: vers un effet direct horizontal généralisé?*, in *Revue des affaires européennes*, 2014, pp. 177-182; E. SPAVENTA, *The Horizontal Application of Fundamental Rights as General Principles of Union Law*, in A. ARNULL, C. BARNARD, M. DOUGAN, E. SPAVENTA (edited by), *A Constitutional Order of States: Essays in Honour of Alan Dashwood*, Oxford, 2011, pp. 199-218 e P. CABRAL, R. NEVES, *General Principles of EU Law and Horizontal Direct Effect*, in *European Public Law*, 2011, pp. 437-451.

principio, enucleato nella giurisprudenza della Corte di giustizia, ha poi trovato codificazione nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che sancisce, all'art. 21, un divieto di tutte le forme di discriminazione fondate su un elenco non tassativo di motivi.

Invero, anche tale norma si è vista riconosciuta la capacità di produrre un effetto diretto nella sentenza *Egenberger*⁶⁰, dove la Corte ha chiarito che il divieto di ogni discriminazione, basata sulla religione o le convinzioni personali, sancito dall'art. 21 della Carta, il quale «riveste carattere imperativo in quanto principio generale del diritto dell'Unione [...] è di per sé sufficiente a conferire ai singoli un diritto invocabile in quanto tale nell'ambito di una controversia che li vede opposti in un settore disciplinato dal diritto dell'Unione»⁶¹.

La portata del principio generale di non discriminazione parrebbe dunque poter sopperire alle evidenziate lacune del *corpus* normativo del diritto antidiscriminatorio dell'Unione. Va tuttavia chiarito in quale ambito l'effetto diretto di tale principio e dei divieti elencanti nella Carta possa esplicarsi. Già prima della redazione di quest'ultima, la Corte di giustizia aveva infatti affermato in numerose occasioni che i principi generali relativi alla protezione dei diritti fondamentali non vincolavano gli Stati al di fuori dell'ambito di applicazione del diritto comunitario⁶².

Ciò significa, come sostenuto in dottrina, che «i diritti fondamentali dell'Unione non creano il proprio ambito applicativo a livello nazionale in modo autonomo, ma operano sole nelle situazioni in cui è concretamente applicabile un'altra regola di diritto dell'Unione, primario o derivato»⁶³. Ne consegue che la mera sussistenza di un principio di non discriminazione non può essere utile all'utente vittima di un trattamento pubblicitario discriminatorio in una situazione che non presenti un collegamento giuridico idoneo con una differente regola di diritto dell'Unione.

L'art. 51 della Carta, abbracciando la posizione già esplicitata dalla Corte, ha in seguito definito che le disposizioni di questa si applicano «alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà», oltre che «agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione».

Sebbene la Corte di giustizia, negli anni immediatamente successivi all'attribuzione del rango primario alla Carta, abbia evitato di esprimersi in modo netto

⁶⁰ Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 17 aprile 2018, [causa C-414/16](#), *Egenberger*, EU:C:2018:257.

⁶¹ Sentenza *Egenberger*, cit. punto 76.

⁶² Si vedano, a titolo di esempio, Corte di giustizia, sentenza del 22 ottobre 2002, [causa C-94/00](#), *Roquette Frères*, EU:C:2002:603, punto 25; Corte di giustizia, sentenza del 29 maggio 1997, [C-299/95](#), *Kremzow*, EU:C:1997:254, punto 15 e Corte di giustizia, sentenza del 4 ottobre 1991, [causa C-159/90](#), *Society for the Protection of Unborn Children Ireland*, EU:C:1991:378, punto 31.

⁶³ N. LAZZERINI, *La carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. I limiti di applicazione*, Milano, 2018, p. 187.

sul significato delle richiamate espressioni dell'art. 51, la stessa ha successivamente chiarito che vi era continuità tra quest'ultime e la propria giurisprudenza sui principi generali⁶⁴. Con la sentenza *Åkerberg Fransson*⁶⁵ ha infatti esplicitato che l'art. confermava la giurisprudenza della Corte «relativa alla misura in cui l'operato degli Stati membri deve conformarsi alle prescrizioni derivanti dai diritti fondamentali garantiti nell'ordinamento giuridico dell'Unione»⁶⁶, chiarendo come questi debbano essere applicati in tutte le situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione, ma non al di fuori di esse.

Pare dunque che l'efficacia diretta del principio generale di non discriminazione e dei divieti sanciti dall'art. 21 della Carta possa risultare utile all'utente vittima di un trattamento pubblicitario discriminatorio solamente nella misura in cui tale trattamento abbia luogo in un contesto disciplinato da una normativa dell'Unione. Benché non possa negarsi quindi che tale diretta efficacia sia in grado, in talune situazioni, di sopperire alle lacune del *corpus* normativo dell'Unione europea, che di fatto concretizza il principio generale di non discriminazione⁶⁷, è comunque auspicabile, per garantire agli individui un'adeguata tutela dai possibili trattamenti discriminatori, delineare quanto prima, anche nel contesto della pubblicità *online*, un quadro normativo maggiormente esaustivo.

7. Discriminazione e trasparenza algoritmica: le prospettive contenute nel *Digital Services Act*.

Oltre le carenze che caratterizzano attualmente il sistema di tutela dell'Unione europea nel campo della pubblicità, in particolare rispetto ad alcuni dei motivi di discriminazione quali sesso, orientamento sessuale, disabilità, religione ed età, va rilevato che, affinché questo sistema possa essere effettivo anche nel mondo digitale e con riferimento alla pubblicità comportamentale *online*, è necessario che sia praticamente e tecnicamente possibile poter fornire prova dell'avvenuto trattamento discriminatorio.

Le questioni procedurali in materia di non discriminazione non sono infatti secondarie, poiché le difficoltà pratiche nel dimostrare che una differenza di trattamento si basa su uno dei motivi oggetto dei divieti di discriminazione possono neutralizzare quasi totalmente l'efficacia del sistema di tutela. Invero, generalmente le discriminazioni non si manifestano in modo chiaro e palese e non sono pertanto

⁶⁴ *Ivi*, p. 200 ss.

⁶⁵ Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 26 febbraio 2013, [causa C-617/10](#), *Åkerberg Fransson*, EU:C:2013:105.

⁶⁶ Sentenza *Åkerberg Fransson*, cit., punto 18.

⁶⁷ In questo senso Sentenza *Egenberger*, cit. punto 47.

facilmente ravvisabili. Per tale motivo il legislatore dell'Unione europea ha deciso, nel delineare la normativa europea della non discriminazione, di ripartire l'onere della prova distaccandosi dalle regole generali in materia. La vittima che intenda ricorrere in giudizio dovrà fornire elementi idonei a far intuire l'esistenza di una discriminazione *prima facie*, ossia elementi di fatto in base ai quali si possa presumere che vi sia stato un trattamento discriminatorio diretto o indiretto⁶⁸. Quando il ricorrente fornisce tali elementi, che possono essere desunti anche da dati di carattere statistico⁶⁹, spetta al convenuto dimostrare che la differenza di trattamento non è discriminatoria o che, sebbene la disparità riguardi un motivo vietato, sussista una giustificazione obiettiva e ragionevole.

Nel contesto della pubblicità comportamentale *online* occorrerà quindi poter fornire elementi idonei a dimostrare, *prima facie*, che una prassi pubblicitaria comporti che un gruppo di utenti, anche definito sulla base di un *proxy*, subisca un trattamento sfavorevole rispetto ad altri utenti in situazioni analoghe, per esempio venendo escluso dalla possibilità di visualizzare annunci con offerte lavorative⁷⁰.

Nella realtà delle piattaforme digitali, tuttavia, fornire i suddetti elementi è pressoché impossibile poiché gli utenti non hanno strumenti per comprendere le modalità di indirizzo degli annunci, non possono avere percezione dei criteri di targhettizzazione e non dispongono di dati statistici circa i gruppi di utenti raggiunti o esclusi da un determinato annuncio pubblicitario. In sostanza manca totalmente la trasparenza algoritmica dei sistemi che regolano la pubblicità sulle piattaforme, ossia chiarezza riguardo a come vengono identificate le varie categorie di interessi e i segmenti di utenti a cui sono offerti trattamenti pubblicitari differenziati.

Proprio in questo senso vi è però un'importante prospettiva di riforma che è rappresentata dal *Digital Services Act*⁷¹, una delle proposte presentate nel dicembre del

⁶⁸ Si vedano in proposito art. 8 della direttiva 2000/43/CE; art. 10 della direttiva 2000/78/CE; art. 9 della direttiva 2004/113/CE e art. 19 della direttiva 2006/54/CE.

⁶⁹ Sul punto, a titolo esemplificativo, si veda il considerando 15 della direttiva 2000/43/CE.

⁷⁰ Qualora poi la ragione di questo trattamento sfavorevole vada ravvisata nella particolare caratteristica che caratterizza il gruppo, la quale rientra fra i motivi oggetto di protezione, si tratterà di discriminazione diretta. Se, per contro, si tratterà di una prassi neutra basata su altri fattori che pur colpisce in modo significativamente più sfavorevole un gruppo definito o considerato affine ad uno dei motivi oggetto dei divieti di discriminazione, sarà integrata una forma di discriminazione indiretta.

⁷¹ Per un'analisi completa della proposta si veda G. CAGGIANO, *La proposta di Digital Service Act per la regolazione dei servizi e delle piattaforme online nel diritto dell'Unione europea*, in *I Post di AISDUE, Focus "Servizi e piattaforme digitali*, 2021, pp. 1-29, reperibile [online](#). Cfr. G. CAGGIANO, G. CONTALDI, P. MANZINI (a cura di), *Verso una legislazione europea su mercati e servizi digitali*, Bari, 2022; G. CAGGIANO, *Il contrasto alla disinformazione tra nuovi obblighi delle piattaforme online e tutela dei diritti fondamentali nel quadro del Digital Service Act e della co-regolamentazione*, in *Papers di diritto europeo*, 2021 pp. 45-71, reperibile [online](#); ID, *Il quadro normativo del Mercato unico digitale*, in F. ROSSI DAL POZZO (a cura di), *Mercato unico digitale, dati personali e diritti fondamentali*, in *Eurojus.it*, 2020, pp. 13-46; G.M. RUOTOLO, *Le proposte di disciplina di Digital Services e Digital Markets della Commissione del 15 dicembre*, in *DPCE Online*, 2021, pp. 5419-5421, reperibile [online](#).

2020 dalla Commissione europea nell'ambito di un pacchetto relativo a servizi e piattaforme digitali⁷².

La proposta riconosce come la pubblicità *online* svolga un ruolo importante nell'ambiente digitale e come sia legata a rischi significativi, tra cui rileva anche la visualizzazione discriminatoria di pubblicità, la quale comporta ripercussioni sulla parità di trattamento e di opportunità per i cittadini⁷³.

Tra le varie novità pertanto, la proposta mira ad introdurre obblighi di trasparenza specifici per la pubblicità *online*; in particolare è previsto che le piattaforme rendano gli utenti dei loro servizi in grado di identificare la natura pubblicitaria dell'informazione, l'inserzionista per conto del quale viene visualizzata la pubblicità e soprattutto che forniscano informazioni rilevanti sui principali parametri utilizzati per determinare i destinatari ai quale vengono mostrati gli annunci pubblicitari⁷⁴.

Inoltre, con riferimento alle piattaforme molto grandi⁷⁵, la proposta prevede l'obbligo di compilare e rendere pubblico un archivio in cui vengano conservati, oltre al contenuto dell'annuncio e l'indicazione dell'inserzionista, il periodo in cui è stato mostrato e i parametri utilizzati per individuare le specifiche categorie di utenti ai quali l'annuncio è stato destinato, oltre al numero totale dei riceventi e ai totali aggregati del gruppo o dei gruppi specificamente targhettizzati⁷⁶.

Si tratta di un importante sviluppo nel campo della pubblicità *online* fondamentale per poter conoscere e affrontare le criticità discriminatorie che, come si è cercato di far emergere, insidiano questo settore. Gli obblighi che questa proposta introdurrà, se approvata, consentiranno infatti all'utente non solo di avere informazioni fondamentali relative agli annunci pubblicitari che visualizza e alle pratiche di profilazione e targhettizzazione, ma renderanno meno opaco l'intero funzionamento dell'ecosistema pubblicitario, seppur solo delle piattaforme molto grandi, rendendo sostanzialmente

⁷² Il pacchetto comprende inoltre la Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (legge sui mercati digitali), [COM\(2020\) 842 final](#) del 15 dicembre 2020 e la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla governance europea dei dati (Atto sulla governance dei dati), [COM\(2020\) 767 final](#) del 25 novembre 2020. Cfr. G. BRUZZONE, *Verso il Digital Markets Act: obiettivi, strumenti e architettura istituzionale*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 2021, pp. 323-340; F. CALOPRISCO, *Data Governance Act. Condivisione e "altruismo" dei dati*, in *I Post di AISDUE, Focus "Servizi e piattaforme digitali"*, 2021, pp. 58-75, reperibile [online](#); G. CONTALDI, *La proposta della Commissione europea di adozione del Digital Markets Act*, in *Papers di diritto europeo*, 2021, pp. 1-21, reperibile [online](#); P. MANZINI, *Equità e contendibilità nei mercati digitali: la proposta di Digital Market Act*, in *I Post AISDUE, Focus "Servizi e Piattaforme digitali"*, 2021, pp. 30-56, reperibile [online](#).

⁷³ Considerando 52 della proposta di regolamento, COM(2020) 842 final.

⁷⁴ Art. 24 della proposta di regolamento, COM(2020) 842 final.

⁷⁵ Le piattaforme *online* che prestano i loro servizi ad un numero medio mensile di destinatari attivi del servizio nell'Unione pari o superiore a 45 milioni. Art. 25 della proposta di regolamento, COM(2020) 842 final.

⁷⁶ Art. 30 della proposta di regolamento, COM(2020) 842 final.

possibile verificare con sistematicità eventuali esiti discriminatori e di conseguenza sviluppare esempi di buone pratiche per prevenirli.

8. Considerazioni conclusive.

Le prospettive offerte dal *Digital Services Act* appaiono certamente incoraggianti lungo il percorso di comprensione e contrasto dei fenomeni discriminatori nel settore della pubblicità *online*, rimasti a lungo nascosti nelle complessità tecniche e nell'opacità dei sistemi algoritmici che lo governano.

D'altra parte permangono le debolezze del sistema di tutela della non discriminazione dell'Unione europea che, come descritto, ha una portata variabile rispetto ai diversi motivi di discriminazione nei diversi settori e soprattutto offre una tutela molto limitata nell'ambito della pubblicità. In particolare risulta ancora oggi possibile discriminare nell'esposizione di annunci pubblicitari relativi a beni e servizi rispetto a motivi quali il sesso, l'orientamento sessuale, la disabilità, la religione o convinzione personale e l'età.

A fianco degli obblighi di trasparenza algoritmica, sarebbe certamente auspicabile anche uno sviluppo di questo sistema, in modo tale da garantire (almeno) la parità di trattamento nella visualizzazione di annunci riguardanti l'offerta di beni e servizi, anche *online*, per tutti i motivi indicati dall'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Ampliare il novero delle forme discriminatorie di targhettizzazione pubblicitaria vietate consentirebbe di assicurare un accesso più equo e paritario, per tutti i gruppi sociali, alle offerte della realtà digitale, evitando che i meccanismi pubblicitari in rete diventino uno strumento per rafforzare nocivi pregiudizi e inasprire le disuguaglianze sociali.

Va ricordato tuttavia che si tratta di un passo non facile da compiere tenuto conto che, come richiamato, la base giuridica prevista nei Trattati impone di dover raggiungere, in sede di Consiglio, l'unanimità⁷⁷. Non è un caso che la proposta legislativa per estendere all'accesso ai beni e ai servizi la tutela contro le discriminazioni basate sull'orientamento sessuale, le convinzioni religiose, la disabilità e l'età, che attualmente configurano motivi di discriminazione oggetto di protezione soltanto in campo lavorativo, da oltre dieci anni non trovi il consenso politico per giungere ad approvazione⁷⁸.

⁷⁷ Art. 19 TFUE.

⁷⁸ Proposta di direttiva del Consiglio recante applicazione del principio di parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale, [COM\(2008\) 426 final](#) del 2 luglio 2008.

Non è da escludere comunque che una maggiore trasparenza algoritmica dei meccanismi di pubblicità, anche comportamentale, *online* mostri la urgente necessità di ripensare e integrare il sistema di tutela del diritto a non essere discriminati in tale settore. Scopo ultimo del diritto della non discriminazione è infatti quello di garantire un accesso equo e paritario alle opportunità offerte dalla società, oggi sempre più virtuale. Nella bussola digitale dell'Unione europea⁷⁹ questo profilo non può essere dimenticato, il cammino intrapreso con il *Digital Services Act* sembra però orientato nella giusta direzione.

⁷⁹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Bussola per il digitale 2030: il modello europeo per il decennio digitale, [COM\(2021\) 118 final](#) del 9 marzo 2021.

ABSTRACT: La pubblicità comportamentale *online* è una particolare forma di pubblicità mirata che sfrutta le tecnologie di tracciamento e le potenzialità degli algoritmi per profilare gli utenti e massimizzare il livello di personalizzazione dell'offerta pubblicitaria in rete. Il contributo riflette sui profili discriminatori connessi a tale pratica ricostruendo il quadro di tutela offerto dal diritto dell'Unione europea e ricercando, nella giurisprudenza della Corte di giustizia, gli strumenti giuridici per contrastare una peculiare manifestazione di trattamenti discriminatori, denominata *proxy discrimination*. Particolarmente interessanti rispetto al tema esaminato risultano essere le prospettive contenute nel *Digital Services Act* che, garantendo una maggiore trasparenza algoritmica dei circuiti pubblicitari *online*, potrebbero consentire di identificare e prevenire prassi discriminatorie.

PAROLE CHIAVE: pubblicità comportamentale *online*; discriminazioni; algoritmi; *proxy discrimination*; proposta di legge servizi digitali.

Discrimination issues of online behavioural advertising: means and prospects of protection in European Union Law.

ABSTRACT: Online behavioural advertising is a particular form of targeted advertising that exploits tracking technologies and algorithms' potentialities to profile users and maximise the personalization level of advertisements. This paper reflects on discrimination issues related to such practise, outlining the protection framework offered by EU law and looking for legal means, in Court of Justice case law, to tackle a peculiar manifestation of discriminatory treatments, known as proxy discrimination. Prospects contained in the Digital Services Act appear to be particularly interesting with regard to this topic since, ensuring greater algorithmic transparency of online advertising networks, they could allow for identification and prevention of discriminatory practices

KEYWORDS: online behavioural advertising; discrimination; algorithms; proxy discrimination; Digital Services Act.