AIC
Associazione Italiana dei Costituzionalisti
Osservatorio costituzionale

OSSERVATORIO COSTITUZIONALE
Codice ISSN: 2283-7515
Fasc. 4/2024
Data: 6 agosto 2024

La presunzione di discriminazione e la violazione sostanziale dell'art. 14 CEDU in Corte EDU Wa Baile c. Svizzera[*]

di **Costanza Nardocci** – *Professoressa associata in Diritto costituzionale, Dipartimento di diritto pubblico italiano e sovranazionale, Università degli Studi di Milano*.

TITLE: The Presumption of Discrimination and the Substantial Violation of Article 14 ECHR in ECtHR's *Wa Baile v. Switzerland*

ABSTRACT: Il saggio approfondisce la recente pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo contro la Svizzera, *Wa Baile c. Svizzera* in tema di profilazione a sfondo etnico-razziale. L'analisi della sentenza si sofferma in modo particolare sulla principale novità della sentenza e, cioè, sull'accertamento della violazione dell'art. 14 CEDU non solo nella sua dimensione procedurale, bensì anche sostanziale. In definitiva, l'articolo si occupa di mettere in evidenza la portata della pronuncia nei suoi rapporti con i precedenti della Corte europea dei diritti dell'uomo e di analizzare criticamente e in prospettiva prognostica quale sarà l'impatto di Wa Baile sulla giurisprudenza convenzionale futura.

The Article examines the recent judgment held by the European Court of Human Rights on the racial profiling case *Wa Baile v. Switzerland*. The analysis hinges on the most prominent novelty of the judgement, in that the European Court of Human Rights found, for the very first time in its case-

[*] Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee guida della Rivista.

Contributo soggetto alla licenza "CC BY-NC-ND" Attribuzione – Non Commerciale – Non Opere Derivate 4.0 Internazionale; https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/.

law, a substantive violation of Article 14 ECHR without confining its scrutiny on the sole procedural dimension of the conventional provision. Eventually, the Article seeks to unravel the weight of the judgment at stake with respect to the precedents of the European Court of Human Rights on the same issue as long as its impact on the perspective case-law.

KEYWORDS: Razza; Profilazione; Discriminazione; Race; Profiling; Discrimination

SOMMARIO: 1. Osservazioni introduttive: il *racial profiling* tra Stati, Consiglio d'Europa e Nazioni Unite. 2. I fatti e la Corte: la condotta (finalmente) *sostanzialmente* discriminatoria. 2.1. Le doglianze e l'inconvenzionalità procedurale. 2.2. Oltre gli obblighi procedurali: la condanna della condotta sostanzialmente discriminatoria. 3. Un concetto "autonomo"? La lettura della nozione di "vittima". 4. Una novità o la svolta: la violazione, non più solo procedurale ma presuntiva, dell'art. 14 CEDU. 5. In definitiva: se la presunzione di discriminazione è già discriminazione, siamo ad un passo oltre l'atteso?

1. Osservazioni introduttive: il *racial profiling* tra Stati, Consiglio d'Europa e Nazioni Unite

La profilazione etnico-razziale (c.d. *racial profiling*) costituisce una delle forme più insidiose di discriminazione[1]. Spesso posta in essere dalla pubblica autorità, di difficile prova davanti alle Corti, domestiche e sovranazionali, oscurata da invocate – e, talvolta, ritenute prevalenti – esigenze di sicurezza e di sorveglianza pubblica.

Gli ultimi 3 anni hanno, però, dimostrato una sensibilità significativa dei giudici e delle Corti che, da più parti del mondo, hanno condannato la funzionalizzazione dell'ordine pubblico a meccanismo discriminatorio di controllo degli appartenenti a gruppi sociali minoritari.

[1] Per una definizione di *racial profiling*, su cui non esiste una definizione universalmente condivisa, si può fare riferimento alla proposta del Comitato ONU sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazioni razziali, di cui alla Raccomandazione Generale n. 36 del 2017, § 13. Interessante, anche perché non citata dalla Corte europea nella pronuncia, è la proposta definitoria della Commissione inter-americana dei diritti dell'uomo di cui al report, *The situation of people of African descent in the Americas*, 2011, § 143. In dottrina, O. DE SCHUTTER, J. RINGELHEIM, *Ethnic Profiling: A Rising Challenge for European Human Rights Law*, in *The Modern Law Review*, 2007, 358 e ss.; A. LÁSZLÓ PAP, *Ethno-Racial Profiling in Law Enforcement: Concepts and Recommendations*, in W. BENEDEK E ALTRI (a cura di), *European Yearbook on Human Rights*, European Academic Press, 2009.

A partire dai dati pubblicati dalla *Fundamental Rights Agency* nel 2021[2] sulle perquisizioni, sfociate (alcune) in molestie ed episodi di violenza, sino ai fermi e ai controlli ingiustificati effettuati dalle forze di polizia, i tempi più recenti registrano un incremento degli accertamenti di prassi discriminatorie da parte delle autorità di pubblica sicurezza, a cui tuttavia non si accompagna, almeno sino ad ora, una implementazione delle normative tesa ad un irrobustimento dello strumentario di tutele.

Sotto quest'ultimo aspetto, anzi, si è verificato l'opposto.

Due esempi per tutti. L'Unione Europea che, nel 2024, ha reintrodotto la legittimità dei controlli alle frontiere degli Stati membri[3], sfumando e rendendo recessivo uno dei pilastri del diritto euro-unitario, cioè, la libertà di circolazione, aumentando il rischio, denunciato, di forme di profilazione a base etnico-razziale ai confini. Gli Stati Uniti, dove emblematico è il caso dell'Arizona[4], che, sulla scia di una legge approvata dal Texas e peraltro attualmente al centro di una vicenda giudiziaria proprio per il suo carattere discriminatorio e ritenuto dal Governo federale in contrasto con la Costituzione, ha approvato una risoluzione che vorrebbe qualificare quale fattispecie avente rilevanza penale l'ingresso illegale entro i confini dello Stato.

Entrambe le vicende evidenziano una volontà legislativa che si muove in senso contrario rispetto ad una *ratio* di contenimento delle circostanze potenzialmente più favorevoli alla diffusione di prassi di profilazione razziale.

Approccio diverso, si diceva, quello delle Corti, anzitutto domestiche.

In Francia, il *Conseil d'Ètat* ha condannato la profilazione razziale[5]. La vicenda continua, però, a porsi al centro del dibattito a seguito del ricorso presentato da alcune organizzazioni non governative, che allo stato pende contro la Francia, dinanzi al CERD (*UN Committee on the*

---

[2] Il riferimento è ai reports: *Your Rights Matter: Police Stops* – link: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2021-fundamental-rights-survey-police-stops_en.pdf –, che si occupa del fenomeno della c.d. *police brutality* in Europa. Insieme ad altri due reports redatti sempre dalla FRA, *Being Black in the EU* e *Muslims in the EU*, fornisce alcuni dati interessanti e, in particolare, precisa che le minoranze etnico-razziali sono spesso esposte a episodi di molestie e di violenza da parte delle forze di polizia.

[3] Il riferimento è al Regolamento *recante modifica del regolamento (UE) 2016/399 che istituisce un codice dell'Unione relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone,* approvato in data 13.05.2024. Link: https://data.consilium.europa.eu/doc/document/PE-40-2024-INIT/it/pdf.

[4] Per un approfondimento: https://www.courthousenews.com/arizona-senate-advances-immigration-resolution-amid-racial-profiling-claims/.

[5] Più nel dettaglio, il *Conseil d'Etat* ha riconosciuto l'esistenza di un sistema discriminatorio di controlli di sicurezza da parte della polizia nel mese di ottobre 2023. Per un approfondimento, si rinvia al link: https://www.hrw.org/news/2023/10/12/france-council-state-admits-racial-profiling-orders-no-action.

Elimination of Racial Discrimination)[6], allo scopo di dimostrare la caratterizzazione sistemica della profilazione da parte delle forze di polizia ai danni di giovani uomini afroamericani o provenienti dai Paesi Arabi.

Analoga impostazione è stata condivisa dalla Corte d'Appello dell'Aja[7], che ha annullato una pronuncia del 2021, che elevava l'etnia a criterio legittimo per effettuare controlli da parte delle forze militari ai confini, escludendo che la razza potesse assurgere a fattore di selezione ai fini dell'ingresso nello Stato.

Al di fuori dell'Europa, altrettanto interessanti sono una decisione del Tribunale Municipale di Montréal, che sempre quest'anno ha sanzionato la polizia per *racial profiling* ai danni di avvocati afroamericani[8] ed un caso pendente in Giappone nel quale, per la prima volta, il fenomeno della profilazione razziale è stato portato davanti ad un'autorità giurisdizionale[9].

In questo quadro, composito e dinamico, si inserisce la pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo, *Wa Baile c. Svizzera*[10]. Si tratta di una sentenza importante, che sviluppa i portati della giurisprudenza della Corte in tema di discriminazione etnico-razziale e che non va circoscritta alla sola casistica sul *racial profiling*.

L'importanza si deve a riconoscimento, per la prima volta, della violazione dell'art. 14 CEDU anche nella sua dimensione sostanziale. La Corte europea si è, infatti, spinta sino ad accertare che già solo la presunzione dell'esistenza di una discriminazione a sfondo etnico-razziale sia da ritenere sufficiente per fondare la responsabilità dello Stato in ragione del movente razzista della condotta. Un movente, quello etnico-razziale, rispetto al quale la Corte si è sempre dimostrata restia a

[6] Per la notizia del ricorso e una sintesi dei suoi contenuti essenziali, si veda il link: https://www.hrw.org/news/2024/04/11/france-groups-seek-un-intervention-address-racial-profiling.

[7] La notizia, riportata a mezzo stampa, può essere consultata al seguente link: https://apnews.com/article/europe-race-and-ethnicity-racial-injustice-netherlands-the-hague-3829fddb5a9cf9ce855a9dc22d742341.

[8] Link: https://www.cbc.ca/amp/1.7227430.

[9] La notizia può essere letta al link: https://www.bbc.com/news/world-asia-68137532.amp.

[10] A prima lettura, si vedano, a commento della pronuncia, K. DE VRIES, *The ECtHR Advances the Battle against Racial Profiling in Wa Baile c. Suisse*, in *Verfassungsblog on matters constitutional*, consultabile al seguente link: https://verfassungsblog.de/profiling-in-wa-baile; N. DUBE, *Wa Baile v Switzerland: an implicit acknowledgment of racial profiling as structural discrimination*, in *Strasbourg Observer*, 2024.

La Corte europea non è nuova al tema della profilazione razziale. Tra i primi casi, merita richiamare Corte EDU, *Lingurar c. Romania*, [Quarta Sezione], n. 48474/14, 16.04.2019, che ha riguardato una serie di attività di polizia intraprese ai danni delle minoranze etniche rom e sinti, cfr. § 76. In senso analogo, sempre tra le prime, si veda, anche, Corte EDU, *Gillan e Quinton c. Regno Unito*, [Quarta Sezione], n. 4158/05, 12.01.2010, § 85. Più di recente, si vedano altri due casi su cui si tornerà: Corte EDU, *Muhammad c. Spagna*, [Terza Sezione], n. 34085/17, 6.05.2017; Corte EDU, *Basu c. Germania*, [Terza Sezione], n. 215/19, 18.10.2022.

pronunciarne la condanna, preferendovi opzioni più morbide che si arrestavano alla valenza procedurale della lesione del divieto di discriminazione.

Non è stato così in *Wa Baile c. Svizzera*.

Vale, allora, la pena comprendere che cosa è cambiato e quale il peso di questo cambio di passo sulla giurisprudenza convenzionale futura anche alla luce dell'altrettanto decisiva giurisprudenza dei *Treaty Bodies* delle Nazioni Unite, CERD e *Human Rights Committee* per primi.

2. I fatti e la Corte: la condotta (finalmente) sostanzialmente discriminatoria

"La discrimination raciale est une forme de discrimination particulièrement odieuse qui, compte tenu de la dangerosité de ses conséquences, exige une vigilance spéciale et une réaction vigoureuse de la part des autorités. Celles-ci doivent recourir à tous les moyens dont elles disposent pour combattre le racisme et renforcer ainsi la conception démocratique de la société, dans laquelle la diversité ne doit pas être perçue comme une menace, mais comme une richesse"[11].

Così, la Corte apre la motivazione sulla dedotta violazione dell'art. 14, letto in combinato disposto con l'art. 8 CEDU.

Affermazione ricorrente nella giurisprudenza convenzionale, ma che in *Wa Baile*, più che nei precedenti, assume un sapore del tutto particolare, spostandosi l'attenzione della Corte dalla sola dimensione procedurale per prendere, finalmente, "sul serio" quella sostanziale.

È *Wa Baile* che riempie di contenuto il divieto di discriminazione, affrancandolo dalla sua eterna solitudine[12], occupandosi partitamente dei corollari procedurale e sostanziale dell'art. 14 CEDU.

2.1. Le doglianze e l'inconvenzionalità procedurale

La condanna della Svizzera da parte della Corte europea non giunge inaspettata.

---

[11] § 90. Tale affermazione si rinviene, per le prime volte, in alcuni *landmark cases* della Corte europea dei diritti dell'uomo e, in particolare, si rinvia a Corte EDU, *Sejdić e Finci c. Bosnia e Herzegovina*, [GC], nn. 27996/06 e 34836/06, 22.12.2009, § 43; Corte EDU, *Timishev c. Russia*, [Seconda Sezione], nn. 55762/00, 55974/00, 13.03.2006, § 56.

[12] In tema, R. O'CONNELL, *Cinderella comes to the Ball: Article 14 and the right to non-discrimination in the ECHR*, in *Legal Studies*: *The Journal of the Society of Legal Scholars*, 2009, 211 e ss.

Almeno, non nuova è la natura discriminatoria che spesso ha accompagnato i controlli dei documenti di identità posti in essere dalle forze dell'ordine su cui, già qualche anno fa, il CERD aveva espresso le proprie preoccupazioni nel report sullo stato di attuazione della Convenzione ONU sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale da parte della Svizzera.

Non casualmente, la Corte fonda parte consistente del proprio *iter* argomentativo sui precedenti richiami del *Treaty Body* dell'ONU[13] e, quindi, sulla dimensione sistemica della profilazione razziale.

La vicenda all'origine di *Wa Baile* è semplice e complessa al tempo stesso.

Semplice nei propri elementi fattuali, trattando di un caso di fermo, con annessa perquisizione, a motivo di un controllo dei documenti di identità a cui viene sottoposto un cittadino svizzero appartenente ad una minoranza etnica mentre si trovava presso la stazione ferroviaria della città di Zurigo. Sino a qui, chiari appaiono i contorni entro cui avrebbe dovuto muoversi la Corte e, cioè, la convenzionalità, perché presuntivamente discriminatorio su base razziale, del fermo.

E, però, si diceva, *complessa*.

Complessa, poiché l'*iter* giudiziario domestico si è sviluppato lungo due giudizi eterogenei e con esiti diversificati: il primo, promosso dal ricorrente davanti al giudice penale al fine di accertare il movente razziale del controllo; il secondo, avviato in subordine e in ragione del rigetto del giudice penale, dinanzi al tribunale amministrativo allo scopo di ottenere la dichiarazione di illegittimità del controllo. Il ricorrente, precisa la Corte[14], è stato costretto ad adire il giudice amministrativo, il cui sindacato non ha, però, investito la natura discriminatoria del comportamento degli agenti di polizia.

Venendo alle doglianze, il ricorrente chiedeva, in primo luogo, alla Corte di esprimersi sulla non conformità all'art. 14, letto in combinato disposto con l'art. 8 CEDU[15], nella sua duplice valenza

[13] Il riferimento è, in particolare, all'attività del CERD (Committee on the elimination of all forms of racial discrimination). Sull'approccio delle Nazioni Unite alla discriminazione a sfondo etnico-razziale, si vedano K. BOYLE, A. BALDACCINI, *A critical evaluation of international human rights approaches to racism*, in S. FREDMAN (a cura di), *Discrimination and Human Rights. The case of racism*, Oxford University Press, Oxford, 2001, 135 e ss.; M. BANTON, *International Action against Racial Discrimination*, Clarendon Press, Oxford, 1996; P. THORNBERRY, *Confronting racial discrimination: a CERD perspective*, in *Human Rights Law Review*, 2005, 239 e ss.

[14] § 93.

[15] A voler essere precisi, la doglianza originariamente lamentata dal ricorrente investiva anche l'art. 6, § 1, della Convenzione, letto in combinato disposto con l'art. 14 CEDU. Tuttavia, la Corte, sulla scorta della propria giurisprudenza in tema di *racial profiling*, ha ridefinito il *thema decidendum*, circoscrivendo la "domanda" al solo art. 8, letto in combinato disposto con l'art. 14 CEDU, dichiarando, seppure implicitamente, assorbito l'art. 6, § 1, CEDU.

procedurale e sostanziale, del controllo disposto dalle forze dell'ordine, in ragione del suo movente razzista[16]. Sottolinea, a più riprese, il ricorrente che la sola ragione per la quale sarebbe stato soggetto al controllo sarebbe stato il suo colore della pelle, tanto che, si legge, un uomo caucasico, che si sarebbe trovato nelle vicinanze del ricorrente, non sarebbe stato soggetto ad analogo trattamento. Un piano esempio, quindi, di comparazione tra individui in situazioni sovrapponibili, in cui l'elemento di differenziazione – il colore della pelle[17] – avrebbe assunto, ad avviso del ricorrente, un ruolo decisivo giustificando l'*agere* discriminatorio delle forze di polizia: per il primo, affiliato per il colore della pelle ad una minoranza etnica, il controllo e la perquisizione; per il secondo, caucasico e identificabile per i propri tratti somatici con la "maggioranza", assenza di interventi limitativi della libertà personale.

In secondo luogo, e connessa alla prima doglianza, il ricorrente rilevava di non aver potuto beneficiare di un ricorso effettivo dinanzi alle Corti nazionali, ai sensi dell'art. 13 CEDU. Né il tribunale amministrativo, né il giudice penale si sarebbero occupati di verificare la sussistenza del movente etnico-razziale dietro la condotta degli agenti. La Corte sposa pacificamente la tesi del ricorrente all'esito dello scrutinio sulla lesione procedurale dell'art. 14, in combinato disposto con l'art. 8 CEDU. La condotta negligente dello Stato e reticente del giudice penale, inoltre, secondo la Corte, si traduce, a valle, anche nella violazione del diritto ad un ricorso effettivo *ex* art. 13 CEDU[18].

Sullo sfondo, si colloca la distinzione, di creazione pretoria, tra violazione procedurale e sostanziale del divieto convenzionale di discriminazione[19]. In risposta alle difficoltà, in punto di

---

[16] § 58.

[17] Sul collegamento tra colore della pelle, razza, etnia e fattore di discriminazione rilevante *ex* art. 14 CEDU, occorre rilevare che la norma convenzionale esplicitamente menziona il primo senza precisarne, poi, il legame tra questo e le seconde. Simile impostazione, che isola una caratteristica fenotipica osservabile come, appunto, il colore della pelle, quale manifestazione di appartenenza etnico-razziale, non è stata ripresa, ad esempio, dal diritto dell'Unione Europea nella Direttiva 2000/43. Sull'omissione esplicita di tale fattore, che più agevolmente consentirebbe l'accertamento della discriminazione etnico-razziale, si veda, con riferimento al diritto UE, E. ELLIS, P. WATSON, *EU Anti-Discrimination Law*, Oxford University Press, 2012, 31 e ss. Per una panoramica di come il diritto sovranazionale si rapporta, qualifica e classifica le nozioni di razza e di etnia, si consenta il rinvio a C. NARDOCCI, *Razza ed etnia. La discriminazione tra individuo e gruppo nella dimensione costituzionale e sovranazionale*, Editoriale scientifica, 2016.

[18] Su cui §§ 137 e ss.

[19] Per un approfondimento sullo scrutinio e procedurale, O.M. ARNARDÓTTIR, *The "procedural turn" under the European Convention on Human Rights and presumptions of Convention compliance*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2017, 9 e ss.; J. GERARDS, E. BREMS (a cura di), *Procedural Review by the ECtHR—A Typology, in Procedural Review in european fundamental rights cases*, Cambridge University Press, 2017, in particolare 127 e ss.; P. POPELIER, *The court as regulatory watchdog: the procedural approach in the case law of the European Court of Human Rights*, in *The role of constitutional courts in multilevel governance*, Intersentia, 2013; T. KLEINLEIN, *The*

prova in giudizio della sussistenza dell'intenzionalità della condotta, la Corte ha, come noto, tentato di temperare i limiti connessi all'accertamento di comportamenti discriminatori, reso ancora più stringente dalle caratteristiche ontologiche dell'art. 14 CEDU, invocabile solo qualora la disparità di trattamento rientri nell'ambito applicativo di una o più disposizioni della Convenzione.

Per ovviare al rischio di impunità e omessa tutela delle vittime di prospettate lesioni dell'art. 14 CEDU, la Corte ha, così, separato in due momenti, temporalmente e logicamente distinti, le fasi entro cui si snoda la verifica processuale di una violazione dell'art. 14 CEDU. Nella prima, e prendendo il caso in esame quale esempio paradigmatico, la Corte esamina se vi siano state omissioni da parte delle autorità di polizia, prima, e giudiziaria, dopo, nel compimento delle indagini tese ad appurare la natura discriminatoria della condotta oggetto di scrutinio. Nella seconda, più complessa – richiedendosi la prova dell'elemento soggettivo, doloso, della condotta individuale o collettiva –, il Giudice di Strasburgo dovrebbe dimostrare la sussistenza del movente etnico-razziale[20].

Se, almeno sinora, la Corte non ha mai reagito in modo soddisfacente ad invocate violazioni dell'art. 14 CEDU, limitandosi, nella migliore delle ipotesi, a condannare il comportamento negligente dello Stato e, quindi, la violazione procedurale – si pensi, per tutte, a *Nachova e altri c. Bulgaria* in tema di *police brutality*[21] –, in *Wa Baile* si assiste, per la prima volta, ad una risposta più completa. La condotta non è, cioè, discriminatoria solo sotto il profilo procedurale in ragione del comportamento dello Stato astenutosi dal condurre indagini adeguate, ma è la condotta dell'agente, cioè delle forze di polizia, ad essere oggetto di censura perché in sé stessa discriminatoria. Il che equivale ad affermare, che il controllo di sicurezza è stato motivato da ragioni etnico-razziali, risolvendosi in un esempio classico di *racial profiling.*

Rinviando al paragrafo successivo le riflessioni sulla ricevibilità, interessa piuttosto soffermarsi sugli argomenti a sostegno dell'esito della pronuncia nel senso della violazione sostanziale e procedurale dell'art. 14, in combinato disposto con l'art. 8 CEDU e dell'art. 13 CEDU.

---

procedural approach of the European Court of Human Rights: between subsidiarity and dynamic evolution, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2019, 91 e ss.

[20] In tema, si veda *infra.*

[21] Sulla prassi della *police brutality* in Europa, si veda lo studio di J. DE MAILLARD, M. ROWE, *Police Stop-and-Search Policies in Europe: Recurrent Protests, Limited Reforms*, Futuribles, 2024; si rinvia, anche, al report della FRA, *Your rights matter: Police stops - Fundamental Rights Survey*, 2021, link: https://fra.europa.eu/en/publication/2021/fundamental-rights-survey-police-stops.

In relazione al profilo procedurale, la Corte europea ribadisce, che costituisce un'obbligazione positiva degli Stati l'indagine sulla ricorrenza di un potenziale nesso causale tra la condotta delle autorità e le attitudini razziste sofferte dal ricorrente[22]. Se l'esistenza di simile obbligo, fatto discendere dall'art. 14 CEDU, non rappresenta una novità[23], è però meritevole di esserne sottolineata la *ratio*.

La Corte chiarisce, così, che: "[u]ne telle obligation est essentielle pour éviter que la protection contre la discrimination raciale ne devienne théorique ou illusoire"[24]; e, poi, enfatizzando la dimensione procedurale, che "[l]adite obligation doit également permettre à l'intéressé de démontrer, sans être confronté à des obstacles procéduraux"[25].

Ostacoli procedurali che, viceversa, la Corte ritiene si siano verificati nel caso in esame, soprattutto nel corso del procedimento penale, attivato e "voluto" dal ricorrente, nonché il solo che avrebbe potuto occuparsi di esaminare la ricorrenza del movente razzista. Ed è proprio l'omessa indagine sul movente razzista, che traspare dall'insufficiente motivazione del giudice penale, che fonda la violazione procedurale della Convenzione. La Corte insiste, poi, su un ulteriore ostacolo procedurale, apertamente in contrasto sia con la propria giurisprudenza sia con le regole del diritto anti-discriminatorio euro-unitario. Ci si riferisce all'onere della prova che, la Corte osserva[26], è stato posto interamente in capo al ricorrente, disinteressandosi il giudice penale della centralità che, viceversa, riveste la regola dell'inversione dell'onere della prova dalla vittima al resistente nel quadro del diritto anti-discriminatorio ai fini di un effettivo rispetto del principio della parità delle armi[27].

---

[22] § 91.

[23] La giurisprudenza della Corte europea in materia di discriminazioni etnico-razziali, con particolare riferimento ai c.d. crimini d'odio, ha, infatti, sin da subito preferito accertamenti della natura procedura senza mai, sino al caso in esame, giungere sino alla affermazione della violazione sostanziale della norma in esame. Per un approfondimento, si consenta il rinvio a C. NARDOCCI, *Razza ed etnia*, cit. Più in generale, sull'art. 14 CEDU, tra i molti, G.P. DOLSO, *Il principio di non discriminazione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Jovene, 2013; nonché, nella letteratura anglosassone, tra gli altri, K.J. PARTSCH, *Discrimination*, in R.ST.J., MCDONALD, F. MASCHER, H. PETZOLD (a cura di), T*he European System for the Protection of Human Rights*, Kluwer Academic Publishers, Norwell, 1993, 571 e ss.; P. VAN DIJK, G.J.H. VAN HOOF, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Kluwer International, Londra, 1998, 710 e ss.

[24] § 91.

[25] *Ibidem*.

[26] § 96.

[27] Per un approfondimento della giurisprudenza della Corte europea in tema di onere della prova, si rinvia a D. HARRIS, M. O'BOYLE, C. WARBRICK, C.M. BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 603 e ss.

Ad analoghe conclusioni perviene la Corte in relazione al giudizio amministrativo. Pure favorevole al ricorrente, la Corte chiarisce che la questione "razziale" rimane impregiudicata, non essendosi il giudice amministrativo espresso sulla denunciata profilazione razziale che avrebbe mosso gli agenti nel disporre il fermo e la perquisizione del ricorrente[28].

In definitiva, né il giudice penale, né quello amministrativo hanno assolto agli obblighi convenzionali che impongono all'autorità giudiziaria domestica di esaminare *nel merito* l'allegazione della vittima avente ad oggetto la dedotta discriminazione fondata sul colore della pelle[29].

2.2. Oltre gli obblighi procedurali: la condanna della condotta sostanzialmente discriminatoria

La vera svolta giunge, però, al paragrafo 136.

Consapevole delle difficoltà che incontrano le forze di polizia nella valutazione, soggetta a tempistiche stringenti, della sussistenza di un pericolo per l'ordine pubblico[30], la Corte conclude per la sussistenza di una *presunzione* di discriminazione ai danni del ricorrente a cui consegue l'accertamento della violazione dell'art. 14 CEDU anche nella sua dimensione sostanziale. La Corte si cimenta così in un sindacato che tocca il merito della doglianza, cioè la ricorrenza di una discriminazione che, nel caso di specie, assume le sembianze della profilazione razziale.

Come si dirà, la distinzione tra natura procedurale e sostanziale ha riposato per lungo tempo sulle criticità legate all'accertamento della caratterizzazione discriminatoria di una azione od omissione portata all'attenzione del Giudice di Strasburgo. Criticità che, tra le altre, si inquadrano nella prospettiva dello *status* della Corte, giudice sovranazionale con funzioni sussidiarie, tenuto ad astenersi dal sovrapporre valutazioni proprie a quelle dalle autorità nazionali soprattutto quanto alla raccolta e al giudizio sui mezzi e sulle prove oggetto della fase probatoria domestica. Una Corte,

[28] § 100.
[29] §§ 102 – 103.
[30] Sul punto, però, appare interessante richiamare che, pure dinanzi a legislazioni nazionali che ammettono il c.d. *stop and search* da parte delle forze di polizia, l'ECRI ha raccomdandato agli Stati di introdurre nei propri sistemi di diritto positivo la regola del c.d. "reasonable suspicion standard", nelle ipotesi in cui "powers relating tocontrol, surveillance or investigation activities can only be exercised on the basis of asuspicion that is founded on objective criteria". Cfr. la Raccomandazione Generale n. 11, § 3. Sulla pratica, diffusa e legittima soprattutto in alcuni Stati degli Stati Uniti d'America, si vedano R. DELSOL, M. SHINER (a cura di), *Stop and Search: The Anatomy of a Police Power*, Palgrave Macmillan, 2015.

quindi, che è quarta istanza di giudizio, evocando qui la tesi della c.d. *fourth instance docrtine*[31], circoscrivendo lo scrutinio sovranazionale alla conformità del caso con i diritti e i significati, autonomi, delle norme convenzionali.

In ragione dell'impossibilità di sovrapporsi alle indagini condotte dalle autorità nazionali, che nella giurisprudenza pregressa ha pressoché sempre costituito un ostacolo rispetto allo scrutinio sulla sostanza della doglianza *ex* art. 14 CEDU, in *Wa Baile*, la Corte si appoggia alla pronuncia del Tribunale amministrativo per concludere per la lesione sostanziale della norma in esame. L'illegittimità del controllo, ancorché abbia omesso di esprimersi in ordine alla discriminatorietà del controllo di sicurezza, sorregge la conclusione della Corte. È l'ancoraggio alla giurisprudenza domestica a preservare la sussidiarietà dell'intervento della Corte e ad agevolare quella disamina delle circostanze del caso concreto che, solo una ricostruzione puntuale degli argomenti e degli elementi di prova, avrebbe viceversa reso poco praticabile il sindacato in punto di conformità della condotta degli agenti alla Convenzione[32].

Il collegamento con la vicenda giudiziaria nazionale assolve, poi, anche ad una seconda funzione. Ad avviso della Corte, che ricorre in modo efficace alla tecnica del *distinguishing*[33], la dichiarazione di illegittimità del controllo di sicurezza sarebbe di per sé sufficiente a separare *Wa Baile* dai precedenti in materia[34], soprattutto da *Basu c. Germania*[35].

In questa prospettiva, potrebbe essere letta l'affermazione della Corte secondo cui, in *Wa Baile*, ricorrere una *presunzione* di discriminazione e non una discriminazione vera e propria. Sebbene la distinzione tra *presunzione* e discriminazione, in definitiva, poco rilevi ai fini della condanna, la scelta di ricostruire la vicenda come *presuntiva di* e non *discriminatoria* potrebbe anch'essa

[31] Per un approfondimento, JACOBS, WHITE, OVEY, *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2010, 243 e ss.; S. GREER, *The European Convention on Human Rights. Achievements, Problems an Prospects*, Cambridge University Press, 2006, 251 e ss. Interessanti le parole della Corte europea in *Kemmache c. Francia*, [Camera], n. 17621/91, 24.11.1994, § 44. In dottrina, anche, *Guide on Article 6, Right to a fair trial*, Council of Europe/European Court of Human Rights, 2013, 38 e ss.

[32] Resta, in ogni caso, da sottolineare che la Corte europea dispone, in ogni caso, di poteri istruttori piuttosto robusti, attivabili anche nella forma delle c.d. delegazioni da inviare sul territorio dello Stato rispondente, che le potrebbero consentire, senza sottoporre a tensione il principio di sussidiarietà, di verificare essa stessa la ricorrenza, stando al caso in esame, di una profilazione razziale.

[33] Cfr. B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo,* Giuffrè, Milano, 2012.

[34] § 134.

[35] Insieme a Corte EDU *Muhammad c. Spagna*, *Basu c. Germania* costituisce uno dei precedenti più recenti e significativi della Corte in tema di profilazione razziale. Per un commento alle pronunce, M. MÖSCHEL, *Basu v. Germany and Muhammad v. Spain: Room for improvement in the Court's first judgments on racialprofiling*, in *StrasbourgOberver*, 2022.

riflettere i contenuti del giudizio nazionale. Invero, il tribunale amministrativo parla di "illegittimità" e non di discriminazione razziale oppure di condotta inquadrabile nel fenomeno della profilazione etnico-razziale, lasciando irrisolto il tema del movente discriminatorio.

Accanto al substrato "nazionale", cioè alla decisione del tribunale amministrativo che si ritiene abbia svolto una funzione ausiliaria se non decisiva ai fini della condanna, la Corte ribadisce i principi enucleati nella propria giurisprudenza in tema di discriminazione etnico-razziale. Ci si riferisce alla pronuncia della Grande Camera in *D.H. e altri c. Repubblica Ceca*[36], dove, oltre a dare ingresso per la prima volta alla nozione di discriminazione indiretta entro il sistema convenzionale, la Corte sanciva l'ammissibilità dei dati quantitativi quali elementi probatori di una dedotta discriminazione[37].

Non meno importante è, poi, il richiamo alla regola, anch'essa introdotta in uno dei casi più noti in materia di *police brutality*[38], in cui la Corte suggellava la regola di derivazione dal diritto euro-unitario dell'inversione dell'onore della prova dalla vittima di un trattamento discriminatorio allo Stato.

Su quest'ultimo aspetto, la Corte ha gioco facile.

Il Governo svizzero non avrebbe fornito elementi sufficienti a rigettare gli argomenti del ricorrente e a contraddire i reports delle organizzazioni non governative e sovranazionali, l'ECRI e il CERD[39], che da anni insistono sulla sistematicità di *policies* razziste e sulla ritrosia a formare le forze di polizia secondo principi di eguaglianza e tolleranza.

L'impostazione della Corte, che guarda all'esterno e da salutare con favore si muove su due piani paralleli. La Corte instaura uno scambio proficuo con il sistema delle Nazioni Unite e con i suoi *Treaty Bodies*, richiamando un precedente importante dello Human Rights Committee[40]. Dimostra, poi, una apprezzabile sensibilità nei confronti delle associazioni non governative, che valorizza la dimensione "dal basso" quale strumento per corroborare violazioni della Convenzione. Simile circolarità e contaminazione tra le due organizzazioni di diritto internazionale dei diritti

[36] *D.H. e altri c. Repubblica Ceca*, [GC], n. 57325/00, 13.11.2017.
[37] § 133.
[38] Corte EDU, *Nachova e altri c. Bulgaria*, [GC], nn. 43577/98 43579/98, 6.07.2005.
[39] § 136. In particolare, il riferimento della Corte è anche ai reports delle associazioni intervenute quali terzi intervenienti, tra cui *Amnesty International* e *Open Society Initiative*.
[40] Il riferimento è a *Rosalind Williams Lecraft c. Spagna* (CCPR/C/96/D/1493/2006), 27.07.2009.

umani potrebbe fare ben sperare per casi che difficilmente raggiungono le Corti e su cui è cruciale un dialogo anche orizzontale tra Corti sovranazionali e non solo verticale con quelle nazionali.

3. Un concetto "autonomo"? La lettura della nozione di "vittima"

Prima di approfondire il tema che rende e renderà *Wa Baile* precedente decisivo nella giurisprudenza della Corte in tema di discriminazioni etnico-razziali, un aspetto da segnalare investe i requisiti di ricevibilità *ex* art. 34 CEDU e la nozione autonoma di vittima[41].

In *Wa Baile*, la Corte propone, infatti, una lettura morbida dell'art. 34 CEDU, secondo un'impostazione che, nel flessibilizzare l'interpretazione di un requisito procedurale, non stupisce se si considera che analogo approccio è stata più volte avallato dalla Corte in relazione all'art. 35 CEDU.

Pure a fronte delle eccezioni del Governo, che escludeva la qualificazione di vittima del ricorrente a motivo dell'esito del giudizio amministrativo, la Corte ne invece valorizza una lettura sostanzialistica.

Così come i ricorsi interni devono essere efficaci ai fini dell'art. 35 CEDU, la Corte si rifiuta di considerare recessiva la qualità di vittima solo perché il giudice nazionale ha deciso, almeno formalmente, in senso favorevole al ricorrente. Nel caso in esame, infatti, né il giudice penale, né quello amministrativo, hanno verificato la sussistenza della discriminazione, rifiutando di esprimersi sulla doglianza del ricorrente.

L'illegittimità del controllo sancita dal tribunale amministrativo non rende, quindi, non vittima il ricorrente. Se la questione rimane impregiudicata, lo stesso vale per la qualità di vittima.

La scissione tra esito del sindacato interno e persistenza della qualità di vittima non è nuova alla giurisprudenza convenzionale. E, così, *Wa Baile* diviene un tassello ulteriore della erosione dell'interpretazione rigida della norma convenzionale, che, viceversa, ostacolerebbe l'accesso alla Corte. Un legame tra forma e sostanza, regole del processo e tutela dei diritti, che, come noto, è cruciale per la garanzia del diritto al giudice.

[41] In letteratura, diffusamente, G. LETSAS, *The Truth in Autonomous Concepts: How To Interpret the ECHR*, in *European Journal of International Law*, 2004, 279 e ss.

L'evoluzione della regola sui contorni della nozione di vittima *ex* art. 34 CEDU ha conosciuto sviluppi nel senso indicato da qualche anno[42]. Si ricordano, tra gli altri, i casi in cui la Corte ha chiarito le due condizioni la cui ricorrenza preclude l'acceso al proprio scrutinio. Una linea argomentativa ribadita in una decisione recente contro l'Azerbaijan[43], in cui la Corte fa il punto sulla sua giurisprudenza e sancisce la ricevibilità di un ricorso pure a seguito del conseguimento di una compensazione satisfattiva in favore del ricorrente disposta a livello interno. La Corte ha chiarito che, una decisione, ancorché favorevole al ricorrente, non è in principio sufficiente a privarlo della qualità di vittima: nell'ipotesi in cui le autorità nazionali abbiano omesso di considerare la violazione sostanziale dei principi della Convenzioni invocata dal ricorrente; e, qualora queste ultime gli abbiano fornito un risarcimento adeguato[44].

Soltanto in ipotesi di sussistenza contestuale di entrambe le condizioni, può escludersi la qualità di vittima del ricorrente secondo l'attuale e prevalente lettura dell'art. 34 CEDU.

Quanto al primo requisito, la Corte ha precisato il contenuto e le modalità entro cui dovrebbe realizzarsi lo scrutinio domestico sulla doglianza del ricorrente. In questo senso, in una recente pronuncia in tema di cambiamento climatico, la Corte traccia una linea netta tra la nozione di vittima, da accertare in via diretta, e l'*actio popularis* non ammessa *ex* art. 34 CEDU. La pronuncia di inammissibilità, *Carèm c. Francia*[45], pure argomentando in senso opposto al caso in esame, è utile perché definisce ciò che non rende un soggetto vittima, precisando le due condizioni sopra richiamate. In *Carèm*, il ricorrente lamentava di aver subito le conseguenze pregiudizievoli del cambiamento climatico in una zona del territorio francese dove non abitava. La Corte, qui, stabilisce che il riconoscimento della qualità di vittima, anche a chi non abbia un legame diretto con la violazione dedotta in giudizio, avrebbe aperto le porte ad una illegittima azione popolare allentando il legame, viceversa, imprescindibile tra invocata violazione della Convenzione e posizione giuridica soggettiva del ricorrente. Curiosamente, diverso è il giudizio sulla ricevibilità in

[42] Esempi interessanti possono essere ricavati dalla giurisprudenza relativa a ricorsi presentati ai sensi dell'art. 5 CEDU. In tema, si rinvia allo studio pubblicato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e consultabile al seguente link: https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/victim-status-as-regards-article-5-domestic-redress.

[43] Il rifacimento è a Corte EDU, *Hasanov e altri c. Azerbaijan*, n. 2059/16 e altre 3, 12.09.2023.

[44] Così, nella pronuncia: "[t]he Court reiterates that a decision or measure favourable to an applicant is not in principle sufficient to deprive that person of his or her status as a 'victim', within the meaning of Article 34 of the Convention, unless the national authorities have acknowledged, either expressly or in substance, and then afforded redress for the breach of the Convention"; in senso analogo, anche, Corte EDU, *Scordino c. Italy (no. 1)*, [GC], n. 36813/97, § 180; *Selahattin Demirtaş c. Turchia* (no. 2), [GC], n. 14305/17, § 218, 22.12.2020.

[45] Corte EDU, *Carèm c. Francia*, [GC], n. 7189/21, 09.04.2024

un caso simile, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz e altri c. Svizzera*, in cui la Corte ha riconosciuto la qualità di vittima ai membri di una associazione non governativa quali insieme di individui e non rappresentanti di un interesse pubblico. La pronuncia, un *unicum* e influenzata dalle specificità dei ricorsi in tema di cambiamento climatico, testimonia, ciò nonostante, quell'evoluzione dello *status* di vittima di cui dà conto anche *Wa Baile*, sebbene in modo meno dirompente.

Ciò che più interessa in *Wa Baile* non è la natura individuale *vs.* potenzialmente collettiva del ricorso. E, tuttavia, la Corte compie un passo in avanti.

Il tema è il riferimento, che la Corte enfatizza nella giurisprudenza più recente, al c.d. "*expressive*" oppure "*substantive acknowledgment*" della dedotta violazione della Convenzione che fonda la qualità di vittima. Non è, quindi, un caso, che sia proprio su questa lacuna su cui fa perno il rigetto delle eccezioni del Governo in punto di ricevibilità.

Tralasciando il procedimento penale, che non avrebbe reso problematico l'accertamento della qualità di vittima, poichè conclusosi con il rigetto della domanda, la pronuncia del Tribunale amministrativo, analogamente, non risponde alle due condizioni enucleate nella giurisprudenza sull'art. 34 CEDU. Difetta qualsiasi valutazione sulla discriminatorietà della condotta e lo stesso vale per il risarcimento del danno. Verrebbe anche da dire che la obbligatorietà dell'azione promossa dinanzi ad un giudice – quello amministrativo – che non avrebbe compiuto alcuna valutazione sulla sostanza del ricorso e, cioè, sulla lesione del principio di eguaglianza, suppoeta la tesi della correttezza delle conclusioni della Corte.

In definitiva, *Wa Baile* irrobustisce la lettura sostanzialistica dell'art. 34 CEDU, mantenendosi in un seminato sensibile alla salvaguardia del diritto al giudice.

4. Una novità o la svolta: la violazione, non più solo procedurale ma presuntiva, dell'art. 14 CEDU

L'aspetto più significativo della pronuncia deriva dalla scelta della Corte di spingere fino alle sue più estreme conseguenze l'affermazione, secondo cui: "[l]a discrimination raciale est une forme de discrimination particulièrement odieuse qui, compte tenu de la dangerosité de ses conséquences,

exige une vigilance spéciale et une réaction vigoureuse e la part des autorités"[46]. Definizione, che enfatizza la gravità di disparità di trattamento su base etnico-razziale nel sistema convenzionale e la pervasività degli obblighi degli Stati, in particolare, quando le vittime appartengano a gruppi minoritari[47].

Se non è nuovo alla giurisprudenza convenzionale l'inquadramento di quella etnico-razziale razziale nel novero delle manifestazioni più insidiose del fenomeno discriminatorio[48], ciò che isola la pronuncia attiene all'accertamento sostanziale della violazione.

In *Wa Baile*, viene infatti riconosciuta, per la prima volta, la riferibilità del divieto *ex* art. 14 CEDU non *solo* ai rapporti verticali tra Convenzione e Stato, bensì anche a quelli orizzontali che si sviluppano lungo le relazioni tra vittima e potere pubblico.

Questa duplice lettura degli obblighi positivi di cui all'art. 14 CEDU – procedurale e sostanziale – è innovativa sia nella prospettiva della giurisprudenza in tema di discriminazione etnico-razziale[49], che di profilazione razziale. È indubbio che, se posta a raffronto con i precedenti della Corte sull'impiego di criteri di identificazione di tipo discriminatorio a motivo etnico-razziale, cioè di *racial profiling*, la pronuncia se ne affranca in modo esplicito tramite il *distinguishing* rispetto ai precedenti e a *Basu*, in particolare.

Tuttavia, al di là di come la Corte argomenta la violazione sostanziale *ex* art. 14 CEDU in *Wa Baile* e non nei casi di pochi anni prima[50], la portata della pronuncia supera le specificità della profilazione razziale per porsi quale precedente con cui la Corte si confronterà negli anni a venire[51].

Le novità di *Wa Baile* poggiano almeno su tre ragioni.

In primo luogo, la possibilità che la Corte compia una valutazione sostanziale, e non solo procedurale, sulla sussistenza di una discriminazione etnico-razziale irrobustisce la forza della disposizione convenzionale[52]. Se l'art. 14 CEDU viene fatto agire anche in relazione a rapporti di

---

[46] § 90.

[47] Su cui ritorna, in modo più significativo, la Corte, § 124.

[48] Si pensi, tra tutte, a Corte EDU, [Seconda Sezione], *Timishev c. Russia*, nn. 55762/00; 55974/00, 13.03.2006.

[49] Il riferimento è alla casistica della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di: segregazione scolastica su base etnico-razziale; crimini d'odio e *police brutality*; diritti delle minoranze e salvaguardia della loro distinta identità rispetto alla maggioranza.

[50] Su cui, *supra*, par. n. 2.

[51] Ancorché non si versi in una pronuncia della Grande Camera, l'unanimità raggiunta dalla Sezione su un caso tanto cruciale eleva ugualmente la sentenza al livello, lo si auspica, di un *landmark case* per i decenni a venire.

[52] Non casualmente, la Corte europea dei diritti dell'uomo riprende la propria giurisprudenza in tema di violenza contro le donne inaugurata da Corte EDU *Opuz c. Turchia*, [Terza Sezione], n. 33401/02, 9.06.2009.

tipo orizzontale, aumentando la capacità precettiva del divieto di discriminazione a livello interno, tale lettura potrà contenere più efficacemente gli effetti limitativi, che sinora hanno accompagnato: l'omessa ratifica del protocollo n. 12 CEDU da parte di un elevato numero di Stati, tra cui la Svizzera; la ritrosia della Corte ad isolare ed affrancare l'art. 1, Protocollo n. 12 CEDU, dall'interpretazione riduttiva dell'art. 14 CEDU[53].

La Corte precisa i contenuti della "nuova" obbligazione sostanziale di cui all'art. 14 CEDU.

Richiamando una pronuncia del Comitato ONU sui diritti umani contro la Spagna in tema di *racial profiling* [54], la Corte insiste sull'obbligo positivo dello Stato di apprestare un sistema di tutele che precluda leggi, politiche, pronunce giurisdizionali e para-giurisdizionali, nonché prassi discriminatorie[55].

In secondo luogo, questo ruolo servente e di scambio tra Consiglio d'Europa e Nazioni Unite non si limita a riempire di contenuto e "di senso", l'obbligazione positiva di cui all'art. 14 CEDU reinterpretato in senso sostanzialistico. L'intera pronuncia poggia, infatti, sul legame proficuo tra scrutinio sulla violazione sostanziale dell'art. 14 CEDU e apporto di documenti di diritto internazionale, soprattutto di *soft law*[56], quale supporto probatorio della ricorrenza del movente razzista.

Simile collegamento, raro e che la Corte eleva ad elemento probatorio della caratterizzazione strutturale delle pratiche di profilazione razziale, è interessante soprattutto se letto congiuntamente alle conclusioni rese in *D.H. e altri c. Repubblica Ceca*. Se in *D.H. e altri c. Repubblica Ceca*, per la prima volta, la Corte ammetteva la valenza probatoria del dato statistico per accertare invocate violazioni dell'art. 14 CEDU, *Wa Baile* assegna tale ruolo ai già più volte richiamati reports e

[53] Criticabile è, infatti, stata per lungo tempo la tendenza a leggere le due disposizioni convenzionali unitariamente, quasi che si ponessero a copertura e salvaguardia del medesimo diritto, omettendo, quale conseguenza, di accertare violazioni del principio di eguaglianza davanti alla legge anche se non connesse a diritti protetti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

[54] Il riferimento è alla citata pronuncia dello UN Human Rights Committee, *Rosalind Williams Lecraft* in cui veniva accertata la violazione dell'art. 26 del Patto sui diritti civili e politici.

[55] § 127.

[56] In particolare, si vedano la Raccomandazione Generale del CERD n. 36 del 2020, *on preventing and combating racial profiling by law enforcement officials*, link: https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g20/349/50/pdf/g2034950.pdf?token=78JCNEgrC6m4zFH9x1&fe=true; e i rapporti dell'ECRI, link: https://www.coe.int/en/web/european-commission-against-racism-and-intolerance/switzerland. L'ECRI insiste in modo particolarmente significativo sulla natura sistemica delle condotte di profilazione razziale in Svizzera, appuntando l'attenzione anche sul ruolo centrale che il training e la formazione delle forze di polizie assolve in simile contesto, §§ 110 e ss. A tali report, sebbene non citato dalla Corte europea nella propria pronuncia, si aggiunga anche il Report redatto nel 2018 in relazione all'attuazione della Convenzione Quadro sulla protezione delle minoranze nazionali del Consiglio d'Europa.

documenti di diritto internazionale. Ancora, sempre su questo stesso aspetto, la connessione Consiglio d'Europa e Nazioni Unite, così come tra i rispettivi sistemi di supervisione, merita di essere guardato con favore laddove riuscisse ad imporsi quale meccanismo funzionale ad agevolare la circolarità di modelli virtuosi di accertamento, di tecniche decisorie e, da ultimo, la diffusione e condivisione di precedenti su casi analoghi di cui le Corti sovranazionali possano avvantaggiarsi a sostegno di proprie pronunce successive, senza costringere i ricorrente a muoversi da una Corte all'altra nella speranza di addivenire all'accoglimento delle proprie pretese.

Vi è, poi, una terza ragione che sorregge il peso della sentenza nel quadro degli istituti del diritto anti-discriminatorio. La Corte accerta, infatti, la violazione della Convenzione su basi discriminatorie ma su base presuntiva. Parla, cioè, di una violazione dell'art. 14 CEDU che costituisce la presunzione di una discriminazione etnico-razziale. Non arriva a sostenere che il ricorrente abbia subito una discriminazione, ma che esistono fondate ragioni per presumere che il controllo di identità sia stato motivato da pregiudizi etnico-razziali.

Due osservazioni.

La prima è che, seppure implicitamente, la Corte segue la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea che, dal caso *Feryn*[57], non si oppone alla condanna di uno Stato membro per violazione della Direttiva 2000/43 al cospetto di una discriminazione (diretta), che si riveli anche solo ipoteticamente discriminatoria. In *Wa Baile*, il ricorrente ritiene che altri individui, non identificati, non sarebbero stati, viceversa, oggetti al fermo e al controllo di identità. Da parte sua, la Corte sembra disinteressarsi della necessità di procedere ad un giudizio comparativo ternario vero e proprio. Mancano, così, nella sentenza i passaggi logici a cui tradizionalmente soggiace lo scrutinio ai sensi dell'art. 14 CEDU sin dal noto *Belgian Linguistic case*. La Corte non identifica il *tertium comparationis*, né la ragione, ragionevole e obiettiva, che avrebbe potuto giustificare il fermo del ricorrente rispetto all'identificato o identificabile *comparator*. La conclusione della Corte valorizza,

[57] Corte di Giustizia EU, [C-54/07], *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. Firma Feryn NV*. A commento della sentenza, si vedano D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e accesso al lavoro: il caso Feryn. Corte di giustizia e discriminazione razziale: ampliata la tutela della discriminazione diretta?*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2008, 77 e ss.; D. IZZI, *Il divieto di discriminazione preso sul serio*, 765 ss.; R. CISOTTA, *Il principio di non discriminazione basata sulla razza o sull'origine etnica nella sent. 10 luglio 2008, C-54/07, Feryn*, in I. CASTANGIA, G. BIAGIONI (a cura di), *Il principio di non discriminazione nel diritto dell'Unione europea*, Editoriale scientifica, 2011, 167 e ss.; L. FABIANO, "*Le parole come pietre" nel diritto antidiscriminatorio comunitario*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, 2054 e ss.; K. HENRARD, *The First Substantive ECJ Judgment on the Racial Equality Directive: A Strong Message in a Conceptually Flawed and Responsively Weak Bottle*, Jean Monnet Working Paper 09/09, 2009, 41 e ss.

quindi, elementi che non poggiano direttamente sulle circostanze fattuali del caso – i già richiamati documenti di *soft law* – ed emancipa la sua pronuncia dal giudizio comparativo classico.

Non è, peraltro, dedicato spazio nella sentenza al "come" andrebbe interpretata la condotta degli agenti se, cioè, si tratti di una presunzione di discriminazione oppure di una discriminazione vera e propria. Nemmeno la Corte ci dice se la "presunzione di" costituisce o meno una fattispecie diversa dalla discriminazione classica, tema peraltro aperto anche a livello di diritto dell'Unione Europea. La Corte, addirittura, intitola il paragrafo dedicato all'invocata violazione materiale dell'art. 14 CEDU parlando di "carattere presuntivamente discriminatorio del controllo di identità", risolvendo quasi a monte e, però, in modo apodittico la questione.

La seconda riflessione riguarda, allora, proprio la lettura del fenomeno discriminatorio che emerge in *Wa Baile* e che investe le distinzioni, se effettivamente vale la pena tracciarne, tra: discriminazione vera e propria e presunzione di discriminazione; discriminazione classica e con *tertium comparationis* ipotetico, come parrebbe corretto definire il caso in oggetto.

Omettendo di svolgere lo scrutinio classico sulla violazione dell'art. 14 CEDU, la Corte pare, cioè, incline a sposare un'interpretazione della discriminazione quale fenomeno che agisce anche in chiave presuntiva e che ammette possa sussistere un trattamento irragionevolmente differenziato anche quando l'ultimo difetti di vittima e *comparator* concreti. Se così fosse, ci si troverebbe di fronte ad una novità di non poco conto nel panorama convenzionale soprattutto se si considerano le note difficoltà nel pervenire ad accertamenti di violazioni dell'art. 14 CEDU, più spesso assorbito che assunto a parametro del giudizio.

D'altro canto, simile approccio avvicinerebbe la Corte ai più recenti sviluppi della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE, sebbene la sentenza non ne contenga riferimenti espressi oltre al richiamo alla Direttiva 2000/43.

Una terza osservazione riguarda l'omessa categorizzazione della condotta da parte della Corte come discriminazione diretta o indiretta, ripresa soltanto dal Governo nelle proprie deduzioni, secondo cui non si tratterebbe di una allegazione di discriminazione indiretta, bensì diretta[58]. Il punto non è di poco conto se si considera che la prova della intenzionalità della condotta è ormai richiesta solo per la seconda, che spesso il pregiudizio può essere inconsapevole o inconscio[59], e

[58] § 110.

[59] Aspetto particolarmente importante nelle ipotesi di profilazione razziale, nonché elemento caratterizzante della definizione di discriminazione razziale a cui si rifà la Convenzione ONU sull'eliminazione di tutte le forme di

che, laddove si versi in un'ipotesi di discriminazione indiretta, la Corte ha sposato la regola dell'inversione dell'onere probatorio in capo al resistente[60]. Vero è che la Corte europea raramente indugia sulla qualificazione come diretta oppure indiretta del trattamento differenziato. Tuttavia, e a prescindere da detta distinzione, in *Wa Baile,* pure non esplicitando la tipologia di discriminazione, la Corte solleva il ricorrente da qualsiasi onere della prova dell'intento razzista e ritiene sufficienti a dimostrare l'intenzionalità della condotta i report del CERD e delle associazioni non governative intervenute in giudizio. Simile valorizzazione dei reports rileva anche in una prospettiva aggiuntiva, perché, mai prima di *Wa Baile,* la Corte aveva ritenuto che documenti di *soft law* potessero, quali elementi probatori, sollevare il ricorrente dall'onere di provare l'intenzionalità della condotta[61].

Infine, da altra angolazione, resta, sullo sfondo un interrogativo di segno opposto, che riprende il tema della caratterizzazione come presuntiva della discriminazione. Se, cioè, l'impiego del concetto di "presunzione" non sia ancora troppo poco ed una modalità di interpretare trattamenti irragionevolmente differenziati che, di fatto, riflette la distanza che ancora esiste rispetto al riconoscimento di una violazione piena dell'art. 14 CEDU.

Anche a voler condividere questa impostazione, che tempera le conseguenze di *Wa Baile* quanto all'interpretazione dell'art. 14 CEDU, resta fermo, che la Corte ha compiuto un passo in avanti almeno nell'aver con successo operato uno scrutinio sulla dimensione sostanziale della disposizione convenzionale, focalizzandosi sugli effetti della condotta più che sul movente, presunto.

Se tale accertamento, in futuro, avverrà non più solo su basi presuntive, risolvendosi piuttosto in un accertamento sostanziale "pieno" ancorato ai criteri enucleati nel caso linguistico belga, è questione che rimane aperta. Almeno per il momento. Così come auspicabile sarebbe una più chiara

---

discriminazione razziale, qualificata quale: "ogni distinzione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale o in ogni altro settore della vita pubblica".

[60] Si tratta di regola introdotta pacificamente a partire da Corte EDU, *D.H. e altri c. Repubblica Ceca*, [GC], n. 57325/00, 2017, con riferimento ai §§ 185-195; in senso analogo, l'impostazione del diritto dell'Unione Europea secondo quanto disposto ai sensi dell'art. 21 della Direttiva 2000/43. A commento, S. SPILIOPOULOU AKERMARK, *Images of children in education: a critical reading of D.H. & others v. Czech Republic*, in E. BREMS (a cura di), *Diversity and European Human Rights. Rewriting Judgments of the ECHR*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, 40 e ss.

[61] Così è accaduto in *Muhammad v. Spain*, §§ 99-100 e in *Basu c. Germania*, § 36, dove, all'opposto, era stato posto in capo al ricorrente l'onere di provare l'intenzionalità della condotta delle forze di polizia, essendo quest'ultima elemento costitutivo ed ontologico della nozione di discriminazione diretta e la diffusione di pratiche di profilazione razziale attestata, tra le altre, dalla FRA, non era stata ritenuto decisivo ai fini della dimostrazione del carattere sistemico e della intenzionalità della condotta denunciata dal ricorrente.

presa di posizione sulla opportunità di accertare la sussistenza di una discriminazione spostando il sindacato dalla condotta ai suoi effetti, così centrale per le forme più controverse di disparità di trattamento di cui la profilazione razziale è certamente uno degli esempi di maggior rilievo.

5. In definitiva: se la presunzione di discriminazione è già discriminazione, siamo un passo oltre l'atteso?

"[The] sole concern in the case at hand is to ascertain whether the fact that the applicant was required to identify himself […] was motivated by racism"[62].

Con queste parole, in *Muhammad c. Spagna*, la Corte di Strasburgo delimitava il *thema decidendum* e chiudeva le porte all'accertamento della violazione sostanziale, anche solo presuntiva, della discriminazione invocata dal ricorrente.

In tutto analoghe le circostanze fattuali, e lasciando da parte la vicenda giudiziaria successiva che, come detto, allenta il collegamento tra *Wa Baile*, *Muhammad* e *Basu*, è evidente che il primo rappresenta una svolta nella valutazione della (in)convenzionalità di forme di discriminazione etnico-razziale.

Se l'accertamento della violazione sostanziale dell'art. 14, letto in combinato disposto con l'art. 8 CEDU, è la novità, occorre chiudere queste riflessioni con alcuni interrogativi che investono i caratteri della profilazione razziale come discriminazione, che la sentenza lascia sul tappeto. Interrogativi a cui, forse, il caso attualmente pendente contro la Francia, *Seydi e altri*, potrà fornire qualche risposta.

Non è, così, chiaro, in *Wa Baile*, se la Corte: ritenga la condotta una forma diretta oppure indiretta di discriminazione; se la presunzione di discriminazione equivalga ad una discriminazione vera e propria; ancora, se l'espressione "presunzione" non lasci intendere un approccio cauto della Corte che si sarebbe limitata a ritenere che il difetto di una formazione adeguata degli agenti di polizia, da un lato, e la natura sistemica della profilazione razziale nello Stato, dall'altro, costituiscono allo stato dati sufficienti per dedurre la lesione dell'art. 14 CEDU nella sua valenza sostanziale.

[62] Corte EDU, *Muhammad c. Spagna*, § 100.

Su questo punto, non è pacifico se, da adesso in avanti, la violazione sostanziale dell'art. 14 CEDU sarà accertata anche, eventualmente, solo in base ad elementi di tipo presuntivo, per quanto attiene alla ricostruzione della condotta, concentrandosi la Corte invece solo sugli effetti; oppure se *Wa Baile* rimarrà un caso isolato, ritornando la Corte sui suoi passi e all'approccio delineato in *Muhammad* e *Basu*; ancora, se *Wa Baile* rappresenterà un passaggio verso l'istaurazione di un legame più stabile tra la "presunzione di" e la discriminazione vera e propria secondo una lettura del fenomeno discriminatorio che giunga a ritenere la prima coincidente con la seconda – perché in definitiva ciò che conta sono gli effetti più che il movente –, ovviando una volta per tutte alle criticità che da sempre sconta la prova della discriminazione "classica".

Due postille per concludere: una processuale ed una di merito.

Dal punto di vista del processo, è interessante porre l'attenzione sul ruolo, potenziale, che i documenti di *soft law* di altre organizzazioni internazionali potrebbero assumere nella prospettiva della procedura della sentenza pilota di cui agli artt. 61 del Regolamento e 46 CEDU. Ci si potrebbe chiedere se, in futuro, la violazione sistemica della Convenzione, funzionale all'attivazione della procedura in esame, possa passare non più dal deposito di ricorsi seriali, a cui faccia seguito un numero altrettanto consistente di condanne, ma, anche, dalla prova della natura strutturale della incompatibilità con i principi convenzionali tramite la produzione in giudizio di fonti che, similmente, attestino la natura non solo casistica della lesione denunciata[63].

Con riferimento, invece, al merito e alle implicazioni di contenuto della pronuncia e della giurisprudenza convenzionale in tema di profilazione razziale, occorrerà verificare se la Corte si troverà a sindacare casi di *racial profiling* scaturenti dal ricorso a sistemi di identificazione biometrica. Sebbene non inquadrato quale esempio di profilazione razziale, *Gluckhin c. Russia*[64], primo caso definito dalla Corte sull'impiego non convenzionalmente conforme di tecniche di IA, potrebbe costituire un precedente da leggere unitariamente a *Wa Baile* per valutare, in prospettiva prognostica, come potrebbero essere costruiti i ricorsi, prima, e risolta la questione dalla Corte, poi.

[63] Analoghe considerazioni potrebbero riferirsi anche alla fase di esecuzione delle sentenze dinanzi al Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, laddove di discuta dell'individuazione di misure generali ai fini dell'esecuzione della sentenza di condanna.

[64] Corte EDU, *Glukhin c. Russia*, [Terza Sezione], n. 11519/20, 4.07.2023, su cui si veda C. COCITO, in *Strasbourgobserver*, 2024; si consenta, inoltre, il rinvio a C. NARDOCCI, *Il riconoscimento facciale sul "banco" degli imputati. Riflessioni a partire, e oltre, Corte EDU Glukhin c. Russia*, in *Biolaw Journal*, 2024, 279 e ss. Il tema appare interessante anche alla luce della recente approvazione da parte del Consiglio d'Europa del primo trattato globale in tema di intelligenza artificiale, *Council of Europe Framework Convention on Artificial Intelligence and Human Rights, Democracy and the Rule of Law*, link: https://rm.coe.int/1680afae3c.

Dietro *Wa Baile*, in definitiva, c'è molto.

Molto di nuovo, di risolto ma anche di irrisolto, di controverso, di impregiudicato.

Per una volta, forse, vale però sottolineare la portata positiva della pronuncia ed auspicare che essa possa irrobustire la giurisprudenza della Corte europea in materia di discriminazione razziale, ma, più ampiamente, sull'art. 14 CEDU soprattutto stante l'impossibilità di fare agire l'art. 1, Protocollo n. 12, CEDU a supporto del primo.